

Faculteit Rechtsgeleerdheid
Universiteit Gent

Academiejaar 2009-10

Letter of intent in “civil” en “common” law

Masterproef van de opleiding
‘Master in de rechten’

Ingediend door

Tomme Charlotte

(studentennr. 20053229)
(major: Burgerlijk recht en strafrecht)

Promotor: Professor C. Van der Elst

Commissaris: Michiel De Muynck

Inleiding	5
Hfst 1 Het geschrift genaamd Letter of Intent.....	8
1. Herkomst en situering	8
2. Vorm, doel en inhoud.....	8
3. Het bedrijfsleven & het internationaal handelsverkeer	9
3.1 Nood aan de Letter of Intent	9
3.2 Juristen in confrontatie met de Letter of Intent	10
3.2.1 Onvoorziene gevolgen.....	10
3.2.2 Complexiteit internationaal handelsverkeer.....	10
3.2.3 Juridische situering.....	11
3.3 Soorten transacties.....	11
4. Definitie.....	11
5. Progressief versus geruisloos contracteren	13
6. Begrenzing met andere rechtsfiguren.....	13
6.1 Letter of Comfort	13
6.2 Gentlemen’s agreement.....	14
6.3 Heads of Agreement.....	14
6.4 Voorkeurovereenkomst	15
6.5 Contractsbelofte	15
6.7 Intentieverklaring	16
Hfst 2 Contract Law & Letter of Intent.....	17
1. Belang.....	17
2. Civil Law.....	17
2.1 België	17
2.2 Nederland	17
2.3 Duitsland	18
3. Common Law	18
3.1 Engeland.....	18
3.2 VS.....	19
4. Internationale akkoorden & principes	21
4.1 CISG.....	21
4.2 UNIDROIT Principles 2004.....	21
4.3 PECL	22
4.4 DCFR	22
Hfst 3 Indeling van de Letter of Intent in categorieën	24
1. Keuze van de indeling	24
2. Indeling Letters of Intent volgens FONTAINE.....	25
2.1 Definitieve overeenkomsten, eventueel met modaliteiten	25
2.1.1 Algemeen	25
2.1.2 Illustraties	25
a. Aanvaarding van een aanbod	25
b. Patronaatsverklaring.....	25
c. Nog op te stellen instrumentum	26
d. Verklaring van definitieve verbintenis met voorlopig instrumentum en arbitragebeding.....	26
e. Opschortende voorwaarde.....	27
f. Inwerkingtredingsbeding.....	27
2.2 Fases in de onderhandelingen.....	28
2.2.1 Algemeen	28

2.2.2	Illustraties	28
a.	Initiële intentieverklaring	28
b.	Protocol betreffende de voorwaarden van de licentie-en samenwerkingsovereenkomst.....	29
c.	Protocol betreffende de creatie van een automobielin dustrie	29
d.	Protocol betreffende een geïntegreerd luchtvaart productieprogramma	30
e.	Bestelling van opeenvolgende schijven	31
f.	Laatste te regelen details	31
2.3	Letters zonder verbintenis en met exoneratiebedingen	31
2.3.1	Algemeen	31
2.3.2	Illustraties	32
a.	Subject to contract clause.....	32
a.1	Algemeen	32
a.2	Common Law	32
a.3	Civil Law	34
b.	Clausule “zonder contractueel te zijn”	35
c.	Foutieve aanvaarding van een aanbod, exoneratieclausule.....	36
d.	Afwezigheid van engagement, exoneratie.....	37
e.	Afwezigheid van bevoegdheid	37
2.4	Verbintenissen over bepaalde bijzondere aspecten van de onderhandelingen.....	37
2.4.1	Algemeen	37
2.4.2	Illustratie.....	38
a.	Exclusiviteitsverbintenis	38
b.	Geheimhoudingsverbintenis.....	38
c.	Verbintenis betreffende de onderhandelingstermijnen.....	39
d.	Organisatie en terugbetaling van de voorafgaande studiekosten	39
e.	Ten laste nemen van de onderhandelingskosten	40
f.	Machtiging om de werken aan te vatten.....	40
3.	Juridische analyse van de indeling	41
3.1	Klassieke juridische figuren	41
3.2	Letters of Intent sensu stricto	41
Hfst 4	Rechter & arbiter versus Letter of Intent.....	44
1.	Centrale rol van de rechter & arbiter.....	44
2.	Civil Law	44
2.1	België	44
2.1.1	De FMC Zaak.....	44
a.	Feiten	44
b.	Rechtsvragen	45
c.	Beslissing	45
d.	Commentaar in de rechtsleer.....	46
2.2	Nederland	48
2.2.1	Aga/Bouw zaak	48
a.	Feiten	48
b.	Rechtsvragen	48
c.	Beslissing	48
2.3	Duitsland	49
2.3.1	Bundesgerichtshof 1962.....	49
3.	Common Law	49
3.1	Engeland.....	49
3.1.1	British Steel Corp. v Cleveland Bridge & Engineering Co. Ltd.	50

a.	Feiten	50
b.	Rechtsvragen	51
c.	Beslissing	51
d.	Commentaar in de rechtsleer	52
e.	Hedendaagse visie in Cunningham v Collet and Farmer	53
3.1.2	Turriff Construction Ltd. v Regalia Knitting Mills Ltd.	54
3.1.3	AC Controls Ltd v British Broadcasting Corporation.....	54
3.2	VS.....	55
3.2.1	De Pennzoil case	55
a.	Feiten	55
b.	Rechtsvragen	56
c.	Toepasselijke recht op Memorandum of Agreement	56
d.	Eerste aanleg	57
e.	Beroepsprocedure.....	57
f.	Uiteindelijke settlement.....	58
g.	Kritiek.....	58
h.	Conclusie	58
i.	Hoe het ook anders kon... de SME Case	58
3.2.2	Beslissende factoren	59
4.	Arbitrale uitspraken	60
4.1	Belang.....	60
4.2	CCI-uitspraak nr. 8331	60
4.3	CCI-uitspraak nr. 8540.....	61
5.	Conclusie overzicht van rechtspraak	61
Hfst 5	Afbreken van de onderhandelingen.....	63
1.	Situering	63
1.1	Onderzoeksgebied	63
1.2	Contract-en onderhandelingsvrijheid als uitgangspunt	63
1.3	Beperkingen en corrigerende mechanismen.....	63
2.	Plicht tot onderhandelen te goeder trouw	65
2.1	Algemeen	65
2.2	Civil Law	65
2.2.1	België	65
2.2.2	Nederland	66
2.2.3	Duitsland	66
2.3	Common Law	67
2.3.1	Engeland.....	67
2.3.2	VS.....	69
2.4	Internationale verdragen & principes	72
2.4.1	CISG.....	72
2.4.2	UNIDROIT Principes 2004.....	72
2.4.3	PECL	73
2.4.4	DCFR	74
2.5	Conclusie	75
3.	Precontractuele aansprakelijkheid.....	76
3.1	Theorie van de culpa in contrahendo	76
3.2	Gronden voor precontractuele aansprakelijkheid.....	77
4.	Rechtsgevolgen van het afbreken van de onderhandelingen.....	77
4.1	Algemeen	77
4.2	Civil Law.....	78

4.2.1 België	78
a. Rechtsgrondslag	78
b. Schadeloosstelling	79
c. Voorbeeld uit de rechtspraak: de Dupuis zaak	80
4.2.2 Nederland	80
4.2.3 Duitsland	84
4.3 Common Law	86
4.3.1 Engeland	86
4.3.2 VS	86
4.4 Verhouding Letter of Intent & precontractuele aansprakelijkheid	88
5. Derdemedeplichtigheid aan het afbreken van onderhandelingen	88
5.1 Algemeen	88
5.2 Civil law	89
5.2.1 België	89
5.3 Common Law	91
5.3.1 Engeland	91
5.3.2 VS	93
Hfst 6 Het draften van een Letter of Intent	96
1. Algemene problematiek	96
2. Juristen zijn noodzakelijk	96
3. Algemene clausules	97
3.1 Waarde precontractuele documenten	97
3.2 Arbitragebeding	97
3.3 Afbreken van de onderhandelingen	97
4. Draften afhankelijk van het beoogde effect	98
4.1 Definitieve overeenkomsten	98
4.2 Fases in de onderhandelingen	98
4.3 Letters zonder verbintenis	99
4.4 Verbintenissen over bepaalde bijzondere aspecten van de onderhandelingen	99
4.4.1 Algemeen	99
4.4.2 Exclusiviteitsclausule	100
4.4.3 Confidentialiteitsclausule	100
4.4.4 Kostenverdelingsclausule	101
5. Internationale onderhandelingen	101
5.1 Problematiek	101
5.2 Rechtskeuze	101
5.3 Forumkeuze	102
Besluit	103

Inleiding

De Letter of Intent¹ zal bij geen enkele jurist vreemd in de oren klinken, maar deze rechtsfiguur exact omschrijven zal vaak minder vanzelfsprekend zijn. Ook de zakenlui kennen deze Letter of Intent, maar dat is logisch aangezien de oorsprong van deze rechtsfiguur in de zakenwereld ligt. De onwetendheid van zowel de juristen als de zakenlui werd in de jaren tachtig op prachtige wijze omschreven door BALL:

*“Businessmen compare a Letter of Intent with the alternative, which is to provide no guarantee at all, and therefore see it as better than nothing and significant in forming a limited relationship. Lawyers compare a Letter of Intent with a contract, and, because it is clearly less than a contract, consign it to a status of nothingness because there is no intermediate category readily available.”*²

Op zeer eenvoudige wijze wordt hierdoor de ganse problematiek van de Letter of Intent blootgelegd. Hetgeen centraal staat, is de verhouding tussen de zakenlui en de juristen.

De Letter of Intent wordt vaak gebruikt bij het internationaal contracteren. De businessmen maken graag gebruik van een dergelijk instrument tijdens of voor de onderhandelingen maar zijn het soms oneens over de gevolgen die de juristen aan een Letter of Intent verbinden. Hoe langer de onderhandelingsperiode duurt en hoe complexer het contract is, hoe groter het risico van verspilling van tijd en geld is indien er uiteindelijk geen contract gesloten wordt. Vandaar dat de partijen Letters of Intent opstellen omdat zij zich op zodanige wijze wensen te beschermen tegen dat risico. Zo kunnen de partijen een garantie tot het sluiten van een contract bekomen, kunnen overeengekomen punten worden geacteerd, maar kan er ook louter een geschrift met de intentie tot onderhandelen worden opgesteld waarin bijvoorbeeld een confidentialiteitsclausule of een clausule omtrent de kosten wordt ingelast.

Vooraf moet reeds worden opgemerkt dat het enorm gevaarlijk is om omtrent Letters of Intent algemene uitspraken te maken. *They are sometimes not contractually obligatory, sometimes partly contractually obligatory and partly contractually nonobligatory and occasionally wholly contractually obligatory.*³ Op het eerste zicht lijkt dit statement misschien nietszeggend maar eigenlijk wordt hierin het probleem van de Letter of Intent goed samengevat. De rechtsgevolgen kunnen aldus variëren van een vrije, onverbindende gedachtenwisseling tot bindende afspraken en soms zelfs een volledige overeenkomst. Tussen deze twee uiterste vormen bevinden zich allerlei afspraken die ofwel meer ofwel minder juridische binding teweegbrengen. De omstandigheden moeten altijd worden nagegaan om tot het inzicht te komen welke gevolgen deze Letter of Intent teweegbrengt. De omstandigheden, evenals de aard en de inhoud, zijn aldus essentieel bij het beoordelen van de juridische draagwijdte van een Letter of Intent.

Nadat eind jaren zeventig de discussie omtrent de draagwijdte van de Letter of Intent op gang werd gebracht, door op het voortouw MARCEL FONTAINE, moet je vaststellen dat anno 2010 er heel wat literatuur verschenen is omtrent deze ambiguë rechtsfiguur. Er is echter een grote diversiteit in grondigheid van deze werken, waarbij je enerzijds Duitsland hebt met al drie

¹ Met dank aan mijn promotor Professor Christoph Van der Elst voor zijn goede begeiding tijdens het schrijven van deze Masterproef.

² S.N. BALL, “Work carried out in pursuance of letters of intent – contract or restitution?”, *The Law Quarterly Review* 1983, 590.

³ R. LAKE en U. DRAETTA, “Letters of intent and other precontractual documents: comparative and analysis”, Stoneham, Butterworth, 1989, 23.

grote alomvattende werken over de Letter of Intent en anderzijds Engeland waar deze rechtsfiguur alles behalve een dergelijk uitgebreide aandacht krijgt.

Terwijl de Letter of Intent eind jaren zeventig begin jaren tachtig als een nieuw en vooral 'hot' item de juridische pennen op zich losliet, is die drang naar juridische theorieën en verklaringen ondertussen gemilderd. Tegenwoordig is de Letter of Intent als een vaststaand juridisch concept door iedere jurist gekend en wordt de nu eenmaal vage draagwijdte als één van de meest kenmerkende eigenschappen beschouwd. De rol tijdens de onderhandelingen van meestal complexe contracten is doorheen de jaren duidelijk nog gestegen, maar tevens is de praktijk voorzichtiger geworden onder andere na de orkaan die door de Pennzoil case over de ganse bedrijfs wereld rondraasde.

Centraal in deze bespreking staat de breuklijn Common Law en Civil Law, maar of deze breuklijn daadwerkelijk ook als een juridisch verschillende benadering van de Letter of Intent zal kunnen worden beschouwd zal op het einde van dit werk blijken. In de rechtstelsels van beide rechtssystemen is er heel wat verscheidenheid. Vanuit deze veronderstelling wordt dan ook vertrokken om de gelijkenissen in de resultaten van de variërende aanpakken vast te kunnen stellen.

Op de volgende rechtsvraag wordt de focus gelegd. Wat is de juridische impact van het gebruik van een Letter of Intent in de verhouding tussen (toekomstige) onderhandelende partijen?

Om deze rechtsvraag te kunnen oplossen zullen verschillende items de revue moeten passeren. Zo zal eerst het concept Letter of Intent nader worden onderzocht. Om de draagwijdte en mogelijke contractuele gevolgen van een Letter of Intent te kunnen bepalen zal ook het Contract Law van de rechtstelsels onder de loep worden genomen. Vervolgens zal de aandacht gelegd worden op de indeling van de Letter of Intent in categorieën en de juridische impact daarvan. Daarnaast is het van bijzonder groot belang om de uitspraken van rechters en arbiters te analyseren om zo een betere kijk te verkrijgen op de aanpak van deze rechtsfiguur in de praktijk. Nadien volgt een bespreking van de impact van een Letter of Intent bij het afbreken van de onderhandelingen. Om de gevolgen daarvan op voorhand te kunnen inschatten, wordt zowel de mogelijke goede trouw verplichting als de precontractuele aansprakelijkheid bekeken. Bovendien zal hierbij een wellicht niet evident onderwerp naar voren gebracht worden namelijk de derdemedeplichtigheid aan het afbreken van de onderhandelingen. Ten slotte wordt het draften van een Letter of Intent nauwkeurig besproken zodanig dat op basis van deze tips een grotere juridische zekerheid kan worden verworven.

De analyse van de Letter of Intent strekt er aldus toe de potentiële gevaren van het gebruik van een Letter of Intent te signaleren, maar ook de voordelen ervan bloot te leggen. Sommige auteurs beschouwen de Letter of Intent bijna als een moordwapen in het onderhandelingsproces. Doden zullen er niet vallen, maar vorderingen, aansprakelijkheden, schadevergoedingen etc kunnen er wel het gevolg van zijn. Dergelijke uitspraken en visies moeten van tafel geveegd kunnen worden. Het moderne bedrijfsleven heeft duidelijk nood aan een Letter of Intent tijdens het onderhandelen. Het doel is dan ook de pijnpunten van de Letter of Intent blootleggen en tegelijkertijd een oplossing voor deze problemen bieden.

De focus van deze bespreking ligt op de Letters of Intent uit het bedrijfsleven. Vandaar dat de Letters of Intent in internationaal publiekrechtelijke verhoudingen buiten beschouwing worden gelaten. Er wordt dus zuiver op deze privaatrechtelijke verhouding toegespitst, die dan ook de meest voorname verhouding is.

De rechtsvergelijkende studie wordt gebaseerd op het onderscheid tussen de Common Law en Civil Law landen. België, Nederland en Duitsland zijn de te onderzoeken landen uit de Civil Law. De keuze van de twee te onderzoeken landen naast België gebeurde op basis van de wens om een zo ruim mogelijk perspectief te krijgen in de Civil Law. Omdat België toch nog steeds sterk aanleunt bij het Franse recht, wordt Frankrijk niet specifiek behandeld. Nederland wordt op sterke wijze beïnvloed door het Angelsaksische recht en heeft bovendien een recent Burgerlijk Wetboek. Vandaar dat het dan ook afwijkt van het Belgische recht en een interessant onderzoeksobject vormt. Duitsland kan ten slotte als één van de belangrijkste rechtstelsels uit de Civil Law niet onbesproken blijven. Tevens blijkt dat de Letter of Intent een belangrijke rechtsfiguur is in het Duitse recht en reeds tot heel wat publicaties aanleiding gaf. Voor de Common Law landen wordt geopteerd voor enerzijds Engeland en anderzijds de Verenigde Staten. Deze keuze is vrij logisch aangezien dit de twee meest dominerende landen zijn uit de Common Law. Bovendien vindt men zowel in Engeland als in de Verenigde Staten toch heel wat belangrijke rechtspraak terug omtrent de gevolgen van een Letter of Intent. Australië, Nieuw-Zeeland, Canada vormen tevens interessante landen, maar wegens de vrij gelijkaardige visies met ofwel de VS ofwel Engeland zullen deze niet specifiek behandeld worden.

Hfst 1 Het geschrift genaamd Letter of Intent

1. Herkomst en situering

Oorspronkelijk werd de Letter of Intent gebruikt op de aandelenmarkt van de VS.⁴ De term werd voor het eerst omstreeks 1942 in de VS gebruikt⁵ en kan aldus als een importproduct uit de Anglo-Amerikaanse rechtspraktijk beschouwd worden. Vandaag wordt de Letter of Intent in een enorm en vooral verscheiden aantal transacties in allerlei sectoren over de ganse wereld gebruikt.

De Letter of Intent is een algemene term die bepaalde precontractuele documenten omvat. Deze geschriften worden opgesteld tijdens de precontractuele periode, zijnde de tijdspanne tussen het ogenblik dat potentieel toekomstige contractspartijen met elkaar in contact treden en het ogenblik dat de onderhandelingen worden stopgezet.⁶ Het stopzetten van die onderhandelingen kan door het bereiken van een overeenkomst, maar ook door de eenzijdige of in onderling overleg genomen beslissing om de onderhandelingen niet meer verder te zetten.⁷

De onderhandelende partijen gebruiken vaak een variëteit aan benamingen: memorandum of understanding, heads of agreement, letter of understanding, agreement in principle, memorandum of intent, points of reference, principles of cooperation, etc. De Letter of Intent kent aldus zeer vele verschijningsvormen en kan een zeer gevarieerde inhoud hebben. Soms heerst er wel verwarring omtrent sommige rechtsfiguren en worden zij ten onrechte als een Letter of Intent bestempeld.

2. Vorm, doel en inhoud

Het bestaan van een Letter of Intent impliceert een geschrift. Dit geschrift kan eenzijdig zijn waarbij een brief van de ene partij aan de andere partij wordt gestuurd, maar kan ook tweezijdig zijn. Enerzijds kan dit voorkomen indien een door één van de partijen gestuurde brief voor akkoord ondertekend en teruggestuurd wordt door de andere partij. Anderzijds kunnen de partijen ook gezamenlijk een stuk opstellen en ondertekenen.⁸

In de Duitse literatuur⁹ wordt vaak gesteld dat het vrijwel altijd een in briefvorm opgesteld geschrift betreft. Deze Duitse praktijk wijkt sterk af van hetgeen in Nederland en in België wordt gesteld omtrent de mogelijkheid tot het opstellen van een gezamenlijk stuk. Het door LUTTER¹⁰ vooropgestelde principe dat een Letter of Intent steeds een eenzijdig opgesteld document is, wordt niet meer algemeen aanvaard. Zo stelde HOLGER¹¹ recent dat deze

⁴ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, "Contract formation and letters of intent", Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 143.

⁵ W.S.M. SCHUT, "Letters of intent", Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 1.

⁶ M. COIPEL, "Éléments de théorie générale des contrats", Diegem, E. Story-Scientia, 1999, 31.

⁷ M. BOLLEN, "Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een aquisitieovereenkomst", *TBBR* 2003, 138.

⁸ W.S.M. SCHUT, "Letters of intent", Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 6.

⁹ P. SIEBOURG, "Der Letter of Intent: ein Beitrag zum US-amerikanischen und deutschen Recht mit vergleichenden Anmerkungen", 1979, 4; M. LUTTER, "Der Letter of Intent: zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen", Köln, Heymanns, 1998, 10.

¹⁰ M. LUTTER, "Der Letter of Intent: zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen", Köln, Heymanns, 1998, 10.

¹¹ J. HOLGER, "Der Letter of Intent", Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000, 60.

zienswijze niet meer nagevolgd kan worden en dat een Letter of Intent zowel eenzijdig als tweezijdig kan zijn. Duitsland is zowat het enige land ter wereld waar de Letter of Intent dan ook zoveel aandacht heeft gekregen in de rechtsleer¹² en waarbij er ook duidelijk verschillende standpunten maar ook evoluties merkbaar zijn.

Het doel van een Letter of Intent is ervoor te zorgen dat de partners zich dankzij het bezit van een Letter of Intent veiliger voelen, zelfs al heeft men de juridische gevolgen ervan niet altijd duidelijk voor ogen.¹³ Deze algemene omschrijving van het doel is echter ondertussen reeds voorbijgestreefd. Anno 2010 zal men omwille van zeer precieze redenen een Letter of Intent opstellen. Zo kan men alvast volgende redenen onderscheiden¹⁴: de objectieven van de ondernomen onderhandelingen vastleggen, de reeds bereikte resultaten van de onderhandelingen opsommen en vastleggen, bepaalde aspecten uit de onderhandelingsprocedure verduidelijken, het bestendigen van het akkoord van de essentiële elementen eens het behaald wordt, de details opsommen waarover nog akkoord moet bereikt worden, om aan derden, waarvan de medewerking is vereist, de objectieven en perspectieven van de ondernomen onderhandelingen te verduidelijken.

De inhoud van een Letter of Intent is geheel afhankelijk van de omstandigheden. Deze kan buitengewoon summier of net zeer uitgebreid geformuleerd zijn.¹⁵ De inhoud wordt volledig bepaald door de wil van de partijen en vooral door het doel dat men via het opstellen van de Letter of Intent wil bereiken. De partijen zijn volledig vrij in het bepalen van deze inhoud, maar moeten steeds de mogelijke gevolgen die aan de inhoud ervan verbonden kunnen worden, voor ogen houden.

3. Het bedrijfsleven & het internationaal handelsverkeer

3.1 Nood aan de Letter of Intent

De bedrijfswereld heeft geboorte gegeven aan de Letter of Intent en zal aldus bepalen waar, hoe en wanneer deze Letter of Intent gebruikt zal worden. Enerzijds kan de nood tot het opstellen ontstaan uit interne vereisten waaronder de definitie, fases en objectieven van een onderhandelingsprocedure. Anderzijds kunnen ook externe vereisten aan de nood ten grondslag liggen, zoals de vereiste van een document om aan derden te kunnen voorleggen en zo hun voorafgaande goedkeuringen te bekomen, of om financiering te bekomen.

Ervan uitgaande dat de Letter of Intent pas een kleine zeventig jaar bestaat en er slechts de laatste dertig jaar werkelijk grondig juridisch onderzoek naar verricht wordt, moet tot de conclusie leiden dat deze keer niet de juristen maar de businessmen het heft in handen hebben. Zij beslissen immers tot het gebruik ervan en zelfs al zouden de juristen een theoretisch perfecte definitie gemaakt hebben, dan zal niks hen beletten om daarvan af te wijken.

De ambiguïteit of zelfs obscuriteit heeft net zijn oorsprong in de opmaak van Letters of Intent door mensen die geen juridische achtergrond hebben. Nog steeds wordt een Letter of Intent

¹² J. HOLGER, "Der Letter of Intent", Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000, 261; M. LUTTER, "Der Letter of Intent: zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen", Köln, Heymanns, 1998, 215; SIEBOURG, P., "Der Letter of Intent: ein Beitrag zum US-amerikanischen und deutschen Recht mit vergleichenden Anmerkungen", 1979, 285.

¹³ W.S.M. SCHUT, "Letters of intent", Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 10.

¹⁴ M. FONTAINE en F. DE LY, "Droits des contrats internationaux", Brussel, Bruylant, 2003, 6.

¹⁵ W.S.M. SCHUT, "Letters of intent", Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 6.

jammergenoeg vaak opgesteld alvorens de juristen in beeld komen. Vandaar dat ook vandaag de kenmerken vaag en ambiguë met de Letter of Intent verbonden worden.

In het bedrijfsleven kunnen actoren beloftes maken in een Letter of Intent waardoor de andere partij steunend op ‘a man’s word’ met de uitvoering van bepaalde werken zal beginnen. Deze businessmen zullen meestal hun beloftes nakomen omdat zij sancties van de bedrijfswereld, eerder dan juridische sancties, vrezen waardoor vaak in de Letter of Intent gesteld wordt dat deze niet bindend is.¹⁶ In de sector van de grote bouw-en constructiewerken wordt op basis van een Letter of Intent dan ook vaak overgegaan tot de aanvang van de werken, maar ook de gevolgen van die letters worden in vraag gesteld.

Echter door hieruit te besluiten dat de juristen hierin geen plaats hebben en de touwtjes in handen moeten blijven van de bedrijfslui, gaat men pas echt de foute richting uit.

3.2 Juristen in confrontatie met de Letter of Intent

3.2.1 Onvoorziene gevolgen

Wat de businessmen vaak uit het oog verliezen is dat zij door hun onwetendheid omtrent de mogelijke juridische gevolgen zich vaak in een risicovolle situatie plaatsen. Juristen concentreren zich de laatste decennia op de juridische draagwijdte van de Letter of Intent en de mogelijke daaraan verbonden gevolgen zoals aansprakelijkheden. Een bedrijf zal misschien dan wel niet de intentie hebben om zich te verbinden, maar door een samenloop van omstandigheden kan een rechter daar wel eens anders over beslissen waardoor men opeens met een hoop onverwachte gevolgen opgescheept zit.

Er moet wel worden opgemerkt dat de vraag naar de juridische betekenis slechts op de voorgrond zal treden wanneer de partijen van een Letter of Intent het oneens zijn over de rechtsgevolgen van dit geschrift.

3.2.2 Complexiteit internationaal handelsverkeer

Reeds in de jaren zeventig werd door FONTAINE gesteld dat in de internationale economische relaties er steeds meer complexere operaties en transacties werden gesteld.¹⁷ Het gevolg daarvan was dat de onderhandelingen van dergelijke contracten veel langer en moeilijker werden. Daardoor hebben de businessmen nood aan het op papier stellen van enkele elementen voor of tijdens de onderhandelingen. Door de gigantische groei van de internationale handel de laatste decennia, kan men enkel tot het besluit komen dat vandaag de relaties complexer zijn dan ooit waardoor de nood aan een Letter of Intent nóg groter wordt. Dit besluit wordt uitdrukkelijk door FONTAINE bevestigd die zo’n kleine dertig jaar na het uitbrengen van de studie van de Europese werkgroep stelt dat de Letters of Intent steeds gesofisticeerder worden en nu regelmatig tientallen pagina’s tellen.¹⁸ Ondertussen is er bijna opnieuw een decennia voorbijgegaan en groeit de complexiteit van het internationale handelsverkeer nog steeds.

¹⁶ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, “Contract formation and letters of intent”, Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 147.

¹⁷ M. FONTAINE, “Les lettres d’intention dans la négociation des contrats internationaux”, *DPIC* 1977, 76.

¹⁸ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 10.

3.2.3 Juridische situering

Geen enkel raamwerk uit een bepaalde juridische context kan worden gebruikt, daardoor verloopt het juridisch onderzoek eerder op empirische en gedesorienteerde wijze.¹⁹ Nergens ter wereld is er immers een rechtsstelsel dat een specifieke regeling aanbiedt met betrekking tot de juridische kwalificatie en gevolgen van een Letter of Intent. De klassieke theorieën betreffende het sluiten van overeenkomsten zijn zowel in de Common als Civil Law landen ontwikkeld rond een snelle onderhandelingsperiode waarbij op zeer korte termijn een overeenkomst gesloten wordt. Tegenwoordig zijn lange, moeilijke en complexe onderhandelingen de voorbode van een mogelijk toekomstig contract waarop de klassieke concepten niet kunnen worden toegepast. Ondanks de ontwikkelingen inzake de reliance interest in Common Law en de culpa in contrahendo in Civil Law staan alle nationale rechtsstelsels nog steeds ver van de ontwikkelingen van de Letter of Intent in de internationale handel.

3.3 Soorten transacties

Overeenkomsten waarvan de onderhandelingen en de uitvoering meer dan enkele maanden of zelfs jaren kunnen duren, geven aanleiding tot het opstellen van een Letter of Intent. Het betreft meestal internationale handelstransacties, maar dat belet niet dat tijdens kleinere nationale onderhandelingen ook een Letter of Intent wordt gesloten. Natuurlijk kunnen deze transacties niet op een limitatieve wijze opgesomd worden, maar de voornaamste transacties zijn: mergers & acquisitions, joint-ventures, consortiumovereenkomsten, constructiecontracten, lange termijn leveringsovereenkomsten, know-how en technische bijstand overeenkomsten. Specifieke voorbeelden zijn²⁰: akkoorden met betrekking tot de sleutel-op-de-deur constructies van fabrieksgebouwen, de productie van burgerlijke en militaire vliegtuigen, de bodemanalyse of winning van ondergrondse of onderzeese producten, de lange termijn bevoorrading van grondstoffen van bedrijven, de overdracht, de ruil of de gemeenschappelijke exploitatie van nieuwe technologieën.

4. Definitie

De groeiende interesse op juridisch vlak voor de Letter of Intent heeft er voor gezorgd dat vele auteurs dit algemene en complexe geschrift proberen te definiëren. Men kan echter bij elke gedetailleerde definitie onmiddellijk tot het besluit komen dat deze definitie ofwel onvolledig is ofwel volledig de mist ingaat. Immers een zodanig ruim concept als een Letter of Intent laat zich niet zomaar definiëren. Zeker niet als je de context waarin de Letter of Intent wordt gebruikt in rekening neemt. De definiëring vanuit bepaalde rechtstelsels is toch belangrijk om na te gaan omdat deze onmiddellijk inzicht geven over de manier waarop men in die rechtsstelsels met de Letter of Intent omgaat.

De door FONTAINE geformuleerde definitie is mijn inziens, samen met die van LAKE en DRAETTA, de meest correcte, maar dan ook de meest ruime definitie: een Letter of Intent is

¹⁹ U. DRAETTA, "The Pennzoil Case and the binding effect of the letters intent in the international trade practice", *RDAI* 1988, 156.

²⁰ M. FONTAINE en F. DE LY, "Droits des contrats internationaux", Brussel, Bruylant, 2003, 5.

elk type precontractueel document waardoor een partij of alle partijen het onderhandelingsproces en de vorming van het contract wensen te regelen.²¹

LAKE en DRAETTA kwamen na decennialang onderzoek²² tot de volgende definitie: “*a precontractual written instrument that reflects preliminary agreements of understandings of one or more parties to a future contract*”²³.

Beide definities laten genoeg ruimte open voor het enorm variërend aantal Letters of Intent, maar tevens wordt de essentie benadrukt namelijk een precontractueel document waarin men elementen van de onderhandelingen en vorming van een toekomstig contract wil regelen.

Natuurlijk zijn er nog veel meer auteurs die een goede definitie gemaakt hebben, maar het probleem is dat men vaak een definitie vanuit het eigen nationale rechtstelsel maakt waardoor de algemene, internationale toepassing niet mogelijk is. Desondanks moeten nog een aantal andere algemene definities van naderbij worden bekeken.

Zo definieerde DIRIX de Letter of Intent als “een, veelal in briefvorm, opgesteld geschrift ter voorbereiding van de totstandkoming van de overeenkomst. Het document kan eenzijdig zijn of tweezijdig(…)” maar het kan ook gezamenlijk door de partijen worden opgesteld.²⁴ Deze definitie is weliswaar omslachtiger dan deze van FONTAINE, maar inhoudelijk correct.

De volgende twee Duitse definities verdienen alvast de voorkeur op die van LUTTER omdat ze op algemene, universele manier de Letter of Intent definiëren:

HOLGER: “*Der letter of intent ist ein, nicht notwendig in Briefform gehaltenes, vorvertragliches Dokument, das von den Parteien unterzeichnet wird und die Absicht erklärt, den Vertrag zu den in dem Dokument genannten Konditionen, in der darin festgelegte Weise zu schließen*”²⁵;

SIEBOURG: “*eine Vielzahl verschiedenartiger, schriftlicher, regelmäßig in Briefform gefaßter, jede mögliche Intensitätsstufe beinhaltender Erklärungen und Vereinbarungen*” zu verstehen seien, “*denen gemeinsam ist, daß sie in irgendeiner Weise der Vorbereitung eines Vertrages, Vertragswerkes oder einer bzw. Mehrerer formeller Vertragsurkunden dienen*”²⁶

Daarentegen zijn er heel wat auteurs die door hun te enge omschrijving deze figuur niet geheel omvatten.²⁷

SCHUT maakte de volgende definitie “*een een - of tweezijdig, regelmatig in briefvorm opgesteld geschrift dat ter voorbereiding van een definitieve overeenkomst het voorlopig*

²¹ M. FONTAINE, EN F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 6.

²² Zie U. DRAETTA, “Il diritto dei contratti internazionali. La formazione dei contratti”, *Padoue* 1984, 47-80; U. DRAETTA, “Gli usi del commercio internazionale nella formazione di contratti internazionali”, in X., *Gli usi del commercio internazionale nella negoziazione ed esecuzione dei contratti internazionali*, Milan, 1985, 37-52; R. LAKE, “Letters of intent : A comparative examination under English, US, French and West German law” *18 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ.* 1984-1985, 331-354 ; U. DRAETTA, “The Pennzoil Case and the binding effect of the letters intent in the international trade practice”, *RDAI* 1988, 156; R. LAKE en U. DRAETTA, “Letters of intent and other precontractual documents: comparative and analysis”, Stoneham, Butterworth, 1989, 23; R. LAKE en U. DRAETTA, “Letters of intent and precontractual liability”, *RDAI* 1993, 835; R. LAKE en U. DRAETTA, “Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms”, 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 5.

²³ R. LAKE en U. DRAETTA, “Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms”, 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 5.

²⁴ E. DIRIX, “Gentlemen’s Agreements en andere afspraken met onzekere gevolgen”, *RW* 1985-86, 2140.

²⁵ J. HOLGER, “Der Letter of Intent”, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000, 60.

²⁶ P. SIEBOURG, “Der Letter of Intent: ein Beitrag zum US-amerikanischen und deutschen Recht mit vergleichenden Anmerkungen”, 1979, 145.

²⁷ Zie W.S.M. SCHUT, “Letters of intent”, Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 2; W. DEJONGHE, en W. VAN DE VOORDE, “Negotiated Acquisition”, in W. DEJONGHE en W. VAN DE VOORDE (eds.), *M&A in Belgium*, Den Haag, Kluwer Law International, 2001, 61; M. LUTTER, “Der Letter of Intent: zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen”, Köln, Heymanns, 1998, 10.

resultaat van de onderhandelingen weergeeft in het stadium waarin deze zich op dat moment bevinden”²⁸.

In deze definitie wordt volledig voorbijgegaan aan het feit dat een Letter of Intent vaak ook de doeleinden of fases van het onderhandelingsproces zelf regelt.

Een eveneens voor commentaar vatbare definitie is die van LUTTER²⁹ waarin gesteld wordt dat een Letter of Intent een eenzijdig opgestelde brief is.

Ondanks het feit dat er in de Common Law amper interesse is om de Letter of Intent te definiëren moet deze, weliswaar verouderde, definitie van KRAUSE worden opgemerkt: “*A letter of intent is used to express the intention of the parties and does not constitute a binding agreement*”³⁰. Dit is een typisch voorbeeld van de archaïsche manier waarop men althans vroeger in de Common Law met de Letter of Intent omging.

5. Progressief versus geruisloos contracteren

In de onderhandelingsfase kunnen er verscheidene etappes voorkomen waardoor men stapsgewijs en aldus progressief contracteert. Er worden daarbij allerlei voorbereidende en voorcontracten gesloten met het oog op het voorbereiden en bereiken van de finaal beoogde overeenkomst waarover onderhandeld wordt. De partijen gaan hierbij bewust over tot het sluiten van bijvoorbeeld Letters of Intent, raam - of rompovereenkomsten, optiecontracten etc. Het progressief contracteren staat dan ook gelijk contracteren anno 2010, waarbij de onderhandelende partijen zich bewust zijn van de stappen die in een onderhandelingsproces kunnen worden genomen.

Tijdens onderhandelingen komt het soms voor dat de partijen door omstandigheden het gebied van de vrijblijvende voorstellen en tegenvoorstellen ‘geruisloos’ verlaten om een contractuele binding tot stand te brengen, maar dit zonder dat die partijen noodzakelijk deze intentie hadden, en zij aldus dachten nog steeds aan het onderhandelen te zijn.³¹ Dit fenomeen wordt door SCHRANS³² het ‘geruisloos contracteren’ genoemd. Er worden op dat ogenblik Letters of Intent opgesteld en ondertekend door de onderhandelingspartners, om op die wijze etappes van de onderhandelingen schriftelijk te formaliseren. Uiteindelijk is het dan de bedoeling dat bij het einde van de onderhandelingen de juristen het finale contract zullen opstellen. Dit fenomeen is natuurlijk gevaarlijk aangezien op deze wijze de onderhandelingspartner zonder er zich van bewust te zijn reeds juridisch afdwingbare verbintenissen ten aanzien van de andere partner aangaat terwijl dit allesbehalve de bedoeling was.

6. Begrenzing met andere rechtsfiguren

6.1 Letter of Comfort

De laatste dertig jaar is een commerciële praktijk ontwikkeld waarbij moedermaatschappijen, die in de onmogelijkheid verkeren of onwillend zijn om garanties of borgen te verstrekken aan hun dochtermaatschappijen, een bericht van ondersteuning zenden aan financiële

²⁸ W.S.M. SCHUT, “Letters of intent”, Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 2.

²⁹ M. LUTTER, “Der Letter of Intent: zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen”, Köln, Heymanns, 1998, 10.

³⁰ KRAUSE, “Letter of Intent – An Agreement to Agree”, *NY State Bar Journal* 1978, 474.

³¹ G. SCHRANS, “De progressieve totstandkoming der contracten”, *TPR* 1984, 16-17.

³² G. SCHRANS, “De progressieve totstandkoming der contracten”, *TPR* 1984, 16.

instellingen om hen te bemoedigen tot het verstrekken van leningen aan de dochtermaatschappijen. Een dergelijk bericht vanuit de moederonderneming is een Letter of Comfort, ook gekend als Letter of Awareness, Letter of Support, Letter of Responsibility en Letter of Patronage (Patronaatsverklaring of Patronatserklärung).³³

In ongeveer elk artikel over de Letter of Intent wordt ofwel de link met de Letter of Comfort gelegd ofwel worden ze onderling met elkaar verward. De verwarring tussen beide Letters lijkt op het eerste zicht onlogisch aangezien de Letters een compleet andere inhoud en doel hebben, maar naderhand blijken er twee oorzaken te zijn. Enerzijds zijn beide Letters vrij recente fenomenen die uit de commerciële praktijk zijn gegroeid. Deze documenten worden als een commercieel instrument in de internationale handel gebruikt en zijn vaak vrij ambiguë waardoor onzekerheid ontstaat. Bovendien hebben ze beide tot doel de onderhandelingen te vergemakkelijken. Anderzijds worden de Letters of Comfort in Frankrijk onder de term 'lettres d'intention' geplaatst.³⁴ Gevolg hiervan is dat in elk Frans artikel de Letter of Comfort onder de noemer van de Letter of Intent wordt besproken.³⁵

Jammergenoeg blijft deze verwarring bestaan, maar ook andere auteurs³⁶ roepen op om duidelijkheid te scheppen en dus beide concepten duidelijk van elkaar te onderscheiden.

6.2 *Gentlemen's agreement*

Gentlemen's agreements zijn afspraken die de partijen enkel in eer en geweten verbinden en waarvan de nakoming niet in rechte kan worden gevorderd.³⁷ De animus contrahendae obligationis ontbreekt bij dergelijke afspraken indien de partijen niet de bedoeling hebben zich juridisch te verbinden, waardoor er geen overeenkomst tot stand kan komen.³⁸ De bevoegdheid van de partijen, met name om aan hun afspraken juridische afdwingbaarheid te ontzeggen, is gegrond op het principe van de wilsautonomie. Deze afspraken kunnen ook in een commerciële sfeer worden afgesloten indien de partijen dergelijke intenties op een duidelijke wijze uitdrukken.³⁹

Het grote verschilpunt met een Letter of Intent is dat deze een geschrift vereist en het al dan niet bindend karakter per case moet worden onderzocht, terwijl een Gentlemen's Agreement zowel mondeling als schriftelijk kan zijn en altijd een niet rechtens bindende afspraak zal behelzen.⁴⁰

6.3 *Heads of Agreement*

Heads of Agreements is een overeenkomst waarin de partijen vastleggen over welke punten van de onderhandelingen er wilsovereenstemming is bereikt en waarin zij zich er tevens toe verbinden om verder te onderhandelen over andere elementen die nog nader moeten worden

³³ P. GILIKER, "Pre-contractual Liability in English and French Law", Den Haag, Kluwer Law International, 2002, 54.

³⁴ P. GILIKER, "Pre-contractual Liability in English and French Law", Den Haag, Kluwer Law International, 2002, 54.

³⁵ Zie B. OPPETIT, "L'engagement d'honneur", *Dall.* 1979, 109-110; M. DE VITA, "La jurisprudence en matière de lettres d'intention. Etude analytique", *Gaz. Pal.* 1987, 667-670.

³⁶ M. FONTAINE en F. DE LY, "Droits des contrats internationaux", Brussel, Bruylant, 2003, 13.

³⁷ E. DIRIX, "Gentlemen's Agreements en andere afspraken met onzekere gevolgen", *RW* 1985-86, 2130.

³⁸ Cass. 2 december 1875, *Pas.* 1876, I, 37.

³⁹ *Rose & Frank C^o v J.R. Crompton Ltd* (1925) A.C. 445; Cass. 11 januari 1978, *ArrCass* 1978, 561.

⁴⁰ B. WESSELS, "Gentlemen's agreements", Arnhem, Gouda Quint, 1984, 42.

uitgewerkt.⁴¹ Dit principe - of beginselakkoord bindt de partijen van zodra er wilsovereenstemming bestaat over de essentiële bestanddelen van de beoogde overeenkomst. Bij een acquisitieovereenkomst zou dit het voorwerp van de overeenkomst en de prijs zijn.⁴² Door een heads of agreement af te sluiten kunnen de partijen niet meer terugkomen op de opgenomen afspraken en gaan de partijen tevens bepaalde bijkomende verbintenissen aan. De definitieve overeenkomst zal pas tot stand komen wanneer er overeenstemming is bereikt over de andere elementen.

Bij de Duitse Punkation⁴³ zijn de partijen het eens over de wezenlijke bestanddelen, terwijl over aanvullende punten nog overeenstemming moet worden bereikt. Het grote verschil is dat er een wettelijke regeling bestaat. In geval van twijfel zal er overeenkomstig art. 154 BGB geen sprake zijn van een overeenkomst.⁴⁴

Een dergelijk akkoord kan allerlei vormen aannemen waaronder opgenomen worden in een Letter of Intent.

6.4 Voorkeurovereenkomst

Pacte de préférence ofwel voorkeurovereenkomst is een overeenkomst waarbij de belover er zich toe verbindt om wanneer hij zou besluiten, zonder daartoe verplicht te zijn, een bepaalde overeenkomst te sluiten, deze bij voorkeur boven alle anderen aan te gaan met de medecontractant.⁴⁵ Deze partij zal dan over een right of first refusal beschikken.

Deze overeenkomst wordt vaak gesloten als een accessoir contract bij een ander contract ofwel als een afzonderlijk beding in een hoofdovereenkomst opgenomen.⁴⁶

6.5 Contractsbelofte

De contractsbelofte kan zowel eenzijdig als wederkerig zijn. Een eenzijdige contractbelofte of optiecontract is een overeenkomst waarbij een partij aan de andere partij het recht verleent om binnen een bepaalde termijn eenzijdig te beslissen om met haar een contract te sluiten, waarvan alle essentiële bestanddelen in het optiecontract reeds zijn vastgelegd.⁴⁷ De wederkerige contractbelofte is een overeenkomst waarbij de partijen zich over en weer verbinden om op een latere datum, op verzoek van één van die partijen, de in de contractbelofte geïmagineerde overeenkomst, waarvan de hoofdbestanddelen zijn vastgelegd, te

⁴¹ W. GELDHOF, "Voorcontracten en voorbereidende contracten in X., Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Commentaar verbintenissenrecht, 3; G. SCHRANS, "De progressieve totstandkoming der contracten", TPR 1984, 24.

⁴² M. BOLLEN, "Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst", *TBBR* 2003, 144.

⁴³ M. LUTTER, "Der Letter of Intent: zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen", Köln, Heymanns, 1998, 14.

⁴⁴ W.S.M. SCHUT, "Letters of intent", Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 61.

⁴⁵ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, "Verbintenissenrecht", Leuven, Acco, 2006, 162; A. VAN OEVELEN, "Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten", *DAOR* 1990, nr. 14, 61.

⁴⁶ W. GELDHOF, "Voorcontracten en voorbereidende contracten in X., Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Commentaar verbintenissenrecht, 5.

⁴⁷ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, "Verbintenissenrecht", Leuven, Acco, 2006, 162.

sluiten.⁴⁸ Typerend aan deze rechtsfiguur is dat er een akkoord bestaat omtrent de essentiële bestanddelen, waardoor er hierover geen onderhandelingen meer kunnen volgen.

6.7 Intentieverklaring

Terwijl zowel in België als in Nederland⁴⁹ de intentieverklaring nog altijd als een synoniem van de Letter of Intent wordt beschouwd, trekt de Duitse Rechtsleer deze loutere gelijkstelling sterk in twijfel. Absichtserklärung, intentieverklaring, mag dan enerzijds wel een correcte vertaling zijn van de term Letter of Intent, maar anderzijds drukt die vertaling volgens LUTTER⁵⁰ niet de volledige achtergrond van het woord ‘intent’ uit.

⁴⁸ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, “Verbintenissenrecht”, Leuven, Acco, 2006, 162; A. VAN OEVELEN, “Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten”, *DAOR* 1990, nr. 14, 61.

⁴⁹ W.S.M. SCHUT, “Letters of intent”, Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 1.

⁵⁰ M. LUTTER, “Der Letter of Intent: zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen”, Köln, Heymanns, 1998, 12.

Hfst 2 Contract Law & Letter of Intent

1. Belang

Om te kunnen onderzoeken of een Letter of Intent al dan niet bindende kracht heeft, moet eerst worden nagegaan op basis van welke elementen in de diverse rechtsstelsels besloten wordt tot de vorming van een overeenkomst. Het contract law is de belangrijkste factor bij het bepalen van de draagwijdte van een Letter of Intent. Bij elk rechtstelsel zal worden nagegaan welke elementen van cruciaal belang zijn. Daarnaast zullen ook enkele internationale akkoorden en principes worden onderzocht. Belangrijk al op te merken is dat het onderscheid tussen de Civil en Common Law zich onder andere uitdrukt in het hanteren van een verschillende aanpak van de intenties van de partijen. In de Civil Law hanteert men de subjectieve theorie waardoor naast de uitgedrukte ook de werkelijke wil zal worden nagegaan.⁵¹ Daarentegen wordt in de Common Law de objectieve theorie gehanteerd, hoewel dit niet in absolute termen kan gesteld worden voor wat betreft de VS.⁵² Het onderzoek naar de wil van de partijen wordt daardoor beperkt tot de externe uitdrukkingen van die wil. Er zal bijgevolg geen onderzoek zijn naar de innerlijke of verborgen intenties. Deze theorie zal nergens absoluut zijn waardoor er steeds correcties zijn en een dergelijke subjectieve of objectieve aanpak zal pas plaatsvinden wanneer de intenties van de partijen niet duidelijk zijn. Duitsland zweeft ergens tussen de objectieve en subjectieve aanpak.

2. Civil Law

2.1 België

De wilsautonomie beheerst in België het verbintenissenrecht waardoor door loutere wilsovereenstemming een overeenkomst gesloten wordt. De geldigheidsvoorwaarden van een overeenkomst zijn de toestemming van de zich verbindende partij, de bekwaamheid om een overeenkomst te kunnen aangaan, een bepaald of bepaalbaar voorwerp als inhoud van de verbintenis en een geoorloofde oorzaak, artikel 1108 BW. Daarnaast geldt ook het principe van aanbod en aanvaarding.

2.2 Nederland

Overeenkomsten kunnen op algemene wijze worden omschreven, maar in Nederland wordt meer specifiek ook het onderscheid gemaakt naar de aard van het recht waarop de overeenkomst betrekking heeft waaronder de obligatoire overeenkomst. Het NBW definieert deze obligatoire overeenkomst in Artikel 6:213 lid 1 als *“een meerszijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan”*. Deze overeenkomst door ASSER nader omschreven als *“een rechtshandeling die tot stand komt door het overeenstemmen van onderling afhankelijke wilsverklaringen van twee of meer partijen en die is gericht op het scheppen (of wijzigen) van verbintenissen ten behoeve van een der partijen en ten laste van de andere partij(en) of ten behoeve en ten laste van beide*

⁵¹ J. SCHMIDT, “Les lettres d’intention”, *RDAI* 2002, 262.

⁵² E.A. FARNSWORTH, W.F. YOUNG, C. SANGER, “Contracts: cases and materials”, New York, Foundation Press, 2001, 119.

(alle) partijen over en weer”⁵³. Net zoals in het Belgische recht wordt er een toepassing gemaakt van de wilsautonomie waardoor de wil van de partijen gericht moet zijn op het teweegbrengen van een rechtsgevolg opdat een overeenkomst kan tot stand komen. Evenals de principes van aanbod en aanvaarding bij de vorming zijn van toepassing.

2.3 Duitsland

De terminologie en de enorme verscheidenheid aan juridische concepten is van enorm belang in het Duitse Recht. Dit is tevens het uitgangbord van dit abstracte rechtssysteem. Een contract kan beschreven worden als een rechtshandeling, Rechtsgeschäft, die uit twee corresponderende wilsverklaringen bestaat, Willenserklärung, namelijk aanbod en aanvaarding, Antrag en Annahme.⁵⁴ Om aldus een verbintenisrechtelijke relatie tussen partijen door middel van een rechtshandeling te creëren moet er tot een contract, Vertrag, worden toegetreden, § 311 (1) BGB. Een Vertrag zal bijgevolg tot stand komen wanneer de aanvaarding ontvangen wordt door diegene die het aanbod deed, § 130 (1) BGB.

Hetgeen ten eerste van belang kan zijn bij een Letter of Intent is § 154 (1) BGB. Hierin wordt immers uitdrukkelijk gesteld dat wanneer er nog geen overeenstemming is bereikt over alle punten van de overeenkomst er bij twijfel besloten wordt dat nog geen overeenkomst tot stand is gekomen. Daarnaast zullen ook de overeenkomsten over individuele punten van een contract niet juridisch verbindend zijn, zelfs al zouden deze opgenomen zijn in een geschrift. Een Letter of Intent die dus de onderhandelingspunten bevat waar reeds overeenstemming is over bereikt, zal bijgevolg niet in rechte afdwingbaar zijn. De interpretatie van een overeenkomst zal gebeuren overeenkomstig de vereisten van de goede trouw, daarbij de gebruiken in acht nemend, § 157 BGB. Bij de interpretatie van een loutere intentieverklaring zal het noodzakelijk zijn om de werkelijke intenties van de partijen na te gaan in plaats van de letterlijke betekenis van de verklaring te volgen, § 133 BGB.

3. Common Law

3.1 Engeland

Bij het bestuderen van het Anglosaksische recht kan er terminologische verwarring ontstaan. Bepaalde begrippen hebben een andere draagwijdte dan in het continentale recht vandaar dat een basisterm als contract toch even naderbij moet bekeken worden.

Wat in de Common Law als een contract wordt beschouwd, wordt in de Civil Law eerder onder de noemer verbintenis uit overeenkomst of vertragliches Schulverhältnis geplaatst.⁵⁵ In die optiek is het contract, Vertrag, slechts een middel om in een relatie van verbintenissen te kunnen treden. De term contract heeft in de Common Law dus een veel bredere en ruimere betekenis en beperkt zich niet louter tot het contract sensu stricto waarin wordt toegetreden.

⁵³ C. ASSER en A.S. HARTKAMP, “Verbintenissenrecht. 2: Algemene leer der overeenkomsten”, Deventer, Kluwer, 2005, 25.

⁵⁴ B. MARKESINIS, H. UNBERTH en A. JOHNSTON, “The German Law of Contract: a comparative treatise”, Oxford, Hart Publishing, 2006, 25.

⁵⁵ B. MARKESINIS, H. UNBERTH en A. JOHNSTON, “The German Law of Contract: a comparative treatise”, Oxford, Hart Publishing, 2006, 25.

De volgende elementen moeten aanwezig zijn opdat er sprake zou kunnen zijn van een overeenkomst: wederzijdse toestemming, consideration, de intentie om een overeenkomst te sluiten, juridische bekwaamheid.⁵⁶

Het belangrijkste principe in de Common Law is het vereiste van de consideration. Simpel gesteld is er consideration wanneer iemand een belofte maakt om in ruil daarvoor een voordeel te bekomen. In hoofde van de beide partijen moet er consideration zijn. Het tegenvoordeel dat men zal verkrijgen kan bestaan uit een belofte maar kan ook een uit te voeren gedraging zijn. Indien er geen consideration is kan er ook geen overeenkomst worden afgedwongen. Het is dus belangrijk dat er een ‘bargain’ tot stand komt. Belangrijk is ook dat de consideration niet evenredig moet zijn. Een belofte zal bindend zijn zelfs al is de waarde van het tegenvoordeel gering.⁵⁷

Er zijn ook enkele mechanismen om de zogenaamde ‘gaps in contract’ goed te maken namelijk de ‘terms implied by law’. De Sale of Goods Act 1979⁵⁸ is daarvan een voorbeeld. Section 8 blijkt van groot belang te zijn bij de verkoop van goederen en bijgevolg ook voor het opstellen van een Letter of Intent. Er wordt immers gesteld dat wanneer de prijs niet vaststaat, de koper een redelijke prijs moet betalen. Deze regel is gebaseerd op de *Hoadly v McLaine*⁵⁹ zaak. De ratio is om de partijen tot een overeenkomst gebonden te houden wanneer dat overeenstemt met de oorspronkelijke intenties van de partijen.⁶⁰

3.2 VS

Hoewel de VS natuurlijk niet zomaar globaal kan bekeken worden is het toch mogelijk om bepaalde algemeen aanvaarde principes aan te kaarten. Het contractenrecht behoort tot de bevoegdheid van de deelstaten, slechts enkele gelimiteerde gebieden behoren tot de federale bevoegdheid zoals de regeling van de interstatenhandel of contracten waarin de federale overheid is toegetreden. Bijgevolg zijn er 50 statelijke organen die het contract law vorm kunnen geven. Behalve in Louisiana, dat nog steeds het Civil Law hanteert als gevolg van de Franse bezetting, werd het Common Law van Engeland als basis juridisch systeem aanvaard. Vandaar dat het recht zich toch in algemene lijnen op vrij gelijkaardige manier heeft ontwikkeld in de verschillende Staten.⁶¹ Er zijn ook enkele Codes en Restatements waardoor het contract law voor een deel werd gecodificeerd maar ook gemoderniseerd.

De Uniform Commercial Code, UCC, is enkel van toepassing op specifieke types van commerciële transacties. De American Law Institute, ALI, en de National Conference of Commissioners of Uniform State Law, NCCUSL, hebben samen deze UCC opgesteld. Ondertussen werd de UCC door elke Staat aangenomen, zelfs Louisiana voor de meeste artikels, maar aangezien er veel ruimte is voor alternatieven en interpretaties, continue veranderingen aan de UCC worden aangebracht en er aldus verschillende versies in omloop zijn, kan men niet van een werkelijk uniform wetboek spreken.⁶² De vergelijking met een zogenaamde ‘code in de civilian sense’ gaat ook om die reden niet op aangezien de UCC een

⁵⁶ H.B. BAELE (ed.), “Chitty on contracts: General Principles”, London Sweet & Maxwell, 2004, 119.

⁵⁷ K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, T. WEIR, “Introduction to comparative law”, Oxford, Clarendon press, 1998, 391.

⁵⁸ The Sale of Goods Act 1979 (c 54).

⁵⁹ *Hoadly v McLaine*, [1834] 121 ER 949.

⁶⁰ S.N. BALL, “Work carried out in pursuance of letters of intent – contract or restitution?”, *The Law Quarterly Review* 1983, 585.

⁶¹ B. A. BLUM, “Contracts”, New York, Aspen Publishers, 2004, 24.

⁶² R. HYLAND, “The American Experience: Restatements, the UCC, Uniform Laws, and Transnational Coordination”, in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERRON, M. VELDMAN (eds.), *Towards a European Civil Code*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 61.

‘common law code’ is waarbij de algemene rechtsprincipes en equity van toepassing blijven tenzij daarvan specifiek wordt afgeweken.⁶³

Voornameijk van belang is Section 2 UCC met betrekking tot de sales of goods. Dit immense onderdeel is van enorm belang gebleken, niet alleen regelt het op uiterst precieze wijze de contracten van sales of goods, daarnaast is er een grote invloed op de ontwikkeling van het Common Law.⁶⁴

UCC s. 2:204 vormt een zeer belangrijk artikel bij de bespreking van Letters of Intent:

“Even though one or more terms are left open a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy”

Bij contracten die onder de toepassing van de UCC Section 2 vallen is het uitgangspunt dus of de partijen de intentie hadden om gebonden te zijn door hun woorden of gedragingen en of er voldoende bewijs is voor een rechter of arbiter om vast te stellen wat de basisinhoud van hun relatie was.

Daarnaast is er ook de Restatement Second of Contracts, dat in tegenstelling tot het UCC, geen statute law uitmaakt. Het is dus een ‘secondary authority’ die door het American Law Institute is opgemaakt met als doel de basisregels van het Amerikaanse recht op systematische manier uiteen te zetten.⁶⁵ De originele Restatement werd in de jaren 1930 opgemaakt, maar tijdens de jaren 1960 bleek deze duidelijk outdated te zijn. Finaal in 1980 werd de Restatement Second of Contracts gepubliceerd dat toch vrij sterk beïnvloed werd door het UCC. De regels in de Restatement werden grotendeels gedistilleerd uit besliste zaken waardoor deze zeer invloedrijk zijn. Deze Restatements hebben tot doel het rechterlijke beslissingsmakingsproces te beïnvloeden en dat wordt op twee manieren bereikt. Enerzijds als persuasive authority voor de regel of het principe dat volgens het ALI het best overeenstemt met de verwachtingen van het Amerikaanse rechtssysteem. Bijgevolg worden deze Restatements vaak geciteerd door advocaten. Anderzijds kan het Hooggerechtshof van een bepaalde Staat een bepaalde afdeling van het Restatement aannemen als de common law rule van die jurisdictie.⁶⁶ Gevolg is dat de Courts zich frequent baseren op deze regels.

De vereiste van de consideration is net zoals de andere elementen logischerwijze ook van toepassing in de VS en werd in § 71 Restatement Second of Contract opgenomen: *“To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for. A performance or return is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise”*. Dat is een kristalheldere uitleg van wat een consideration moet inhouden. Omtrent de vereiste van de intentie om een overeenkomst aan te gaan stelt § 21 Restatement Second of Contract duidelijk: *“It is not necessary that the parties are conscious of the legal relationship which their words or acts give rise to, but it is essential that the acts manifesting assent shall be done intentionally”*. Deze vereiste wordt aldus in de VS, in tegenstelling tot Engeland, niet meer gesteld.

⁶³ R. HYLAND, “The American Experience: Restatements, the UCC, Uniform Laws, and Transnational Coordination”, in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERRON, M. VELDMAN (eds.), *Towards a European Civil Code*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 62.

⁶⁴ B. A. BLUM, “Contracts”, New York, Aspen Publishers, 2004, 29.

⁶⁵ B. A. BLUM, “Contracts”, New York, Aspen Publishers, 2004, 30.

⁶⁶ R. HYLAND, “The American Experience: Restatements, the UCC, Uniform Laws, and Transnational Coordination”, in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERRON, M. VELDMAN (eds.), *Towards a European Civil Code*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 60.

4. Internationale akkoorden & principes

4.1 CISG

Het CISG of de Convention on Contracts for the International Sale of Goods⁶⁷ werd in 1980 unaniem goedgekeurd door de VN. Ondertussen werd dit Verdrag door ongeveer 70 staten geratificeerd. Het belang van de CISG is door het hoge aantal ratificaties gestegen, maar ook door het steeds hoger aantal rechterlijke en arbitrale beslissingen over de toepassing ervan.⁶⁸

Het CISG is enkel van toepassing op koopovereenkomsten van roerende zaken voor professionele doeleinden tussen partijen die in verschillende staten gevestigd zijn wanneer die staten verdragsluitende staten zijn of wanneer volgens de regels van het internationaal privaatrecht het recht van een verdragsluitende staat van toepassing is. Enkel de totstandkoming op zichzelf wordt door het CISG geregeld evenals de rechten en verplichtingen van de partijen.

De artikelen 14 tot en met 24 regelen op gedetailleerde wijze de totstandkoming van een dergelijke koopovereenkomst. De traditionele totstandkoming door aanbod en aanvaarding worden daarin gedetailleerd uitgewerkt.

4.2 UNIDROIT Principles 2004

Deze Unidroit Principles voor Internationale Commerciële Contracten uit 2004⁶⁹ zetten de algemene regels uit voor internationale commerciële contracten. Deze Principles zijn slechts van toepassing op overeenkomsten waarin men deze van toepassing heeft verklaard.

In de Unidroit Principles 2004 wordt in artikel 1.1 eerst de vrijheid van de partijen bevestigd om een contract aan te gaan en contractsinhoud vast te leggen. Er is ook geen enkele vormvereiste om een contract te sluiten er is dus geen geschrift vereist, artikel 1.2 Unidroit Principles 2004.

De vorming van een overeenkomst kan volgens deze principes op twee wijzen, artikel 2.1.1, door de aanvaarding van een aanbod of door het gedrag van de partijen dat volstaat om een overeenkomst aan te tonen.

Een specifiek artikel dat in de context van de Letters of Intent belangrijk kan zijn is artikel 2.1.14 betreffende contracten met bepalingen die opzettelijk opengelaten zijn. Hierin wordt gesteld dat als de partijen de intentie hadden om een overeenkomst te sluiten dan zal het feit dat zij opzettelijk een bepaling opengelaten hebben waarover nog overeenstemming moet worden bereikt in verdere onderhandelingen of door een derde partij, niet verhinderen dat het contract tot stand komt. Het bestaan van het contract wordt dus niet beïnvloed doordat de partijen nadien geen overeenkomst over die bepaling bereiken, de derde partij de bepaling niet vaststelt, voorzien dat er een alternatieve manier is om de bepaling definitief vast te leggen die redelijk is in de omstandigheden, kijkend naar de intenties van de partijen.

Nog belangrijker voor Letters of Intent is artikel 2.1.13 Unidroit Principles 2004. Dit artikel stelt: “*Where in the course of negotiations one of the parties insists that the contract is not*

⁶⁷ Verdrag inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken van 11 april 1980, BS 1 juli 1997.

⁶⁸ M.J. BONELL, “An international restatement of contract law”, Ardsley, Transnational Publisher, 2005, 301.

⁶⁹ Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, Rome, Unidroit, 2004, 385 (hierna verkort : Unidroit Principles 2004).

concluded until there is agreement on specific matters or in a particular form, no contract is concluded before agreement is reached on those matters or in that form”.

In de Commentaar⁷⁰ over dit artikel wordt benadrukt dat in commerciële onderhandelingen er vaak Letters of Intent worden opgesteld. Waarbij vaak dan een Subject to contract⁷¹ of Formal Agreement to follow clause wordt in opgenomen. Een Letter of Intent met een subject to contract clause en zelfs al is er over alle relevante aspecten reeds overeenstemming bereikt, dan zullen de partijen niet gebonden zijn. Deze gelding van een subject to contract clause is dus absoluut. Zonder een dergelijke clause zal een Letter of Intent waarin alle relevante aspecten waarover overeenstemming is bereikt worden opgenomen, weldegelijk als het tot stand komen van de overeenkomst beschouwd worden.

4.3 PECL

Aan de oorsprong van de Principles of European Contract Law, PECL, ligt de aanstelling door de toenmalige EEG Commissie van de Commission on European Contract Law, ook wel Lando Commissie genoemd. Deze werkgroep was samengesteld uit academici en mensen uit de praktijk. In 1982 begon het enorme studiewerk en in 2003 waren deze Europese Principes volledig afgewerkt.

De vereisten voor het sluiten van een overeenkomst worden opgesomd: de partijen moeten de wil hebben rechtens gebonden te zijn en voldoende overeenstemming bereiken, zonder enige andere vereiste, artikel 2:101 PECL. In datzelfde artikel wordt uitdrukkelijk gesteld dat een overeenkomst niet schriftelijk moet gesloten worden of door geschrift moet bewezen worden. Dit artikel is dus een duidelijke weergave van de wilsleer. Deze wil van de partij om rechtens gebonden te zijn bij overeenkomst, moet worden bepaald op grond van de verklaringen en gedragingen van de partij, zoals deze door de andere partij redelijkerwijs zijn begrepen, artikel 2:102 PECL.

Voldoende overeenstemming is er wanneer de bepalingen van de overeenkomst ofwel door de partijen voldoende bepaald zijn om de tenuitvoerlegging van de overeenkomst mogelijk te maken, ofwel op grond van de PECL Beginselen kunnen worden bepaald. Indien een partij de overeenkomst weigert te sluiten zolang er geen overeenstemming is over een bepaalde zaak, is er geen overeenkomst gesloten voordat er overeenstemming is over deze zaak, artikel 2:103 PECL. Vervolgens worden ook de principes van aanbod en aanvaarding gedefinieerd in artikel 2:201 en 2:204 PECL.

4.4 DCFR

In navolging van de afwerking van de PECL wou men nog verder gaan en het ganse Europese Privaatrecht bestuderen en dus niet louter het contractenrecht.

De Draft of a Common Frame of Reference, DCFR, is een van de meest recente resultaten van de Europese werkgroepen inzake privaatrecht. Deze draft werd op vraag van de Europese Commissie gemaakt en in 2009 werd de definitieve versie voorgesteld. De inhoud van het DCFR bestaat uit principes, definities en modelregelen van Europees Privaat Recht.

⁷⁰ Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, Rome, Unidroit, 2004, 55.

⁷¹ Zie infra p.32.

Enorm vele studiegroepen en pan-Europese groepen hebben aan deze draft meegewerkt. De Study Group on a European Civil Code (Study Group) en de Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group) presenteren deze herziene en finale academische DCFR.

Een van de doelen van de tekst was om te dienen voor het draften van een politiek Common Frame of Reference, maar heeft ook andere doelen. Zo zal het ook van groot belang zijn in de rechtswetenschap, het onderzoek en het onderwijs. Het DCFR is een academische tekst die de resultaten van een groot Europees onderzoeksproject uiteenzet. Op die wijze kunnen de verschillen en gelijkenissen van de EU rechtstelsel blootgelegd worden en aldus de kennis aanscherpen.⁷²

Een contract wordt in artikel II – 1:101 DCFR gedefinieerd als een overeenkomst die bedoeld is om een bindende juridische relatie of om een ander juridisch effect tot stand te brengen. Het is een twee - of meerzijdige rechtshandeling. Ook de partijautonomie wordt uitdrukkelijk erkend zowel de vrijheid om een contract tot stand te brengen als de inhoudsvrijheid, artikel II-1:102 DCFR. Daarnaast is er geen enkele vormvereiste van toepassing op de totstandkoming of het bewijs van contracten, artikel II-1:106 DCFR.

De vereisten voor het sluiten van een contract zijn: de intentie van de partijen om een bindende juridische relatie aan te gaan of een ander juridisch effect teweeg te brengen en een voldoende overeenkomst bereiken, artikel II-4:101 DCFR.

De intentie van de partijen wordt bepaald vanuit de verklaringen of gedragingen van de partij zoals zij redelijk begrepen werden door de andere partij, artikel II-4:102 DCFR.

Er is voldoende overeenkomst, artikel II-4:103 DCFR, indien de bepalingen van het contract voldoende zijn vastgesteld door de partijen om aan het contract effect te kunnen geven of wanneer de bepalingen van het contract of de rechten en verplichtingen van de partijen erin op een andere wijze voldoende kunnen vastgesteld worden om aan het contract effect te kunnen geven. Indien één van de partijen weigert om het contract te sluiten tenzij de partijen de partijen over een specifieke materie overeenkomen, dan is er geen contract tenzij overeenstemming over die materie is bereikt.

Opmerkelijk is dat in artikel II-4:211 DCFR aanvaard wordt dat niet alle overeenkomsten door middel van aanbod en aanvaarding gesloten kunnen worden. Daarbij wordt het principe gehanteerd dat de regels van de vorming van de overeenkomst toch van toepassing kunnen zijn mits de geschikte aanpassingen. Deze bepaling is echter niet vernieuwend want reeds in de PECL was deze opgenomen in artikel 2:211.

⁷² C. VON BAR, en E. CLIVE, (Eds.), “Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR)”, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, 29.

Hfst 3 Indeling van de Letter of Intent in categorieën

1. Keuze van de indeling

Omtrent de indeling van de Letters of Intent in categorieën is ondertussen veel literatuur verschenen. De meeste auteurs hanteren een eigen indeling, waardoor er geen consensus in de internationale rechtsleer bestaat omtrent de te volgen indeling. Dat is natuurlijk ook logisch omwille van de algemene draagwijdte die een Letter of Intent heeft, waardoor iedere auteur zelf de nadruk op bepaalde elementen legt en er bijgevolg verschillende indelingen ontstaan.

SCHRANS⁷³ heeft een indeling in 4 categorieën gemaakt op basis van de inhoud van de Letters of Intent. Deze zijn afspraken omtrent het verloop en de voorwaarden van de onderhandelingen, letters waarin uitdrukking wordt gegeven aan het voornemen om te onderhandelen of respectievelijk de voorlopige balans van de onderhandelingen wordt opgesteld, letters waarin uitdrukkelijk wordt bepaald dat de partners zich nog niet willen verbinden en ten slotte letters met een wilsovereenstemming, zelfs wanneer de uitvoeringsmodaliteiten nog nader moeten worden geregeld.⁷⁴

In de Duitse literatuur werd reeds eind jaren zeventig door SIEBOURG⁷⁵ een indeling vooropgesteld in 3 groepen met name: verklaringen van partijen ten aanzien van de punten waarover overeenstemming is bereikt, verklaringen van partijen ten aanzien van nog openstaande punten, voorwerp van toekomstige onderhandelingen, en verklaringen van partijen ten aanzien van de procedure tot de sluiting van het definitieve contract.

Andere indelingen gebeuren op basis van het al dan niet bindende en het één – of tweezijdige karakter. Zo maakte SCHUT⁷⁶ eerst het onderscheid tussen bindende en niet bindende letters om daarna bij iedere categorie een onderindeling eenzijdige en tweezijdige letters te maken en deze subcategorieën dan nogmaals onder te verdelen in specifieke letters op basis van hun inhoud.

De meest bekende indeling is deze van FONTAINE die tijdens de Studie door de ‘Groupe de travail contrats internationaux’ werd vooropgesteld.⁷⁷ Hierbij werden eerst een honderdtal documenten verzameld die als een Letter of Intent werden bestempeld. Daarna volgde een tweedeling waarbij je enerzijds de letters hebt die aansluiten bij bekende juridische figuren en anderzijds de specifieke Letters of Intent die het voorwerp van hun studie zijn. De case study die daarop volgt is een studie van 26 uitgekozen Letters of Intent waarbij deze in 4 series worden ingedeeld. Er wordt echter uitdrukkelijk gesteld dat aan die indeling geen absoluut belang moet gehecht worden omwille van het uiterst genuanceerd karakter van de behandelde materie.⁷⁸ De 4 categorieën zijn de definitieve overeenkomsten, eventueel met modaliteiten; de fases in de onderhandelingen; letters zonder verbintenis en met exoneratiebedingen; de verbintenissen over bepaalde bijzondere aspecten van de onderhandelingen.

Bij de keuze van een indeling mag men niet uit het oog verliezen dat bovenvermelde indelingen allemaal afkomstig zijn uit continentale rechtsstelsels. In het werk van de Europese studiegroep ‘Internationale Contracten’ werd uitdrukkelijk onderkend dat de groep

⁷³ G. SCHRANS, “De progressieve totstandkoming der contracten”, *TPR* 1984, 19.

⁷⁴ G. SCHRANS, “De progressieve totstandkoming der contracten”, *TPR* 1984, 19-22.

⁷⁵ P. SIEBOURG, “Der Letter of Intent: ein Beitrag zum US-amerikanischen und deutschen Recht mit vergleichenden Anmerkungen”, 1979, 120.

⁷⁶ W.S.M. SCHUT, “Letters of intent”, Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 7.

⁷⁷ M. FONTAINE, “Les lettres d’intention dans la négociation des contrats internationaux”, *DPCI* 1977, 77.

⁷⁸ M. FONTAINE, “Les lettres d’intention dans la négociation des contrats internationaux”, *DPCI* 1977, 79.

voornamelijk bestond uit mensen met een Franse en Belgische rechtsachtergrond. Er werd wel gesteld dat men de principiële elementen van het Engelse recht mee in rekening zou nemen.⁷⁹ Niettemin moet besloten worden dat bij de keuze van één van de bovenstaande indelingen men automatisch vertrekt vanuit het oogpunt van de Civil Law rechtsstelsels. In de Common Law wordt beduidend minder aandacht besteed omtrent het vinden van een correcte indeling, aangezien de casuïstische methode gehanteerd wordt. Nochtans werd door FURMSTON, NORISADA, POOLE⁸⁰ deze indeling uitdrukkelijk erkend met weliswaar dezelfde opmerking. Omwille van de internationale draagwijdte van de indeling van FONTAINE en de uitdrukkelijke erkenning ervan zowel in Civil als Common Law zal deze gehanteerd worden bij het verdere onderzoek.

2. Indeling Letters of Intent volgens FONTAINE

2.1 *Definitieve overeenkomsten, eventueel met modaliteiten*

2.1.1 Algemeen

Tijdens het onderzoeken van Letters of Intent komt een eerste categorie boven water namelijk de zogenaamde ‘contrats définitifs, éventuellement assortis de modalités’. Onder de meestal vage en ambiguë formulering kan soms wilsovereenstemming gevonden worden over een bepaald akkoord. In bepaalde omstandigheden zal onbewust en ook vaak ongewild een Letter of Intent gekwalificeerd kunnen worden als een definitieve overeenkomst. De modaliteiten die er vaak aan gekoppeld worden zijn de opschortende voorwaarde en het inwerkingtredingsbeding.

2.1.2 Illustraties

a. *Aanvaarding van een aanbod*

Illustratie 1 is een lettre de commande.⁸¹ Deze brief houdt een loutere aanvaarding in van het aanbod dat door de andere partij gemaakt werd. Het maakt dus een toepassing uit van de klassieke theorie van aanbod en aanvaarding. Door deze aanvaardingsbrief ontstaat een contract tussen beide partijen.

b. *Patronaatsverklaring*

Dit begrip zou hopelijk nu de wenkbrauwen moeten laten fronsen. Er werd immers reeds betoogd om de verwarring tussen Letters of Intent en Patronaatsverklaringen, ook wel Letters of Comfort genoemd, uit de wereld te bannen. De ‘Groupe de travail contrats internationaux’ koos er in de jaren zeventig voor om op voorhand geen selectie van de voorgelegde documenten te maken waardoor niet enkel de Letters of Intent ‘as such’ in deze indeling voorkomen. Op dat ogenblik werd hier dan ook geen enkele opmerking over gemaakt en werd illustratie 2 besproken als behorend tot de Letters of Intent. Dertig jaar later is dat gelukkig

⁷⁹ M. FONTAINE, “Les lettres d’intention dans la négociation des contrats internationaux”, *DPCI* 1977, 78.

⁸⁰ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, “Contract formation and letters of intent”, Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 148.

⁸¹ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 10.

veranderd. In het werk van FONTAINE en DE LY⁸² wordt nu uitdrukkelijk opgeroepen om de patronaatsverklaring niet meer onder de noemer Letter of Intent te plaatsen.

c. Nog op te stellen instrumentum

Zelfs indien de partijen een letter opstellen waarin een bepaalde partij of personen worden aangewezen om het document definitief op punt te zetten, dan voorkomt dit loutere formele element niet de totstandkoming van de overeenkomst. Voorbeelden zijn: illustratie 3 waarbij een ingenieur wordt aangewezen om samen met de andere partij het definitieve geschrift op te stellen en illustratie 4 waarbij expliciet verwezen wordt naar het contractuele document dat men aan het voorbereiden is. Indien de geldigheidsvoorwaarden van een overeenkomst voldaan zijn dan zal die overeenkomst tot stand komen. In de Civil Law landen is het essentieel dat er wilsovereenstemming is, bij de Common Law komt daarbij voornamelijk de consideration naar voren getreden. Hoe dan ook houdt de letter, waarbij een persoon belast wordt met het formuleren en aldus opstellen van de overeenkomst, het bewijs in van deze overeenkomst. Tenzij de partijen uitdrukkelijk stellen dat het opstellen van het geschrift een voorwaarde is voor het tot stand komen van de overeenkomst, de zogenaamde ‘subject to contract’⁸³ clause.⁸⁴

d. Verklaring van definitieve verbintenis met voorlopig instrumentum en arbitragebeding

Illustratie 5 bevat de volgende interessante bepaling:

“(...) Il nous reste à matérialiser par divers contrats les modalités définitives de nos accords que forment un tout(...) la présente lettre constitue notre accord sur les conditions essentielles des contrats restant à spécifier(...) nous sommes définitivement engagés et passons dès à présent à l’exécution(...) Au cas où les difficultés surgiraient entre nous pour la mise au point définitive des contrats, nous vous proposons, au cas où nous ne pourrions nous mettre d’accord, de nous référer à l’arbitrage de la CCI à Paris.”⁸⁵

Deze brief werd aan de tegenpartij gezonden om ondertekend terug gestuurd te worden. Het vormt dus een uitnodiging om het akkoord over de essentiële elementen te bevestigen. Deze Letter of Intent kan dan ook op zichzelf als een aanbod aan de tegenpartij beschouwd worden om een overeenkomst aan te gaan waarvan de hoofdbestanddelen reeds vastliggen.

Bij de verdere bespreking van deze illustratie wordt ervan uitgegaan dat de tegenpartij deze ondertekend heeft teruggestuurd. Enkel een instrumentum ontbreekt hierbij nog. Wat betreft het negotium is er reeds overeenstemming over alle essentiële bestanddelen bereikt. Gevolg daarvan is dat overeenkomstig Belgisch recht er aldus een overeenkomst tot stand is gekomen. Specifiek met betrekking tot het voorwerp⁸⁶ moeten de hoofdbestanddelen bepaald of bepaalbaar zijn, namelijk kunnen worden vastgesteld aan de hand van objectieve aan de wil van de partijen onttrokken gegevens.⁸⁷ Uiteindelijk kan hierbij duidelijk vastgesteld worden dat de hoofdbestanddelen reeds bepaald zijn. Waardoor de overeenkomst tot stand komt. Enkele details moeten nog bepaald worden, maar de beslissing daarover wordt bij onenigheid overgelaten aan een derde, namelijk aan de arbitrageinstelling van het CII in Parijs. De

⁸² M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 13.

⁸³ Zie infra p. 32.

⁸⁴ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 14.

⁸⁵ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 15.

⁸⁶ Zie W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, “Verbintenissenrecht”, Leuven, Acco, 2006, 134.

⁸⁷ Cass. 20 mei 1994, RW 1995-96, 600.

beslissing over deze bijkomende elementen, een derdenbeslissing naar Belgisch recht, zal de partijen binden, op voorwaarde dat zij niet kennelijk onredelijk is.⁸⁸ Ook in Nederland, Duitsland, Engeland en de VS zal een dergelijke Letter als een bindende overeenkomst worden beschouwd.

e. Opschortende voorwaarde

Overeenkomsten onder opschortende voorwaarde komen retroactief tot stand wanneer de onzekere en toekomstige gebeurtenis zich realiseert. Illustratie 6 bestaat uit het afhankelijk maken van engagements van de goedkeuring van de bevoegde overheden.⁸⁹ Deze goedkeuring door de overheid beantwoordt in principe aan de notie opschortende voorwaarde, maar er moeten toch enkele opmerkingen worden gemaakt. Eerst moet worden aangestipt dat wanneer de ene partij een publieke onderneming is, een duidelijk onderscheid van belangen en wil niet mogelijk is. Daarnaast moet ook op het gevaar worden gewezen van een te algemene clausule. Een opschortende voorwaarde kan dus vaak risico's inhouden voor een onwetende of naïeve partij aangezien de andere partij op die wijze de heronderhandelingen kan uitlokken maar tevens ook kan ontsnappen aan contractuele relaties. Immers de manier waarop een partij een aanvraag indient en motiveert is van cruciaal belang. Vandaar dat vaak op expliciete wijze een verplichting aan de partijen wordt opgelegd om alles in het werk te stellen om de opgelegde goedkeuringen te bekomen. Zelfs een bijkomend strafbeding opnemen lijkt in bepaalde gevallen aangewezen.⁹⁰

Andere voorbeelden van opschortende voorwaarden zijn het bekomen van de nodige financiering, namelijk het afsluiten van een lening of het bekomen van een ander kredietmiddel van een financiële instelling of het sluiten van een complementaire overeenkomst met een derde.

Terwijl de Amerikaanse rechtbanken oorspronkelijk vrij sceptisch ten opzichte van dergelijke zogenaamde 'subject to satisfactory finance' clausules stonden, kan er naarmate de decennia zijn verstreken een groeiende rechterlijke tolerantie worden vastgesteld.⁹¹ Het moderne onderhandelingsproces gaat nu eenmaal stapsgewijs en de rechtspraak heeft zich daaraan aangepast door de intenties van de partijen te respecteren.⁹² Anno 2010 interpreteren de rechters de 'satisfaction clause' als het opleggen van een 'duty of fair dealing' om ervoor te zorgen dat er niet discretionair kan worden gehandeld en de belofte niet illusoir is.⁹³ De *Brack v Brownlee* zaak⁹⁴ is hiervan een perfect voorbeeld. Hierbij werd de verkoop van een stuk grond afhankelijk gemaakt van het bekomen van adequate financiering. De rechter besloot dat deze overeenkomst niet illusoir was en een verplichting om te goeder trouw te handelen impliceerde en bijgevolg bewust de financiering proberen te bekomen.

f. Inwerkingtredingsbeding

Het inwerkingtredingsbeding, coming into force clause ofwel clause d'entrée en vigueur komt aan bod in illustratie 7:

⁸⁸ E. DIRIX, "Gentlemen's Agreements en andere afspraken met onzekere gevolgen", *RW* 1985-86, 2140.

⁸⁹ M. FONTAINE en F. DE LY, "Droits des contrats internationaux", Brussel, Bruylant, 2003, 16.

⁹⁰ M. FONTAINE en F. DE LY, "Droits des contrats internationaux", Brussel, Bruylant, 2003, 17.

⁹¹ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, "Contract formation and letters of intent", Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 214.

⁹² E.A. FARNSWORTH, "Farnsworth on contracts", Boston, Little Brown, 1990, 114.

⁹³ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, "Contract formation and letters of intent", Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 214.

⁹⁴ *Brack v Brownlee*, 246 Ga. 818, 273 SE 2d 390 (1980).

“the contract will only come into force when the following conditions have been fulfilled: a) Approval of the contract by the competent authorities (...) not later than 60 days after the date of signature of this contract(...) b) Receipt by the supplier of the down payments (...)not later than 60 days after the date of signature of this contract (...) c) Receipt by the investor of the performance bond as mentioned in (...)within 60 days after the date of signature of this contract(...)”. Een duidelijk onderscheid moet gemaakt worden tussen a) dat een opschortende voorwaarde uitmaakt, en b) c) die de uitvoering van enkele contractuele verbintenissen regelen. De niet nakoming van b) c) zal tot contractuele aansprakelijkheid aanleiding geven terwijl de niet-goedkeuring van de overheid aanleiding zal tot het niet bestaan van de overeenkomst.⁹⁵

Inwerkingtredingsbedingen kunnen allerlei juridische figuren bevatten zo is het ook mogelijk dat er gebruik gemaakt wordt van een ontbindende voorwaarde. Waarbij het contract in werking treedt vanaf de dag van de ondertekening, maar afhankelijk gesteld wordt van het bekomen van een overheidsgoedkeuring of garantie binnen een bepaalde termijn. Indien deze elementen niet binnen de vastgestelde termijn worden bekomen is de voorwaarde vervuld en zal de overeenkomst ontbonden worden. Er zijn dus vele verschijningsvormen mogelijk van een dergelijk inwerkingtredingsbeding met telkens andere rechtsgevolgen.

2.2 Fases in de onderhandelingen

2.2.1 Algemeen

De tweede categorie bakent het meest karakteristieke domein van de Letters of Intent af.⁹⁶ Deze Letters vloeien immers voort uit het lange, intense en complexe onderhandelingsproces dat nét zo kenmerkend is voor de Letter of Intent. Van bij het begin van de onderhandelingen, de initiële intentieverklaring, tot het gedetailleerd opnemen van de verworven resultaten bij bijna voltooide onderhandelingen, wordt het opstellen van de Letter of Intent als een quasi essentiële stap beschouwd. Deze zeer ruime onderhandelingsperiode geeft logischerwijze aanleiding tot een ganse reeks Letters met telkens verschillende doeleinden.

2.2.2 Illustraties

a. Initiële intentieverklaring

Ieder beginpunt van de onderhandelingen omvat het ogenblik waarbij een partij te kennen geeft dat zij de onderhandelingen over een eventuele overeenkomst wenst te starten. Partijen beseffen echter dat bij deze formulering voorzichtigheid is geboden indien er reeds eerdere communicatie tussen de partijen plaatsvond.

Illustratie 8 bevat een dergelijke voorzichtige formulering:

“(...) nous vous informons de notre intention de vous passer éventuellement commande d’un commutateur téléphonique de type (...) Pour la bonne règle, nous tenons à stipuler que la présente ne constitue en aucune façon une commande”.⁹⁷

De bedoeling van deze partij is dus expliciet ieder juridisch engagement uitsluiten. Een dergelijke Letter of Intent met een specifiek geuite intentie om de onderhandelingen aan te gaan met het oog op het sluiten van een overeenkomst geeft in het Belgische recht aanleiding

⁹⁵ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 18.

⁹⁶ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 19.

⁹⁷ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 19.

tot een verhoogde zorgvuldigheidsplicht, waardoor sneller sprake zal kunnen zijn van buitencontractuele aansprakelijkheid wegens het afbreken van de onderhandelingen.⁹⁸ Er zal wel geen contractuele verbindende kracht voortspruiten uit dit voornemen tot het sluiten van een overeenkomst.⁹⁹ Oudere rechtsleer sprak destijds over de ‘zuivere letter of intent’¹⁰⁰ waarin een partij haar loutere belangstelling uitdrukt. Door het specifieke type en daardoor dus de kwaliteit van het product te vermelden in deze Letter of Intent, wordt op impliciete wijze het voorwerp waarover nadien onderhandeld zal worden beperkt tot hetgeen in deze Letter wordt aangegeven. Daarentegen kan men vanuit het Engelse recht besluiten dat deze letter geen enkele juridische draagwijdte zou hebben.¹⁰¹

Zelfs indien men dus uitdrukkelijk stelt dat er een loutere intentie is tot onderhandelen en uit deze intentie geen enkele bestelling of overeenkomst kan worden afgeleid, bestaat het risico dat er onverwachte rechtsgevolgen aan gekoppeld worden. Dit risico bestaat voornamelijk in de Civil Law landen aangezien in de Common Law er veel meer nadruk gelegd wordt op de vrijheid tot contracteren en het vereiste van consideration.

b. Protocol betreffende de voorwaarden van de licentie- en samenwerkingsovereenkomst

Illustratie 9 betreft onderhandelingen over de materialen X en Y, waar respectievelijk firma A en B in gespecialiseerd zijn, omdat deze de componenten uitmaken van het product Z.¹⁰² Onderhandelingen worden aangegaan met het oog op wederzijdse licentieovereenkomsten en samenwerkingsovereenkomsten betreffende de fabricatie, montage en toelevering van Z. Tijdens de onderhandelingen besluiten deze partijen een protocol op te stellen met als doel de reeds bereikte akkoorden over de onderlinge afhankelijkheid van de toekomstige contracten en het principe van hun noodzakelijke evenwichtigheid te consolideren. Vanuit juridisch perspectief leidt deze Letter ertoe dat indien één van de partijen zich roekeloos onttrekt aan de onderhandelingen er makkelijker kan besloten worden tot het bestaan van een buitencontractuele fout.¹⁰³ Bovendien wordt er eigenlijk een overeenkomst tussen de onderhandelaars gesloten om niet meer op de eerste bereikte akkoorden terug te komen. Deze Letter wordt aldus gebruikt om het onderhandelingsproces vlotter te laten verlopen door bepaalde onderhandelde elementen reeds vast te leggen.

Een dergelijke Letter of Intent wordt in de VS een ‘preliminary agreement to negotiate’ genoemd. Daarin kunnen reeds belangrijke behaalde onderhandelingspunten worden opgenomen en de verbintenis aangegaan om verder te onderhandelen om een definitieve overeenkomst te bereiken. Gevolg hiervan is dat een partij die weigert haar verplichting om te onderhandelen na te komen aansprakelijk gesteld kan worden, maar indien de partijen uiteindelijk geen overeenstemming bereiken dan zullen deze door geen enkele overeenkomst gebonden zijn.¹⁰⁴

c. Protocol betreffende de creatie van een automobielandustrie

⁹⁸ E. DIRIX, “Gentlemen’s Agreements en andere afspraken, met onzekere gevolgen”, *RW* 1985-86, 2143; M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, 138.

⁹⁹ E. DIRIX, “Gentlemen’s Agreements en andere afspraken, met onzekere gevolgen”, *RW* 1985-86, 2141.

¹⁰⁰ Zie G. SCHRANS, “De progressieve totstandkoming der contracten”, *TPR* 1984, 20.

¹⁰¹ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 20.

¹⁰² M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 20.

¹⁰³ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 21.

¹⁰⁴ E.A. FARNSWORTH, “Farnsworth on contracts”, Boston, Little Brown, 1990, 188.

Illustratie 10 bevat een akkoord dat tijdens de onderhandelingen wordt bereikt over de intenties van de partijen evenals bepaalde elementen van een toekomstige overeenkomst.¹⁰⁵

Het betreft in casu een onderhandelingsproces tussen een staat en een automobiefabrikant waarbij beide partijen in de toekomst een automobielsector in dat land willen ontplooiën.

In deze Letter wordt een kalender vooropgesteld, maar ook uitdrukkelijk een samenvatting van bepalingen opgenomen die de partijen onderling verbinden.

Het doel van deze Letter lijkt het aangeven dat de partijen in een gevorderd stadium van de onderhandelingen zijn terechtgekomen en daaraan bepaalde verbintenissen koppelen. Op grond van deze Letter of Intent ontstaan dan ook enkele wederzijdse verbintenissen tussen de onderhandelingspartijen.¹⁰⁶

De volgende bepaling in dit akkoord is van groot belang: “*Les deux parties, à la suite de négociations, sont convenues d’établir un accord définitif, dont le cadre est résumé par les dispositions suivantes qui engagent les deux parties*”. Deze illustratie wordt in het Belgisch recht een beginselakkoord genoemd. In de VS wordt deze Letter of Intent een “preliminary agreement with open terms”¹⁰⁷ genoemd. Het is een overeenkomst waarbij de partijen vaststellen over welke elementen er reeds wilsovereenstemming is bereikt en deze partijen zich ertoe verbinden om de onderhandelingen verder te zetten.¹⁰⁸ Dergelijk protocol zorgt dus weldegelijk voor de totstandkoming van een overeenkomst die bijgevolg bij niet naleving aanleiding zal geven tot contractuele aansprakelijkheid. Uiteindelijk kan dit akkoord als een beperking van de contractvrijheid beschouwd worden. Het afbreken van de onderhandelingen zal bijgevolg in het licht van de goede trouw moeten worden beoordeeld, artikel 1134, lid 3 BW. Het akkoord zal ook tot een grotere in acht te nemen zorgvuldigheid aanleiding geven.¹⁰⁹ Of een dergelijk akkoord het verbod oplegt om met een derde partij te onderhandelen is betwist in de Belgische rechtsleer en rechtspraak.¹¹⁰ Daarnaast kan er niet meer eenzijdig worden teruggekomen op de elementen waarover reeds overeenstemming werd bereikt, moet de opgenomen kalender gerespecteerd worden en zullen de partijen te goeder trouw moeten verder onderhandelen.

d. Protocol betreffende een geïntegreerd luchtvaart productieprogramma

Het opstellen van een Letter of Intent tijdens de onderhandelingen dient niet steeds het loutere doel om reeds onderhandelde punten vast te leggen. Zo kan een toekomstige overeenkomst ook afhankelijk zijn van een overeenkomst met een derde die nog moet worden onderhandeld. Een perfecte illustratie daarvan is illustratie 11 waarin meerdere bedrijven uit verscheidene landen willen samenwerken om een geïntegreerd luchtvaartprogramma tot stand te brengen. Eén van deze bedrijven onderhandelt ondertussen met één bepaald land uit een groep van landen die een bestelling wensen te plaatsen.¹¹¹ Een reeks protocollen wordt gesloten waarin de bedrijven de basis van hun eventuele samenwerking vastleggen. Deze toekomstige samenwerking is echter volledig afhankelijk van het slagen van de primaire onderhandelingen.

¹⁰⁵ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 22.

¹⁰⁶ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 23.

¹⁰⁷ E.A. FARNSWORTH, “Farnsworth on contracts”, Boston, Little Brown, 1990, 188.

¹⁰⁸ E. DIRIX, “Gentlemen’s Agreements en andere afspraken met onzekere gevolgen”, *RW* 1985-86, 2139; A. VAN OEVELEN, “Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten”, *DAOR* 1990, 59.

¹⁰⁹ E. DIRIX, “Gentlemen’s Agreements en andere afspraken met onzekere gevolgen”, *RW* 1985-86, 2140.

¹¹⁰ Zie R. KRUIHOF, “Grondbeginselen van het contractenrecht”, in R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, *Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen*, *TPR* 1994, 294.

¹¹¹ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 24.

Enkel de grote lijnen van toekomstige contracten worden vastgelegd vandaar dat er helemaal geen sprake kan zijn van een overeenkomst met opschortende voorwaarde.

Deze Letter of Intent moet dan ook bekeken worden als een soort afgelegde etappe in een netwerk van contracten.¹¹² Het verdere verloop van het onderhandelingsproces is in wezen afhankelijk van de afloop van primaire onderhandelingen met de derde, namelijk de staten.

e. Bestelling van opeenvolgende schijven

Bij lange termijn leveringscontracten worden ofwel periodieke leveringen gedaan ofwel enkel op bestelling. Illustratie 12 betreft een dergelijk lange termijn leveringscontract op bestelling.¹¹³ Bij dergelijke contracten gebeurt het wel eens dat de ene partij reeds duidelijk de bestelling van een eerste schijf maakt maar daarbij reeds de aankondiging maakt van een waarschijnlijke bestelling van een tweede schijf. Hierin schuilt het gevaar dat door een vage formulering, of zelfs tegenstellingen in de letter zelf, de bedoeling van de partij vrij dubbelzinnig is. Daaraan verbonden is het risico dat de bestelling van de tweede schijf niet als een loutere intentie maar als een werkelijk gesloten bestelling wordt beschouwd. Vandaar dat een intentie uitdrukken tot een mogelijke tweede bestelling op een zeer goed geformuleerde wijze moet gebeuren. Echter de loutere waarschijnlijkheid uitdrukken kan toch reeds bepaalde juridische effecten teweegbrengen in het bijzonder de verplichting om te goeder trouw te onderhandelen, dit althans vanuit het perspectief van de Civil Law.

f. Laatste te regelen details

Illustratie 13 is een Letter of Intent die opgesteld wordt tijdens de laatste fase van de onderhandelingen:

*“Thank you for your telex of 13th August. We have the intention to award the (...) project to you and thus request you to sent authorized representatives immediately to discuss and finalize details and consequently sign the contract. Best regards.”*¹¹⁴

Hieruit kan worden afgeleid dat er overeenstemming is met betrekking tot de essentiële punten en dat enkel nog de details geregeld moeten worden. Daardoor moet ondanks de uitdrukking ‘the intention to award’ toch worden nagegaan of het definitieve contract niet reeds tot stand is gekomen. Hierbij moet ook de vergelijking worden gemaakt met de definitieve overeenkomsten met een nog op te stellen instrumentum, nl. illustraties 3 en 4. Eigenlijk bestaat het enige verschil erin dat bij illustratie 13 er nog enkele laatste details geregeld moeten worden. Of er al dan niet sprake is van een definitieve overeenkomst, is afhankelijk van het nationale rechtstelsel waaronder deze overeenkomst valt. Bij bepaalde rechtssystemen volstaat het dat er een akkoord is over de essentiële bestanddelen waardoor deze Letter of Intent daar gekwalificeerd zal worden als de definitieve overeenkomst.

2.3 Letters zonder verbintenis en met exoneratiebedingen

2.3.1 Algemeen

Sommige Letters of Intent worden slechts aangegaan op voorwaarde dat beide partijen niet contractueel verbonden zouden zijn. Ontsnappen aan contractuele binding kan via verscheidene methodes gebeuren waaronder het expliciet uitsluiten van elke contractuele

¹¹² M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 25.

¹¹³ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 25.

¹¹⁴ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 26.

verbintenis of de letter subject to contract maken. Ook andere elementen kunnen de niet-contractuele aard van de Letter veroorzaken zoals specifieke omstandigheden of het gebrek aan bevoegdheid van de auteurs van het document. Hieruit kan echter niet besloten worden dat deze Letters of Intent geen enkele juridische gevolgen kunnen teweegbrengen.

2.3.2 Illustraties

a. *Subject to contract clause*

a.1 Algemeen

De subject to contract clause is wellicht één van de meest bekende clauses die voorkomen in Letters of Intent, illustratie 14 bevat een dergelijke clause:

“*The freehold of the entire property is to be purchased at a price of £ 185000, subject to contract*”.¹¹⁵

Doel van deze clause is vrij duidelijk namelijk het ontnemen van iedere juridische draagwijdte en gevolgen. De effectiviteit van deze clause wordt, althans in de Common Law landen uitdrukkelijk erkend. Geen enkele contractuele verbintenissen kunnen uit deze letter ontstaan door het gebruik van de subject to contract clause. Het is dus een uitdrukkelijke indicatie dat op dat ogenblik van de onderhandelingen er nog geen intentie was om contractueel gebonden te zijn.

a.2 Common Law

Oorspronkelijk werd de ‘subject to contract’ clause in Engeland gebruikt bij eigendomstransacties. De koper wordt dan in staat gesteld om een onderzoek naar de eigendomstitel in te stellen en het gebouw te controleren.¹¹⁶

Tot aan het ogenblik van de voltooiing van het formele contract genieten de partijen dan van de zogenaamde locus paenitentiae.¹¹⁷ Dit werd op algemene wijze door de Engelse rechtspraak bevestigd voor de volgende clauses:

- ‘subject to the preparation and approval of a formal contract’ in *Winn v Bull*¹¹⁸,
- ‘subject to suitable agreements being arranged between your solicitors and mine’ in *Lockett v Norman-Wright*¹¹⁹,
- ‘subject to the preparation by my solicitors and completion of a formal contract’ in *Lloyd v Nowell*¹²⁰,
- ‘subject to formal contract to embody such reasonable provisions as my solicitors may approve’ in *Rossdale v Denny*¹²¹,
- ‘subject to a proper contract to be prepared by the vendor’s solicitors’ in *Chillingworth v Esche*¹²².

¹¹⁵ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 27.

¹¹⁶ G.C. CHESHIRE, C.H.S. FIFOOT, M.P. FURMSTON, “Cheshire, Fifoot & Furmston’s Law of contract”, Oxford, Oxford University Press, 2007, 51.

¹¹⁷ G.C. CHESHIRE, C.H.S. FIFOOT, M.P. FURMSTON, “Cheshire, Fifoot & Furmston’s Law of contract”, Oxford, Oxford University Press, 2007, 50.

¹¹⁸ *Winn v Bull* (1877) 7 ChD 29.

¹¹⁹ *Lockett v Norman-Wright* [1925] Ch 56.

¹²⁰ *Lloyd v Nowell* [1895] 2 Ch 744.

¹²¹ *Rossdale v Denny* [1921] 1 Ch 57.

¹²² *Chillingworth v Esche* [1924] 1 Ch 97.

In deze zaken werd telkens besloten tot het niet bestaan van een contract zolang het formeel contract niet gesloten werd. De rechters komen tot dit oordeel na het beoordelen van de intenties van de partijen. Er wordt daarbij nagegaan of de partijen ofwel hun toekomstige contract afhankelijk gemaakt hebben van het opstellen van een document ofwel een onmiddellijk bindende overeenkomst hebben gemaakt. Hoe dan ook creëert het gebruik van een ‘subject to contract’ clause een sterk vermoeden dat de partijen niet de intentie hebben om onmiddellijk een bindend contract te sluiten.¹²³

In *Chillingworth v Esche*¹²⁴ werd door Sargant LJ duidelijk gesteld dat de uitdrukking ‘subject to contract’ het contract niet noodzakelijk en ongeacht de context tot een voorwaardelijk contract maakt, maar hierbij onmiddellijk stelt dat een zeer sterke en uitzonderlijke zaak vereist zou moeten zijn om de prima facie betekenis te kunnen omkeren.

Slechts uitzonderlijk zal dus van dit principe worden afgeweken indien er een krachtig en overtuigend bewijs is van een omgekeerde intentie van de partijen. *Alpenstow Ltd v Regalian Properties plc*¹²⁵ is een zaak waarbij besloten werd dat er een contract tussen beide partijen was ontstaan ondanks het gebruik van de subject to contract clause. Specifiek de plicht die aan de partijen werd opgelegd om binnen een bepaalde termijn het contract uit te wisselen, werd als incompatibel met een niet definitief contract beschouwd, evenals het feit dat het document uiterst gedetailleerd was opgesteld.

Deze rechtspraak behandelt enkel vastgoedcontracten en bij gebrek aan rechtspraak over andere contracten kan er geen algemeen besluit genomen worden. Men gaat er wel van uit dat een gelijkaardig, wellicht iets zwakker, effect verwacht kan worden.¹²⁶ Zo is er de *Bunker-Smith v Freeza Meats Ltd*¹²⁷ zaak over de verkoop van goederen waarin de vastgoedzaken geciteerd werden en besloten werd dat de ‘subject to contract’ clause tot gevolg had dat er geen contract gesloten was.

De ‘subject to contract’ clause heeft ook tot gevolg dat indien een partij reeds bepaalde werken heeft uitgevoerd het onwaarschijnlijk is dat zij deze zal kunnen terugvorderen van de andere partij indien er uiteindelijk geen contract wordt gesloten. In *Regalian Properties plc v London Docklands Development Corporation*¹²⁸ werd althans in deze lijn geoordeeld. Het algemene principe van ‘the loss lies where it falls’ is hierbij van toepassing, ten minste indien het gedane werk niet in ontvangst werd genomen door de andere partij.

In de VS heeft deze clause ook normaal de betekenis dat het formele document de enige bindende uitdrukking van een overeenkomst is.¹²⁹ In § 21 Restatement Second of Contracts wordt immers erkend dat “*A manifestation of intention that a promise shall not affect legal relations may prevent the formation of a contract*”.

Een bekend voorbeeld uit de caselaw is de zaak *Smissaert v Chiodo*¹³⁰ waarbij volgend addendum aan het aanbod werd gehecht alvorens het aanvaard werd door Chiodo:

“(…) *that the validity of said proposed agreement is subject and conditioned upon the parties agreeing upon and reducing to writing all terms and conditions necessary and incidental to the validity of said proposed agreement; and that seller shall pay total real estate commission*

¹²³ G.C. CHESHIRE, C.H.S. FIFOOT, M.P. FURMSTON, “Cheshire, Fifoot & Furmston’s Law of contract”, Oxford, Oxford University Press, 2007, 51.

¹²⁴ *Chillingworth v Esche* [1924] 1 Ch 97.

¹²⁵ *Alpenstow Ltd v Regalian Properties plc* [1985] 2 All ER 545, [1985] 1 WLR 721.

¹²⁶ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, “Contract formation and letters of intent”, Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 191.

¹²⁷ *Bunker-Smith v Freeza Meats Ltd* [1987] BTLC 20.

¹²⁸ *Regalian Properties plc v London Docklands Development Corporation* [1995] 1 WLR 212.

¹²⁹ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, “Contract formation and letters of intent”, Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 192.

¹³⁰ *Smissaert v Chiodo* 330 P. 2d 98 (1958).

of 5% upon completion of said sale”.¹³¹ Dit addendum werd daarna door Smissaert ondertekend en de partijen gingen verder met de onderhandelingen over de prijs en de zekerheid voor de lease back aan Chiodo. Deze onderhandelingen liepen slecht af en Chiodo plaatste het gebouw terug op de markt waarna een vordering voor uitvoering in natura van het vermeende koopcontract door Smissaert werd ingesteld. Rechter Bray J uit het District Court of Appeal van California besloot dat terwijl alle essentiële elementen van een overeenkomst in het document vervat lagen, er toch geen bindend contract was gesloten op basis van de ‘subject to contract’ clause in het addendum. Op basis daarvan was het duidelijk dat de partijen niet de intentie hadden om gebonden te zijn zolang er geen formeel geschreven overeenkomst werd opgesteld. Er was geen contract en dus ook geen uitvoering in natura mogelijk.

In de zaak *Interway Inc. v Alagna*¹³² werd door de rechter duidelijk gesteld dat indien de gebruikte taal niet ambiguë is, de intenties van de partijen noodzakelijk enkel op basis van de tekst van het document gedetermineerd moeten worden. Slechts wanneer de taal in het document ambiguë is kunnen andere feiten aangereikt worden om de intenties van de partijen te bewijzen. Ook in de VS wordt de prima facie betekenis van de subject to contract clause soms opzij geschoven. In *Field v Golden Triangle Broadcasting Inc.*¹³³ was er een vermeende verkoop van twee radiostations op grond van een ‘subject to contract’ clause. Het Supreme Court van Pennsylvania besloot dat de letter omwille van de voorwaarden, formaliteit en extraordinaire zorg in de uitvoering, aanduidt dat de ondertekenaars de intentie hadden om zichzelf te verbinden tot een afdwingbaar contract.

De Amerikaanse Courts nemen dus duidelijk de intenties van de partijen mee in rekening ondanks de incorporatie van de ‘subject to contract’ clause. Engelse Courts zullen daarentegen het effect van deze clause erkennen zonder de intenties werkelijk nauwkeurig te onderzoeken.¹³⁴

M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE¹³⁵ besluiten dat de de ‘subject to contract’ clause in het algemeen de brief omvormt tot een een zogenaamd voorwaardelijk contract. Deze prima facie betekenis is echter weerlegbaar door een zeer sterke en uitzonderlijke context. Volgende factoren zijn cruciaal voor de beoordeling van een subject to contract clause in de Common Law: de onderhandelingsfase tijdens dewelke de letter wordt opgesteld, de aard van de letter, de gebruikte taal tijdens het optekenen van de letter en de volledigheid.

a.3 Civil Law

In de Civil Law landen stoot de subject to contract clause op het beginsel van de wilsovereenstemming. Een overeenkomst komt immers tot stand wanneer er overeenstemming is over de essentiële bestanddelen.

De Belgische rechtsleer en rechtspraak zijn niet eensgezind over de gevolgen van deze clause. Terwijl DIRIX¹³⁶ verdedigt dat niets de partijen belet om het ontstaan van hun overeenkomst afhankelijk te maken van het opmaken van een geschrift, twijfelen andere

¹³¹ Smissaert v Chiodo 330 P. 2d 98 (1958).

¹³² Interway Inc. v Alagna 407 NE 2d 615 (1980).

¹³³ Field v golden Triangle Broadcasting Inc. 305 A. 2d 689 (1973), cert. denied, 414 US 1158 (1974).

¹³⁴ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, “Contract formation and letters of intent”, Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 193.

¹³⁵ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, “Contract formation and letters of intent”, Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 197.

¹³⁶ E. DIRIX, “Gentlemen’s Agreements en andere afspraken met onzekere gevolgen”, RW 1985-86, 2141.

auteurs over deze rechtlijnige visie. De wil om zich buiten het recht te situeren volstaat dan zolang deze niet in strijd is met de openbare orde of dwingende bepalingen.¹³⁷ Deze clause onderwerpt de totstandkoming van het negotium immers aan de voorwaarde dat de partijen later overeenkomen een instrumentum op te stellen, hetgeen zeker en vast ongewoon is in het Belgische recht. Vandaar dat SIMONT¹³⁸ stelt dat de werkelijke bedoelingen van de partijen moeten worden nagegaan, namelijk of zij al dan niet rechtsgevolgen aan het geschrift wilden verbinden. De rechter zal daarbij ook de omstandigheden rondom het document onderzoeken en het gedrag van de partijen. Een document dat zeer gedetailleerd is en bijna alle clauses van de definitieve overeenkomst bevat loopt bijgevolg het gevaar om als bindende overeenkomst beschouwd te worden. Volgens SCHRANS¹³⁹ zal de rechter het geschrift wellicht niet als een contract beschouwen wanneer de partijen op uitdrukkelijke en ondubbelzinnige wijze laten blijken dat zij geen bindende kracht aan hun verhouding willen geven. Zomaar de subject to contract in een geschrift opnemen zal dus onvoldoende zijn om het bindend effect te vermijden. Door een uitdrukkelijke weergave van de intenties van de partijen zal dit wellicht wel kans op slagen hebben. Een exoneratiebeding koppelen aan de verklaring van de onderhandelingspartners dat ze zich nog niet gebonden achten zorgt voor meer zekerheid.¹⁴⁰ De schaarse rechtspraak die terug te vinden is over de problematiek, of een overeenkomst afhankelijk kan gemaakt worden van het opstellen van een geschrift, dateert van meer dan een eeuw geleden. Zo besloot in 1872 de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven¹⁴¹ dat “*dans ce cas, l’absence de cet écrit enlève tout lien obligatoire à la convention*”. Hieruit kan natuurlijk niet afgeleid worden of het gebruik van een subject to contract clause zekerheid zal verlenen over de niet gebondenheid. Voorzichtigheid is aldus aangewezen.

Ook in de andere continentale landen geldt de algemene regel dat de impact van een dergelijke clause afhankelijk is van de concrete omstandigheden.¹⁴² Ook andere benamingen zijn mogelijk zoals men in Nederland soms de clause ‘volgens nader op te maken contract’ gebruikt.¹⁴³ In Duitsland speelt § 154 II BGB een rol bij het oordeel over de subject to contract clause, maar hangt eveneens alles af van de inhoud en bewoordingen van de Letter of Intent zelf.¹⁴⁴ Natuurlijk pleiten sommigen ervoor dat er meer rekening wordt gehouden met het bedrijfsleven en bijgevolg de prima facie betekenis over te nemen.¹⁴⁵ Een dergelijke absolute waarde wordt in geen enkel continentaal rechtstelsel aanvaard.

b. Clause “zonder contractueel te zijn”

Een gelijkaardige clause is de volgende clause uit illustratie 15:

“(…) *Bon pour lettre d’intention seulement, sans être contractuel.*”¹⁴⁶

Het gebruik van een dergelijke clause bleek hierbij efficiënt te zijn omdat het document zeer voorzichtig was opgesteld en er tegelijkertijd nog een grote onbeslotenheid was. Indien dit wel een gedetailleerd document zou zijn, waarin alle essentiële bestanddelen vastgelegd waren, dan zouden dezelfde gevolgen van toepassing zijn als bij de ‘subject to contract’ clause. De loutere opname van een ‘sans être contractuel’ zal op zichzelf in België maar ook

¹³⁷ E. DIRIX, “Gentlemen’s Agreements en andere afspraken met onzekere gevolgen”, *RW* 1985-86, 2141.

¹³⁸ L. SIMONT, “La lettre d’intention”, *DPCI* 1979, 62.

¹³⁹ G. SCHRANS, “De progressieve totstandkoming der contracten”, *TPR* 1984, 21.

¹⁴⁰ G. SCHRANS, “De progressieve totstandkoming der contracten”, *TPR* 1984, 22.

¹⁴¹ Rb. Leuven 8 februari 1872, *Cl&B*, XXII, 880.

¹⁴² Zie H.J. DE KLUIVER, “Onderhandelen en privaatrecht”, Deventer, Kluwer, 1992, 16.

¹⁴³ H.J. DE KLUIVER, “Onderhandelen en privaatrecht”, Deventer, Kluwer, 1992, 16.

¹⁴⁴ J. HOLGER, “Der Letter of Intent”, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000, 167.

¹⁴⁵ C.J.H. BRUNNER, “Noot onder HR 8 juli 1987”, *NJ* 1988, 391.

¹⁴⁶ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 28.

in de andere Civil Law landen onvoldoende zijn om de contractuele binding te vermijden. Uit het gehele document moet immers blijken dat de partijen werkelijk de intentie hadden om nog geen overeenkomst tot stand te brengen.

Ook in de Common Law wordt soms in de Letter geen gebruik gemaakt van de subject to contract clause, maar wordt volgende formulering gebruikt: ‘this letter is not intended to constitute a binding agreement’¹⁴⁷ waarbij de Amerikaanse rechter besluit dat de partijen de intentie hadden om niet gebonden te zijn en er dus geen overeenkomst kon tot stand komen op basis van die letter. Om de contractuele binding te kunnen uitsluiten is het taalgebruik van cruciaal belang en wordt dat bij iedere zaak aangehaald als zijnde een belangrijke factor tot het maken van het oordeel.¹⁴⁸ Echter net zoals bij de subject to contract clause¹⁴⁹ is deze stelling niet absoluut. Zo werd door de Texas Court of Appeal in *Geophysical Micro Computer Applications Ltd v Paradigm Geophysical Ltd*¹⁵⁰ gesteld dat wanneer een Letter of Intent alle essentiële elementen van een overeenkomst bevat, deze Letter of Intent voldoende bepaald en aldus een bindende overeenkomst is.

c. Foutieve aanvaarding van een aanbod, exoneratieclausule

Illustratie 16 kan beschouwd worden als een zogenaamde Letter of Award:

*“We hereby inform you that your company has been awarded by our organisation with an order for equipment, as described in your tender. As some inconsistencies exist between your proposal and our requirements, we kindly invite you to review the technical aspects and contract terms with us. In case no agreement is reached on all terms and no contract is signed before (...), we reserve the right to cancel this award, without any right for indemnification from your part.”*¹⁵¹

Deze letter zorgt voor heel wat verwarring door in het begin in te spelen op een aanvaarding van een aanbod, maar nadien duidelijk te maken dat er nog onderhandelingen moeten plaatsvinden over bepaalde elementen. Er werd dus duidelijk nog geen definitieve overeenkomst bereikt. Als een tegenaanbod kan dit ook niet beschouwd worden aangezien er geen aanpassingen worden opgenomen. De brief lijkt dan ook eerder een uitnodiging te zijn om verder te onderhandelen.

Het tweede opmerkelijke element is de exoneratieclausule. Terwijl tot nog toe de juridische draagwijdte steeds beperkt werd door elke contractuele binding te verwerpen worden hier de gevolgen van een mogelijke aansprakelijkheid beperkt. Door een exoneratieclausule in te voeren wordt de aansprakelijkheid van de partij bij het verbreken van de onderhandelingen uitgesloten. De vooropgestelde onderhandelingstermijnen dienen wel gerespecteerd te worden.

De geldigheid van een dergelijk exoneratiebeding wordt in België niet betwist.¹⁵² Een dergelijk beding zal steeds eng geïnterpreteerd worden¹⁵³ aangezien het een uitzondering maakt op de aansprakelijkheidsregels. Het principe ‘*fraus omnia corrumpit*’ blijft echter van toepassing, waardoor exoneratie wegens eigen bedrog onmogelijk is. Het exoneratiebeding mag er dus niet toe strekken dat de begunstigde gevrijwaard wordt tegen aansprakelijkheid

¹⁴⁷ Dunhill Securities Corporation v Microthermal Applications Inc, 308 F. Supp. 195 (1969).

¹⁴⁸ Rose & Frank Co v JR Crompton & Bros Ltd, [1923] 2 KB 261; IH Rubenstein & Son inc v Sperry & Hutchinson Company, 222 So. 2d 329 (1969).

¹⁴⁹ Zie supra p. 32.

¹⁵⁰ Geophysical Micro Computer Applications (International) Ltd v Paradigm Geophysical Ltd, 2001 WL 1270795 (Tex.App. 2001).

¹⁵¹ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 29.

¹⁵² W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, “Verbintenissenrecht”, Leuven, Acco, 2006, 177.

¹⁵³ Cass. 22 maart 1979, RW 1979-80, 2238.

voor schade die hij opzettelijk heeft toegebracht aan de wederpartij.¹⁵⁴ Exoneratie voor eigen zware, maar niet bedrieglijke, fout is wel mogelijk, maar dan moet deze uitdrukkelijk in het beding worden opgenomen.¹⁵⁵ De formulering van het exoneratiebeding zal dus essentieel zijn indien het Belgisch recht van toepassing is.

d. Afwezigheid van engagement, exoneratie

Illustratie 17 is een combinatie van de twee vorige methodes om de juridische draagwijdte van een precontractueel document te beïnvloeden namelijk de bevestiging van de afwezigheid van elk engagement en een exoneratieclausule. Belangrijk hierbij is dat er nog steeds sprake kan zijn van buitencontractuele aansprakelijkheid wanneer de onderhandelingen abrupt zouden worden afgebroken.

e. Afwezigheid van bevoegdheid

In illustratie 19 vinden onderhandelingen plaats tussen een bestuurder van firma A en groep Z waarbij een brief gezonden wordt naar Z met de reeds bereikte resultaten tijdens de onderhandelingen met daarin de volgende opmerking:

“(…) sous réserve de l’approbation du conseil d’administration de la société A(…)”.¹⁵⁶

Logischerwijze zou men vermoeden dat zich hier een probleem van bevoegdheid stelt, maar een Belgische rechtbank oordeelde daar anders over. De rechter besloot dat het akkoord geen enkele juridische gevolgen had omdat het een zuiver potestatieve voorwaarde betrof. Nochtans kan deze brief als een zuiver bevoegdheidsprobleem bekeken worden. De onderhandelaar had namelijk niet de bevoegdheid om de firma A te verbinden waardoor een tussenkomst van de Raad van Bestuur vereist was. Hierdoor komt een wel zeer belangrijk item boven water drijven namelijk de bevoegdheden van de onderhandelaars. Dergelijke elementen moeten alvorens de onderhandelingen te starten besproken worden waardoor problemen in de toekomst vermeden worden.¹⁵⁷

Frequent wordt dus een zogenaamde ‘subject to board approval’ opgenomen in een Letter of Intent. Het doel hiervan is vaak het nagaan door de Raad van Bestuur of de onderhandelaars niet buiten de vooraf opgestelde onderhandelingsmarges zijn getreden.¹⁵⁸ Tevens wordt daardoor een zekere vrijheid behouden om bij het behalen van een akkoord dit door de Raad van Bestuur te kunnen laten evalueren en eventueel niet goed te keuren. Het gebruik van deze clausule brengt toch een zekere duidelijkheid met zich mee. De onderhandelaars hebben een beperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid en kunnen daardoor geen overeenkomst aangaan.

2.4 Verbintenissen over bepaalde bijzondere aspecten van de onderhandelingen

2.4.1 Algemeen

Welbepaalde aspecten van de onderhandelingen kunnen ook in een Letter of Intent opgenomen worden zonder dat deze verband houden met het resultaat van de

¹⁵⁴ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, “Verbintenissenrecht”, Leuven, Acco, 2006, 177.

¹⁵⁵ Cass. 22 maart 1979, RW 1979-80, 2238.

¹⁵⁶ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 31.

¹⁵⁷ Zie infra p. Letters zonder verbintenis99.

¹⁵⁸ R. LAKE en U. DRAETTA, “Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms”, 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 211.

onderhandelingen zelf. Zo kan men een confidentialiteitsclausule, exclusiviteitsclausule, kostenverdelingsclausule opnemen in een Letter of Intent. Deze zullen dan verbintenissen tussen de partijen creëren, die zorgen voor een aangenameer klimaat tijdens het onderhandelingsproces. Deze clausules zullen bindend zijn tussen de partijen, zelfs indien de Letter of Intent verder geen bindende bepalingen bevat. Een Letter of Intent bevat immers zeer vaak zowel bindende als niet bindende bepalingen. De verbintenissen zullen dan ook in rechte kunnen worden afgedwongen op basis van contractuele aansprakelijkheid.

2.4.2 Illustratie

a. Exclusiviteitsverbintenis

Onderhandelingen tussen twee groepen vinden plaats over de overdracht van verschillende participaties en merkenrechten. Tijdens één van de eerste fases van de onderhandelingen stuurt de ene partij de volgende brief, illustratie 20:

*“Nous avons pris note que votre groupe envisage la possibilité d’acheter des actions des sociétés ainsi que des marques(...). Afin de vous permettre d’étudier cette possibilité, nous prenons conjointement et solidairement l’engagement irrévocable is-à-vis de votre groupe de ne procéder à aucune négociation quelle qu’elle soit ni de vendre à un acheteur(...)”*¹⁵⁹

Deze partij gaat dus een verbintenis aan om gedurende een bepaalde periode geen parallelle onderhandelingen aan te gaan met een derde. Een dergelijke exclusiviteitsverbintenis wordt ook wel een lock out agreement genoemd. Deze verbintenis kan zowel eenzijdig als wederzijds zijn en heeft net als bepaalde andere types voorcontracten tot doel bepaalde elementen uit het onderhandelingsproces te regelen.

Letters of Intent met een exclusiviteitsbeding vindt men ook zeer frequent in de Common Law rechtspraak terug. De volgende voorbeelden zijn fragmenten van Letters of Intent waarover discussie bestond:

*“For a period of up to 90 days after the delivery of that rough footage, (...) negotiate exclusively and in good faith with respect to the terms and provisions relating to the distribution, exhibition or other exploitation of the documentary”*¹⁶⁰

*“You further agree that for the first forty-five days of this renegotiation period, you will not negotiate for your services with any other person or company other than WABC-TV or ABC”*¹⁶¹.

In beide letters is er duidelijk telkens sprake van zowel een exclusiviteitsverbintenis met een daaraan gekoppelde verbintenis met betrekking tot de onderhandelingstermijnen.

Parallelle onderhandelingen worden zeer frequent aangegaan en zijn dan ook de uitdrukking van de vrije concurrentie. Hun rechtsgeldigheid zal pas in vraag gesteld kunnen worden indien een dergelijke exclusiviteitsverbintenis werd aangegaan. Slechts in uitzonderlijke gevallen zal de plicht te goeder trouw te onderhandelen hierbij een rol kunnen spelen, met name wanneer de onderhandelingen in een ver gevorderd stadium zitten en dit afhankelijk van de omstandigheden en het nationale rechtstelsel.

b. Geheimhoudingsverbintenis

¹⁵⁹ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 32.

¹⁶⁰ Jilley Film Enterprises Inc. V Home Box Office Inc. 593 F. Supp. 515 (1984).

¹⁶¹ American Broadcasting Co. V Wolf 52 NY 2d 394, 420 NE 2d 363 (1981).

Een confidentialiteitsovereenkomst of non-disclosure agreement¹⁶² is bij sommige onderhandelingen een essentieel element om de andere partij te kunnen vertrouwen met bepaalde informatie. In illustratie 21 wordt volgende clausule opgenomen:

“ Any proprietary information, including but not limited to technical and financial information disclosed by either party to the other hereunder and designated as confidential shall be kept secret and confidential and not used by the receiving party other than in course of the feasibility studies or other evaluation contemplated hereunder nor disclosed by such party other than to its employees requiring same for their duties hereunder, unless and to the extent such information was known to the receiving party prior to disclosure hereunder, is subsequently disclosed to the receiving party by a third party or become public knowledge. The obligations of this paragraph 15 shall survive termination of the letter of understanding and continue in effect for a period of seven years thereafter.”

Zowel het openbaar maken als het gebruik van de als confidencieel bestempelde informatie wordt door deze overeenkomst verboden. De eraan gekoppelde termijn van zeven jaar beschermt de partij ook in de toekomst. Dergelijke overeenkomsten worden zeer frequent gesloten wanneer bepaalde informatie overlegd moet worden terwijl men die liever geheim houdt. Omdat de onderhandelingen dan in een volgend stadium zouden komen wordt een confidentialiteitsclausule in een Letter of Intent opgenomen. Net zoals bij de exclusiviteitsverbintenis kan hierbij ook de link met de goede trouw gelegd worden.

c. Verbintenis betreffende de onderhandelingstermijnen

Onderhandelen moet soms onder een bepaalde tijdsdruk gebeuren, waardoor men kan overgaan tot het afsluiten van verbintenissen waarin men de concrete termijnen van bepaalde onderhandelingsfasen op voorhand reeds vastlegt. Zo bevatten Illustraties 22 en 23 dergelijke termijnen:

*“Considering the urgency of this project (...) the contract will be signed as soon as possible after the initial discussions, and every effort will be made to make this possible within 30 days of the beginning of the initial discussions”; “Within 120 days after completion of the (...) feasibility study,; each party shall inform the other as to whether it wishes to implement the project. In the event either party fails to so inform the other or decides not to implement the project, this letter of understanding shall be thereupon deemed terminated and neither party shall have any obligation thereafter to the other”.*¹⁶³

Op deze wijze kunnen termijnen opgelegd worden voor het slagen van elke verschillende onderhandelingsfase, maar tevens ook principieel voor het sluiten van de definitieve overeenkomst. In het eerste voorbeeld is er enkel sprake van een middelenverbintenis om de voorziene vervalltermijn te respecteren. Daarentegen wordt in het tweede voorbeeld een ontbindende voorwaarde, met name het vervallen van de termijn, toegevoegd aan de verbintenissen die uit de Letter of Intent voortvloeien. Daardoor worden er aan het tweede voorbeeld veel verregaandere rechtsgevolgen verbonden.

d. Organisatie en terugbetaling van de voorafgaande studiekosten

Illustratie 24 betreft een onderhandelingsproces tussen een onderneming uit de chemische industrie en een publieke instelling van een bepaald land waarbij men wil komen tot de installatie van een petrochemisch complex in dat land.¹⁶⁴ Er wordt een Letter of Intent opgesteld waarin de kosten van een voorafgaande studie gelijk over de partijen zullen

¹⁶² Zie M. BÜHLER, “Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux”, *RDAI* 2002, 359-387.

¹⁶³ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 34.

¹⁶⁴ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 34.

verdeeld worden. Indien nadien het project tot stand komt zullen de kosten ten laste van de onderneming genomen worden, zoniet blijven de kosten gelijk over de partijen verdeeld. De onderhandelaars worden geconfronteerd met de nood aan voorafgaande studies waardoor de organisatie ervan best contractueel geregeld wordt. Bijgevolg wordt onder andere een clause betreffende de kostenverdeling opgesteld.

Op deze wijze wordt vermeden dat later ofwel op basis van buitencontractuele aansprakelijkheid ofwel op basis van contractuele aansprakelijkheid, met name de verbintenis om te goeder trouw te onderhandelen, een partij haar kosten wil verhalen op de andere, niet voorzichtige partij.

e. Ten laste nemen van de onderhandelingskosten

Ook de onderhandelingskosten as such zijn een belangrijke factor waarover regelmatig overeenkomsten worden gesloten, zoals illustratie 25:

“If, having accepted the terms of this letter in principle, and if a formal agreement is not entered into because a condition fails to be satisfied, then each party should bear its own costs. If however shareholders of Z should determine not to proceed for any reason we feel it is appropriate that shareholders should bear the costs of X incurred in connection with the negotiations otherwise than through a failure of a condition to be satisfied, then it would expect to bear costs incurred by shareholders”¹⁶⁵.

Deze clause stelt dat bij het mislukken van de onderhandelingen elke partij in principe de eigen kosten moet dragen. Daarop worden twee uitzonderingen gemaakt namelijk indien de aandeelhouders van Z of X de onderhandelingen zonder enige reden afbreken, dan zullen zij telkens instaan voor de gemaakte kosten van de onderhandelingen en het onderzoek. Het voordeel hiervan is dat er zekerheid is omtrent de schadevergoeding bij het zonder reden afbreken van de onderhandelingen en tevens vermeden wordt dat een rechter deze zelf zou begroten. De clause zorgt dus voor rechtszekerheid en biedt tevens het voordeel dat er geen fout moet bewezen worden bij het afbreken zonder reden.

De vergelijking moet gemaakt worden met Illustratie 16 en 17 waarbij een exoneratieclause vermijdt dat er enige schadevergoeding zal moeten betaald worden.

Soms wordt deze exoneratie op een uitdrukkelijker wijze in de Letter of Intent opgenomen:

“It is understood that neither party shall be bound to the other by this letter for damages, expenses, failure to finally agree on a formal and final contract, or in any other way”¹⁶⁶.

Het verdient alvast de voorkeur om een beding op te nemen waarin de onderhandelingskosten worden verdeeld of net zelf ten laste genomen worden bij het sluiten van een overeenkomst of het afbreken van de onderhandelingen. Op deze wijze worden allerlei discussies en eventuele procedures vermeden en verkeren de partijen tijdens de onderhandelingsfase in een sfeer van rechtszekerheid en vertrouwen.

f. Machtiging om de werken aan te vatten

Het volgens FONTAINE meest opmerkelijke type van Letters of Intent is de machtiging om reeds werken aan te vatten alvorens een definitieve overeenkomst is gesloten¹⁶⁷. Illustratie 26 is dan wel de laatste maar zeker niet de onbelangrijkste:

“Nous avons l’intention de vous commander les travaux complémentaires prévus pour (...) La commande définitive vous sera adressée dès que l’avenant I au contrat n° 600330 en cours de finition vous sera notifié. Vous êtes autorisés par la présente lettre à engager un montant

¹⁶⁵ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 36.

¹⁶⁶ P. KRAUSE, “Letter of Intent – An Agreement to Agree”, *NY State Bar Journal* 1978, 474.

¹⁶⁷ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 37.

plafond de 1 175 325 FB couvrant les travaux ci-dessous. Nous vous demandons de bien vouloir confirmer votre accord en nous renvoyant le double de la présente lettre signé par vos soins”¹⁶⁸.

Tijdens de aan de gang zijnde onderhandelingen wordt de andere partij reeds gemachtigd om de expliciet opgesomde werken aan te vangen met een daartoe gelimiteerd budget. Vooral in de Common Law vindt men dergelijke Letters of Intent terug. Beide partijen moeten echter werkelijk overtuigd zijn van het toekomstige slagen van de onderhandelingen alvorens zij een dergelijke Letter of Intent zullen sluiten. Deze zogenaamde authority to proceed is uitdrukkelijk vermeld en soms, zoals in dit voorbeeld, gelimiteerd met een toch wel duidelijke nauwkeurigheid.

Het gebruik van deze clause is vooral in de Common Law een zeer bekend fenomeen:

*“However, in order to secure the present costs for the manufacture of and the scheduled time for delivery of the Foundry and Forging equipment, ABC hereby gives DEF instructions that DEF shall proceed with the manufacture of the Foundry and Forging Equipment”*¹⁶⁹.

Het meest bekende caselaw voorbeeld¹⁷⁰ is *British Steel Corp. v Cleveland Bridge & Engineering Co. Ltd.*¹⁷¹ waarin de British Steel Corp.(BSC) reeds met de productie van de stalen knooppunten begon op vraag van Cleveland Bridge & Engineering Co. Ltd.(CBE). In de Letter of Intent die CBE naar BSC zond stond immers de volgende clause:

*“(…) We understand that you are already in possession of a complete set of our node detail drawings and we request that you proceed immediately with the works pending the preparation and issuing to you of the official form of sub-contract”*¹⁷².

Deze merkwaardige clause stelt volgens FONTAINE opnieuw de op het eerste zicht zo natuurlijke scheiding tussen de fases van de vorming en de uitvoering van de overeenkomsten terug ter discussie.¹⁷³

3. Juridische analyse van de indeling

3.1 Klassieke juridische figuren

Deze 26 illustraties geven duidelijk aan dat het concept Letter of Intent moeilijk omlijnd kan worden. De gebruikte termen zijn soms vreemd aan de inhoud van het document. In Letters of Intent komen vaak gekende juridische figuren op een soms ambiguë wijze naar voren getreden. Zoals reeds besproken houden dergelijke documenten in bepaalde situaties een aanbod en aanvaarding, contractbelofte, definitieve overeenkomsten, opschortende voorwaarden, inwerkingtredingsbedingen en bevoegdheidsproblemen in. Hierop zal niet verder worden ingegaan omdat het voornamelijk van belang is om de werkelijke Letters of Intent *sensu stricto* te bekijken.

3.2 Letters of Intent *sensu stricto*

¹⁶⁸ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 37.

¹⁶⁹ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, “Contract formation and letters of intent”, Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 154.

¹⁷⁰ Zie *supra* p. 50.

¹⁷¹ *British Steel Corporation v Cleveland Bridge & Engineering Co. Ltd* [1984] 1 All ER 504.

¹⁷² *British Steel Corporation v Cleveland Bridge & Engineering Co. Ltd* [1984] 1 All ER 504.

¹⁷³ M. FONTAINE, “Les lettres d’intention dans la négociation des contrats internationaux”, *DPCI* 1977, 98.

Deze Letters of Intent *sensu stricto* kunnen opgedeeld worden in twee categorieën namelijk de regeling van specifieke elementen van de onderhandelingen en de constructie van het toekomstige contract.

In de eerste categorie kunnen de volgende figuren worden ondergebracht: exclusiviteitsverbintenis (Illustratie 20), geheimhoudingsverbintenis (Illustratie 21), verbintenis over de onderhandelingstermijnen (Illustratie 22 en 23), organisatie en terugbetaling van de studiekosten (Illustratie 24).¹⁷⁴

De tweede categorie omvat het progressieve onderhandelingsproces door stapsgewijs elementen van het toekomstige contract te bepalen. Tijdens de verschillende fases van de onderhandelingen zullen Letters of Intent van deze tweede categorie worden opgesteld. Hieronder zal de intentie om te contracteren, de intentie om te onderhandelen (Illustratie 8), het vastleggen van de basis van het toekomstige contract en de te onderhandelen aspecten (Illustratie 9), een balans van de reeds verworven resultaten opstellen (Illustratie 10), de voorlopige resultaten in afwachting van het resultaat van de parallelle onderhandelingen met een derde opnemen (Illustratie 11), een akkoord van de essentiële elementen met de opgave van de nog te regelen details (Illustratie 13). De machtiging om de werken aan te vatten neemt een specifieke plaats in deze categorie in (Illustratie 26).¹⁷⁵

Op algemene wijze kunnen deze Letters ook ingedeeld worden in ofwel onderhandelingscontracten ofwel niet-contractuele instrumenten. Het zou echter absurd zijn om op deze basis over te gaan tot een werkelijke indeling aangezien de meeste Letters of Intent tegenwoordig een gemengde aard hebben.

Of er sprake zal zijn van onderhandelingscontracten, *contrats de négociation* of *contracts to negotiate* zal afhangen van de wil van de partijen. Het draften van de Letter of Intent zal daarbij van cruciaal belang zijn. Het opnemen van de elementen van het akkoord, ondertekend door beide partijen zal vaak aanleiding geven tot het aantonen van het bestaan van de wil van de partijen om zich in het contractuele gebied te bevinden.¹⁷⁶ Wanneer tot de vaststelling van een onderhandelingscontract komt tijdens de fases van het progressief contracteren, moet de inhoud daarvan worden nagegaan. Specifiek wat de Civil Law betreft, wordt op algemene wijze aanvaard dat er dan een verplichting ontstaat om de onderhandelingen te goeder trouw verder te zetten.¹⁷⁷ Afhankelijk van de fase waarin de onderhandelingen zich bevinden zal deze goede trouw verplichting nader gespecificeerd kunnen worden. Een intentie om te onderhandelen zal aanleiding geven tot de verplichting om een constructieve houding aan boord te leggen.¹⁷⁸ Reeds verworven onderhandelingspunten optekenen kan dan inhouden dat daarop niet meer kan worden teruggekomen, maar hierover bestaat geen eensgezindheid.¹⁷⁹ Uiteindelijk zijn dit allemaal veronderstellingen, maar kan daaruit geen zekerheid gecreëerd worden. Iedere Letter of Intent zal door de rechter worden beoordeeld waarbij de Letter of Intent zelf bestudeerd zal worden, maar tevens de omringende omstandigheden van belang zullen zijn.

Wat wel met zekerheid gesteld kan worden is dat een Letter of Intent die tijdens het onderhandelingsproces wordt opgesteld een soort goede trouw verplichting met zich mee zal

¹⁷⁴ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 46.

¹⁷⁵ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 46.

¹⁷⁶ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 47.

¹⁷⁷ Zie *infra* p. 65.

¹⁷⁸ M. FONTAINE en F. DE LY, “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 56.

¹⁷⁹ Zie R. LAKE en U. DRAETTA, “Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms”, 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 206.

brengen. Dit wordt in de meeste Civil Law landen uitdrukkelijk erkend, deze letters zullen dan de goede trouw verplichting wijder of tenminste specifieker maken.¹⁸⁰

Het belangrijkste punt dat uit deze indeling moet worden opgemerkt is dat het draften van essentieel belang is. Net zoals bij een goed en sluitend contract, moet ook een Letter of Intent die zekerheid en duidelijkheid teweegbrengt door een goede jurist worden opgesteld.

¹⁸⁰ R. LAKE en U. DRAETTA, "Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms", 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 207.

Hfst 4 Rechter & arbiter versus Letter of Intent

1. Centrale rol van de rechter & arbiter

Businessmen gebruiken de Letter of Intent in alle sectoren, maar overal ter wereld speelt de rechter of arbiter de centrale rol hierbij. De rechter of arbiter zal immers besluiten tot het al dan niet bindend karakter van de Letter of Intent en de eventueel eraan gekoppelde contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheden. Vandaar dat het nuttig is om stil te staan bij de visie van de rechters en arbiters in de verschillende rechtstelsels en de door hen gehanteerde principes.

2. Civil Law

2.1 België

Er zijn in de Belgische rechtspraak niet veel vonnissen en arresten terug te vinden omtrent Letters of Intent. De rechter of arbiter zal zich niet uitsluitend baseren op de bewoordingen van het document, maar tevens de andere communicaties tussen de partijen en hun gedragingen nadien in rekening nemen.¹⁸¹

Er moet wel worden opgemerkt dat de Belgische rechters zeer terughoudend zijn omtrent het toekennen van bindende kracht aan een Letter of Intent.

Dit wordt duidelijk geïllustreerd door het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 14 juni 1984¹⁸².

In de Franse rechtspraak wordt daarentegen vaak contractuele kracht aan een Letter of Intent verleend. De rechters vertonen een sterke wil om de ambiguïteit door contractuele binding te overkomen, wat soms de beperkte verwachtingen van de partijen overstijgt.¹⁸³

2.1.1 De FMC Zaak

a. Feiten

Eind jaren tachtig vatten een aantal glasproducenten de onderhandeling aan met FMC, een Amerikaanse onderneming waarvan de Europese zetel in Brussel gevestigd was. Het doel van deze onderhandelingen was een bevoorradingscontract sluiten voor de levering van natriumcarbonaat met het oog op de vervanging van de toenmalige leverancier Solvay die tegen minder voordelige voorwaarden leverde. Een Letter of Intent die uitging van FMC werd door de glasproducenten ondertekend waarin FMC stelde: *“our previous discussions concerning our intent to negotiate a long term agreement covering the purchase and sale of natural sodium carbonate (...) if you are in agreement with this basic provisions kindly sign and return one copy of this letter. We will then submit our proposal form of the complete*

¹⁸¹ W. DEJONGHE en W. VAN DE VOORDE, “Negotiated Acquisition”, in W. DEJONGHE en W. VAN DE VOORDE (eds.), *M&A in Belgium*, Den Haag, Kluwer Law International, 2001, 61.

¹⁸² Brussel 14 juni 1984, *TBH* 1985, 472.

¹⁸³ P. GILIKER, “Précontractual Liability in English and French Law”, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, 52.

contract".¹⁸⁴ Nadat de onderhandelingen reeds in een vergevorderd stadium waren terechtgekomen raken deze plots publiek bekend waardoor onmiddellijk sociale onrust ontstond in de fabrieken van Solvay. Immers indien Solvay het bevoorradingscontract zou verliezen, dan zou dit zeer ernstige gevolgen hebben op de tewerkstelling. Omwille van het grote effect zowel op sociaal als economische vlak kwam de Minister van Economische Zaken tussen om de glasproducenten te verzoeken voorlopig nog geen beslissing te nemen in verband met het bevoorradingscontract met FMC. Daarnaast werd aan Solvay de instructie gegeven om de onderhandelingen met de glasproducenten aan te vatten en deze vonden, vrij opmerkelijk, plaats onder de leiding van het kabinet van de Minister. Uiteindelijk stemde Solvay in met leveringsvoorwaarden die vergelijkbaar waren met die van FMC en een contract werd gesloten waarin een bijlage vermeldde dat de ondertekening van die overeenkomst beantwoordde aan de economische en sociale eisen.

FMC wou zich allesbehalve bij deze omwentelde situatie neerleggen. De reactie van FMC om vervolgens naar de rechter te trekken is wel enorm logisch want door de tussenkomst van de minister liep het een enorm groot bevoorradingscontract mis.

b. Rechtsvragen

FMC trok naar de rechter om op basis van onder andere Letters of Intent te laten vaststellen dat er een contract was gevormd tussen de glasproducenten en FMC. De contractuele vordering was gericht om hen te laten veroordelen wegens contractbreuk.

De glasproducenten stelden echter dat er nooit een contract was gesloten.

c. Beslissing

Op 14 juni 1984 hervormde het Brusselse Hof van Beroep¹⁸⁵ de beslissing uit Eerste Aanleg waarin gesteld werd dat er een contract gesloten was tussen FMC en de glasproducenten en er dus sprake was van contractbreuk door de glasproducenten. Het Hof stelde daarentegen dat er geen enkel contract gesloten was tussen beide partijen. Tevens werd geoordeeld dat er geen buitencontractuele aansprakelijkheid was wegens het afbreken van de onderhandelingen.

Dit arrest werd door het Hof van Cassatie¹⁸⁶ vernietigd om procedurele redenen omdat het Brusselse Hof van Beroep geoordeeld had over de buitencontractuele aansprakelijkheid zonder daartoe geëddieerd te zijn en zonder de partijen daarover te hebben gehoord.

Uiteindelijk werd de zaak verwezen naar het Hof van Beroep van Luik¹⁸⁷, maar het Hof mocht enkel nog oordelen of het afbreken van de onderhandelingen aanleiding gaf tot buitencontractuele aansprakelijkheid. Het Hof wees erop dat in een markteconomie de vrijheid van onderhandelen geldt met de daaraan verbonden vrijheid om al dan niet te contracteren. Deze vrijheid impliceert het recht om parallelle onderhandelingen te voeren. Het afbreken op zichzelf doet geen aansprakelijkheid ontstaan, zelfs al vloeit daar schade uit voort, maar de omstandigheden waarin dit heeft plaatsgevonden kunnen wel tot een fout aanleiding geven. Volgens het Hof voorkomt een geldige reden een fout, zoals het aan gunstigere voorwaarden contracteren. Op basis van de volgende elementen werd tot een geldige reden besloten: het feit dat de prijs van Solvay bijna gelijk was aan de prijs van FMC, de voortzetting van de handelsrelatie met Solvay bood belangrijke voordelen waaronder zekerheid omtrent de continuïteit van de leveringen door de nabijheid van de producent en het

¹⁸⁴ R. KRUIHOF, "Grondbeginselen van het contractenrecht", in R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, *Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen*, TPR 1994, 293.

¹⁸⁵ Brussel 14 juni 1984, TBH 1985, 472.

¹⁸⁶ Cass. 17 april 1986, RW 1986-87, 695.

¹⁸⁷ Luik 20 oktober 1989, TBH 1990, 521.

behoud van de sociale rust in de streek door de handhaving van de tewerkstelling, de belangrijke relatie met de Minister van Economische Zaken met de glasproducenten en het feit dat FMC op de hoogte was van de onderhandelingen met Solvay. Opmerkelijk was wel dat Solvay zich garant had gesteld tegenover de glasproducenten indien zij aansprakelijk zouden gesteld worden.¹⁸⁸ Het Hof besloot dat dit geen enkele impact kon hebben op het besluit of er al dan niet een culpa in contrahendo was. De conclusie luidde dat de handelswijze van de glasproducenten overeenstemde met die van een normaal diligente en voorzichtige industrieel, geplaagd in dezelfde economische en sociale omstandigheden. De twee arresten van de Hoven van Beroep besloten dus dat er van zowel contractuele als buitencontractuele aansprakelijkheid geen sprake was. Gevolg was dus dat FMC met lege handen en een resem extra advocatenkosten achterbleef.

d. Commentaar in de rechtsleer

Deze *FMC zaak* was één van de weinige gelegenheden in België waarbij er een bijdrage gepubliceerd kon worden over de beoordeling van de Letter of Intent in de Belgische rechtspraak.

DE LY¹⁸⁹ nam van deze gelegenheid gebruik om een kritische opinie over de beslissingen van de Hoven van Beroep te schrijven. Daarin staan twee elementen centraal enerzijds de klassieke aanpak van de Letter of Intent door het Brusselse Hof van Beroep en anderzijds de wat parochiale aanpak van de vordering in buitencontractuele aansprakelijkheid.

De aanpak van de Belgische rechtspraak wordt door DE LY¹⁹⁰ als een weerspiegeling beschouwd van het traditionele, verouderde, standpunt in de aanpak van het juridische karakter en de bindende kracht van Letters of Intent. Deze aanpak houdt in dat de Letter of Intent enkel bindende kracht kan hebben als die gekarakteriseerd kan worden als een finale en aldus bindende overeenkomst.

Zo stelde het Brusselse Hof van Beroep dat de termen van de Letters of Intent ambiguë waren zoals hun natuur. Onder die termen kan er zowel tot een niet-bindend gentlemen's agreement als een bindend contract besloten worden. Vandaar dat het Hof argumenteerde dat de intenties van de partijen bepalend zijn en dat de letters geen contracten konden uitmaken omdat de partijen geen akkoord over alle substantiële elementen hadden bereikt. Deze toch wel zeer strikte opvatting samen met de kort door de bocht redenering maken een grote belemmering uit opdat een dergelijke letter ooit bindend karakter zou kunnen hebben.

Het grootste probleem is dat het Hof zich enkel focust op de vraag of het onderhandelingsproces geresulteerd was in de vorming van een formeel contract. Door een dergelijk standpunt wordt immers het belang van een Letter of Intent quasi steeds gereduceerd tot een loutere gentlemen's agreement indien er nadien geen contract wordt gesloten. Nochtans zou bij gebrek aan een dergelijk contract de focus net moeten liggen bij de vraag of er tijdens de onderhandelingen wederzijdse verbintenissen tussen de partijen zijn aangegaan. Immers precontractuele verbintenissen kunnen nog steeds aanleiding geven tot contractuele verplichtingen, zelfs indien er later geen formeel contract zou gesloten zijn. DE LY¹⁹¹ betreurt dan ook dat het Brusselse Hof van Beroep de aansprakelijkheid van de glasproducenten niet vanuit dit perspectief heeft geanalyseerd en de Letters of Intent zomaar terzijde heeft geschoven.

¹⁸⁸ R. KRUIHOF, "Grondbeginselen van het contractenrecht", in R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, *Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen*, TPR 1994, 291.

¹⁸⁹ F. DE LY, "Letters of intent under recent Belgian case law", *RDAI* 1991, 566.

¹⁹⁰ F. DE LY, "Letters of intent under recent Belgian case law", *RDAI* 1991, 566.

¹⁹¹ F. DE LY, "Letters of intent under recent Belgian case law", *RDAI* 1991, 567.

Daarnaast moet nog een tweede, nog pijnlijker, element aangekaart worden. Deze *FMC zaak* kan immers gekwalificeerd worden als een voorbeeld van parochiale oplossingen bij een buitencontractuele aansprakelijkheidsproblematiek waarbij de binnenlandse belangen vooruitgeschoven worden en de belangen van de buitenlandse partij quasi vergeten worden.¹⁹²

Alle door de Hoven aangehaalde argumenten geven blijk van de pure bescherming van binnenlandse belangen en het argument van de late beëindiging van de onderhandelingen, het contract zou immers op 15 januari gesloten worden en de minister kwam op 11 januari 1979 tussen, werd niet eens bediscussieerd. DE LY¹⁹³ besluit dan ook dat in beide arresten serieuze pijnpunten zitten en vooral de industriële en socialebeleidsargumenten blijk geven van een onbewuste bias in het voordeel van de Belgische partijen.

Dergelijke arresten zijn dus allesbehalve goede reclame voor de kwaliteit van de Belgische rechtspraak. De onpartijdigheid van de rechter kan hier wel zeer sterk in vraag gesteld worden. Beide Hoven van Beroep lijken bezweken te zijn onder de druk van de betrokken nationale belangen. Juridische theorieën over Letters of Intent kan men dan ook nergens terugvinden in deze arresten. De enige mogelijke conclusie die men kan nemen is dat men een wel zeer restrictieve aanpak van Letters of Intent heeft gehanteerd. Daarom gaat DE LY¹⁹⁴ zelfs nog verder door te overwegen om buitenlandse ondernemingen aan te raden om een jurisdictioneel ofwel arbitragebeding in een Letter of Intent op te nemen waardoor een écht neutraal forum over de discussies omtrent de beëindiging van de onderhandelingen te oordelen.

Deze opmerking moet toch verder geanalyseerd worden. Immers een arbitragebeding¹⁹⁵ omtrent de geschillen die voortvloeien uit de precontractuele besprekingen en documenten zal niet het ultieme remedium zijn. De voordelen van neutraliteit en werkelijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid zullen bij dit soort casussen zeker naar voren treden bij een arbiter in tegenstelling tot bij een nationale rechter. Daarnaast moet ook op het voordeel van de expertise van de arbiter zelf worden gewezen. De arbiter zal normalerwijze een specialist zijn in dezelfde sector, waardoor deze persoon de discussie zelf veel beter kan vatten en beslechten. Tevens zal de arbiter veel beter en preciezer de mogelijke kosten evenals de geschade belangen kunnen beramen. Natuurlijk zijn er ook nadelen verbonden aan een arbitrage. De typische nadelen namelijk de hoge kostprijs ervan en tevens de lange duur, indien men althans een échte specialist terzake wil aanstellen als arbiter, zullen een eerste probleem zijn. Het grootste obstakel is echter dat de partijen praktisch gezien meestal de kostbare tijd, die zowel een nationale rechterlijke procedure als een arbitrage in beslag neemt, niet kunnen laten verloren gaan aan geschillen. Bij een mank gelopen fusie of overdracht waarbij een partij beweert dat er een overeenkomst gesloten werd en de deal dus rond is maar de andere partij dit ten stelligste ontkent, kunnen de partijen het zich in de praktijk vaak niet veroorloven om daar een jarenlange discussie over te hebben omdat op die manier beide partijen enorme schade zullen oplopen. Immers de onderneming waarover discussie bestaat zal nog moeilijk te besturen zijn aangezien beide partijen zullen claimen dat zij de beslissingen mogen nemen. Gevolg is dus dat men vaak zélf de discussie onderling zal pogen op te lossen omdat de financiële en economische gevolgen van een arbitrage of proces te nadelig zijn.

¹⁹² F. DE LY, "Letters of intent under recent Belgian case law", *RDAI* 1991, 567.

¹⁹³ F. DE LY, "Letters of intent under recent Belgian case law", *RDAI* 1991, 567.

¹⁹⁴ F. DE LY, "Letters of intent under recent Belgian case law", *RDAI* 1991, 567.

¹⁹⁵ Zie infra p. 97.

2.2 *Nederland*

2.2.1 *Aga/Bouw zaak*

a. Feiten

Onderhandelingen worden begin 1982 aangegaan tussen Aga, een producent en leverancier van gassen en vloeistoffen, en Bouw, een groothandel in gassen. Na ongeveer een half jaar te hebben onderhandeld, besluiten de partijen om een geschrift op te stellen. Op 26 november 1982 wordt dit geschrift met als titel ‘Intentieverklaring’ ondertekend door de partijen. Daarin staat uitdrukkelijk dat de partijen een nauwe samenwerking op het gebied van de verkoop van industriële gassen beogen. Ook de volgende elementen worden erin opgenomen: Bouw zal miv 1 december 1982 enkel nog uitsluitend gassen van Aga betrekken; Bouw zal miv 1 januari 1983 zijn onderneming aan Aga verpachten voor een jaar en partijen voor 15 december 1982 in onderling overleg het desbetreffende pachtcontract zullen sluiten; Aga zal op 1 januari 1984 het bedrijf van Bouw overnemen.

Op 1 december 1982 neemt Bouw voor het eerst gassen af van Aga, maar vijftien dagen later breekt Bouw de onderhandelingen af over het pachtcontract omdat hij van de transactie wil afzien. Vanaf dat ogenblik neemt Bouw geen gassen meer af van Aga.¹⁹⁶

b. Rechtsvragen

Aga stelt dat Bouw zich, en dit telkens met ingang van verschillende data, heeft verbonden tot exclusieve afname van gassen van Aga voor onbepaalde duur, tot verpachting van zijn gassen en tot overdracht. Subsidiar wordt door Aga een vordering voor schadevergoeding wegens het afbreken van de onderhandelingen ingesteld op basis van de strijdigheid met de goede trouw.

c. Beslissing

Het Hof van Arnhem¹⁹⁷ besluit in hoger beroep over een voorafgaande uitspraak in kort geding. Daarbij wordt een zeer uitgebreide analyse van de Letter of Intent gemaakt, dit in tegenstelling tot de Belgische handelingswijze van het Hof van Beroep in de *FMC zaak*¹⁹⁸. De stand van zaken werd tijdens de onderhandelingen vastgelegd in het document met de titel ‘Intentieverklaring’ waarin de partijen stelden een nieuwe samenwerking te beogen en een voornemen om bepaalde transacties af te sluiten. De beoogde duur van de exclusieve afname van gas kan niet opgevat worden als van onbepaalde duur zijnde want op 1 januari 1983 zou de groothandel reeds aan Aga verpacht worden waardoor Aga het reële belang bij de levering zou verliezen. Door aan te vangen met de realisering van het eerste element werd volgens het Hof niet meer dan een volgende stap naar de realisering van de andere elementen van de intentieverklaring gezet. In deze intentieverklaring is wel reeds de overnameprijs geregeld maar belangrijke andere onderdelen zijn nog niet uitgewerkt, zoals de prijsbepaling voor gemaakte kosten en voor activa, gebruik handelsnaam, overdracht handelsvorderingen etc. De laatste vaststelling van het Hof is dat de directeur van Aga heeft verklaard bij pleidooien dat hij tijdens de onderhandelingen aan Bouw heeft gezegd dat hij niet gebonden was.

Het Hof oordeelt op basis van deze elementen dat er geen sprake kan zijn van bindende overeenkomsten tussen Aga en Bouw.

¹⁹⁶ W.S.M. SCHUT, “Letters of intent”, Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 20.

¹⁹⁷ Hof Arnhem 14 nov. 1983, *NJ* 1984, 499.

¹⁹⁸ Brussel 14 juni 1984, *TBH* 1985, 472.

Ten tweede wordt de subsidiaire stelling van Aga nagegaan waarbij gesteld wordt dat Bouw in strijd met de goede trouw heeft gehandeld door de onderhandelingen over de verpachting van de groothandel terwijl deze reeds in een ver gevorderd stadium waren terechtgekomen. Doordat de onderhandelingen reeds in een zover gevorderd stadium geraakt waren was Bouw volgens het Hof niet meer vrij om de onderhandelingen met Aga eenzijdig af te breken, zonder haar in de gelegenheid te stellen om serieus te onderzoeken of de breekpunten van Bouw reëel waren en of daarvoor oplossingen gevonden konden worden. Het Hof oordeelt dan ook dat het gedrag van Bouw strijdig is met de zorgvuldigheid die men in het maatschappelijk verkeer beoogd ten aanzien van de zakelijke belangen van Aga. De subsidiaire eis van Aga wordt door het Hof ingewilligd en daarenboven stelt het Hof dat de verhoudingen tussen de partijen nog niet zodanig verziekt zijn waardoor de voortzetting van de onderhandelingen, zoals door Aga voorgesteld, als passende maatregel kan worden overwogen.

2.3 Duitsland

In tegenstelling tot andere landen zijn er in Duitsland weinig opmerkelijk belangrijke zaken terug te vinden over Letters of Intent. Dit is het gevolg van het abstracte rechtssysteem waardoor de Letter of Intent onder meerdere rechtsfiguren kan gekwalificeerd worden en er bijgevolg juridische discussies vermeden worden.

2.3.1 Bundesgerichtshof 1962

Deze zaak betrof een Letter of Intent die eenzijdig werd verzonden. Daarin werd het vertrouwen gewekt dat nadien een overeenkomst gesloten zou worden. Echter korte tijd nadien worden de onderhandelingen afgebroken. De vraag rees hierbij of de afbrekende partij gedwongen kon worden om de onderhandelingen verder te zetten en aldus de overeenkomst te sluiten. Het Bundesgerichtshof¹⁹⁹ besloot dat zelfs indien de Letter of Intent op een nog sterkere wijze het vertrouwen tot het sluiten van de overeenkomst had gewekt, er zelfs dan geen sprake zou kunnen zijn van een zogenaamde ‘Kontrahierungszwang’: *“Die förmliche Abschlußfreiheit bleibt auch bei noch so grober Enttäuschung vom Absender veranlaßten und vom Empfänger in Anspruch genommenen Vertrauens unberührt”*.

3. Common Law

3.1 Engeland

Enkel indien de Letter of Intent de contractuele binding niet uitsluit, door middel van een subject to clause, kan de Engelse rechter beslissen of de partijen al dan niet gebonden zijn door de Letter of Intent. De rechters zullen daartoe sneller geneigd zijn indien de partijen op basis van dat document al voor een lange periode hebben gehandeld of een aanmerkelijke som geld hebben gespendeerd, vertrouwend op dat document.²⁰⁰

¹⁹⁹ BGH WM 1962, 1174.

²⁰⁰ H.B. BAELE (ed.), “Chitty on contracts: General Principles”, London Sweet & Maxwell, 2004, 180.

Het feit dat partijen voorzien dat de Letter of Intent vervangen zal worden door een later meer formeel contract zal op zichzelf niet volstaan om te voorkomen dat de Letter of Intent bindende kracht heeft.²⁰¹

Er moet echter wel gesteld worden dat de Engelse rechters allesbehalve snel geneigd zullen zijn om aan een Letter of Intent bindende kracht toe te kennen. De gevestigde opvatting is aldus dat tenzij de feiten van de zaak op duidelijke wijze een contractuele bedoeling aantonen, de rechters zullen veronderstellen dat de Letter of Intent niet bedoeld is om een partij te binden.²⁰²

3.1.1 British Steel Corp. v Cleveland Bridge & Engineering Co. Ltd.

a. Feiten

Eind jaren zeventig gaat Cleveland Bridge & Engineering Co. Ltd. (CBE) een onderaannemingscontract aan om de staalstructuur van een bank in Saudi-Arabië te bouwen. In deze constructie is een zeer specifieke staalstructuur verwerkt waardoor CBE beroep moet doen op British Steel Corporation (BSC) om deze specifieke en unieke stalen verbindingselementen te produceren. Er moeten 137 van dergelijke ‘cast steel nodes’ geproduceerd worden en zij vormen het centrum van de staalstructuur. De onderhandelingen zijn complex en langdurig omwille van zowel de technische specificaties van deze stalen elementen als de contractuele voorwaarden. Een telex van BSC wordt op 9 februari 1979 naar CBE gezonden waarin een geschatte prijs, productie en leveringsinformatie stond. Op 21 februari 1979 zendt CBE een Letter of Intent naar BSC waarin hun intentie om een contract aan te gaan, onder hun algemene voorwaarden en een prijs uit de telex van BSC, wordt uitgedrukt.²⁰³ Daarin wordt ook de volgende wens vermeld “*We understand that you are already in possession of a complete set of our node detail drawings and we request that you proceed immediately with the works pending the preparation and issuing to you of the official form of sub-contract*”²⁰⁴. BSC zou hiermee niet akkoord willen gaan omdat deze algemene voorwaarden een ongelimiteerde aansprakelijkheid opleggen voor schade wegens te late levering. Anticiperend op een kort nadien volgende formele bestelling gaat BSC, misschien vreemd genoeg, in op het verzoek van CBE om verder te gaan met de productie van de staalementen, die op 28 december 1979 op één na allemaal geleverd werden. Het laatste element kon pas op 11 april 1980 geleverd worden omwille van een nationale staking in de staalindustrie, maar tevens om betaling af te dwingen van CBE. Echter na de Letter of Intent worden de discussies en onderhandelingen tussen de twee partijen verder gezet over de specificaties van het contract, maar werd geen formeel contract bereikt. Uiteindelijk werd wel een overeenkomst omtrent de prijs bereikt maar geen overeenkomst betreffende aansprakelijkheid wegens verlies of betalingsschijven. Het gevolg is voorspelbaar. CBE weigert enige betaling te maken wegens de schade die zij had opgelopen door de te late levering en vraagt dus de betaling van een schadevergoeding. Daarbij stelt CBE dat er een bindende overeenkomst is ontstaan die op basis van verschillende documenten, waaronder de Letter of Intent, en het gedrag van BSC tijdens de productie van de staalementen kan

²⁰¹ H.B. BAELE (ed.), “Chitty on contracts: General Principles”, London Sweet & Maxwell, 2004, 180.

²⁰² P. GILIKER, “Précontractual Liability in English and French Law”, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, 52.

²⁰³ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, “Contract formation and letters of intent”, Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 186.

²⁰⁴ British Steel Corporation v Cleveland Bridge & Engineering Co. Ltd [1984] 1 All ER 504.

worden gevonden. BSC stelt daarentegen dat er geen overeenkomst gesloten was tussen beide partijen en vordert de redelijke waarde van de staalelementen op een quantum meruit basis.²⁰⁵

b. Rechtsvragen

Cruciaal in deze zaak is de vraag of er een contract gesloten werd tussen BSC en CBE. De striktheid inzake contracteren in het Engelse recht doet wellicht op voorhand reeds de weegschaal omslaan. Steeds blijven dan nog grote financiële problemen bestaan waarop een antwoord moet geboden worden. De piste van de quantum meruit basis moet tengevolge worden nagegaan. Deze quantum meruit vordering, alias vordering op basis van onverschuldigde betaling, kan slechts slagen indien de drie voorwaarden vervuld zijn: de verdedigende partij heeft zichzelf verrijkt, de verdedigende partij deed dit ten koste van de eiser en de verrijking van de verdedigende partij was ‘injust’, onverschuldigd.²⁰⁶

c. Beslissing

Rechter Robert Goff J oordeelde over deze zaak die later één van de meest bekende zaken in de Common Law werd over Letters of Intent.

Eerst moest worden nagegaan of de Letter of Intent aanleiding gaf tot een bindende overeenkomst waarbij Robert Goff J alvast het algemene principe neerschreef: “*there can be no hard and fast answer to the question whether a letter of intent will give rise to a binding agreement: everything must depend on the circumstances of the particular case*”²⁰⁷.

Nochtans was deze vraag in de meeste zaken omtrent Letters of Intent die een verzoek tot aanvatting van de werken omvatte niet zo belangrijk. Omdat wanneer de partij de loutere betaling vordert deze meestal op een quantum meruit vordering baseert waardoor de contractuele of quasi-contractuele aard van de vordering van geen belang meer is. Daarentegen wordt in deze zaak ook een contractuele vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie ingediend waardoor de vraag of er een overeenkomst is van cruciaal belang wordt. Robert Goff J gaat daarbij twee pistes onderzoeken enerzijds een normaal uitvoerend contract waarbij iedere partij wederzijdse verbintenissen aangaat en anderzijds een zogenaamd ‘if contract’ zijnde een overeenkomst waarin A aan B verzoekt om een specifieke prestatie uit te voeren en aan B belooft dat, indien hij dat doet, hij een specifieke prestatie terug zal krijgen, meestal een vergoeding. Dit ‘if contract’ is dus niets meer dan een aanbod dat, indien uitgevoerd voor de termijn verstrijkt of het rechtsgeldig ingetrokken wordt, zal resulteren in een bindend contract.²⁰⁸

De eerste piste wordt al snel van tafel geveegd omdat, in tegenstelling tot in andere gelijkaardige zaken²⁰⁹, in de gegeven omstandigheden er nog enorm veel zaken onduidelijk waren. Na analyse van de Letter of Intent en het feit dat de partijen nog steeds in een onderhandelingsfase zaten tijdens de start van de productie door BSE besluit Robert Goff J: “*it is impossible to say with any degree of certainty what the material terms of that contract would be*”²¹⁰ en besluit bijgevolg dat er geen bindend uitvoerend contract tussen beide partijen was tot stand gekomen. Daarna wordt de tweede mogelijkheid van het ‘if contract’ onderzocht en uiteindelijk wordt ook daarbij besloten dat aangezien er discussie was over wiens algemene

²⁰⁵ E. MCKENDRICK, “Contract Law: text, cases and materials”, Oxford, Oxford University Press, 2008, 96.

²⁰⁶ E. MCKENDRICK, “Contract Law: text, cases and materials”, Oxford, Oxford University Press, 2008, 100.

²⁰⁷ British Steel Corporation v Cleveland Bridge & Engineering Co. Ltd [1984] 1 All ER 504.

²⁰⁸ E. MCKENDRICK, “Contract Law: text, cases and materials”, Oxford, Oxford University Press, 2008, 97.

²⁰⁹ Zie Turriff Construction Ltd v Regalia Knitting Mills Ltd (1971) 9 B.L.R. 20; Wilson Smithett v Bangladesh Sugar (1986) 1 Lloyd’s Rep. 378.

²¹⁰ British Steel Corporation v Cleveland Bridge & Engineering Co. Ltd [1984] 1 All ER 504.

voorwaarden moesten toegepast worden en tijdens de onderhandelingsfase het onmogelijk was om te besluiten welke aansprakelijkheid verwacht werd door de verkoper. Vandaar dat Robert Goff J ook deze mogelijke oplossing verwerpt.

De uiteindelijke conclusie luidt als volgt: beide partijen verwachtten dat een formeel contract zou gesloten worden, de ene partij begon op verzoek van de andere partij aan het contractuele werk onder het geanticipeerde contract. Indien nadien een overeenkomst gesloten zou worden dan zou dat werk beschouwd worden als uitgevoerd op basis van die overeenkomst, indien daarentegen geen contract gesloten werd dan kan bij de prestatie van die werken niet gerefereerd worden naar enig contract waarvan de voorwaarden vastgesteld kunnen worden. Bijgevolg legt het Engelse recht de simpele verplichting op aan de partij die het verzoek tot prestaties maakte om een redelijke som te betalen voor de werken die in overeenstemming met dat verzoek werden uitgevoerd, zijnde een verplichting in restitution op basis van de quantum meruit vordering.

d. Commentaar in de rechtsleer

Kritiek kwam er al snel vanuit de hoek van Professor ATIYAH²¹¹ die het erg vreemd vindt om te ontkennen dat een contract bestaat wanneer de partijen overeengekomen zijn om specifieke goederen te produceren, leveren en accepteren, zelfs als zij nog niet over alle voorwaarden overeenstemming hebben bereikt. De opinie van ATIYAH moet echter als een minderheidsopinie beschouwd worden omdat hij de focus legt op het gedrag van de partijen en dus tracht te rechtvaardigen dat er een contract was gesloten door te refereren naar het gedrag in plaats van de beloften van de partijen.²¹² Daarentegen heeft volgens MCKENDRICK²¹³ Rechter Robert Goff J terecht het gedrag van de partijen enkel onderzocht om te beslissen of zij een overeenkomst hadden bereikt en het ontdekken dat zij over bepaalde zaken nog geen akkoord hadden bereikt, hield volgens hem in dat er geen contract was.

Ook BALL²¹⁴ staat eerder kritisch tegenover de gehanteerde methode omdat hij vreest dat zij als regels zullen worden aanzien voor de algemene toepassing van soortgelijke gevallen. In casu vindt hij het resultaat niet onbillijk maar wil hij toch twee potentiële ruimtes voor onbillijkheid blootleggen. Ten eerste wordt de koper benadeeld door de toepassing van de zwart of wit conceptuele redenering. Het ganse risico van het afbreken van de onderhandelingen nadat de uitvoering is begonnen valt ten laste van de koper. De verkoper zal immers een redelijke som ontvangen bestaande uit redelijke uitgaven plus redelijke winst en bijgevolg ongeveer ontvangen wat hij verwachtte. De koper zal daarentegen alles moeten betalen maar zijn verwachtingen met betrekking tot de kwaliteit, snelheid van de uitvoering zullen niet worden ingewilligd. De enige remedie is immers de goederen of het werk niet in ontvangst te nemen waardoor het zogenaamde 'free acceptance' principe niet meer geldt. Daarbij maakt hij zelfs de verregaande vergelijking met de moderne versie van het 'caveat emptor' principe.²¹⁵ De potentiële onbillijkheid wordt duidelijk door het contract als een pakket vol rechten en plichten te beschouwen dat balanceert volgens de voldoening van de partijen. Bijvoorbeeld was er in de BSC zaak sprake van allerlei variabelen waaronder de prijs, leveringsdata, kwaliteit van de goederen, schadevergoedingen wegens te late leveringen

²¹¹ P.S. ATIYAH, "An introduction to the law of contract", Oxford, Oxford University Press, 1989, 163.

²¹² E. MCKENDRICK, "Contract Law: text, cases and materials", Oxford, Oxford University Press, 2008, 100.

²¹³ E. MCKENDRICK, "Contract Law: text, cases and materials", Oxford, Oxford University Press, 2008, 100.

²¹⁴ S.N. BALL, "Work carried out in pursuance of letters of intent – contract or restitution?", *The Law Quarterly Review* 1983, 577.

²¹⁵ S.N. BALL, "Work carried out in pursuance of letters of intent – contract or restitution?", *The Law Quarterly Review* 1983, 577.

etc. Indien een contract zou gesloten zijn dan zou er een zekere balans bereikt worden die voor beide partijen accepteerbaar was. Men kan dus volgens BALL niet zomaar BSC alles geven wat verwacht werd en daarbij de onderhandelingsmiddelen van CBE niet erkennen.²¹⁶ Ten tweede is er het zogenaamde ‘Fibrosa syndroom’. De bereikte oplossing is namelijk ofwel wit ofwel zwart en dit is te wijten aan de onbekwaamheid van het Common Law om flexibele compromissen te sluiten. Zo is er in de BSC zaak ofwel een volledig contract ofwel geen enkele contractuele relatie. Deze zwart-witte oplossingen zullen dan ook steeds ten nadele van één bepaalde partij zijn. Het ‘Fibrosa syndroom’ is afgeleid van de befaamde *Fibrosa zaak*²¹⁷ waarin het toenmalig House of Lords, nu Supreme Court of the United Kingdom genaamd, *Chandler v Webster*²¹⁸ heeft overruled betreffende de schadeloosstellingen van geld betaald onder ‘frustrated’ contracten. Kort nadien volgde een wetshervorming van die frustrated contracts door een Act van 1943 die de notie verdeling introduceerde in het alles of niets principe van de Common Law. Door deze flexibelere aanpak kunnen de tegengestelde belangen van de partijen gebalanceerd worden. BALL wil deze flexibele aanpak projecteren op de aanpak van Letters of Intent en daardoor een meer gebalanceerde oplossing vinden bij sommige situaties.²¹⁹

e. Hedendaagse visie in Cunningham v Collet and Farmer

Hoewel deze zaak wellicht nooit een groot belang zal hebben in de case law is het toch belangrijk om de hedendaagse visie van de rechters ten aanzien van Letters of Intent in Engeland even van naderbij te bekijken.

Rechter Coulson heeft in de *Cunningham v Collett and Farmer*²²⁰ een onderscheid gemaakt van twee types Letters of Intent die gebruikt worden in de bouwindustrie.²²¹ De eerste is de Letter of Intent ‘properly so called’ die een intentie vanwege partij A uitdrukt om in de toekomst in een contract te treden met partij B, maar creëert geen aansprakelijkheid in verband met dat toekomstige contract. Het is speciaal opgesteld om geen enkel bindend effect te hebben. Echter in de bouwindustrie worden de meeste Letters of Intent net gebruikt om sommige, hoewel gelimiteerde, wederzijdse rechten en aansprakelijkheden te laten ontstaan. Hedendaagse voorbeelden van dergelijke Letters of Intent vindt men terug in de volgende zaken: *Tesco Stores Ltd v Costain Construction Ltd*²²², *ERDC Group Ltd v Brunel University*²²³. Vandaar dat het tweede type een letter genoemd wordt die aanleiding geeft tot beperkte rechten en aansprakelijkheden. Daarbij stelt Coulson dat het gewoonlijk is voor zulke documenten dat de aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor de uit te voeren werken volgend op de Letter of Intent beperkt wordt. Meestal wordt dat gedaan door ofwel het bedrag te beperken dat kan uitgegeven worden door de aannemer voor werken volgend op de Letter of Intent, ofwel door te refereren naar de specifieke elementen van het werk waarvan het toegelaten wordt dat de aannemer ze reeds uitvoert.

²¹⁶ S.N. BALL, “Work carried out in pursuance of letters of intent – contract or restitution?”, *The Law Quarterly Review* 1983, 578.

²¹⁷ *Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* [1942] 2 All E.R. 122, [1943] AC 32.

²¹⁸ *Chandler v Webster* [1904] 1 KB 493.

²¹⁹ S.N. BALL, “Work carried out in pursuance of letters of intent – contract or restitution?”, *The Law Quarterly Review* 1983, 579.

²²⁰ *Cunningham v Collett and Farmer* [2006] EWHC 1771 (TCC) [2006] All ER (D) 233.

²²¹ E. MCKENDRICK, “Contract Law: text, cases and materials”, Oxford, Oxford University Press, 2008, 99.

²²² *Tesco Stores Ltd v Costain Construction Ltd* [2003] EWHC 1487 (TCC); [2003] All ER (D) 394.

²²³ *ERDC Group Ltd v Brunel University* [2006] EWHC 687 (TCC) [2006] BLR 255.

3.1.2 Turriff Construction Ltd. v Regalia Knitting Mills Ltd.

Turriff maakt een offerte op voor een plan-en bouwcontract van een molen in Corby en tijdens een gesprek met Regalia wordt Turriff geïnformeerd dat Regalia de intentie heeft om het contract aan Turriff toe te kennen. Onder tijdsdruk vangt Turriff reeds aan met het voorbereiden van de gedetailleerde plannen en neemt contact op met specialisten onderaannemers en dat terwijl Regalia financiële middelen zoekt, de bouwvergunning aanvraagt en het land aankoopt. Turriff wil zekerheid dat het voorbereidende werk betaald zal worden en vraagt om een letter te versturen met deze elementen erin. Regalia stuurt vervolgens een Letter of Intent met de vermelding dat het contract op 1 augustus zou beginnen en “*the whole to be subject to agreement on an acceptable contract*”²²⁴. Turriff zet de werken verder totdat Regalia wordt overgenomen en het project verlaat.

Geen enkele formele overeenkomst werd dus ooit tussen deze partijen aangegaan. De Official Referee redeneerde dat er een ‘ancillary contract’ was waarin de vraag van Turriff om het voorbereidend werk te betalen als aanbod werd beschouwd, nadien geaccepteerd door de Letter of Intent van Regalia. Deze ondergeschikte overeenkomst omvatte de betaling van het voorbereidende werk ongeacht iedere gebeurtenis en had dus niks met de hoofdovereenkomst te maken die subject to contract²²⁵ was. Op deze wijze werden de intenties van beide partijen ingewilligd namelijk Turriff verwachtte betaling en Regalia wist dit en moedigde aan om verder te gaan door een Letter of Intent te versturen.

Een gelijkaardige conclusie werd genomen in de *Wilson Smithett v Bangladesh Sugar*²²⁶ waarbij de rechter besloot dat de Letter of Intent een aanvaarding van een aanbod was dat aanleiding gaf tot een bindend contract. Dit contract wordt als een soort preliminaire overeenkomst beschouwd waarbij het recht van de ene partij om betaald te worden gebaseerd wordt op de impliciete voorwaarde van het preliminair contract dat deze partij een redelijke som betaald zal worden voor het reeds uitgevoerde werk.²²⁷

Echter de case law is niet verder gegaan dan dit punt om aan Letters of Intent contractuele binding toe te kennen en dit omwille van de restrictieve natuur van de regels met betrekking tot de vorming van contracten.²²⁸ De *Turriff Construction Ltd v Regalia Knitting Mills Ltd* zaak maakt dus een uitzondering op het algemeen principe dat een subject to contract clause ervoor zorgt dat ‘the loss lies where it falls’ en er dus geen enkele contractuele verbintenissen tussen beide partijen kunnen ontstaan. Slechts omwille van de specifieke omstandigheden kan hierbij uitzonderlijk toch een contractuele binding worden toegekend aan een weliswaar ondergeschikt contract. Op die wijze is er toch een contractuele schadevergoeding verschuldigd voor de reeds uitgevoerde werken.

3.1.3 AC Controls Ltd v British Broadcasting Corporation

In 1998 overweegt de BBC een installatie van een centraal gecontroleerd software toegangssysteem in 57 van zijn gebouwen te laten plaatsen. ACC dient in januari 1999 een offerte in voor ongeveer £ 3 miljoen en in maart 1999 vertelt de BBC dat de projectraad hen als aannemers heeft goedgekeurd. Op dat ogenblik moesten nog vele details vastgelegd

²²⁴ *Turriff Construction Ltd v Regalia Knitting Mills Ltd* (1971) 9 B.L.R. 20

²²⁵ Zie supra p. 32.

²²⁶ *Wilson Smithett v Bangladesh Sugar* (1986) 1 Lloyd’s Rep. 378.

²²⁷ BAELE, H.G. (ed.), “Chitty on contracts: Specific Contracts”, London, Sweet & Maxwell, 2004, 663.

²²⁸ S.N. BALL, “Work carried out in pursuance of letters of intent – contract or restitution?”, *The Law Quarterly Review* 1983, 574.

worden. De BBC wil dat de transactie in een zorgvuldig opgesteld en uitgebreid formeel contract wordt opgenomen, maar was nog niet klaar om deze af te werken. De interne controle van de BBC laat echter geen betaling toe van werk zonder dat er een contract is gesloten. Vandaar dat een document, door de beide partijen omschreven als Letter of Intent, wordt ondertekend door beide vertegenwoordigers in juni 1999 en nadien gevolgd door een volgende letter in juli. Beide brieven gaven aan ACC de instructie om het werk uit te voeren en voorzag dat de betaling vastgesteld moest worden door een onafhankelijke consultant maar dit zonder de basis van de betaling zelf te definiëren. Plots verlaat de BBC het project en een juridische discussie barst los.

De rechter²²⁹ besluit uiteindelijk dat er een contract gesloten was om alle onderzoek en precontractuele werk uit te voeren en tevens om al dit uitgevoerde werk te betalen. De bepaling van een onafhankelijke waardering door een consultant houdt volgens de rechtbank noodzakelijkerwijze in dat een redelijke prijs moest betaald worden.

Deze Letter of Intent wordt dus door de rechter beschouwd als een volledig bindend contract dat door de partijen was afgesloten en tevens was ondertekend. Deze zaak is bijgevolg het voorbeeld van een Letter of Intent die een definitieve overeenkomst inhoudt.²³⁰ De strikte principes van het Engelse recht zullen de erkenning van dergelijke duidelijke letters als overeenkomsten niet tegenhouden.

3.2 VS

3.2.1 De Pennzoil case

a. Feiten

De hoofdrolspelers in deze zaak zijn drie grote VS oliemaatschappijen: Pennzoil, Getty en Texaco. Eind december 1983 brengt Pennzoil een bod uit op een substantieel deel van de aandelen van Getty uit. Na onderhandelingen wordt op 2 januari 1984 een Memorandum of Understanding ondertekend. In dit document werden de verschillende stappen en wederzijdse verbintenissen uiteengezet als een 'Plan'. Tevens was het plan 'Subject to the approval by the Board of Directors'. Op 3 januari 1984 keurde de Board het Memorandum of Understanding goed na een verhoging van de prijs/aandeel. Voor de opening van de beurs werd op 4 januari 1984 een persbericht de wereld ingestuurd met de aankondiging dat een 'agreement in principle' was bereikt tussen Getty en Pennzoil en dat deze 'subject to' de uitvoering van een definitieve fusieovereenkomst was. Daarnaast werd ook uitdrukkelijk gesteld dat er pas een withdrawal door Pennzoil van zijn tender offer zou zijn bij de ondertekening van de definitieve fusieovereenkomst. Enerzijds laat het Memorandum of Agreement de indruk na reeds een bindende overeenkomst tot stand te brengen. Anderzijds laat de tekst van het persbericht eerder blijken dat de partijen enkel door bindende verplichtingen gebonden zouden zijn wanneer de definitieve overeenkomst werd ondertekend. Er is dus duidelijk een conflicterende feitelijke situatie betreffende de intenties van de partijen.²³¹

²²⁹ AC controls Ltd v British Broadcasting Corporation (2002) 89 Com LR 52.

²³⁰ G.C. CHESHIRE, C.H.S. FIFOOT, M.P. FURMSTON, "Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of contract", Oxford, Oxford University Press, 2007, 57.

²³¹ U. DRAETTA, "The Pennzoil Case and the binding effect of the letters intent in the international trade practice", *RDAI* 1988, 159.

Het verdere verloop van de Pennzoil affaire start wanneer Texaco geheime onderhandelingen aangaat met Getty op 5 januari 1984 en daarbij een hogere prijs/aandeel aanbiedt aan Getty. Naarmate de discussies vorderen, wordt de prijs nogmaals verhoogd en op 6 januari 1984 wordt een persbericht verspreid waarin aangekondigd wordt dat Texaco een overeenkomst heeft gesloten met de aandeelhouders van Getty om Getty over te nemen. Later die dag keurde de Board of Directors van Getty de deal met Texaco goed.

Daarbij moet wel één element opgemerkt worden namelijk de aandeelhouders van Getty sloten uitdrukkelijk de overeenkomsten met Pennzoil uit van hun schriftelijke warranties en representations aan Texaco. Daardoor nam Texaco impliciet het risico op zich dat de overeenkomst met de Getty aandeelhouders in strijd zou kunnen zijn met de eraan voorafgaande overeenkomst met Pennzoil.²³²

In een waanzinnige week tijd gaat het bij Pennzoil van de vreugde van een perfecte en snelle deal naar de ontgoocheling een deal in rook te zien opgaan.

b. Rechtsvragen

De Pennzoil case raakt een ganse reeks juridische problemen met betrekking tot de Letter of Intent: het bindend effect afhankelijk stellen van de goedkeuring door de Board of Directors, de referentie naar de voorbereiding van een ‘finale formele overeenkomst’, het gedrag van parallelle onderhandelingen en de beëindiging van de onderhandelingen zonder oorzaak.

c. Toepasselijke recht op Memorandum of Agreement

Het toepasselijke recht is New York law waarvan de case law enkele principes heeft opgesteld. Partijen zijn vrij, als algemene regel, om in een bindende overeenkomst te treden zonder hun overeenkomst in een volledig uitgevoerd document te noteren.²³³ Indien daarentegen de partijen de intentie niet hebben om gebonden te zijn tot wanneer een compleet geschreven overeenkomst is ondertekend, dan zullen er geen enkele bindende verplichtingen kunnen ontstaan tussen de partijen tot op dat ogenblik.²³⁴

Het is dus essentieel om de werkelijke wil van de partijen bloot te leggen en daarvoor wordt de ‘Winston test’²³⁵ gebruikt waarbij volgende factoren in aanmerking worden genomen:

- of de partij uitdrukkelijk het recht gereserveerd heeft om enkel gebonden te zijn wanneer een geschreven overeenkomst is ondertekend
- of er een gedeeltelijke uitvoering heeft plaatsgevonden door de ene partij die de ander partij heeft geaccepteerd
- of er over alle essentiële voorwaarden, terms, van het vermeende contract overeenstemming werd bereikt
- of de complexiteit of grootte van de transactie van die aard was dat gewoonlijk een formeel geschrift verwacht zou worden

Deze laatste factor overkoepelt het gebruik en de gewoonte, en heeft een gewichtige rol in de US Courts. Deze rechtbanken stellen dat hoe groter de complexiteit en het belang van de transactie is, hoe waarschijnlijker het is dat informele communicaties bedoeld zijn om enkel preliminair te zijn, vooral wanneer partijen de intentie hebben uitgedrukt om een definitieve schriftelijke overeenkomst op te maken.²³⁶

²³² U. DRAETTA, “The Pennzoil Case and the binding effect of the letters intent in the international trade practice”, *RDAI* 1988, 161.

²³³ *Winston v. Mediafare Entertainment Corporation*, 777 F. 2d 78, 80 (2d Cir. 1985).

²³⁴ *R.G. Group, Inc. v. Horn & Hardart Co.*, 751 F. 2d 69, 75 (2d Cir. 1984).

²³⁵ *Winston v. Mediafare Entertainment Corporation*, 777 F. 2d 78, 80 (2d Cir. 1985).

²³⁶ *Zie R.G. Group, Inc. v. Horn & Hardart Co.*, 751 F. 2d 69, 75 (2d Cir. 1984).

d. Eerste aanleg

Pennzoil liet het hier echter niet bij en na een afgewezen vordering tot uitvoering in natura van het Memorandum of Understanding voor de Delaware Chancery Court, trok het naar de Texas Court namelijk District Court of Harris County. Daarbij veranderde Pennzoil de strijdbijl van arm door een vordering in te stellen die zich tegen Texaco richtte en dus niet tegen Getty met wie het Memorandum of Understanding werd gesloten. De rechtsgrond waarop de vordering werd gesteund, is de common law tort of intentional interference with contractual relations and inducement of breach of contract, kort gesteld derde medeplichtigheid aan contractbreuk.²³⁷ Het was dus essentieel om eerst na te gaan of er een geldig contract bestond tussen Pennzoil en de Getty aandeelhouders. Op deze vraag antwoordde de jury ja en na lange debatten en beraadslagingen bracht de Texas Court op 10 december 1985 zijn vonnis²³⁸ uit. Daarin werd Texaco schuldig bevonden aan het bewust innemen in de overeenkomst tussen Pennzoil en de Getty aandeelhouders. Daarbij werd US \$ 7,53 miljard aan actual damages en US \$ 3 miljard aan punitive damages toegekend. Wetende dat de nettowaarde van Texaco ongeveer US \$ 9,5 miljard bedroeg, betekende dit dus de facto het faillissement aangezien de schadevergoeding in totaal US \$ 11,1 miljard bedroeg inclusief interesten.

e. Beroepsprocedure

Natuurlijk liet Texaco het hier niet zomaar bij en ondernam twee aparte acties. Ten eerste was er een verschuiving van Statelijke rechtbanken naar Federale rechtbanken namelijk naar de US District Court, Southern District, van New York. Deze stap liet ernstige vragen rijzen met betrekking tot het federalisme. Enerzijds werd een tijdelijk restraining order bekomen en anderzijds werd een preliminary injunction ingesteld. Hierbij werd geoordeeld dat het vrij duidelijk was dat de punitive damages niet zouden mogen zijn toegekend en dat de compensatory damages te hoog waren. Pennzoil trok naar het US Supreme Court als reactie op deze beslissing met het argument dat deze federale rechtbank zich moest onthouden hebben. Het US Supreme Court bevestigde deze argumentatie met duidelijke cijfers: 9 - 0.²³⁹ Ten tweede werd een beroepsprocedure ingesteld bij de Court of Appeals for the First Supreme Judicial District of Texas. Opmerkelijk hierbij is dat de Attorney General van de Staat New York een amicus curiae brief aan het Texas Court of Appeals stuurde waarin aangedrongen werd tot een andere beslissing in het voordeel van Texaco.²⁴⁰ Op 12 februari 1987 bekrachtigde het Texas Court of Appeals²⁴¹ de actual damages ten belope van US \$ 7,53 miljard, maar verminderde de punitive damages tot US \$ 1 miljard. De uiteindelijke som bedroeg echter nog steeds meer dan US \$ 10 miljard omwille van de additionele som aan interesten.

Deze uitspraak kwam echter niet uit de lucht gevallen, met een opinie van meer dan 100 bladzijden werden ongeveer alle theorieën van de Amerikaanse rechtbanken met betrekking tot het kwalificeren van Letters of Intent als finale overeenkomsten besproken. Waaronder de volgende elementen: de volledigheid, gedeeltelijke uitvoering, de taal van de letter of intent, de woorden 'subject to', de benaming van een preliminaire overeenkomst, de negatie van

²³⁷ Zie infra p. 93.

²³⁸ Pennzoil, Co. V. Texaco, Inc., No. 84-05905 (151st Dist. Ct., Harris County, Tex., Nov.15, 1985).

²³⁹ Pennzoil Co. v. Texaco Inc. , 481 U.S. 1 (1987).

²⁴⁰ U. DRAETTA, "The Pennzoil Case and the binding effect of the letters intent in the international trade practice", *RDAI* 1988, 164.

²⁴¹ Texaco Inc. v Pennzoil Co. 729 SW 2d 768 (Tex.Civ.App. 1987).

contractuele intenties, de magnitude van de transactie.²⁴² Daarnaast werd de Winston Test (zie supra b.) gedetailleerd gemaakt.

f. Uiteindelijke settlement

Uiteindelijk moest Texaco in april 1987 beroep doen op de Chapter XI bescherming van de Amerikaanse insolventiewetgeving. De zaak werd finaal toch via een minnelijke schikking geregeld voor een bedrag van ongeveer US \$ 3 miljard.

g. Kritiek

Kritiek is het minste wat je kan verwachten bij een uitspraak die een dergelijk grote onderneming als Texaco op de knieën dwingt. De algemene reactie op dit vonnis was het absurd te noemen, velen stelden dat de jury gewoon een boodschap aan corporate Amerika wou sturen.²⁴³

h. Conclusie

De Pennzoil-Texaco saga is een opmerkelijk voorbeeld van de potentiële desastreuze gevolgen van de ambiguë uitdrukkingen van intenties in een Letter of Intent. Opeens werd de ganze zakenwereld geconfronteerd met het belang van het draften van een Letter of Intent. Deze zaak illustreert tevens de onvoorspelbaarheid van de feitelijke aanpak ten aanzien van de intenties van de partijen in Letter of Intent cases in de Common Law. De *Texaco v Pennzoil* case legt de onbekwaamheid van het huidige Common Law bloot om met onderhandelingscontracten en voornamelijk met parallelle onderhandelingen om te gaan.²⁴⁴ In de meeste Civil Law landen zou deze zaak nooit dergelijke verstrekkende gevolgen kunnen gehad hebben omdat het Memorandum of Agreement nooit gekwalificeerd zou moeten worden als een finale overeenkomst. In Frankrijk, België, Nederland en Italië zou men op basis van buitencontractuele en in Duitsland contractuele aansprakelijkheid wegens fout tijdens de onderhandelingsfase geoordeeld hebben.²⁴⁵ Dan zou er een procedure wegens het niet onderhandelen te goeder trouw tegen Pennzoil opgestart zijn en dus geen procedure tegen Texaco.

De *Texaco v Pennzoil* case had dus een enorm grote financiële impact, maar leidde vooral tot een wereldwijde bewustwording van de mogelijke gevolgen en gevaren van een Letter of Intent. Vanaf dit ogenblik schoten de publicaties over de Letter of Intent dan ook de hoogte in.

i. Hoe het ook anders kon... de SME Case

De zaken in Civil Law landen met de Letter of Intent als discussiepunt liggen weliswaar dun gespreid, maar toch duiken hier en daar belangrijke zaken op, zoals de *SME zaak*.

De protagonisten in deze zaak zijn twee alles behalve onbekende Italianen. Een document werd ondertekend door enerzijds Romano Prodi (hoofd van het IRI) en anderzijds Carlo de

²⁴² U. DRAETTA, "Legal effects of letters of intent: a case study", in X. *Formation of contracts and precontractual liability*, Paris, ICC PUBLISHING S.A., 1990, 265.

²⁴³ U. DRAETTA, "The Pennzoil Case and the binding effect of the letters intent in the international trade practice", *RDAI* 1988, 163.

²⁴⁴ U. DRAETTA, "Legal effects of letters of intent: a case study", in X. *Formation of contracts and precontractual liability*, Paris, ICC PUBLISHING S.A., 1990, 267.

²⁴⁵ U. DRAETTA, "Legal effects of letters of intent: a case study", in X. *Formation of contracts and precontractual liability*, Paris, ICC PUBLISHING S.A., 1990, 267.

Benedetti (hoofd van Buitoni S.p.A.), de Italiaan die later in België heisa zou laten ontstaan na een openbaar overname bod op de toenmalige Generale Maatschappij. Deze zogenaamde ‘SME Letter of Intent’ betrof de potentiële overname van IRI door Buitoni S.p.A. waarbij beide partijen hun intenties uitdrukten en Prodi de verbintenis aanging om de overname aan de Raad van Bestuur te overhandigen en tevens tijdig de overheidsautorisaties aan te vragen. Uiteindelijk ging de deal niet door aangezien er geen overheidsgoedkeuring verkregen werd en door IRI gesteld werd dat de SME Letter of Intent niet juridisch verbindend was. Buitoni trok daarop naar de Rechtbank van Eerste Aanleg te Rome om te laten verklaren dat er ofwel een definitieve overeenkomst was bereikt ofwel een preliminaire overeenkomst. Uiteindelijk oordeelde het Hof van Beroep van Rome²⁴⁶ dat er geen enkele overeenkomst tot stand gekomen was op basis van de algemene principes van de contractsvorming. Specifiek werd naar de werkelijke bedoeling en wil van de partijen gekeken en op basis daarvan vond het Hof dat de partijen de intentie hadden om het contract uit te stellen tot het ogenblik waarop de autorisaties bekomen werden. Het Italiaanse Hof van Cassatie²⁴⁷ bevestigde later deze uitspraak.

Vooraf de aanpak van het Hof is hierbij van belang namelijk de focus op de werkelijke intenties van de partijen. Hoe de *SME zaak* bij een US Court beoordeeld zou worden is natuurlijk een vraagteken, maar vooral het verschil in aanpak is belangrijk.²⁴⁸ Ondanks de grote gelijkenissen tussen de twee zaken is een échte vergelijking niet aangewezen. In grote lijnen kan er wel op gewezen worden dat de US Courts wellicht beter meer aandacht zouden hebben voor de werkelijke wil van de partijen en niet louter te focussen op objectieve manifestaties zoals de taal van de letter of intent, de gedeeltelijke uitvoering, het type contract,...

3.2.2 Beslissende factoren

SCHUT heeft eind jaren tachtig op grondige wijze de Amerikaanse rechtspraak geanalyseerd en besloot dat er negen factoren zijn die het al dan niet bindend zijn van een Letter of Intent bepalen. Deze factoren zijn gedetailleerdheid, taalgebruik, ontsnappingsclausules, subject to formal contract/definitive agreement clause, opdracht met uitvoeringshandelingen aan te vangen, tegenstrijdigheid, complexiteit van de transactie, partijgedragingen ten tijde van de onderhandelingen, vooraf en achteraf, gebruik.²⁴⁹ Deze factoren blijken bij de beoordeling van het bindend karakter van de Letter of Intent in de VS steeds een rol te spelen, ongeacht de diversiteit van de feiten.

Het belang van de rechtspraak uit *RG Group Inc. v Horn & Hardart Co.*²⁵⁰ en *Winston v Mediafare Entertainment Corp.*²⁵¹ mag niet worden onderschat. De daarin vastgelegde vier criteria worden ook nu nog steeds gebruikt. Elke lijstje van factoren zal hoe dan ook die vier criteria omvatten.

²⁴⁶ Court of Appeals March 9, 1987, 1 Foro It. 1260 (1987).

²⁴⁷ Corte di Cassazione July 11th, 1988, 1 Foro It. 2584 (1988).

²⁴⁸ U. DRAETTA, “Legal effects of letters of intent: a case study”, in X. *Formation of contracts and precontractual liability*, Paris, ICC PUBLISHING S.A., 1990, 272.

²⁴⁹ W.S.M. SCHUT, “Letters of intent”, Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 49.

²⁵⁰ R.G. Group, Inc. v. Horn & Hardart Co., 751 F. 2d 69, 75 (2d Cir. 1984).

²⁵¹ Winston v. Mediafare Entertainment Corporation, 777 F. 2d 78, 80 (2d Cir. 1985).

4. Arbitrale uitspraken

4.1 *Belang*

In Letters of Intent worden vaak ook arbitragebedingen opgenomen. De partijen kunnen natuurlijk ook nadien besluiten om het geschil aan een arbiter voor te leggen op grond van een arbitragecompromis.

Voornamelijk omwille van de reeds geuite kritiek over de wispelturigheid en de mogelijke beïnvloeding van nationale rechters kan het interessant zijn om arbitrale beslissingen over Letters of Intent nader te bekijken. Uiteindelijk zal het toepasselijke recht nog steeds de meest doorslaggevende rol spelen. De arbiter zal de onafhankelijkheid en onpartijdigheid bewaken. Twee uitspraken van de Internationale Kamer van Koophandel (CII) te Parijs zullen hierbij nader worden toegelicht.

4.2 *CCI-uitspraak nr. 8331*

De onderhandelingen werden tussen twee partijen opgestart met het oog op het bereiken van een overeenkomst van de verkoop van vrachtwagens, de naverkoopdienstverlening en hun toekomstige samenwerking. Tijdens dit onderhandelingsproces werd een Memorandum of Understanding tussen deze partijen gesloten.

Het scheidscollege²⁵² maakt eerst een onderscheid tussen twee soorten Letters of Intent. Enerzijds zijn er de Letters die reeds een definitief bindend akkoord tussen de partijen opnemen en anderzijds Letters die de algemene intenties uitdrukken van de partijen om bepaalde akkoorden te sluiten. Daarbij wordt gesteld dat “*when the parties agree upon general issues to be implemented by them at a later stage they cannot be released from their obligations to use their best efforts to ensure that such general issues become specific terms of contracts to be executed by the parties*”²⁵³. Op basis van het toenmalige artikel 5.4 Unidroit principes 1994 over de middelenverbintenis werd besloten dat “*the general description of the parties’ intentions to reach agreements on certain issues contained in the MOU obligates the parties to exert their best efforts in order to have such intentions become definite terms of contracts legally binding for each of them*”²⁵⁴. Uiteindelijk wordt wegens het niet nakomen van deze middelenverbintenis om een assemblagestructuur tot stand te brengen door de beklagde, besloten om een schadevergoeding toe te kennen aan de eiser. Deze schadevergoeding bestaat uit de vergoeding van het negatieve contractbelang op grond van artikel 7.4.3(2) Unidroit Principes 1994.²⁵⁵

Er worden dus duidelijk verstrekkende consequenties verbonden aan de Memorandum of Agreement die de partijen hadden opgesteld. Een Letter of Intent laten beoordelen door een arbiter op grond van de Unidroit Principes zal frequent leiden tot het opleggen van verplichtingen in hoofde van de onderhandelingspartijen op grond van de uitgedrukte intenties in de Letter of Intent. Van een terughoudendheid zoals die te vinden is in Engeland en de VS is derhalve absoluut geen sprake.

²⁵² Arbitrale uitspraak CCI nr. 8331, 1 december 1996, *Journ. Dr. Int.* 1998, 1041.

²⁵³ Arbitrale uitspraak CCI nr. 8331, 1 december 1996, *Journ. Dr. Int.* 1998, 1041.

²⁵⁴ Arbitrale uitspraak CCI nr. 8331, 1 december 1996, *Journ. Dr. Int.* 1998, 1041.

²⁵⁵ Arbitrale uitspraak CCI nr. 8331, 1 december 1996, *Journ. Dr. Int.* 1998, 1046.

4.3 CCI-uitspraak nr. 8540

In deze zaak werd er geoordeeld over partijen die zich verbonden hadden door een ‘agreement to negotiate in good faith’. Uiteindelijk stranden de onderhandelingen vroegtijdig, waarbij de ene partij stelt dat de andere de onderhandelingen in strijd met de goede trouw zou hebben verbroken. Het scheidscollege²⁵⁶ komt tot het besluit dat op grond van het toepasselijke recht, Law of New York, een dergelijke overeenkomst bindende rechtskracht heeft. Op grond daarvan wordt een bevel tot dooronderhandelen opgelegd met het oog op het bereiken van een definitieve wilsovereenstemming. Daarbij is belangrijk dat het scheidscollege opmerkt dat een ‘agreement to negotiate in good faith’ in de internationale handel een volwaardig (contractueel) statuut heeft.²⁵⁷ Er wordt ook verwezen naar de toenmalige versie van de Unidroit Principes 1994 als argument a fortiori. Sommige auteurs²⁵⁸ beweren dat deze arbitrale uitspraak aanleiding heeft gegeven tot de herziening van artikel 2.15 Unidroit Principes 1994.

5. Conclusie overzicht van rechtspraak

Het verschil in aanpak van de beoordeling van Letters of Intent blijkt voort te spruiten uit de objectieve versus subjectieve wilstheorie. Immers in de VS en in Engeland wordt voornamelijk naar de externe uitdrukkingen van de wil gekeken, terwijl in de Civil Law net naar de werkelijke intenties van de partijen wordt gezocht. Gevolg daarbij is dat vanuit een ander standpunt recht wordt gesproken. Een duidelijk onderscheid tussen de VS en Engeland is in deze context uiterst noodzakelijk. Engeland hanteert immers het principe van de ‘all or nothing approach’ het strengst waardoor alleen werkelijke overeenkomsten waarvan alle geldigheidsvoorwaarden op duidelijke wijze zijn voldaan als een overeenkomst zullen worden gekwalificeerd. Letters of Intent die geen dergelijke verbintenissen bevatten zullen bijgevolg geen juridische gevolgen kunnen teweegbrengen. In uitzonderlijke omstandigheden wordt hiervan afgeweken. In de VS daarentegen zullen ook de zogenaamde ‘contracts to negotiate’ aanvaard worden. Een Letter of Intent kan bijgevolg soms als een contract to negotiate beschouwd worden. Deze zal rechtsgevolgen met zich meebrengen, waardoor de partijen niet ongebonden blijven. In de Civil Law landen kan besloten worden dat de Letter of Intent die geen contract uitmaakt of een andere bindende rechtsfiguur zoals bijvoorbeeld een beginselakkoord, weldegelijk andere juridische gevolgen met zich kan meebrengen.²⁵⁹

De factoren die door de Amerikaanse rechters gehanteerd worden kunnen mijn inziens getransponeerd worden naar de Civil Law landen. Als basis worden de door SCHUT ontlede cruciale negen factoren gehanteerd namelijk gedetailleerdheid, taalgebruik, ontsnappingsclausules, subject to formal contract/definitive agreement clause, opdracht met uitvoeringshandelingen aan te vangen, tegenstrijdigheid, complexiteit van de transactie, partijgedragingen ten tijde van de onderhandelingen, vooraf en achteraf, gebruik.²⁶⁰ De rechters uit de Civil Law kunnen ook deze factoren mee in rekening nemen tijdens de zoektocht naar de intenties van de partijen. Op basis van deze factoren kan immers

²⁵⁶ Arbitrale uitspraak CCI nr. 8540, 4 september 1996, www.unilex.info.

²⁵⁷ B. VOLDERS, “Afgebroken contractonderhandelingen in het international privaatrecht”, Brussel, Larcier, 2008, 40.

²⁵⁸ M.J. BONELL, “An international restatement of contract law”, Ardsley, Transnational Publisher, 2005, 140; B. VOLDERS, “Afgebroken contractonderhandelingen in het international privaatrecht”, Brussel, Larcier, 2008, 40.

²⁵⁹ Zie infra p. 77.

²⁶⁰ W.S.M. SCHUT, “Letters of intent”, Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 49.

nauwkeurig worden nagegaan wat de intenties van de partijen waren. Gevolg is dat er op die wijze een combinatie tot stand komt van de subjectieve en de objectieve wilstheorie hetgeen enkel ten bate kan komen van diegene die een Letter of Intent opstelt.

Hfst 5 Afbreken van de onderhandelingen

1. Situering

1.1 Onderzoeksgebied

Een kijk op het afbreken van de onderhandelingen en de daaraan verbonden rechtsgevolgen in combinatie met een Letter of Intent is een ruime rechtsmaterie vandaar dat er toegespitst wordt op specifieke elementen. Er volgt dus geen algemeen overzicht van hetgeen tot precontractuele aansprakelijkheid aanleiding kan geven evenmin de problematiek van een gebrekkige wilsovereenstemming, gekwalificeerde benadeling etc. Het al dan niet bestaan van een plicht om te goeder trouw te onderhandelen wordt vanuit rechtsvergelijkend oogpunt onderzocht alsook de precontractuele aansprakelijkheid met de rechtsgevolgen wegens het afbreken van de onderhandelingen. Als laatste punt volgt de vreemde eend in de bijt namelijk de derdemedeplichtigheid aan het afbreken van de onderhandelingen.

1.2 Contract-en onderhandelingsvrijheid als uitgangspunt

Primordiaal als uitgangspunt van het overeenkomstenrecht is in ieder rechtstelsel het beginsel van de contractvrijheid. De rechtsleer²⁶¹ deelt het beginsel op in een positieve en negatieve component. Op grond van de positieve contractvrijheid of freedom to contract heeft elke partij de vrije keuze om onderhandelingen aan te gaan met het onderwerp en de wederpartij naar keuze.²⁶² Daarnaast worden ook de voorwaarden, omstandigheden van de onderhandelingen en het opstellen van voorbereidende documenten volledig aan de vrijheid van de partijen overgelaten. De negatieve contractvrijheid of freedom from contract geeft aan de partijen de mogelijkheid om in principe op elk ogenblik een einde te stellen aan de lopende contractonderhandelingen.²⁶³ Zolang er dus geen contract wordt gesloten kunnen beide partijen in beginsel een einde maken aan de onderhandelingen op basis van de principiële vrijheid de onderhandelingen stop te zetten.²⁶⁴ Bijgevolg zal elke partij afzonderlijk het economische risico van de onderhandelingen dragen. In het arrest *William Lacey (Hounslow) Ltd. v Davis*²⁶⁵ wordt de vergelijking met een kansspel gemaakt waarbij het aangaan van onderhandelingen als een gok wordt beschouwd waaraan kosten zijn verbonden.

1.3 Beperkingen en corrigerende mechanismen

Bindende precontractuele afspraken, bijvoorbeeld opgenomen in een Letter of Intent, kunnen de principiële negatieve contractvrijheid of freedom from contract beperken.

²⁶¹ Zie N. COHEN, "Pre-contractual duties; two freedoms and the contract to negotiate", in J. BEATSON EN D. FRIEDMANN (eds.), *Good faith and fault in contract law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 25.

²⁶² B. VOLDERS, "Afgebroken contractonderhandelingen in het international privaatrecht", Brussel, Larcier, 2008, 16.

²⁶³ N. COHEN, "Pre-contractual duties; two freedoms and the contract to negotiate", in J. BEATSON EN D. FRIEDMANN (eds.), *Good faith and fault in contract law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 27.

²⁶⁴ Zie M. FORGES, "Principes applicables à la rupture et à l'aménagement conventionnel des pourparles en droit belge", *Ann. dr. Louvain* 1995, 439-441.

²⁶⁵ *William Lacey (Hounslow) Ltd. v Davis* [1957] 1 W.I.R. 934 (Q.B.)

Het afbreken van de onderhandelingen op zichzelf kan geen fout uitmaken, maar de omstandigheden die met het afbreken gepaard gaan kunnen het wel een foutief karakter verlenen.²⁶⁶ De wijze waarop of de omstandigheden waarin de onderhandelingen worden verbroken maken dus de rechtsgrondslag voor een aansprakelijkheidsvordering uit.²⁶⁷ Een rechtsvordering op grond van afgebroken onderhandelingen houdt bijgevolg een beperking in van de negatieve contractvrijheid. Deze aansprakelijkheidsvordering kan aanleiding geven tot de vergoeding van twee soorten schade namelijk het negatieve of positieve contractbelang. Hierbij wordt de restitution uit de Common Law even buiten beschouwing gelaten. Om mogelijke verwarringen nu al uit de weg te gaan bestaat het negatieve contractbelang, reliance interest of Vertrauwensinteresse uit de gemaakte kosten tijdens het onderhandelingsproces en de gemiste kans om met een derde een alternatieve overeenkomst aan te gaan.²⁶⁸ Het positieve contractbelang, expectation interest of Erfüllingsinteresse bestaat ook uit de gemaakte kosten tijdens het onderhandelingsproces maar tevens uit de winst mocht het contract gesloten zijn.

Daarnaast kan de wetgever tussenkomen om het verloop van de precontractuele fase te corrigeren. Zo kwam de Belgische wetgever²⁶⁹ tussen in commerciële contractonderhandelingen door een verplichting tot het overmaken van precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten op te leggen.

De erosie van de contractvrijheid²⁷⁰ en voornamelijk de negatieve contractvrijheid sinds de 19^e eeuw heeft een impact gehad op de recente codificaties. Zo wordt in het Italiaanse Burgerlijke Wetboek van 1942 voor het eerst een wettelijke regeling opgenomen over de precontractuele aansprakelijkheid. Artikel 1337 van de Codice civile luidt als volgt: tijdens de onderhandelingen en tijdens de stipulering van het contract moeten de partijen te goeder trouw handelen.²⁷¹ Al snel volgen andere wetgevers het Italiaanse voorbeeld: artikel 197 Griekse Burgerlijk Wetboek van 1946, artikel 227 Portugese Burgerlijk Wetboek van 1966 en artikel 6.4 Lithouwse Burgerlijk Wetboek van 2000 waarin telkens de verplichting wordt opgelegd om te goeder trouw te onderhandelen. In Duitsland wordt de theorie van de culpa in contrahendo in 2002 gecodificeerd in §311 (2) BGB.²⁷² Ook in het voorontwerp van herziening van het Franse verbintenissenrecht wordt in artikel 1104 een regeling voor de afgebroken onderhandelingen voorzien en wordt het beginsel van de goede trouw uitdrukkelijk aan de onderhandelende partijen opgelegd.²⁷³

²⁶⁶ M. FORGES, “Principes applicables à la rupture et à l’aménagement conventionnel des pourparles en droit belge”, *Ann. dr. Louvain* 1995, 441.

²⁶⁷ F. T KINT, “Negociation et conclusion du contrat” in X. DIEUX, M. FONTAINE, P-A. FORIERS (Eds), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 1984, 17.

²⁶⁸ Zie B. VOLDERS, “Afgebroken contractonderhandelingen in het international privaatrecht”, Brussel, Larcier, 2008, 32.

²⁶⁹ Wet 19 december 2005 betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten, *BS* 18 januari 2006.

²⁷⁰ Zie B. VOLDERS, “Afgebroken contractonderhandelingen in het international privaatrecht”, Brussel, Larcier, 2008, 18-22.

²⁷¹ A. BRAGGION, “Contract proposals and letters of intent under Italian Law”, in Campbell, D.(ed.), *Structuring International Contracts*, London, Kluwer Law International, 1996, 182.

²⁷² B. MARKESINIS, H. UNBERTH en A. JOHNSTON, “The German Law of Contract: a comparative treatise”, Oxford, Hart Publishing, 2006, 92.

²⁷³ B. VOLDERS, “Afgebroken contractonderhandelingen in het international privaatrecht”, Brussel, Larcier, 2008, 20.

2. Plicht tot onderhandelen te goeder trouw

2.1 Algemeen

In de meeste continentale rechtsstelsels is er algemene verplichting om een overeenkomst te goeder trouw uit te voeren. Het concept goede trouw heeft zowel een subjectieve als objectieve betekenis. Subjectieve goede trouw is een subjectieve geestestoestand namelijk het niet weten en evenmin behoren te weten. Daarentegen is de objectieve goede trouw eerder een gedragsnorm voor de contracterende partijen waarop in de wettelijke bepalingen wordt gedoeld.²⁷⁴ Bepaalde rechtsstelsels hebben een aparte terminologie ontwikkeld voor deze objectieve goede trouw. Zo is er in Duitsland de *Treu und Glauben*, in Italië *correttezza* en in Nederland de redelijkheid en billijkheid. In België en Frankrijk wordt geen aparte terminologie gebruikt.

Hoewel er in de rechtsleer een arsenaal aan begrippen wordt gebruikt om goede trouw te omschrijven en te definiëren, kan dit echter op een eenvoudige en algemene wijze gebeuren. Goede trouw is een open norm waarvan de inhoud niet op een abstracte wijze kan worden vastgesteld. Deze open norm is afhankelijk van de omstandigheden van de zaak waarin deze norm toegepast moet worden.²⁷⁵ Omtrent de theoretische oorsprong van de goede trouw is er geen eensgezindheid, maar het belang daarvan is ondergeschikt aan de manier waarop de goede trouw door de rechters wordt toegepast. Het normatieve aspect is dus eerder van ondergeschikt belang waardoor de functies die aan de goede trouw worden toegekend onderzocht moeten worden. Drie functies worden in Duitsland onderscheiden uit §242 BGB: een aanvulling van plichten, een beperking van rechten en *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, onvoorziene omstandigheden die de economie van de overeenkomst aantasten. Een aanvullende en beperkende werking wordt in Nederland aan de goede trouw toegeschreven samen met een additionele interpretatieve rol. In België heeft de goede trouw drie functies namelijk een interpretatieve, aanvullende en matigende functie.²⁷⁶

Omtrent de plicht te goeder trouw te onderhandelen kunnen twee vragen naar voren geschoven worden. Als de partijen overeenkomen dat zij te goeder trouw zullen onderhandelen, zal dat in rechte afdwingbaar zijn en wordt er, al dan niet in bepaalde omstandigheden, een plicht om te goeder trouw te onderhandelen opgelegd aan partijen bij gebrek aan dergelijke overeenkomst?

2.2 Civil Law

2.2.1 België

De contractvrijheid is ook in België essentieel, maar de onderzoeks- en beslissingsvrijheid moet te goeder trouw worden uitgeoefend.²⁷⁷ Doordat de partijen onderhandelingen aangaan hebben en in elkaars rechtssfeer getreden zijn, mogen zij erop vertrouwen dat de andere partij het ernstig neemt. Indien de partijen deze vrijheid niet te goeder trouw uitoefenen, dan kan het eenzijdig afbreken van de onderhandelingen gesanctioneerd

²⁷⁴ M. W. HESSELINK, "The concept of Good Faith", in A. HARTKAMP ea (Eds), *Towards a European Civil Code*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 471.

²⁷⁵ M. W. HESSELINK, "The concept of Good Faith", in A. HARTKAMP ea (Eds), *Towards a European Civil Code*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 474.

²⁷⁶ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, "Verbintenissenrecht", Leuven, Acco, 2006, 104.

²⁷⁷ G. SCHRANS, "De progressieve totstandkoming der contracten", *TPR* 1984, 6.

worden.²⁷⁸ Kan er hier echter werkelijk sprake zijn van te goeder trouw onderhandelen? Een verplichting om te goeder trouw te onderhandelen is niet terug te vinden in het Burgerlijk Wetboek. Artikel 1134, lid 3 BW legt de plicht tot het uitvoeren van een overeenkomst te goeder trouw op, maar nergens wordt de precontractuele fase vermeld.

Op basis van de gevestigde rechtspraak en rechtsleer kan er wel een dergelijke verplichting worden afgeleid. Er moet echter omzichtig worden omgegaan met het begrip goede trouw. In de heersende opvatting in België is deze in casu, namelijk tijdens het onderhandelingsproces, eigenlijk de plicht om in overeenstemming met de zorgvuldigheidsnorm zicht te gedragen.²⁷⁹

Deze plicht houdt in dat de partijen bij het onderhandelen zich moeten gedragen op een wijze zoals het normaal zorgvuldige personen in het handelsverkeer betaamt, zich loyaal ten opzichte van elkaar moeten opstellen en er wederzijds op mogen vertrouwen dat de andere partij het ernstig neemt.²⁸⁰ Bijgevolg wordt deze plicht niet geschonden door het afbreken van onderhandelingen, maar wel doordat het bij de andere partij gewekte vertrouwen op een foutieve wijze, opzettelijk of door nalatigheid werd beschaamd.²⁸¹

2.2.2 Nederland

Het gebrek aan een wettelijke regeling van de plicht tot het onderhandelen te goeder trouw is ook een symptoom dat het Nederlandse recht vertoont. Artikel 6:2 NBW stelt alleen: schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Ook hierbij is het de rechtspraak die op dit vlak van cruciaal belang is. Het arrest *Baris/Riezenkamp*²⁸² sprak in het Nederlandse recht voor het eerst over de goede trouw tijdens de onderhandelingen: “(...)partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij”.²⁸³ In 1991 werd deze rechtspraak uitdrukkelijk en bijna letterlijk bevestigd.²⁸⁴ In de literatuur bestaat er onenigheid over de al dan niet terechte kwalificatie van de onderhandelingsfase als zijnde een rechtsverhouding,²⁸⁵ maar de Hoge Raad houdt voet bij stuk. Niet uit het oog te verliezen is de draagwijdte van het begrip onderhandelingsfase. De Hoge Raad²⁸⁶ hanteert hierbij een ruime zienswijze. Algemeen wordt gesteld dat de partijen de eisen van redelijkheid en billijkheid, goede trouw, in acht moeten nemen tijdens het onderhandelen.²⁸⁷

2.2.3 Duitsland

²⁷⁸ G. SCHRANS, “De progressieve totstandkoming der contracten”, *TPR* 1984, 7.

²⁷⁹ L. CORNELIS, “Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten”, *TBH* 1983, 10.

²⁸⁰ G. SCHRANS, “Praecontractuele verhoudingen naar Belgisch recht”, in X., *Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland. Jaarboek 1967-68*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1968, 242.

²⁸¹ A. VAN OEVELEN, “Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten”, *DAOR* 1990, nr. 14, 48.

²⁸² HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67.

²⁸³ HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67.

²⁸⁴ HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 493.

²⁸⁵ Zie H.C.F. SCHOORDIJK, “Onderhandelen te goeder trouw”, Deventer, Kluwer, 1984, 3.

²⁸⁶ HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 647; HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 493; HR 24 maart 1995, *NJ* 1997, 569.

²⁸⁷ C. ASSER en A.S. HARTKAMP, “Verbintenissenrecht. 2: Algemene leer der overeenkomsten”, Deventer, Kluwer, 2005, 152.

De Duitse jurist kent ook een goede trouw verplichting in het uitvoeren van de overeenkomst.²⁸⁸ §242 BGB voorziet in de volgende bepaling: de schuldenaar is verplicht om de overeenkomst uit te voeren volgens de wijze die de goede trouw vereist, rekening houdend met de algemene praktijk. Nergens in het BGB is er een expliciete verplichting om te goeder trouw te onderhandelen terug te vinden. Desondanks wordt er op algemene wijze een verplichting om te goeder trouw te handelen tijdens de precontractuele fase opgelegd.²⁸⁹

2.3 Common Law

2.3.1 Engeland

De goede trouw doctrine wordt niet erkend in het Engelse recht. Daarmee staat het in schril contrast met de Civil Law landen en tevens met de VS waar de goede trouw toch ingang heeft gekregen in het rechtssysteem. De Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999²⁹⁰ bevatten de vereiste van goede trouw in een belangrijk aantal consumentencontracten. Deze statutory law voert daardoor voor het eerst het begrip goede trouw in het Engelse recht in. Deze invoering is het gevolg van Europese regelgeving en kan dus niet als een voorbode voor het algemeen invoeren van een goede trouw verplichting beschouwd worden.

*Walford v. Miles*²⁹¹ is wat betreft het onderhandelen te goeder trouw een mijlpaalarrest. Tijdens het onderhandelen werden tussen de partijen Walford en Miles verscheidene brieven opgesteld. Daarmee werd enerzijds een lock-out en anderzijds een lock-in overeenkomst gesloten. De lock-out verhindert dat er onderhandeld kan worden met een derde, terwijl de lock-in de partijen verplicht om met elkaar te onderhandelen om een overeenkomst te bereiken. Lord Ackner besluit dat de lock-out niet afdwingbaar is omdat er geen tijdslimiet was, maar veel belangrijker, dat de lock-in inherent onafdwingbaar is. De eiser, Walford, stelt dat de lock-in inherent een verplichting om te goeder trouw te onderhandelen inhield. Lord Ackner gaat hiermee niet akkoord: “*A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgement, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from those negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a ‘proper’ reason to withdraw. Accordingly a bare agreement to negotiate has no legal content*”²⁹². De negatieve contractvrijheid wordt dus naar voren geschoven als argument, maar ook het feit dat die overeenkomst te onzeker is om afdwingbaar te zijn.²⁹³

*Walford v. Miles*²⁹⁴ is bijgevolg een uiterst belangrijk arrest omdat duidelijk wordt gesteld dat er in het Engelse recht geen verplichting bestaat om te goeder trouw te onderhandelen. Daardoor wordt de ruimte om in de toekomst de precontractuele periode te regelen en bijvoorbeeld een verplichting om te goeder trouw te onderhandelen in te voeren wel erg klein gemaakt.²⁹⁵

²⁸⁸ B. MARKESINIS, H. UNBERTH en A. JOHNSTON, “The German Law of Contract: a comparative treatise”, Oxford, Hart Publishing, 2006, 120.

²⁸⁹ B. MARKESINIS, H. UNBERTH en A. JOHNSTON, “The German Law of Contract: a comparative treatise”, Oxford, Hart Publishing, 2006, 99.

²⁹⁰ The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, SI 1999/2083.

²⁹¹ *Walford v Miles* [1992] 1 All ER 453.

²⁹² *Walford v Miles* [1992] 1 All ER 453.

²⁹³ E. MCKENDRICK, “Contract Law: text, cases and materials”, Oxford, Oxford University Press, 2008, 507.

²⁹⁴ *Walford v Miles* [1992] 1 All ER 453.

²⁹⁵ P. GILIKER, “Précontractual Liability in English and French Law”, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, 48.

Kritiek op dit arrest bleef niet uit en wordt gebaseerd op twee gronden. Allereerst wordt een verplichting om te goeder trouw te onderhandelen als onafdwingbaar beschouwd, terwijl de verbintenis om de ‘best endeavours’ of ‘reasonable endeavours’ te gebruiken wel afdwingbaar is.²⁹⁶ In de case law²⁹⁷ wordt de geldigheid van dergelijke verbintenissen algemeen aanvaard. Partijen die aldus de valstrik van de goede trouw willen vermijden, kunnen beter de concepten ‘best/reasonable endeavours’ gebruiken, waardoor de partijen zich ertoe verbinden om de beste of redelijke pogingen te ondernemen om een overeenkomst te bereiken. Vandaar dat MCKENDRICK het onlogisch vindt dat de rechtbanken dan ook de verplichting om te goeder trouw te onderhandelen niet afdwingbaar maken.²⁹⁸ Ten tweede heeft de verwerping van de plicht om te goeder trouw te onderhandelen tot gevolg dat een partij die te kwader trouw onderhandelt en geen misrepresentation maakt, niet gesanctioneerd kan worden.²⁹⁹ Niettemin blijken er ondertussen toch grenzen te zijn aan de draagwijdte van de *Walford v Miles* beslissing. De zaak *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras*³⁰⁰ heeft in 2006 alvast voor een vernieuwde visie gezorgd. Het betreft een overeenkomst waarin een uitdrukkelijke clause om te goeder trouw te onderhandelen wordt opgenomen. De Court of Appeal besluit dat deze clause afdwingbaar is en dat de partijen bijgevolg gebonden zijn door de verplichting om te goeder trouw te onderhandelen. Daarbij onderscheidt rechter Longmore LJ de expliciete en impliciete verbintenis om te goeder trouw te onderhandelen. Volgens deze rechter betreft de *Walford v Miles* beslissing enkel de impliciete verbintenis. Daarentegen is er een duidelijke nood om de expliciete verbintenis opgesteld door advocaten afdwingbaar te maken. Een voorzichtige aanpak ten aanzien van de definitie van de goede trouw en tevens de verplichting voornamelijk te richten op een partij die te kwader trouw handelt wordt wel toegelaten.³⁰¹ Door deze uitspraak zal een uitdrukkelijke verbintenis om te goeder trouw te onderhandelen die opgenomen wordt in een overeenkomst wellicht ook in de toekomst afdwingbaar zijn.

De voorbije jaren zijn er ook meer positieve opsommingen naar voren gekomen waarbij een werkelijke poging wordt ondernomen om de goede trouw te omschrijven. BERG³⁰² omschrijft de inhoud van de verbintenis om te goeder trouw te onderhandelen in vier componenten:

- de verplichting om de onderhandelingen aan te vangen en daaraan een minimum aan participatie verlenen
- de verplichting om een open geest te hebben ten aanzien van bepaalde elementen
- de verplichting om tijdens de onderhandelingen geen voordeel te halen uit de gekende onwetendheid van de andere partij
- de verplichting om zich niet uit de onderhandeling terug te trekken zonder eerst een reden en redelijke mogelijkheid om te antwoorden aan de andere partij te geven, de reden mag ook niet onjuist zijn en niet terugtrekken waarbij de wederpartij weet dat de gegeven oorzaak extreem onredelijk is.³⁰³

De recente tendensen in de Engelse Common Law zijn ten aanzien van dit onderwerp zeer interessant om volgen. De case law verschuift toch lichtjes naar een iets mindere frigide en strenge visie ten aanzien van de goede trouw. De partijen kunnen nu uitdrukkelijk, in bijvoorbeeld een Letter of Intent, een verbintenis om te goeder trouw te onderhandelen

²⁹⁶ E. MCKENDRICK, “Contract Law: text, cases and materials”, Oxford, Oxford University Press, 2008, 508.

²⁹⁷ Lambert v HTV Cymru (Wales) Ltd (1998) FSR 874.

²⁹⁸ E. MCKENDRICK, “Contract Law: text, cases and materials”, Oxford, Oxford University Press, 2008, 508.

²⁹⁹ E. MCKENDRICK, “Contract Law: text, cases and materials”, Oxford, Oxford University Press, 2008, 509.

³⁰⁰ Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras [2006] 1 Lloyd’s Rep 121.

³⁰¹ E. MCKENDRICK, “Contract Law: text, cases and materials”, Oxford, Oxford University Press, 2008, 510.

³⁰² A. BERG, “Promises to Negotiate in Good Faith”, *Law Quarterly Review* 2003, 357.

³⁰³ A. BERG, “Promises to Negotiate in Good Faith”, *Law Quarterly Review* 2003, 357.

opnemen en deze zal afdwingbaar zijn. Er moet hierbij wel worden opgemerkt dat dergelijke Letter of Intent als een overeenkomst zal moeten gekwalificeerd worden opdat deze verbintenis afdwingbaar zou kunnen zijn. Desalniettemin blijft het principe dat er geen sprake is van een verplichting om te goeder trouw te onderhandelen in de Engelse Common Law als een paal boven water staan. Door de steeds toenemende globalisering wordt Engeland wel steeds meer geïsoleerd op dit vlak en kan de vraag gesteld worden hoe lang deze rechtspraak nog stand zal kunnen houden.

2.3.2 VS

De zogenaamde ‘aleatory view of negotiations’ vormt ook in de VS het principe. Een partij die onderhandelingen aangaat in de hoop van de winst van een uiteindelijke overeenkomst, zal ook het risico moeten dragen voor de verliezen indien de andere partij de onderhandelingen afbreekt.³⁰⁴

Bij het nagaan of er een verplichting om te goeder trouw te onderhandelen bestaat moeten zowel de Restatement Second of Contracts als de Uniform Commercial Code worden nagegaan. In § 231 Restatement Second on Contracts wordt gesteld: *“Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and enforcement”*. De UCC stelt in §1-203: *“Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement”*. Beide artikelen leggen dus eenzelfde verplichting op aan de contractspartijen om de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren en af te dwingen. Het enige verschil is de “or duty” in de UCC waarbij bedoeld wordt op de goede trouw verplichtingen van derden. Tevens wordt in de UCC de goede trouw tot tweemaal toe gedefinieerd. Eerst de algemene definitie uit §1-201(19) waarin deze omschreven wordt als feitelijke eerlijkheid in het betrokken gedrag of de betrokken transactie. Daarnaast wordt de goede trouw ook specifiek voor de sale of goods gedefinieerd als feitelijke eerlijkheid en de inachtneming van redelijke commerciële standaarden van eerlijke omgang in de handel, §2-103(b) UCC.

Nergens is er dus een bepaling terug te vinden over de precontractuele fase en het onderhandelen te goeder trouw. Het orthodoxe principe blijft ook in de VS dat geen enkele partij tijdens de onderhandelingen gebonden kan zijn zolang er geen aanbod wordt aanvaard.

Echter uit een rechtspraakanalyse over Letters of Intent en aansprakelijkheid tijdens de precontractuele fase blijkt dat deze Letters of Intent de mogelijkheid tot een afdwingbare verplichting om te goeder trouw te onderhandelen verhogen.

De *Portnoy v Revlon Inc.*³⁰⁵ zaak is een belangrijk voorbeeld van het principe dat een Letter of Intent die geen definitieve overeenkomst teweegbrengt weldegelijk ook andere gevolgen kan hebben. De Rechtbank stelde immers: *“the Letter of Intent was not a binding merger agreement, but was only a non-contractual understanding of the parties under which they committed themselves to proceed in good faith with the complicated negotiation of a formal merger agreement and with such other actions necessary to consummation of the merger”*.³⁰⁶

In de praktijk wordt deze goede trouw standaard in precontractuele situaties echter allesbehalve consequent toegepast. Deze infrequente toepassing wordt veroorzaakt door twee elementen. Enerzijds vinden sommige rechtbanken deze verplichting ofwel te vaag om af te dwingen ofwel te moeilijk om toe te passen. Anderzijds is de beslissing over een passende

³⁰⁴ E.A. FARNSWORTH, “Farnsworth on contracts”, Boston, Little Brown, 1990, 313.

³⁰⁵ *Portnoy v Revlon Inc.*, 650 F2d 895 (7th Cir. 1981).

³⁰⁶ *Portnoy v Revlon Inc.*, 650 F2d 895 (7th Cir. 1981).

remedie soms vrij moeilijk te maken.³⁰⁷ Rechtbanken zullen door het hanteren van de ‘alles of niets aanpak’ uit Engeland het bestaan ervan ontkennen bij gebrek aan definitieve overeenkomst.³⁰⁸ In *Reprosystem BV v SCM Corp.*³⁰⁹ werd de beslissing in Eerste Aanleg die op basis van een Letter of Intent besloot dat er een plicht om te goeder trouw te onderhandelen ontstond, in beroep hervormd omdat er geen contract was gesloten en deze afspraak te vaag was waardoor er dus ook geen goede trouw verplichting kon ontstaan.

Er kan echter een trend vastgesteld worden om de goede trouw verplichting uit een Letter of Intent toch toe te passen. Zo besloot de Supreme Court van Delaware³¹⁰ eind jaren zestig al dat een verbintenis om te goeder trouw te onderhandelen afdwingbaar is.

In deze optiek is de *Channel Home Centers Division of Grace Retail Corp. v Grossman*³¹¹ een belangrijke zaak. Grossman stelde vastgoed te huur en ging onderhandelingen aan met Channel Home Centers. Tijdens deze onderhandelingen werd een gedetailleerde Letter of Intent opgesteld waarin Grossman zich verbond om de onderhandelingen verder te zetten met het oog op het bereiken van een overeenkomst en het goed van de markt te halen. Er werd geen expliciete vermelding gemaakt om te goeder trouw te onderhandelen maar wel “ (...) only negotiate the above described leasing transaction to completion”³¹². Uiteindelijk werd op basis van het recht van Pennsylvania geoordeeld dat deze Letter of Intent een bindende overeenkomst om te goeder trouw te onderhandelen was, ook wel een ‘contract to negotiate’ genoemd. Deze conclusie kwam er nadat onderzocht werd of beide partijen de intentie hadden om gebonden te zijn door deze letter, of de letter voldoende specifiek en bepaald was om te worden afgedwongen en of er consideration was. Bij het onderzoek van de intenties werden zowel het ganse document als de omringende omstandigheden onderzocht. Nadien moest onderzocht worden of Grossman te kwader trouw had gehandeld door de onderhandelingen af te breken en een overeenkomst aan te gaan met een derde, maar er werd finaal een schikking getroffen waarbij Channel Home Centers een som geld kreeg.³¹³

De belangrijke impact op de rechtspraak kan verduidelijkt worden door de volgende vier opmerkingen.³¹⁴ Eerst moet benadrukt worden dat er geen uitdrukkelijke vermelding werd gemaakt om te goeder trouw te onderhandelen. Het was een louter overeenkomst om te onderhandelen waaraan de rechtbank de bijkomende verplichting om te goeder trouw te onderhandelen heeft gehecht.³¹⁵ Ten tweede werd de ‘alles of niets aanpak’ niet verworpen, maar wel minder radicaal toegepast. Er wordt immers niet meer vereist dat de beoogde overeenkomst werd gesloten, ook een overeenkomst om te onderhandelen volstaat. Tot een impliciete algemene verplichting om te goeder trouw te onderhandelen werd dus duidelijk niet besloten. De derde opmerking behelst het feit dat er nergens geargumenteed werd dat er een definitieve overeenkomst werd gesloten waardoor wellicht besloten kan worden dat men een keuze moet maken tussen een definitieve overeenkomst of een overeenkomst om te onderhandelen. Deze keuze heeft immers ook gevolgen op de potentiële schadevergoeding.

³⁰⁷ R. LAKE en U. DRAETTA, “Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms”, 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 179.

³⁰⁸ Zie *Pepisco Inc. v WR Grace & Co*, 307 F.Supp.713 (1969).

³⁰⁹ *Reprosystem BV v SCM Corp.*, 727 F.2d 257 (2d Cir. 1984).

³¹⁰ *Itek Corp v Chicago Aerial Industries*, 248 A.2d 625 (Del. 1968).

³¹¹ *Channel Home Centers Division of Grace Retail Corp. v Grossman*, 795 F.2d 291 (3d Cir. 1986).

³¹² *Channel Home Centers Division of Grace Retail Corp. v Grossman*, 795 F.2d 292 (3d Cir. 1986).

³¹³ R. LAKE en U. DRAETTA, “Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms”, 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 182.

³¹⁴ R. LAKE en U. DRAETTA, “Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms”, 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 183.

³¹⁵ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, “Contract formation and letters of intent”, Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 248.

Ten laatste is de vereiste consideration van enorm belang. In deze zaak was de consideration de terugtrekking van het goed van de markt door Grossman en de verbintenis om te onderhandelen door Channel Home Centers. Bij vele andere zaken zal geen sprake kunnen zijn van een dergelijke consideration omdat deze niet zoveel preliminaire handelingen zullen bevatten.³¹⁶

*Teachers Insurance & Annuity Association v Tribune Co.*³¹⁷ is het volgende mijlpaalarrest in navolging van de Channel Home Centers zaak. Daarin werden twee soorten bindende preliminaire overeenkomsten onderscheiden. Deze opdeling wordt tegenwoordig als de Tribune I en de Tribune II contracten bestempeld.³¹⁸ Het zogenaamde Tribune I contract is een volledig bindende preliminaire overeenkomst, die gecreëerd wordt door de partijen wanneer zij op alle punten van de onderhandelingen overeenstemming bereiken, maar overeenkomen om hun overeenkomst in een meer formeel document op te nemen. Deze is enkel preliminair in vorm en de subject to contract clause³¹⁹ is hiervan een voorbeeld. Daarnaast bestaat er het Tribune II contract dat een bindende preliminaire verbintenis is. Hierbij komen partijen enkele grote punten overeen, maar laten andere punten open voor verdere onderhandelingen. De partijen accepteren daardoor een wederzijdse verbintenis om te goeder trouw te onderhandelen in een poging om een definitieve overeenkomst af te sluiten. Er wordt hierbij geen enkele verplichting opgelegd om de definitieve overeenkomst te bereiken, maar wel om te goeder trouw te onderhandelen. De partijen moeten zich wel weerhouden om de volgende drie handelingen te stellen: afstand doen van de deal, de onderhandelingen verlaten of aandringen op voorwaarden die niet overeenstemmen met hetgeen in de preliminaire overeenkomst werd overeengekomen.³²⁰ Opmerkelijk is dat bij het beantwoorden van de vraag of er een Tribune I of II contract is, gebruik gemaakt wordt van een aangepaste variant van de Winston test³²¹.

Sommige auteurs³²² verkiezen de aanpak uit de *Teachers* zaak omdat deze de toepassing van de goede trouw vereiste strikt beperkt tot de Letters of Intent die een overeenkomst om te onderhandelen, en duidelijk als bindend zijn omschreven, uitmaken. Door deze aanpak worden de intenties van de partijen duidelijk gerespecteerd en worden de intuïtieve aspecten van de goede trouw vermeden.

Omdat in de rechtspraak de goede trouw amper gedefinieerd noch werkelijk beschreven wordt en meestal aan de intuïtie van de rechter wordt overgelaten moet hierbij de rechtsleer worden nagegaan. Sommige auteurs³²³ prefereren daarbij een negatieve opsomming waarbij goede trouw wordt omschreven door bepaalde categorieën van kwade trouw of oneerlijk handelen uit te sluiten. FARNSWORTH³²⁴ stelt dat er zeven gevallen van oneerlijk handelen die indruisen tegen de goede trouw:

³¹⁶ R. LAKE en U. DRAETTA, "Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms", 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 183.

³¹⁷ *Teachers Insurance & Annuity Association v Tribune Co.*, 670 F.Supp. 491 (SDNY 1987).

³¹⁸ E.A. FARNSWORTH, W.F. YOUNG, C. SANGER, "Contracts: cases and materials", New York, Foundation Press, 2001, 250.

³¹⁹ Zie supra p. 32.

³²⁰ *Teachers Insurance & Annuity Association v Tribune Co.*, 670 F.Supp. 494 (SDNY 1987).

³²¹ *Winston v. Mediafare Entertainment Corporation*, 777 F. 2d 78, 80 (2d Cir. 1985).

³²² R. LAKE en U. DRAETTA, "Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms", 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 186.

³²³ R. SUMMERS, "Good Faith" in X., *General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*, Va.L.Rev. 1968, 195; E. A. FARNSWORTH, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", Colum.L.Rev. 1987, 273.

³²⁴ E. A. FARNSWORTH, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", Colum.L.Rev. 1987, 273.

- weigering om te onderhandelen
- ongepaste tactieken, bijvoorbeeld extreme inflexibiliteit
- onredelijke voorstellen
- geheimhouding
- parallelle onderhandelingen
- verzaken aan de onderhandelingen
- in sommige omstandigheden het afbreken van de onderhandelingen.³²⁵

Algemeen zijn de rechters in de VS bereid om een contract to negotiate in good faith te erkennen, maar zoals reeds duidelijk geworden is, zullen deze vorderingen niet steeds succesvol zijn.

2.4 *Internationale verdragen & principes*

2.4.1 CISG

Compromis tussen Common en Civil Law zijnde is het vrij logisch dat toen de CISG in 1980 werd opgesteld er geen enkele vermelding werd gemaakt over de goede trouw. Het was, zeker op dat ogenblik, onmogelijk om een consensus te bereiken over een dergelijk delicaat onderwerp.

2.4.2 UNIDROIT Principles 2004

Tijdens het opstellen van de Unidroit Principles, zowel in 1994 als in 2004, werd wel de moed getoond om een artikel omtrent de plicht te goeder trouw te onderhandelen op te stellen. Artikel 2.15 Unidroit Principles 2004³²⁶ stelt dat (1) Partijen zijn vrij om te onderhandelen en zijn niet aansprakelijk voor het niet bereiken van overeenstemming; (2) Een partij die echter in strijd met de goede trouw onderhandelt of onderhandelingen afbreekt is aansprakelijk voor de schade die de andere partij dientengevolge lijdt; (3) Het is in het bijzonder in strijd met de goede trouw om onderhandelingen te beginnen of voort te zetten met de bedoeling om met de wederpartij geen overeenstemming te bereiken.

Het beginsel van de contractsvrijheid wordt eerst herhaald in artikel 2.15(1) Unidroit Principles 2004, maar wordt daarna beperkt. Het principe is daarbij dat een partij te goeder trouw moet onderhandelen evenals bij het afbreken van de onderhandelingen. Indien een partij te kwader trouw handelt, dan zal die partij aansprakelijk worden gesteld voor de schade die de andere partij lijdt, artikel 2.15(2) Unidroit Principles 2004. In artikel 2.15(3) Unidroit Principles 2004 worden daarbij op exemplatieve wijze twee voorbeelden opgesomd namelijk het beginnen of voortzetten van onderhandelingen zonder de bedoeling overeenstemming te bereiken.

In de Commentaar³²⁷ over dit artikel wordt veel verduidelijkt over de mogelijke schadevergoeding, terwijl in de editie van 1994 daar nog een hoop verwarring over

³²⁵ E. A. FARNSWORTH, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", Colum.L.Rev. 1987, 273.

³²⁶ Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, Rome, Unidroit, 2004, 59.

³²⁷ Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, Article 2.1.15, Comment, 59.

bestond.³²⁸ Wat betreft de schadevergoeding is deze gelimiteerd tot de verliezen die veroorzaakt zijn bij de andere partij. In principe is er dus vergoeding van het negatieve contractbelang. Het positieve contractbelang kan in bepaalde omstandigheden ook vergoed worden. Enkel wanneer de partijen op expliciete wijze overeengekomen zijn om te goeder trouw te onderhandelen, zullen alle remedies die beschikbaar zijn voor contractbreuk ook hierop kunnen worden toegepast, inclusief de uitvoering in natura. Deze laatste bepaling heeft verstrekkende gevolgen zoals uit Illustratie 4 uit de Commentaar³²⁹ blijkt. Op grond van een zogenaamde pre-bid agreement, waarin de partijen de verbintenis aangaan om te goeder trouw te onderhandelen, kan bij niet naleving bevolen worden dat deze in natura wordt uitgevoerd. Daardoor worden de partijen gedwongen om verder te goeder trouw te onderhandelen. Een Letter of Intent met een dergelijke verbintenis kan daardoor zeer verstrekkende gevolgen krijgen.

Specifiek wordt ook het afbreken van de onderhandelingen nog nader besproken.³³⁰ Daaruit blijkt dat een soort ‘point of no return’ wordt vooropgesteld waardoor de partij niet meer de onderhandelingen abrupt en zonder motivering mag stopzetten. Het bereiken van een dergelijk momentum is afhankelijk van de omstandigheden, maar wordt voornamelijk gebaseerd op het vertrouwen dat ten opzichte van de andere partij wordt gecreëerd door het gedrag of de verbintenissen van de partij die de onderhandelingen stopzet. Illustratie 5 is treffend genoeg een voorbeeld over een franchiseovereenkomst die vrij gelijkaardig is aan de *Hoffman v Red Owl Stores*³³¹ zaak. Hierdoor wordt het werkelijk revolutionaire van artikel 2.1.15 Unidroit Principes 2004 toch gerelativeerd. Zoals ook andere auteurs³³² opmerken is het opleggen van een algemene regel inzake precontractuele aansprakelijkheid wegens onderhandelingen te kwader trouw weldegelijk innovatief, maar dient dit toch genuanceerd te worden. De trompe-l’oeil omschrijving van VOLDERS³³³ is dan ook volledig terecht. Het geen rol spelen van de goede trouw tijdens het onderhandelingsproces betekent immers niet dat in de Common Law de partijen in een juridisch vacuüm zouden handelen.³³⁴ Het idee van de ‘aleatory view of negotiations’ is natuurlijk wel veel sterker in de Common Law³³⁵, maar daardoor is de negatieve contractvrijheid niet absoluut. Via een praktische en niet theoretische kijk op de zaken kan besloten worden dat in de Common Law via het hanteren van andere mechanismen de grenzen aan de onderhandelingsvrijheid vrij gelijkaardig zijn met diegene die via het principe van de goede trouw worden bereikt.

2.4.3 PECL

In de Principles of European Contract Law is er een uitdrukkelijke bepaling omtrent onderhandelingen die strijdig zijn met de goede trouw. Artikel 2:301 bepaalt dat (1) een partij vrij is te onderhandelen en niet aansprakelijk is voor het falen een overeenkomst te bereiken, (2) echter een partij die onderhandeld heeft of onderhandelingen heeft afgebroken in strijd met de goede trouw en eerlijk handelen is aansprakelijk voor de schade die veroorzaakt werd

³²⁸ B. VOLDERS, “Afgebroken contractonderhandelingen in het international privaatrecht”, Brussel, Larcier, 2008, 39.

³²⁹ Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, Article 2.1.15, Comment, 60.

³³⁰ Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, Article 2.1.15, Comment, 61.

³³¹ *Hoffman v Red Owl Stores* 26 Wis.2d 683, 133 NW2d 276 (1965).

³³² M.J. BONELL, “An international restatement of contract law”, Ardsley, Transnational Publisher, 2005, 140.

³³³ B. VOLDERS, “Afgebroken contractonderhandelingen in het international privaatrecht”, Brussel, Larcier, 2008, 28.

³³⁴ B. VOLDERS, “Afgebroken contractonderhandelingen in het international privaatrecht”, Brussel, Larcier, 2008, 28.

³³⁵ E.A. FARNSWORTH, “Farnsworth on contracts”, Boston, Little Brown, 1990, 313.

aan de andere partij en (3) in bijzonder is het strijdig met de goede trouw en eerlijk handelen dat een partij onderhandelingen begint of verder zet zonder een echte intentie om een overeenkomst met de andere partij te bekomen.

Nergens is in dit artikel een uitdrukkelijke verplichting om te goeder trouw te onderhandelen opgenomen. Deze ligt wel impliciet vervat in deze bepalingen aangezien het in strijd met de goede trouw onderhandelen tot aansprakelijkheid aanleiding geeft. Deze bepaling zal niet verder onderzocht worden wegens het recentere DCFR dat een nog vernieuwendere aanpak heeft ingevoerd.

2.4.4 DCFR

Ook het DCFR neemt een bepaling op over de onderhandelingen strijdig met de goede trouw en het eerlijk handelen, letterlijk ‘good faith and fair dealing’. Artikel II. – 3:301DCFR stelt de volgende principes voorop: (1) Een persoon is vrij om te onderhandelen en is niet aansprakelijk voor het falen een overeenkomst te bereiken; (2) Een persoon die aan het onderhandelen is, heeft een plicht om in overeenstemming met de goede trouw en het eerlijk handelen te onderhandelen en de onderhandelingen niet af te breken in strijd met de goede trouw en het eerlijk handelen. Deze plicht mag niet uitgesloten of beperkt worden bij overeenkomst; (3) Een persoon wie in strijd is met deze plicht, is aansprakelijk voor ieder verlies veroorzaakt door de andere partij door het afbreken; (4) Het is specifiek strijdig met de goede trouw en het eerlijk handelen voor een persoon om onderhandelingen aan te gaan of verder te zetten zonder werkelijke intentie om een overeenkomst te bereiken met een andere partij.

Een stap voorwaarts wordt door het DCFR gezet door een uitdrukkelijke plicht op te leggen om in overeenstemming met ‘good faith and fair dealing’ te onderhandelen. Voor het eerst kan een dergelijk verregaande bepaling in een harmoniserend document terug gevonden worden. De logica is daarbij dat dit alleen de Europese landen betreft en enkel Engeland een werkelijk verschillend standpunt heeft op dit vlak. In de Commentaar³³⁶ komt hierbij sterk naar voren dat het om een ‘duty’ of plicht gaat en niet om een ‘obligation’ of verplichting. De partijen kunnen dus niet contractueel afwijken van deze plicht aangezien deze inherent is aan elke onderhandelingsproces dat opgestart wordt. Tevens kunnen daardoor de rechtsmiddelen inzake niet uitvoering of beëindiging van een contractuele verbintenis niet worden gevorderd. Onder andere kan er geen sprake zijn van een gedwongen uitvoering in natura, omdat het opleggen daarvan in de praktijk onrealistisch zou zijn.³³⁷ In strijd met deze plicht handelen zal enkel aanleiding kunnen geven tot vorderen van een schadevergoeding. Terwijl op het eerste zicht het DCFR vrij gelijkaardig is aan artikel 2.1.15 Unidroit Principes 2004 moet opgemerkt worden dat er enorme inhoudelijke verschillen zijn. Waaronder de rechtsmiddelen die in de Unidroit Principes 2004, bij het contractueel aangaan van de verplichting om te goeder trouw te onderhandelen, veel uitgebreider zijn. Het DCFR hanteert hierbij misschien een iets realistischere aanpak door partijen niet te dwingen om de onderhandelingen te goeder trouw verder te zetten wanneer deze reeds door de andere partij zijn afgebroken.

Het afbreken van de onderhandelingen in strijd met de goede trouw en het eerlijk handelen zal aanleiding geven tot aansprakelijkheid voor deze partij. Deze aansprakelijkheid kan gebaseerd

³³⁶ C. VON BAR en E. CLIVE (Eds.), “Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR)”, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, 247.

³³⁷ C. VON BAR en E. CLIVE (Eds.), “Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR)”, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, 247.

worden op beloftes die deze partij aanging ten aanzien van de andere partij tijdens het onderhandelen. Dergelijke beloftes kunnen opgenomen zijn in een Letter of Intent, zonder dat deze werkelijk als overeenkomst moet gekwalificeerd worden. Vandaar dan ook het belang van de Letter of Intent die op deze wijze het bewijs kan leveren dat een partij te kwader trouw de onderhandelingen afbrak. In Illustratie 4 wordt, net zoals bij de Unidroit Principes 2004, het voorbeeld van een toekomstige franchiseovereenkomst gegeven, waarbij op basis van beloftes van de eerste partij de andere partij allerlei kosten maakt en nadien de onderhandelingen afgebroken worden door de eerste partij.³³⁸ De schadevergoeding kan bestaan uit de volgende elementen: gedane kosten, uitgevoerde werken en verlies in transacties die gemaakt werden in het vertrouwen op een vooropgesteld contract. In bepaalde gevallen kan ook het verlies van een opportuniteit, het negatieve contractbelang, vergoed worden. Daarentegen kan niet worden geëist dat de partij in de situatie geplaatst zou worden alsof de overeenkomst gesloten was en volledig uitgevoerd werd, het positieve contractbelang.³³⁹ Deze bepaling staat in schril contrast met artikel 2.1.15 Unidroit Principes 2004 waarbij de partijen steeds recht hebben op een reliance interest of vergoeding van het negatieve contractbelang, en ook onder bepaalde omstandigheden de expectation interest. Op het vlak van schadevergoeding gaan de Unidroit Principes 2004 duidelijk veel verder, waardoor het DCFR dus minder streng is op het vlak van schadevergoeding ten aanzien van de partij te kwader trouw.

2.5 Conclusie

Op basis van de twee principiële vragen over de goede trouw kunnen er drie groepen worden onderscheiden.

De eerste groep bevat Engeland omdat er geen verplichting om te goeder trouw te onderhandelen wordt opgelegd en evenmin een dergelijke overeenkomst afdwingbaar is. Hoewel men dit principe niet meer zo absoluut kan stellen door de recente rechtspraak waardoor hopelijk op termijn het algemeen aanvaard zal worden dat dergelijke overeenkomsten afdwingbaar zijn.

De tweede groep bestaat uit de VS, maar ook Australië.³⁴⁰ Hierbij zullen overeenkomsten om te goeder trouw te onderhandelen in rechte kunnen worden afgedwongen, maar wordt er geen plicht opgelegd om te goeder trouw te onderhandelen. In deze landen wordt er wel een plicht opgelegd om de contracten te goeder trouw uit te voeren en af te dwingen. De redenen waarom een algemene verplichting om te goeder trouw te onderhandelen niet erkend wordt in de Common Law zijn veelvuldig. Er is de robuustheid van de Common Law door zijn formalistische aard. De rechters zijn ook duidelijk zeer behoedzaam voor dergelijke goede trouw doctrine. Deze behoedzaamheid wordt veroorzaakt door een foute indruk van het concept van de goede trouw door er een veel te grote impact en inhoud aan te geven.³⁴¹ Er komt echter steeds meer een duidelijk roep om toch een tort of bad faith negotiation in te voeren in zowel de VS, Engeland als Australië.³⁴² De reden daartoe is dat de huidige

³³⁸ C. VON BAR en E. CLIVE (Eds.), "Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR)", Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, 248.

³³⁹ C. VON BAR en E. CLIVE (Eds.), "Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR)", Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, 248.

³⁴⁰ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, "Contract formation and letters of intent", Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 271.

³⁴¹ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, "Contract formation and letters of intent", Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 273.

³⁴² M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, "Contract formation and letters of intent", Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 314.

verbrokkelde mogelijkheden om precontractuele aansprakelijkheid te bekomen ook enorme kosten op het vlak van litigation met zich meebrengen.

De derde groep omvat de Civil Law landen. Dit mag wellicht niet verbazen aangezien de wet of de rechtspraak daarbij op algemene wijze een plicht oplegt om te goeder trouw te onderhandelen, waardoor logischer wijze dergelijke overeenkomsten afdwingbaar zijn. België is op dit vlak wel een uitzondering aangezien er geen werkelijke plicht is om te goeder trouw te onderhandelen, maar wel de verplichting om de zorgvuldigheidsnorm na te leven. Zowel de PECL, de DCFR en de Unidroit Principes 2004 pleiten duidelijk voor de invoering van een dergelijke plicht. Of de wetgevers in de toekomst ook daadwerkelijk deze plicht zullen codificeren is moeilijk te voorspellen. Op internationaal vlak is er dus duidelijk druk om een dergelijke plicht in te voeren. Over de draagwijdte ervan bestaat evenwel geen echte consensus.

3. Precontractuele aansprakelijkheid

3.1 *Theorie van de culpa in contrahendo*

RUDOLF VON JHERING schreef in 1861 de bijdrage “*Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*”³⁴³ waardoor hij anno 2010 als de grondlegger van de precontractuele aansprakelijkheid wordt beschouwd. Daarbij moeten toch enkele nuances worden aangestipt want de oorspronkelijke culpa in contrahendo laat zich niet zomaar gelijkstellen met precontractuele aansprakelijkheid.

De oorspronkelijke leer van de culpa in contrahendo, fault in negotiation of fout in het onderhandelen moet als hoeksteen van de precontractuele aansprakelijkheid beschouwd worden. De theorie ontstond als reactie op de formalistische aard van het Duitse recht. Alleen gevallen waarin iemand die een aanbod tot contracteren heeft gedaan en nadien de nietigverklaring vordert op grond van een wilsgebrek worden hierdoor beschermd. De onschuldige partij moet vergoed worden door aan deze de vergoeding van het negatieve contractbelang toe te kennen. Immers door contractonderhandelingen aan te gaan ontstaat er tussen die partijen een (quasi-) contractuele rechtsverhouding en deze vindt haar oorsprong in de legitieme verwachtingen van elke partij in de uitkomst van de onderhandelingen.³⁴⁴ Aldus is er een soort precontractuele zorgvuldigheidsverplichting die in bepaalde situaties tot schadevergoeding aanleiding kan geven. VON JHERING geeft daardoor het startschot voor de verdere ontwikkeling van een meer globale precontractuele aansprakelijkheidsleer. De restrictievere invulling, met name de minimum vereiste dat één van de partijen veronderstelde dat de onderhandelingen daadwerkelijk in de overeenkomst waren geresulteerd, heeft vooral betrekking op het toenmalige doel namelijk een partij beschermen tegen een nietig contract.³⁴⁵ Veertig jaar later wordt deze theorie door de Italiaanse rechtsgeleerde FAGELLA uitgebreid tot een partij die zich op onrechtmatige wijze uit de onderhandelingen terugtrekt, zonder dat één van de partijen in de veronderstelling is dat de overeenkomst bestaat.³⁴⁶ FAGELLA merkte toen ondermeer op dat de klassieke totstandkoming van overeenkomsten door aanbod en

³⁴³ R. VON JHERING, “*Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*”, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht* 1861, IV, 1.

³⁴⁴ B. VOLDERS, “Afgelopen contractonderhandelingen in het international privaatrecht”, Brussel, Larcier, 2008, 11.

³⁴⁵ B. MARKESINIS, H. UNBERTH en A. JOHNSTON, “*The German Law of Contract: a comparative treatise*”, Oxford, Hart Publishing, 2006, 92.

³⁴⁶ B. VOLDERS, “Afgelopen contractonderhandelingen in het international privaatrecht”, Brussel, Larcier, 2008, 12.

aanvaarding te weinig rekening hield met de noodwendigheden van een moderne commerciële wereld, waarin de complexiteit en het belang van het onderhandelingsproces voor het sluiten van de overeenkomst steeds belangrijker werden.³⁴⁷ Bijgevolg kon er al sprake zijn van precontractuele aansprakelijkheid wegens onrechtmatige gedragingen door één van de partijen alvorens er een aanbod werd uitgebracht. FAGELLA is een sleutelfiguur die door zijn brede uitleg van de precontractuele aansprakelijkheid de deur open zette om de partij die de onderhandelingen op een onbehoorlijke wijze verbreekt precontractueel aansprakelijk te stellen voor de geleden schade.³⁴⁸

Tijdens de vorige eeuwwisseling was de precontractuele aansprakelijkheid één van de belangrijke theorieën die in Europa door de rechtsgeleerden besproken werden. Deze discussies hebben nog niet aan belang ingeboet en het thema blijft dus actueel. Vooral bij het opstellen van Verdragen en pogingen tot het harmoniseren van het recht dook de problematiek rond dit thema terug op.

3.2 Gronden voor precontractuele aansprakelijkheid

Het afbreken van onderhandelingen is weliswaar een grond voor precontractuele aansprakelijkheid maar natuurlijk niet de enige. Wel wordt precontractuele aansprakelijkheid spontaan gelinkt met afgebroken onderhandelingen en dit niet enkel in België.

Ook de moeilijkheden die de geldigheid van de overeenkomst in het gedrang brengen en bijgevolg aanleiding geven tot een absoluut of relatief nietig contract zijn gronden voor precontractuele aansprakelijkheid. Deze moeilijkheden zijn hetgeen VON JHERING voor ogen had toen hij in 1861 zijn werkstuk publiceerde.

Ten slotte kunnen ook precontractuele fouten die de geldigheid van de overeenkomst weliswaar niet in het gedrang brengen, maar wel schade berokkenen tot precontractuele aansprakelijkheid aanleiding geven. De tekortkomingen aan precontractuele informatieplichten zijn hiervan het voornaamste voorbeeld.³⁴⁹

4. Rechtsgevolgen van het afbreken van de onderhandelingen

4.1 Algemeen

De exacte gevolgen van het afbreken van de onderhandelingen worden gedetailleerd besproken. In de Civil Law wordt enkel de mogelijkheid van de precontractuele aansprakelijkheid in strikte zin onderzocht. Terwijl in de Common Law, bij gebrek aan algemene regels, het afbreken van de onderhandelingen vanuit een ruimer perspectief wordt bekeken. Alleen Letters of Intent die niet als overeenkomst kunnen worden gekwalificeerd vallen onder deze bespreking. Ook letters met een exoneratiebeding of schadebeding omtrent het afbreken zullen de toepassing van deze suppletieve regelen vermijden.

³⁴⁷ Zie G. FAGELLA, “Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione significa”, in X., *Studi Giuridico in onore di Carlo Faddo*, Napels, 1906, III, 298.

³⁴⁸ B. VOLDERS, “Afgebroken contractonderhandelingen in het international privaatrecht”, Brussel, Larcier, 2008, 13.

³⁴⁹ A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X., *Bijzondere Overeenkomsten*. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Commentaar verbintenissenrecht, 3.

4.2 *Civil Law*

4.2.1 België

a. *Rechtsgrondslag*

De precontractuele aansprakelijkheid wordt in België traditioneel gebaseerd op de regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid, artikelen 1382-1383 BW. Immers “*la période des pourparlers reste en-dehors du cercle contractuel*”³⁵⁰ waardoor volgens de meerderheid van de klassieke auteurs³⁵¹ de contractuele grondslag uitgesloten is. Het Hof van Cassatie bevestigde in 1981 de buitencontractuele aansprakelijkheid als juridische grondslag voor de precontractuele aansprakelijkheid.³⁵²

Bijgevolg zal diegene die zich beroept op het onrechtmatig afbreken van de onderhandelingen fout, schade en causaal verband moeten bewijzen. De rechter zal nagaan of de wederpartij als een normaal voorzichtige en redelijke partij, zich bevindend in dezelfde situatie, handelde om te beoordelen of er een fout werd begaan. Daarnaast neemt de rechter eveneens het gedrag van het slachtoffer in aanmerking. De omstandigheden waarin de onderhandelingen werden afgebroken zullen worden nagegaan evenals het bij de wederpartij gewekte vertrouwen dat eventueel, opzettelijk of door nalatigheid, beschaamd werd.³⁵³ Andere belangrijke elementen zijn het stadium van de onderhandelingen, de gemaakte al dan niet aanzienlijke kosten, motivering van het stopzetten.

Alternatieve theorieën als grondslag voor precontractuele aansprakelijkheid zijn de goede trouw, rechtsmisbruik en de vertrouwensleer.

De goede trouw verplichting van artikel 1134, 3^e lid BW wordt steeds nadrukkelijker naar voren geschoven als een verplichting die a fortiori geldt bij de totstandkoming van de overeenkomst. Het voordeel van het hanteren van de objectieve goede trouw is dat de miskennis ervan als zodanig aanleiding kan geven tot sanctionering, waardoor er geen bewijs van een oorzakelijk verband moet worden aangereikt in tegenstelling tot de vereisten van artikelen 1382-1383 BW. De tendens om bepaalde leerstukken van het Belgische recht te benaderen vanuit het concept van de goede trouw is overgewaaid vanuit Nederland en Duitsland. Ter motivering worden de voorbereidende werken van het BW aangereikt omdat in de ontwerp tekst oorspronkelijk sprake was van het te goeder trouw aangaan en uitvoeren van overeenkomsten. Daarnaast ontstaat er een bijzondere vertrouwensrelatie tussen onderhandelende partijen die specifieke verplichtingen met zich meebrengt, maar ook strengere gedragsnormen moeten worden gehanteerd dan in het normale maatschappelijke verkeer. Bij de totstandkoming moet rekening gehouden worden met de aard en de economie van het contract in vorming, welke elementen zijn die onvoldoende in rekening gebracht worden bij een toetsing op grond van artikelen 1382-1383 BW.³⁵⁴ Op dit vlak leunt het

³⁵⁰ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD en A. TUNC, “Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle”, Tome I, nr. 120.

³⁵¹ Zie G. SCHRANS, “De progressieve totstandkoming der contracten”, *TPR* 1984, 8; L. CORNELIS, “Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten”, *TBH* 1983, 10; B. DE TEMMERMAN, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, *Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen*, *TPR* 1994, 288; E. DIRIX, “Gentlemen’s Agreements en andere afspraken met onzekere gevolgen”, *RW* 1985-86, 2136.

³⁵² Cass. 10 december 1981, *Pas.* 1982, 494.

³⁵³ M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, 139.

³⁵⁴ M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, 140.

Belgische recht nog steeds sterk aan bij het Franse recht. De moderniserings - en harmoniseringstendens lijkt immers om een plicht om te goeder trouw te onderhandelen op te nemen in het BW en deze als rechtsgrondslag voor aansprakelijkheid te hanteren. Jammergenoeg lijkt de Belgische rechtspraak daar nog niet rijp voor te zijn. Andere auteurs³⁵⁵ stellen voor om de huidige stand van zaken te bewaren omdat deze voldoende ruim en soepel is om ook de goede trouw, het gewekte vertrouwen of het verbod op rechtsmisbruik te omvatten.

Ook de theorie van het rechtsmisbruik wordt als mogelijke grondslag aangeduid.³⁵⁶ Belangrijk is hierbij dat een zware of opzettelijke fout moet bewezen worden opdat er sprake zou kunnen zijn van rechtsmisbruik. Dit staat in groot contrast met de buitencontractuele aansprakelijkheid waarbij een culpa levissima, lichte fout volstaat. Ook op het vlak van de sanctie bestaat een duidelijk verschil omdat die beperkt zal blijven tot het herleiden van het recht tot de normale uitoefening ervan of tot het herstel van de door het misbruik veroorzaakte schade. De rechtspraak verwerpt deze theorie terecht.

De vertrouwensleer met name de gehoudenheid op basis van het bij de wederpartij gewekte vertrouwen wordt door de Belgische rechtsleer als een afzonderlijk criterium aangereikt. Bij de beoordeling van de totstandkoming van overeenkomsten wordt dit criterium echter door de rechtspraak niet vaak openlijk toegepast.

Wat betreft de Letter of Intent, kan dit precontractueel document aanleiding geven tot een verhoogde zorgvuldigheidsplicht en vertrouwen.³⁵⁷ Bij een vordering op grond van precontractuele aansprakelijkheid zal een Letter of Intent dus enerzijds de bewijsvoering vergemakkelijken en anderzijds de mogelijkheid tot precontractuele aansprakelijkheid laten toenemen.

b. Schadeloosstelling

De benadeelde partij zal in de toestand geplaatst worden waarin zij zich bevonden zou hebben indien de precontractuele fout niet zou zijn begaan.³⁵⁸ De rechter zal vrij de meest geschikte wijze tot herstel van de schade bepalen, normalerwijze zal dit een schadevergoeding zijn.³⁵⁹ Bij het bepalen van de vergoedbare schade moet een onderscheid gemaakt worden tussen het negatieve contractbelang en het positieve contractbelang.³⁶⁰ In de rechtsleer wordt tegen de vergoeding van het positieve contractbelang opgeworpen dat het ingaat tegen het principe van de negatieve contractvrijheid.³⁶¹

³⁵⁵ M. BOLLEN, "Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst", *TBBR* 2003, 141.

³⁵⁶ R. KRUIHOF, "Grondbeginselen van het contractenrecht", in R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, *Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen*, *TPR* 1994, 288.

³⁵⁷ E. DIRIX, "Gentlemen's Agreements en andere afspraken met onzekere gevolgen", *RW* 1985-86, 2143; M. BOLLEN, "Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst", *TBBR* 2003, 138.

³⁵⁸ B. DE TEMMERMAN, "Precontractuele aansprakelijkheid", in R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, *Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen*, *TPR* 1994, 434.

³⁵⁹ A. VAN OEVELEN, "Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten", *DAOR* 1990, 51.

³⁶⁰ A. DE BOECK, "Precontractuele aansprakelijkheid", in X., *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Commentaar verbintenissenrecht*, 15.

³⁶¹ M. FORGES, "Principes applicables à la rupture et à l'aménagement conventionnel des pourparles en droit belge", *Ann. dr. Louvain* 1995, 450.

Traditioneel werd in de Belgische rechtspraak geoordeeld dat bij het onrechtmatig afbreken van de onderhandelingen er een vergoeding van het negatieve contractbelang kon zijn.³⁶² Recent zijn er toch enkele tendensen tot het vergoeden van het positief contractbelang merkbaar. Wanneer de onderhandelingspartijen het zogenaamde ‘point of no return’ bereikt hebben dan kan geopteerd worden voor een vergoeding van het positieve contractbelang.³⁶³ Deze rechtspraak³⁶⁴ steunt zich dan voornamelijk op de vertrouwensleer als grondslag voor het afbreken van de onderhandelingen waardoor de ‘expectation interest’ in aanmerking komt voor vergoeding. In de context van de Letter of Intent kan dit belangrijk zijn, want indien uit een letter blijkt dat er reeds een ‘point of no return’ was bereikt, dan kan de afbrekende partij veroordeeld worden tot de vergoeding van het positieve contractbelang. In deze context is het essentieel dat aangetoond wordt dat de overeenkomst daadwerkelijk tot stand zou zijn gekomen zonder de fout van de afbrekende partij. Vandaar dat deze optie als een werkelijke uitzondering moet worden beschouwd en de rechtsleer nog steeds vrij kritisch hier tegenover staat.³⁶⁵

c. Voorbeeld uit de rechtspraak: de Dupuis zaak

Tot slot een voorbeeld uit de rechtspraak, namelijk de *Dupuis zaak*. Een beginselakkoord werd gesloten tussen enerzijds de familie-Dupuis en anderzijds de Groep Brussel Lambert en de Franse uitgeverijmaatschappij Hachette. Daarbij liet de familie Dupuis aan hen verstaan dat de ondertekening van de definitieve tekst van de overdrachtsovereenkomst slechts een formaliteit was. Zeer kort nadien verkocht de familie Dupuis de aandelen aan een derde, Éditions Mondiales. De schadevergoeding in natura werd door de Brusselse Rechtbank van Koophandel³⁶⁶ geweigerd omdat door de miskening van de precontractuele verplichtingen, de eisers slechts beroofd werden van de mogelijkheid een acquisitieovereenkomst te sluiten. Het principeakkoord hield volgens de rechter geen verplichting tot contracteren, maar enkel een plicht om te goeder trouw te onderhandelen. Door in te gaan op dat bod van de derde had de familie Dupuis de verplichting om te goeder trouw verder te onderhandelen miskend. Bijgevolg konden de eisers enkel aanspraak maken op de vergoeding van het negatieve contractbelang.

4.2.2 Nederland

Het beruchte arrest *Plas/Valburg*³⁶⁷ van de Hoge Raad vormt nog steeds in Nederland het basisarrest omtrent het afbreken van de onderhandelingen.

De kiem van de regel lag echter in het arrest *Baris/Riezenkamp*³⁶⁸ waarin grenzen gesteld werden aan het fundamentele beginsel van de contractsvrijheid.³⁶⁹

³⁶² B. DE TEMMERMAN, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, *Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen*, TPR 1994, 434.

³⁶³ A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X., *Bijzondere Overeenkomsten*. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Commentaar verbintenissenrecht, 16.

³⁶⁴ Brussel 5 februari 1992, *JT* 1993, 130; Antwerpen 22 maart 1994, *RW* 1994-95, 296; Luik 16 januari 98, *JLMB* 1998, 589.

³⁶⁵ M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, 156.

³⁶⁶ Kh. Brussel 24 juni 1985, *JT* 1986, 236.

³⁶⁷ HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723.

³⁶⁸ HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67.

³⁶⁹ B. WESSELS, “Contractsonderhandelingen in internationaal verband”, in B. WESSELS EN T.H.M. VAN WECHER, *Contracteren in de internationale praktijk*, Deventer, Kluwer, 1994, 22.

Het arrest *Plas/Valburg* ging echter verder en stelde dat het niet uitgesloten was dat “onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat partijen over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren; in zo een situatie kan er ook plaats zijn voor een vergoeding van de gederfde winst”³⁷⁰. Het betrof onderhandelingen die door B en W van de gemeente Valburg gevoerd werden over de bouw van een zwembad met de bouwonderneming Plas. Nadat de partijen op enkele details na overeenstemming hadden bereikt, werd de overeenkomst niet door de gemeenteraad aanvaard en onverwacht aan een derde, die een goedkoper plan aanbood, gegund.³⁷¹ Deze uitspraak is zeer verregaand aangezien het afbreken van de onderhandelingen op zichzelf in strijd kan zijn met de goede trouw en daarvoor de vergoeding van het positieve contractbelang mogelijk is. Er wordt aan de partijen een verregaande plicht opgelegd om te goeder trouw te onderhandelen en er kunnen drie stadia van onderhandelen onderscheiden worden. In de rechtsleer was er veel kritiek op deze visie van de Hoge Raad, voornamelijk met betrekking tot de drie onderscheiden fases.

Later werd in het arrest *VSH/Shell*³⁷² deze rechtspraak bevestigd en nader uitgewerkt door de Hoge Raad. Opdat er sprake kan zijn van een vergoeding van het positieve contractbelang moet bewezen worden dat het sluiten van de voorgenomen overeenkomst aannemelijk was.³⁷³

In de *Ruiterij/MBO*³⁷⁴ besluit de Hoge Raad dat bij de beoordeling ook rekening moet gehouden worden met eventuele gewijzigde omstandigheden die zich tijdens het verloop van de onderhandelingen hebben voorgedaan. Daarnaast moet ook rekening worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de afbrekende partij.³⁷⁵

Deze materie blijkt louter jurisprudentieel te zijn, nochtans werd bij het opstellen van het NBW artikel 6.5.2.8a ontworpen. Dit artikel was eigenlijk de codificatie van de toenmalig geldende rechtspraak. De Tweede Kamer liet dit artikel bij amendement schrappen omdat volgens hen de codificatie te vroeg kwam en aan de rechtspraak de volle vrijheid moest gegund worden om zich verder te ontwikkelen³⁷⁶, en zo geschiedde het ook.

Zowel in het buitenland³⁷⁷ als in Nederland³⁷⁸ zelf werd deze visie van de Hoge Raad bekritiseerd. Het is immers een enorme beperking op de negatieve contractvrijheid. Vandaar dat er een duidelijke oproep kwam om een veel restrictievere toepassing te maken van de vergoeding van het positieve contractbelang.

Een recente uitspraak van de Hoge Raad heeft hieraan navolging gegeven. Uit het arrest *Centraal bureau bouwtoezicht/JPO projecten*³⁷⁹ uit 2005 blijkt dat er toch wat gas wordt teruggenomen met betrekking tot de bescherming van de wederpartij van de afhakende onderhandelingspartner. Er worden ook nadere regels geformuleerd omtrent de precontractuele fase. Aan de bodemrechter wordt uitdrukkelijk opgelegd om bij de

³⁷⁰ HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723.

³⁷¹ Zie C. ASSER en A.S. HARTKAMP, “Verbintenissenrecht. 2: Algemene leer der overeenkomsten”, Deventer, Kluwer, 2005, 154.

³⁷² HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017.

³⁷³ HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017.

³⁷⁴ HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481.

³⁷⁵ HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481.

³⁷⁶ C. ASSER en A.S. HARTKAMP, “Verbintenissenrecht. 2: Algemene leer der overeenkomsten”, Deventer, Kluwer, 2005, 155.

³⁷⁷ J. CARTWRIGHT en M.W. HESSELINK, “Precontractual liability in European private law”, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 469.

³⁷⁸ B. WESSELS en T.H.M. WEICHEM, “Grensoverschrijdende contractonderhandelingen”, Deventer, Kluwer, 2003, 20.

³⁷⁹ HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467.

beoordeling van het bestaan van een precontractuele aansprakelijkheid gebruik te maken van “*een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf*”³⁸⁰. Slechts in uitzonderlijke omstandigheden zal nu nog sprake kunnen zijn van de vergoeding van het positieve contractbelang, waardoor het beginsel van de negatieve contractvrijheid in Nederland min of meer hersteld wordt.³⁸¹

Sommige auteurs³⁸² kunnen hun enthousiasme over dit arrest niet verbergen. Volgens DRION wordt het mes in de *Plas/Valburg* doctrine gezet en vormt het arrest een duidelijke trendbreuk. De Hoge Raad zou daardoor eindelijk luisteren naar de commerciële praktijk door een té verregaande rol van de redelijkheid en billijkheid in het commerciële rechtsverkeer terug te dringen.³⁸³

Het afbreken van de onderhandelingen kan aanleiding geven tot drie verschillende soorten schade. Dat zijn het negatieve contractbelang, het positieve contractbelang en de schade die geleden wordt doordat de andere partij misbruik maakt van bepaalde gegevens.³⁸⁴

Door de *CBB/JPO* zaak³⁸⁵ zal er nu slechts nog in uitzonderlijke omstandigheden een vergoeding van het positieve contractbelang kunnen plaatsvinden.

Het bevel tot dooronderhandelen³⁸⁶ kan nog steeds zowel in de procedure ten gronde als in een procedure in kort geding bevolen worden.³⁸⁷ De volgende factoren worden in aanmerking genomen om al dan niet een bevel tot dooronderhandelen op te leggen, met name de mate waarin de precontractuele onderhandelingen reeds zijn gevorderd, de aanwezigheid van eventuele voorbereidende documenten, het bestaan van een eerdere (rechts-)verhouding tussen de verschillende partijen, het onderhandelingsgedrag, de bijzondere hoedanigheid van één van de partijen als overheidsorgaan.³⁸⁸ Dergelijk bevel kan beschouwd worden als alternatief voor de schadevergoeding ten belope van het positieve contractbelang.³⁸⁹

Het *Plas/Valburg* arrest heeft in de rechtsliteratuur aanleiding gegeven tot het opmaken van de zogenaamde driefasenleer. Meerdere generaties Nederlandse juristen zijn met deze leer opgegroeid. Echter zoals DRION terecht stelt, ondertussen nagevolgd door andere auteurs³⁹⁰, is er door de *CBB/JPO* zaak³⁹¹ een einde gemaakt aan deze driefasenleer aangezien nergens in het arrest nog sprake is van het onderscheid in deze fases.³⁹² Toch kan het nuttig zijn om deze fases nog even te bespreken aangezien ze tot voor enkele jaren van immens belang waren in de precontractuele sfeer. In de eerste fase kunnen de partijen vrij op elk ogenblik de onderhandelingen afbreken zonder daarvoor vergoeding verschuldigd te zijn. Ook in de tweede fase kunnen de onderhandelingen vrij op eenzijdige wijze afgebroken worden, maar de afbrekende partij zal daarbij schadevergoeding ten belope van de gemaakte kosten in het

³⁸⁰ HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467.

³⁸¹ Zie B. VOLDERS, “Afgebroken contractonderhandelingen in het international privaatrecht”, Brussel, Larcier, 2008, 34.

³⁸² C.E. DRION, “Ons onderhandelingsrecht onder handen”, *NJb* 2005, 1781.

³⁸³ C.E. DRION, “Ons onderhandelingsrecht onder handen”, *NJb* 2005, 1781.

³⁸⁴ C. ASSER en A.S. HARTKAMP, “Verbintenissenrecht. 2: Algemene leer der overeenkomsten”, Deventer, Kluwer, 2005, 157.

³⁸⁵ HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467.

³⁸⁶ Zie Hof Arnhem 14 nov. 1983, *NJ* 1984, 499.

³⁸⁷ B. WESSELS en T.H.M. WEICHEM, “Grensoverschrijdende contractonderhandelingen”, Deventer, Kluwer, 2003, 22.

³⁸⁸ H.J. DE KLUIVER, “Onderhandelen en privaatrecht”, Deventer, Kluwer, 1992, 62.

³⁸⁹ H.C.F. SCHOORDIJK, “Onderhandelen te goeder trouw”, Deventer, Kluwer, 1984, 42.

³⁹⁰ M.R. RUYGVOORN, “Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden”, Deventer, Kluwer, 2009, 55.

³⁹¹ HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467.

³⁹² C.E. DRION, “Ons onderhandelingsrecht onder handen”, *NJb* 2005, 1781.

kader van de onderhandelingen moeten betalen. In de derde fase zijn de onderhandelingen al zodanig gevorderd dat de partijen deze niet meer vrij eenzijdig kunnen afbreken. Indien dit wel gebeurt, kan de afbrekende partij veroordeeld worden tot de vergoeding van de kosten, van het negatieve of positieve contractbelang. Ook kan een bevel tot dooronderhandelen uitgevaardigd worden.³⁹³ Volgens de eisen van de goede trouw kunnen de partijen niet meer vrij de onderhandelingen afbreken omdat de ene partij mocht vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren.³⁹⁴ Dit wordt ook wel het gerechtvaardigd vertrouwen of het relevante totstandkomingsvertrouwen genoemd.

Verwarring is zeker mogelijk bij het hanteren van deze leer. Het wekt immers ten onrechte de indruk dat in elk onderhandelingsproces deze drie fases voorkomen en deze elkaar in de tijd opvolgen.³⁹⁵ Het einde van deze driefasenleer impliceert dus dat de partijen zich ofwel in de situatie bevinden waarin de negatieve contractvrijheid ten volle speelt, ofwel in de situatie waarbij zij voor het afbreken van de onderhandelingen aansprakelijk gesteld zullen worden.³⁹⁶ Deze tweede situatie zal zich voordoen wanneer er relevant totstandkomingsvertrouwen is of door andere omstandigheden die ervoor zorgen dat het eenzijdig afbreken naar de goede trouw, redelijkheid en billijkheid, onaanvaardbaar is.³⁹⁷

Over de grondslag van deze precontractuele aansprakelijkheid is er geen eensgezindheid in de rechtsleer. Het betreft hierbij het afbreken van onderhandelingen en dus precontractuele aansprakelijkheid waarbij geen overeenkomst tot stand komt. Indien het afbreken van de onderhandelingen een onrechtmatige daad oplevert, dan maakt deze onrechtmatige daad de grondslag uit. Problemen en discussies rijzen wanneer dit niet het geval is. Wel wordt algemeen aanvaard dat een voorovereenkomst, zaakwaarneming of ongerechtvaardigde verrijking als grond voor precontractuele aansprakelijkheid mogen worden beschouwd. Een aantal auteurs³⁹⁸ stellen dat bij gebrek aan dergelijke elementen de grondslag terug kan gevonden worden in de redelijkheid en billijkheid. Andere auteurs³⁹⁹ menen dan weer dat de goede trouw of redelijkheid en billijkheid een maatstaf voor de gedragingen van onderhandelende partijen biedt en haar sanctie vindt in de regels over de onrechtmatige daad. Daardoor zou het op zichzelf geoorloofde afbreken van onderhandelingen onrechtmatig worden indien de afbrekende partij niet de door de andere partij gemaakte kosten geheel of ten dele vergoedt. De derde strekking⁴⁰⁰ stelt hierbij dat de redelijkheid en billijkheid en onrechtmatige daad als grondslagen samenlopen, waardoor de benadeelde partij zelf de keuze heeft bij de vordering. Vanuit praktisch oogpunt is het belang van de grondslag eerder gering. ASSER⁴⁰¹ is van oordeel dat de keuze voor de redelijkheid en billijkheid dogmatisch gezien verdedigd kan worden. Redelijkheid en billijkheid is de maatstaf die de Hoge Raad voor de

³⁹³ M.R. RUYGVOORN, "Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden", Deventer, Kluwer, 2009, 56.

³⁹⁴ B. WESSELS, "Afbreken van contractsonderhandelingen: de stand van zaken", in B. WESSELS, (ed.), *Onderhandelen, bemiddelen en schikken*, Deventer, Tjeenk Willink, 1998, 82.

³⁹⁵ M.R. RUYGVOORN, "Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden", Deventer, Kluwer, 2009, 56.

³⁹⁶ C.E. DRION, "Ons onderhandelingsrecht onder handen", *NJb* 2005, 1781.

³⁹⁷ M.R. RUYGVOORN, "Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden", Deventer, Kluwer, 2009, 111.

³⁹⁸ H.C.F. SCHOORDIJK, "Onderhandelen te goeder trouw", Deventer, Kluwer, 1984, 61; P. VAN SCHILFGAARDE, "Noot onder Plas/Valburg", *AA* 1983, 758.

³⁹⁹ L.C. HOFMANN, H. DRION en K. WIERSMA, "Het Nederlands verbintenissenrecht: de algemene leer der verbintenissen", Groningen, Wolters-Noordhoff, 1971, 177; W.S.M. SCHUT, "Letters of intent", Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 82.

⁴⁰⁰ S. BAKKERUS, "Bancaire aansprakelijkheid", Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 77.

⁴⁰¹ C. ASSER en A.S. HARTKAMP, "Verbintenissenrecht. 2: Algemene leer der overeenkomsten", Deventer, Kluwer, 2005, 162.

gedragingen van de partijen gebruikt, waardoor de verschuiving van maatstaf naar grond slechts een kleine stap zou zijn.⁴⁰² Daarnaast valt ook het onderscheid weg of er al dan niet een overeenkomst tot stand kwam, waardoor er meer duidelijkheid ontstaat.⁴⁰³

4.2.3 Duitsland

In 1861 verdedigde VON IHERING de stelling dat de precontractuele aansprakelijkheid van contractuele aard is.⁴⁰⁴ VON IHERING riep de fictie van een stilzwijgend voor-contract in het leven, daarbij worden partijen, die met elkaar onderhandelen over een te sluiten contract, geacht een stilzwijgende overeenkomst te hebben gesloten. Twee elementen uit het Duitse recht van de onrechtmatige daad liggen aan de oorsprong van deze contractuele grondslag. Enerzijds kan men slechts op grond van een contract op probleemloze wijze vergoeding krijgen voor loutere vermogensschade. Net als in het Engelse recht is er immers in principe geen vergoeding van pure economic losses, loutere vermogensschade of reiner Vermogensschade, mogelijk bij een buitencontractuele fout. In het Duitse recht is er immers geen algemene onrechtmatige daadsregel voorhanden, zoals bijvoorbeeld artikel 1382 BW.⁴⁰⁵ Anderzijds kan alleen wanneer op contractuele grondslag de aansprakelijkheid voor de fout van een aangestelde van de tegenpartij wordt gevorderd, de aansprakelijkheid van de daad van zijn aangestelde niet betwist worden.⁴⁰⁶ Ook in andere landen wordt deze precontractuele aansprakelijkheid een contractuele rechtsgrondslag aangemeten, waaronder Oostenrijk en Zwitserland.⁴⁰⁷

De Duitse jurist kan dus alleen door beroep te doen op de contractuele aansprakelijkheidsregels het herstel van de afgebroken contractonderhandelingen bekomen.⁴⁰⁸ Tot in 2002 was deze precontractuele aansprakelijkheid louter gebaseerd op de rechtspraak van het Bundesgerichtshof. In 2001 is men tot een herziening van het verbintenissenrecht overgegaan door de “Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts”⁴⁰⁹. Hierbij is geopteerd om het leerstuk van de culpa in contrahendo dat gebaseerd was op de rechtspraak van het Bundesgerichtshof te codificeren in het BGB in §241(2) en §311(1). In §241(2) BGB wordt de verplichting opgelegd om de belangen van anderen niet te schaden. Deze verplichting is dus een algemeen principe van het contractenrecht. Deze verplichting wordt door §311(1) BGB uitgebreid tot de precontractuele fase.

De culpa in contrahendo heeft een vrij ruime draagwijdte, maar hierbij zal enkel de culpa in contrahendo bij het afbreken van onderhandelingen worden besproken. Indien de onderhandelingen worden afgebroken, terwijl de andere onderhandelingspartij vertrouwd op

⁴⁰² C. ASSER en A.S. HARTKAMP, “Verbintenissenrecht. 2: Algemene leer der overeenkomsten”, Deventer, Kluwer, 2005, 162.

⁴⁰³ C. ASSER en A.S. HARTKAMP, “Verbintenissenrecht. 2: Algemene leer der overeenkomsten”, Deventer, Kluwer, 2005, 163.

⁴⁰⁴ A. DE BERSAQUES, “La culpa in contrahendo”, *RCJB* 1964, 278.

⁴⁰⁵ B. VOLDERS, “Afgebroken contractonderhandelingen in het international privaatrecht”, Brussel, Larcier, 2008, 43.

⁴⁰⁶ J. HERBOTS, “De goede trouw in de précontractuele rechtsverhoudingen. De problematiek van de afgebroken onderhandelingen”, in X., *Le contrat en formation*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, 1993, 43.

⁴⁰⁷ B. VOLDERS, “Afgebroken contractonderhandelingen in het international privaatrecht”, Brussel, Larcier, 2008, 42.

⁴⁰⁸ R. ZIMMERMAN, “The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition”, Oxford, Oxford university press, 1996, 151.

⁴⁰⁹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrecht 21 november 2001, BGBl. I, 3168.

het sluiten van de overeenkomst kan er sprake zijn van een culpa in contrahendo. Net zoals in alle andere landen wordt de contractvrijheid als principe naar voren geschoven, waarvan slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan van worden afgeweken. Het Duitse recht vereist wel dat de partijen een speciale zorg in acht nemen bij hun onderhandelingsgedrag.⁴¹⁰ De basis voor de precontractuele aansprakelijkheid zal nooit het afbreken van de onderhandelingen zelf zijn, maar wel afkeurenswaardig gedrag vanwege de afbrekende partij.

Het Bundesgerichtshof accepteert dat onder bepaalde omstandigheden het afbreken van de onderhandelingen of het weigeren van de uiteindelijke aanvaarding nadat het bereiken van een akkoord zeker leek, tot aansprakelijkheid aanleiding kan geven. Drie voorwaarden moeten hiervoor vervuld zijn: een partij moet de andere doen geloven hebben dat de sluiting van de overeenkomst zeker was; uitgaven werden verricht in het zicht van het sluiten van de overeenkomst; daaropvolgend brak de partij de onderhandelingen af zonder goede reden, 'ohne triftigen Grund'.⁴¹¹

In de rechtsleer wordt deze rechtspraak bekritiseerd waarbij drie elementen in het oog springen. Ten eerste is het duidelijk dat de manier waarop de onderhandelingen gevoerd worden de grond tot aansprakelijkheid uitmaakt, maar toch wordt daarbij de vraag gesteld of de afbrekende partij dan niet gedwongen wordt om de overeenkomst aan te gaan. In sommige gevallen zal de schadevergoeding immers hoger zijn dan de kosten om het contract uit te voeren. Daarnaast zijn de grenzen aan de contractvrijheid vrij moeilijk te voorspellen. Zo werd onlangs nog gesteld dat het voeren van lange onderhandelingen op zichzelf onvoldoende is.⁴¹² Ten laatste is het onduidelijk of het voldoende is dat de omstandigheden, zoals de economische vooruitzichten van de deal, verergerd zijn. Uit de rechtspraak van het Bundesgerichtshof zou kunnen worden afgeleid dat de afbrekende partij dan de plicht heeft om de andere partij te waarschuwen dat door die gewijzigde omstandigheden hij de onderhandelingen niet langer wenst verder te zetten.⁴¹³ Een goede reden volstaat dus niet, de afbrekende partij moet de andere partij waarschuwen.⁴¹⁴

Samengevat kan er enkel sprake zijn van precontractuele aansprakelijkheid wegens het afbreken van de onderhandelingen indien het vertrouwen van de andere partij ernstig wordt geschaad en dat veronderstelt intentioneel gedrag van de afbrekende partij.⁴¹⁵ De afbrekende partij die een culpa in contrahendo begaat zal bijgevolg het negatieve contractbelang moeten vergoeden.⁴¹⁶ De Vertrauwensinteresse⁴¹⁷ heeft tot doel om de benadeelde partij in een toestand te plaatsen alsof de onderhandelingen nooit hebben plaatsgevonden. Daardoor zullen de kosten van de onderhandelingen en de gemiste kans om met een derde een overeenkomst te sluiten vergoed worden.

De codificatie van de rechtspraak in het BGB zal dus tot geen enkele verandering aanleiding geven, behalve dat er nu een wettelijke basis is voor de culpa in contrahendo.

⁴¹⁰ B. MARKESINIS, H. UNBERTH en A. JOHNSTON, "The German Law of Contract: a comparative treatise", Oxford, Hart Publishing, 2006, 100.

⁴¹¹ BGH WM 1969, 595; NJW 1975, 1774.

⁴¹² BGB NJW-RR 2001, 381.

⁴¹³ BGB NJW 1996, 1884.

⁴¹⁴ B. MARKESINIS, H. UNBERTH en A. JOHNSTON, "The German Law of Contract: a comparative treatise", Oxford, Hart Publishing, 2006, 101.

⁴¹⁵ BGB NJW 1996, 1884.

⁴¹⁶ B. MARKESINIS, H. UNBERTH en A. JOHNSTON, "The German Law of Contract: a comparative treatise", Oxford, Hart Publishing, 2006, 99.

⁴¹⁷ BGB 10 juli 1970, NJW 1970, 1940.

Een Letter of Intent waarin duidelijk de intenties om te onderhandelen worden verklaard, kan als een element gebruikt worden bij het beoordelen van de mogelijke precontractuele aansprakelijkheid door het afbreken van de onderhandelingen. De partijen moeten immers tijdens de onderhandelingen een zekere zorgvuldigheid voor de dag leggen.

4.3 *Common Law*

4.3.1 Engeland

De hoog in het vaandel gedragen contractvrijheid leidt ertoe dat er slechts enkele pragmatische oplossingen zijn indien het afbreken van de onderhandelingen buitensporige gevolgen met zich meebrengt. Immers het principe blijft dat het mislukken van onderhandelingen beschouwd wordt als een normaal ondernemingsrisico.

De belangrijkste zaak inzake het afbreken van onderhandelingen en het daardoor niet sluiten van een overeenkomst is de *British Steel Corporation v Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd*⁴¹⁸. Hierin worden enkele basisprincipes gesteld die nu nog steeds algemeen aanvaard worden in het Engelse recht. Uiteindelijk werd daarbij geopteerd om de quantum meruit vordering toe te staan op grond waarvan de reeds uitgevoerde werken werden vergoed.⁴¹⁹

De theorie van de promissory estoppel kan in Engeland nog steeds niet gebruikt worden om een rechtsvordering op grond van de afgebroken onderhandelingen op te gronden.⁴²⁰ Enkel bij reeds bestaande overeenkomsten kan op basis van de promissory estoppel een vordering gegrond worden.⁴²¹ Daarnaast kan wel een vordering gebaseerd worden op misrepresentation. Dit is een onjuiste voorstelling van feiten gemaakt door de ene partij, waardoor de andere partij besluit om een overeenkomst aan te gaan.⁴²² Deze wordt geregeld door de Misrepresentation Act 1967⁴²³ waarop verder niet wordt ingegaan. Ten slotte is het wel mogelijk dat misbruik van verkregen informatie uit het onderhandelingsproces aanleiding geeft tot een vergoeding van de benadeelde partij op grond van de breach of confidence doctrine.⁴²⁴

De mogelijkheden tot het verkrijgen van een schadevergoeding wegens het afbreken van de onderhandelingen zijn dus zeer beperkt. De Letter of Intent zal louter als bijkomend bewijsmateriaal van één van de bovenvermelde vorderingen dienst doen.

4.3.2 VS

Precontractuele aansprakelijkheid kan in de VS op basis van de volgende vier gronden worden opgelegd: unjust enrichment, misrepresentation, promissory estoppel en good faith.⁴²⁵ Er is aldus geen algemene doctrine, maar wel een veel ruimere mogelijkheid, in vergelijking

⁴¹⁸ *British Steel Corporation v Cleveland Bridge & Engineering Co. Ltd* [1984] 1 All ER 504.

⁴¹⁹ Zie supra p. 50.

⁴²⁰ P.S. ATIYAH, "An introduction to the law of contract", Oxford, Oxford University Press, 1989, 146.

⁴²¹ *Hughes v Metropolitan Ry*, 1 App.Cas. 439 (1877).

⁴²² E. MCKENDRICK, "Contract Law: text, cases and materials", Oxford, Oxford University Press, 2008, 509.

⁴²³ Misrepresentation Act 1967/Misrepresentation Act 1967 (c7).

⁴²⁴ *Seager v Copydex Ltd* [1962] 2 All ER 415.

⁴²⁵ E.A. FARNSWORTH, "Farnsworth on contracts", Boston, Little Brown, 1990, 314.

met Engeland, tot het verkrijgen van een schadevergoeding op grond van het afbreken van de onderhandelingen.

Unjust enrichment of ongerechtvaardigde verrijking kan worden toegepast wanneer een onderhandelingspartij tijdens het onderhandelen één of meerdere voordelen heeft verworven. Deze partij kan niet ongestraft het voordeel behouden indien dat ongerechtvaardigd zou zijn. Op basis van de restitution interest kan de benadeelde partij terug in de toestand gebracht worden alsof er geen ongerechtvaardigde verrijking zou geweest zijn.⁴²⁶

Op grond van misrepresentation zal een onderhandelingspartij die haar intentie om tot een overeenkomst te komen 'fraudulently misrepresent', bedrieglijk foutief voorstelt, aansprakelijk gesteld worden.⁴²⁷

In §90 van de Restatement Second of Contracts wordt het principe van de promissory estoppel duidelijk uiteengezet: "A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise; the remedy granted for breach may be limited as justice requires". Dergelijke uitdrukkelijke beloftes kunnen opgenomen zijn in een Letter of Intent, waardoor er op grond van de promissory estoppel doctrine gevolgen aan gehecht kunnen worden.

Oorspronkelijk werd deze doctrine gebruikt in zaken over beloftes ten kosteloze titel zoals in *Ricketts v Scothorn*⁴²⁸. Uitbreiding in toepassingsveld kwam er na de *Hoffman v Red Owl Stores*⁴²⁹ uitspraak, waardoor deze doctrine soms kan toegepast worden op beloftes verworven tijdens het onderhandelingsproces. In *Hoffman v Red Owl Stores*⁴³⁰ ondernam Hoffman allerlei handelingen met het oog op het bekomen van een franchiseovereenkomst met Red Owl Stores. Hierbij werden door Red Owl Stores allerlei beloftes gemaakt waardoor Hoffman erop vertrouwde dat hij nadien een franchiseovereenkomst zou bekomen voor de juiste locatie. Gedurende het lange onderhandelingsproces werd door Red Owl Stores immers voortdurend gesteld dat de closing slechts een loutere formaliteit was. Dit gebeurde echter niet en de rechter oordeelde dat er sprake was van promissory estoppel omdat de voorwaarden, die gebaseerd zijn op §90 Restatement Second of Contracts, vervuld waren en kende bijgevolg reliance damages toe.

In *Cyberchron Corp. v Calldata Systems Development Inc.*⁴³¹ werd aanvaard⁴³² dat in New York de promissory estoppel uit drie elementen bestaat: een duidelijke en niet ambiguë belofte, een redelijke en voorzienbare 'reliance' door de partij ten aanzien van wie de belofte werd gemaakt en schade die wordt toegebracht aan de partij vertrouwend op de belofte. Indien deze drie elementen vervuld zijn is er sprake van promissory estoppel waardoor de vertrouwende partij beschermd kan worden en recht heeft op de vergoeding van het negatieve contractbelang, reliance interest.⁴³³

Hieruit kan niet besloten worden dat Letters of Intent waarin bepaalde beloftes staan, maar niet contractueel bindend zijn, via de promissory estoppel op onrechtstreekse wijze toch kunnen worden afgedwongen. Rechters staan immers vrij weigerachtig om de promissory

⁴²⁶ E.A. FARNSWORTH, "Farnsworth on contracts", Boston, Little Brown, 1990, 318.

⁴²⁷ E.A. FARNSWORTH, "Farnsworth on contracts", Boston, Little Brown, 1990, 322.

⁴²⁸ *Ricketts v Scothorn*, 57 Neb. 51, 77 NW 365 (Neb. 1898).

⁴²⁹ *Hoffman v Red Owl Stores* 26 Wis.2d 683, 133 NW2d 276 (1965).

⁴³⁰ *Hoffman v Red Owl Stores* 26 Wis.2d 683, 133 NW2d 276 (1965).

⁴³¹ *Cyberchron Corp. v Calldata Systems Development Inc.*, 47 F.3d 39, 46 (2d Cir. 1995).

⁴³² *Zie Arcadian Phosphates Inc. v Arcadian Corp.*, 884 F. 2d 69 (2d Cir. 1989).

⁴³³ E.A. FARNSWORTH, W.F. YOUNG, C. SANGER, "Contracts: cases and materials", New York, Foundation Press, 2001, 242.

estoppel als basis tot schadevergoeding te gebruiken bij zaken waarin Letters of Intent betrokken zijn.⁴³⁴ Slechts uitzonderlijk wordt de promissory estoppel gebruikt in zaken over Letters of Intent. De reden daartoe is dat de voorwaarden niet vervuld zijn namelijk geen duidelijke en onambiguë belofte en het gebrek aan redelijk vertrouwen daarop. Ook de advocaten liggen aan de oorsprong omdat zij slechts zelden zich op promissory estoppel beroepen omdat die slechts aanleiding geeft tot de vergoeding van de reliance interest, terwijl door de Letter of Intent als volledige overeenkomst te beschouwen de expectation damages kunnen bekomen worden.⁴³⁵

Een ‘contract to negotiate in good faith’ wordt door de rechtspraak erkend en indien deze geschonden wordt, dan zal de partij recht hebben op de vergoeding van de reliance interest.⁴³⁶ Zowel bij de misrepresentation, promissory estoppel als de goede trouw zal de schadevergoeding aldus begroot worden op grond van het negatieve contractbelang.⁴³⁷

4.4 Verhouding Letter of Intent & precontractuele aansprakelijkheid

Nergens ter wereld wordt de Letter of Intent in acht genomen bij de regeling van de precontractuele aansprakelijkheid. Een vrij logische verklaring daarvoor kan gevonden worden in het feit dat elke Letter of Intent afhankelijk is van de concrete omstandigheden waarin deze zich bevindt. Het is onmogelijk om op algemene wijze de impact van een Letter of Intent op de goede trouw en de mogelijke precontractuele aansprakelijkheid weer te geven. Wel is het belangrijk dat vooral in de Civil Law deze in acht zal worden genomen door een verhoogde plicht te goeder trouw te creëren.

5. Derdemedeplichtigheid aan het afbreken van onderhandelingen

5.1 Algemeen

Onderhandelingen strekken zich normaal enkel tot de rechtssfeer van de onderhandelingspartijen. Derden blijven dan in principe volledig buiten dit proces. In sommige omstandigheden blijkt dat die derde zich net wel inmengt in het onderhandelingsproces. Normalerwijze is er dan geen enkel probleem want het principe van de contractvrijheid laat nu eenmaal parallelle onderhandelingen toe. Stel nu echter dat deze onderhandelingspartijen reeds een Letter of Intent hadden gesloten. Indien daarin een exclusiviteitsbeding werd opgenomen zal het resultaat redelijk evident zijn. De afbrekende onderhandelingspartij zal wegens het schenden van het exclusiviteitsbeding contractueel aansprakelijk gesteld kunnen worden en de derde zal eventueel op grond van derdemedeplichtigheid aan contractbreuk aansprakelijk gesteld kunnen worden. Wat nu indien de Letter of Intent geen dergelijk beding bevatte, kan de derde dan medeplichtig zijn aan het afbreken van de onderhandelingen?

Omdat op dit vlak voornamelijk de verhouding civil law versus common law van belang is zal het Belgische recht geplaatst worden tegenover het Engelse recht en het recht uit de VS.

⁴³⁴ Zie *Reprosystem BV v SCM Corp.*, 727 F.2d 257 (2d Cir. 1984); *Budget Marketing Inc. v Centronics Corp.*, 927 F.2d 421 (9th Cir. 1991).

⁴³⁵ R. LAKE en U. DRAETTA, “Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms”, 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 195.

⁴³⁶ E.A. FARNSWORTH, “Farnsworth on contracts”, Boston, Little Brown, 1990, 329.

⁴³⁷ E.A. FARNSWORTH, “Farnsworth on contracts”, Boston, Little Brown, 1990, 316.

5.2 Civil law

5.2.1 België

De oorspronkelijke zienswijze van het principe van de relativiteit uit artikel 1165 BW: “Overeenkomsten brengen alleen gevolgen teweeg tussen de contracterende partijen; zij brengen aan derden geen nadeel toe en strekken hun slechts tot voordeel in het geval voorzien bij artikel 1121”, was vrij letterlijk namelijk contracten raken derden op generlei wijze. Een eeuw lang werd deze zienswijze aangehouden, maar daarna begon men in te zien dat een overeenkomst louter door het feit van haar bestaan, derden kon raken op verschillende wijzes.⁴³⁸ Het Cassatiearrest van 27 mei 1909⁴³⁹ erkent dat het bestaan van een contract gevolgen kan hebben jegens derden. Daardoor wordt het onderscheid tussen de interne en externe gevolgen, ofwel tussen de relativiteit van de obligatoire gevolgen van een overeenkomst en de tegenwerpelijkheid aan derden van haar bestaan, in ons recht ingevoerd.⁴⁴⁰ Het principe van de relativiteit van de overeenkomsten heeft bijgevolg een beperkte draagwijdte gekregen. Enkel voor de interne of obligatoire gevolgen van het contract geldt dit principe nog.⁴⁴¹ Daarnaast bestaat er sindsdien voor de externe gevolgen het principe van de tegenwerpelijkheid aan derden van het contract. Deze externe gevolgen omvatten zowel het bestaan van een contract als de gevolgen ervan voor de contractspartijen. Daardoor is een overeenkomst een feit waarvan het bestaan niet ontkend noch miskend kan worden door derden.⁴⁴² Hierbij moet ook exact gedefinieerd worden wie een derde is en daarbij kan de negatieve definitie van DE PAGE⁴⁴³ gehanteerd worden. Derden zijn dan diegenen die geen partij zijn bij de overeenkomst en partijen zijn zowel de contractanten als de gelijkgestelden met de contractanten.⁴⁴⁴

De derdemedeplichtigheid aan contractbreuk wordt gebaseerd op de theorie van het rechtsmisbruik. De derde maakt misbruik van zijn contractvrijheid wanneer hij onvoldoende rekening houdt met de bindende kracht van de overeenkomst tussen de contractspartijen.⁴⁴⁵ Daardoor geeft het wetens en willens deelnemen aan andermans contractbreuk aanleiding tot buitencontractuele aansprakelijkheid, artikel 1382 BW.⁴⁴⁶ Er moeten dus drie elementen bewezen worden namelijk fout, schade en causaal verband. Wat betreft de fout in hoofde van de derde bestonden er drie opvattingen: een bedrieglijke handeling van de derde, een desbewust deelnemen aan de contractbreuk of het louter welbewust miskennen van andermans contractuele rechten.⁴⁴⁷ In een mijlpaalarrest van 22 april 1983⁴⁴⁸ koos het Hof van

⁴³⁸ M. FONTAINE, “Les effets ‘internes’ et les effets ‘externes’ des contrats”, in M. FONTAINE en J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l’égard des tiers : comparaisons franco-belges*, Parijs, LGDJ, 1992, 24.

⁴³⁹ Cass. 27 mei 1909, *Pas.* 1909, 272.

⁴⁴⁰ E. DIRIX, “Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden”, Antwerpen, Kluwer, 1984, 17.

⁴⁴¹ S. STIJNS, “Contractanten en derden”, in S. STIJNS (Ed.), *Verbintenissenrecht. Themis. School voor postacademische juridische vorming*, 41, Brugge, Die Keurre, 2007, 25.

⁴⁴² M. COIPEL, “Eléments de théorie générale des contrats”, Diegem, E. Story-Scientia, 1999, 123.

⁴⁴³ H. DE PAGE, “Traité élémentaire de droit civil belge : principes, doctrine, jurisprudence I”, Brussel, Bruylant, 1947, nr 120bis, A en B.

⁴⁴⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge : principes, doctrine, jurisprudence I*, 1947, nr 120bis, A.

⁴⁴⁵ R. KRUIHOF, “La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixantes-dix années d’incertitudes juridiques”, *RCJB*, 1980, 97.

⁴⁴⁶ W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, “Verbintenissenrecht”, Leuven, Acco, 2006, 243.

⁴⁴⁷ S. STIJNS, “Contractanten en derden”, in S. STIJNS (Ed.), *Verbintenissenrecht. Themis. School voor postacademische juridische vorming*, 41, Brugge, Die Keurre, 2007, 32.

⁴⁴⁸ Cass. 22 april 1983, *RW* 1983-84, 427.

Cassatie voor de tweede opvatting, namelijk het desbewust of wetens en willens deelnemen aan de contractbreuk. Bijgevolg zal er sprake zijn van een fout in hoofde van derde ofwel bij actieve medeplichtigheid met het oogmerk te schaden ofwel bij een wetens en willens deelnemen aan de contractbreuk.⁴⁴⁹ In het Cassatiearrest, nadien bevestigd in 2002⁴⁵⁰, werd een buitencontractuele fout vastgesteld op basis van twee elementen, enerzijds de kennis die de derde had of moest hebben van de bestaande toestand, zijnde de contractuele relatie, en anderzijds de medewerking die de derde niettemin aan de contractbreuk had verleend.⁴⁵¹

In de rechtsleer werden op basis van deze arresten de volgende vier cumulatieve voorwaarden afgeleid voor het bewijs van een fout in hoofde van een derde: (1) er bestaat reeds een geldige contractuele verbintenis van B tegenover A; (2) deze contractuele verbintenis wordt niet nageleefd door B, er is aldus contractbreuk; (3) de derde kende de contractuele situatie tussen A en B of behoorde haar te kennen; (4) de derde heeft wetens en willens aan de contractbreuk deelgenomen, namelijk met kennis van zaken betreffende het contract en de tekortkoming daaraan.⁴⁵²

Indien het mogelijk is kan de rechter het herstel in natura bevelen, zo niet bij equivalent.⁴⁵³ Een belangrijke opmerking hierbij is dat het slachtoffer van de derdemedeplichtigheid de schadevergoeding kan vorderen zowel ten laste van zijn medecontractant als de derde. Het feit dat hun aansprakelijkheid van een andere aard is, namelijk contractueel versus buitencontractueel, sluit niet uit dat zij in solidum veroordeeld zouden kunnen worden, waardoor elke van hen tot vergoeding van de gehele schade gehouden wordt.⁴⁵⁴

Naar analogie kan gesteld worden dat de derdemedeplichtigheid aan het schenden van precontractuele verbintenissen onrechtmatig is.

Indien de derde wetens en willens meewerkt aan de schending van andermans precontractuele verbintenissen die leidt tot diens precontractuele aansprakelijkheid, dan moet deze derde ook gesanctioneerd kunnen worden. Ook andere auteurs hebben deze stelling reeds verdedigd.⁴⁵⁵

Een Letter of Intent waarin de behaalde onderhandelingspunten opgenomen zijn en tevens de verplichting aangegeven wordt om de onderhandelingen verder te zetten met het oog op het bereiken van een definitieve overeenkomst, zal een dergelijke precontractuele verbintenis zijn op grond waarvan een derde aansprakelijk kan gesteld worden.

De cumulatieve voorwaarden zouden dan als volgt kunnen worden aangepast: (1) er bestaat reeds een geldige precontractuele verbintenis van B tegenover A; (2) deze precontractuele verbintenis wordt niet nageleefd door B; (3) de derde kende de precontractuele situatie tussen A en B of behoorde haar te kennen; (4) de derde heeft wetens en willens aan de schending van de precontractuele verbintenis deelgenomen, namelijk met kennis van zaken over de precontractuele verbintenis en de tekortkoming daaraan.

De feitenrechter zal hierbij de cruciale taak hebben om na te gaan of de onderhandelingen reeds in een dergelijk stadium waren, het zogenaamde ‘point of no return’, dat de derde zich

⁴⁴⁹ S. STIJNS, “Contractanten en derden”, in S. STIJNS (Ed.), *Verbintenissenrecht. Themis. School voor postacademische juridische vorming*, 41, Brugge, Die Keurre, 2007, 32.

⁴⁵⁰ Cass. 28 november 2002, *RW* 2005-06, 1238.

⁴⁵¹ Cass. 22 april 1983, *RW* 1983-84, 427.

⁴⁵² S. STIJNS, “Contractanten en derden”, in S. STIJNS (Ed.), *Verbintenissenrecht. Themis. School voor postacademische juridische vorming*, 41, Brugge, Die Keurre, 2007, 34; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, “Verbintenissenrecht”, Leuven, Acco, 2006, 245.

⁴⁵³ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, “Verbintenissenrecht”, Leuven, Acco, 2006, 245.

⁴⁵⁴ S. STIJNS, “Contractanten en derden”, in S. STIJNS (Ed.), *Verbintenissenrecht. Themis. School voor postacademische juridische vorming*, 41, Brugge, Die Keurre, 2007, 36.

⁴⁵⁵ J. HERBOTS, “De goede trouw in de precontractuele rechtsverhoudingen. De problematiek van de afgebroken onderhandelingen”, in X., *Le contrat en formation*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, 1993, 87; M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, 158.

ervan moest onthouden om zich in te mengen. De Letter of Intent en de daarin opgenomen elementen zullen van cruciaal belang zijn om te bepalen of een dergelijk point of no return bereikt was.

5.3 *Common Law*

5.3.1 Engeland

Contracten kunnen incidenteel ook een plicht aan derden opleggen om niet tussen te komen in de uitvoering van de overeenkomst door de contractspartijen.⁴⁵⁶ De economische torts bevatten onder andere de categorie ‘wrongful interference with the claimant’s pre-existing right’. Het voorafbestaande recht kan enkel ontstaan uit een contract, een fiduciaire relatie of uitzonderlijk een wettelijke verplichting.⁴⁵⁷ De derde medeplichtigheid aan contractbreuk kan dan ook onder de noemer ‘Interference with contractual rights’ geplaatst worden. Er zijn twee torts die op een dergelijke medeplichtigheid van toepassing kunnen zijn namelijk ‘inducement to a breach of contract’ en de ‘tort to interfere with contractual rights by unlawful means’.⁴⁵⁸

Inducement to breach of contract wordt in de rechtsleer ook vaak ‘procuring breach of contract’ genoemd.⁴⁵⁹ De *Lumley v Gye*⁴⁶⁰ zaak is het precedent met betrekking tot deze materie. Lumley en Gye waren vijandige theatereigenaars. Miss Wagner was een beroemde operazangeres met wie Lumley een overeenkomst had gesloten om gedurende een bepaalde periode exclusief in zijn theater te zingen. Gye zette haar aan om haar contract niet na te komen door te beloven meer te betalen. De rechter gaf Lumley gelijk op grond dat Gye een tort, onrechtmatige daad, had gepleegd door Miss Wagner aan te zetten tot contractbreuk, namelijk de tort of inducing breach of contract.⁴⁶¹ Er ontstond daarna in de rechtsleer wat discussie omdat sommigen stelden dat in een dergelijke zaak er een vordering tegen Miss Wagner zou moeten worden ingesteld, op grond van contractuele aansprakelijkheid, en niet tegen Gye.⁴⁶² Ondertussen heeft de rechtspraak reeds meermaals deze zaak bevestigd, waardoor de visie als volgt kan worden samengevat: het is een onrechtmatige daad om een partij intentioneel aan te zetten om het contract te schenden en daarbij schade te veroorzaken aan de andere contractspartij.⁴⁶³ De volgende elementen zijn noodzakelijk om deze tort te kunnen toepassen: er moet een geldig contract zijn; er moet een contractbreuk zijn; de derde moet kennis hebben van het contract of blind zijn voor het bestaan ervan; er moet ook een intentie zijn om tussen te komen in andermans contractuele rechten; en ook schade is vereist.⁴⁶⁴ Deze voorwaarden zijn duidelijk vrij gelijkaardig aan de Belgische voorwaarden. In *Allen v Flood*⁴⁶⁵ werd in navolging van *Lumley v Gye* gesteld dat er geen aansprakelijkheid kon ontstaan door het overtuigen van een persoon om een overeenkomst niet aan te gaan. De

⁴⁵⁶ G. H. TREITEL, “The law of contract”, London, Sweet & Maxwell Ltd., 2003, 619.

⁴⁵⁷ MARKESINIS, B., DEAKIN, S.F., JOHNSTON, A., “Markesinis and Deakin’s tort law”, Oxford, Clarendon Press, 2008, 575.

⁴⁵⁸ E. MCKENDRICK, “Contract Law: text, cases and materials”, Oxford, Oxford University Press, 2008, 1046.

⁴⁵⁹ H.B. BAELE (ed.), “Chitty on contracts: General Principles”, London Sweet & Maxwell, 2004, 98.

⁴⁶⁰ *Lumley v Gye* (1853) 2 El & Bl 216.

⁴⁶¹ *Lumley v Gye* (1853) 2 El & Bl 216.

⁴⁶² Zie E. MCKENDRICK, “Contract Law: text, cases and materials”, Oxford, Oxford University Press, 2008, 1046.

⁴⁶³ E. MCKENDRICK, “Contract Law: text, cases and materials”, Oxford, Oxford University Press, 2008, 1046.

⁴⁶⁴ MARKESINIS, B., DEAKIN, S.F., JOHNSTON, A., “Markesinis and Deakin’s tort law”, Oxford, Clarendon Press, 2008, 577.

⁴⁶⁵ *Allen v Flood* [1898] AC 1.

cruciale scheidingslijn wordt op basis van deze zaak getrokken tussen het recht op de uitvoering dat beschermd wordt door het contract en de loutere morele of commerciële verwachtingen die niet opgenomen zijn in een contract.⁴⁶⁶ Dergelijke verwachtingen die niet opgenomen zijn in een overeenkomst kunnen dus geen aanleiding geven tot de tort of inducing breach of contract. Op het eerste zicht lijkt dit vrij logisch maar dit heeft toch belangrijke consequenties. Een Letter of Intent die niet als een overeenkomst kan worden gekwalificeerd zal dus nooit aanleiding kunnen geven tot de toepassing van deze tort.

Daarnaast is er ook de ‘tort to interfere with contractual rights by unlawful means’. Deze tort moet duidelijk onderscheiden worden van de ‘tort of inducing breach of contract’. De reden daarvoor is dat deze tort een vorm van primaire aansprakelijkheid inhoudt, terwijl de inducement to breach een voorbeeld is van een accessoire aansprakelijkheid, zijnde afhankelijk van de aanvankelijk foutieve handeling van de contractspartij, namelijk de contractbreuk. Dit onderscheid werd gemaakt in de zogenaamde OBG trilogie⁴⁶⁷ waardoor aan de onzekerheid en onduidelijkheid rond deze rechtsmaterie een einde kwam. Deze trilogie was een gecombineerd beroep bij het House of Lords waarbij over de volgende drie zaken werd geoordeeld: *OBG Ltd v Allan*⁴⁶⁸, *Douglas v Hello!Ltd*⁴⁶⁹ en *Mainstream Properties Ltd v Young*⁴⁷⁰. Voornamelijk *OBG Ltd v Allan*⁴⁷¹ heeft een grote impact gehad en wordt nu als een van de leading cases beschouwd op het vlak van de economische torts.

Bij de tort interference with contractual rights by unlawful means is het noodzakelijk om aan te tonen dat de derde de intentie had om de contractspartij te schaden.⁴⁷² De onwettige middelen die daarbij gebruikt kunnen worden, worden uit de rechtspraak afgeleid. Eerst was er de *Rookes v Barnard*⁴⁷³ zaak waardoor een ruime interpretatie werd gebruikt, maar de recente OBG trilogie lijkt deze dan weer terug te willen beperken. Er is echter wel zekerheid over de volgende elementen: fysieke dreigingen, fraude en onjuiste voorstelling (misrepresentation), contractbreuk en uitlokken van contractbreuk, misdrijf.⁴⁷⁴ Centraal in de *Rookes v Barnard*⁴⁷⁵ zaak stond het feit dat zowel een dreiging tot contractbreuk als een dreiging tot het uitlokken van contractbreuk een onwettig middel uitmaakt. Uiteindelijk duikt ook hierbij het probleem op dat er een contract vereist is opdat deze tort kan worden toegepast, waardoor een Letter of Intent die niet als overeenkomst kan worden gekwalificeerd opnieuw de toepassing van deze tort uitsluit.

Besloten moet worden dat een derde medeplichtigheid aan precontractuele verbintenissen niet gegrond kan worden op de torts inducement to breach of a contract en interference with contractual rights by unlawful means. Deze torts zijn strikt beperkt tot overeenkomsten die reeds gesloten zijn. Een toepassing naar analogie van torts is ondenkbaar aangezien deze torts strikt geïnterpreteerd moeten worden. Daarnaast gelden deze economische torts ook als een uitzondering op het algemeen principe dat zuivere economische schade niet kan worden

⁴⁶⁶ MARKESINIS, B., DEAKIN, S.F., JOHNSTON, A., “Markesinis and Deakin’s tort law”, Oxford, Clarendon Press, 2008, 576.

⁴⁶⁷ MARKESINIS, B., DEAKIN, S.F., JOHNSTON, A., “Markesinis and Deakin’s tort law”, Oxford, Clarendon Press, 2008, 579.

⁴⁶⁸ *OBG Ltd v Allan* [2007] UKHL 21.

⁴⁶⁹ *Douglas v Hello!Ltd* [2007] UKHL 21.

⁴⁷⁰ *Mainstream Properties Ltd v Young* [2007] UKHL 21.

⁴⁷¹ *OBG Ltd v Allan* [2007] UKHL 21.

⁴⁷² MARKESINIS, B., DEAKIN, S.F., JOHNSTON, A., “Markesinis and Deakin’s tort law”, Oxford, Clarendon Press, 2008, 586.

⁴⁷³ *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129.

⁴⁷⁴ MARKESINIS, B., DEAKIN, S.F., JOHNSTON, A., “Markesinis and Deakin’s tort law”, Oxford, Clarendon Press, 2008, 590.

⁴⁷⁵ *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129.

vergoed. Een derde medeplichtigheid aan het afbreken van onderhandelingen kan dus op geen enkele tort gesteund worden waardoor de conclusie voor de hand ligt. In Engeland kan er geen enkele sprake zijn van een dergelijke medeplichtigheid die aanleiding zou geven tot aansprakelijkheid.

5.3.2 VS

De business torts behandelen dit onderwerp in de VS. In deze categorie zijn twee belangrijke torts terug te vinden. Enerzijds is er de *interference with contract* en anderzijds de *interference with reasonable economic expectancies*.⁴⁷⁶

De *interference with contract* kan gelijkgesteld worden aan de derde medeplichtigheid aan contractbreuk. De Restatement Second of Torts uit 1977 bevat een bepaling over de intentionele inmenging met de uitvoering van de overeenkomst door een derde persoon: Section 766: “*One who intentionally and improperly interferes with the performance of a contract between another and a third person by inducing or otherwise causing the third person not to perform the contract, is subject to liability to the other for the pecuniary loss resulting to the other from the failure of the third person to perform the contract*”. In verscheidene Staten worden de volgende voorwaarden vooropgesteld: het bestaan van een contract; de kennis van het contract door de derde, de intentionele inmenging in de contractbreuk; gebrek aan rechtvaardiging; schade.⁴⁷⁷ Het begrip ‘improper interference’ wordt nergens gedefinieerd, maar in Section 767 Restatement Second of Torts worden wel de factoren opgesomd op basis waarvan besloten kan worden of er sprake is van dit begrip: the nature of the actor’s conduct; the actor’s motive; the interests of the other with which the actor’s conduct interferes; the interests sought to be advanced by the actor; the social interests in protecting the freedom of the action of the actor and the contractual interests of the other; the proximity or remoteness of the actor’s conduct to the interference; the relations between the parties.

De Pennzoil zaak⁴⁷⁸ heeft deze problematiek in de ganse wereld bekend gemaakt. Texaco was immers de derde die wegens het onrechtmatig tussenkomen in de onderhandelingen tussen de oorspronkelijke onderhandelingspartijen en door nadien zelf de overnameovereenkomst te bereiken op grond van ‘tortious interference with contract’ veroordeeld werd. Belangrijk is hierbij dat het Memorandum of Agreement als een contract werd gekwalificeerd, waardoor Texaco op grond van deze tort kon worden veroordeeld tot een enorme schadevergoeding.

Daarnaast is er ook de *interference with reasonable economic expectancies*. Ook deze redelijke economische verwachtingen werden in de Restatement Second of Torts opgenomen, met name in Section 766B: “*One who intentionally and improperly interferes with another’s prospective contractual relation is subject to liability to the other for the pecuniary harm resulting from the loss of the benefits of the relation when the interference consists of (a) Inducing or otherwise causing a third person not to enter into or continue the prospective relation or (b) Preventing the other from acquiring or continuing the prospective relation*”. De rechtspraak over deze tort is van cruciaal belang.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ D.B. DOBBS, P.T. HAYDEN, E.M. BUBLICK, “Torts and compensation: personal accountability and social responsibility for injury”, St. Paul, Thomson/West, 2009, 922.

⁴⁷⁷ Zie *Kenty v Transamerica Premium Ins.Co.*, 72 Ohio St. 3d 415, 650 N.E.2d 863 (1995).

⁴⁷⁸ Zie supra p. 55.

⁴⁷⁹ Zie H. SHULMAN, J. FLEMING, S.G. OSCAR, “Cases and materials on the law of torts”, New York, Foundation Press, 2003, 1213.

Een recente zaak uit Texas is *Wal-Mart Stores Inc. v Sturges*⁴⁸⁰. Daarin sluit Sturges een niet bindende memorandum of agreement met Fleming Foods om een perceel te leasen, na zelf een optie genomen te hebben om dat perceel aan te kopen. Wal-Mart Stores is eigenaar van het aanliggende perceel en had het recht om een verandering van het site plan te verwerpen. Fleming Foods wou een aanpassing van het plan om zo meer vierkante meters te kunnen bebouwen. Wal-Mart Stores wou niet met een dergelijke aanpassing akkoord gaan want zo konden zij zelf niet meer uitbreiden. Doordat Fleming Foods de klanten van Wal-Mart Stores nodig had en het beleid van Wal-Mart Stores verhuizen is, indien de locatie te klein wordt, annuleerde Fleming Foods de Memorandum of Agreement met Sturges. Nadien stelt Sturges een vordering in tegen Wal-Mart Stores wegens ‘interference with prospects’.

Eerst wordt nagegaan wat exact onder ‘improper conduct’ moet worden verstaan en daarbij worden de factoren uit Section 767 Restatement Second of Torts bekeken. Daarnaast wordt in Section 768 Restatement Second of Torts duidelijk gesteld dat wettige concurrentie niet als een dergelijke interference kan worden beschouwd. Vervolgens besluit de rechter dat er slechts sprake van interference with prospective contractual or business relation kan zijn wanneer de eiser bewijst dat de beklagde schuldig is aan een onafhankelijke onrechtmatige gedraging, independently tortious conduct, zoals fraude, dreiging met fysiek geweld. Louer scherp en oneerlijk gedrag zal dus niet volstaan om aanleiding te kunnen geven tot de toepassing van deze tort. De toepassing van de interference with prospective relations zal dus steeds het bewijs van een gedrag vereisen dat vervolgd kan worden op grond van een erkende tort. Deze verschillende behandeling wordt gegrond op het feit dat de twee partijen aan het concurreren zijn voor belangen waarop zij beide geen recht hebben en louter oneerlijk gedrag onvoldoende is om tot aansprakelijkheid te besluiten. De rechter onderscheidt aldus beide torts wat zeer belangrijk is voor de toekomstige rechtspraak.⁴⁸¹ Er wordt dan ook verwacht dat andere staten deze zienswijze zullen volgen.⁴⁸²

Niet in alle staten wordt op dit ogenblik een dergelijk onderscheid gemaakt tussen beide torts. Deze staten maken voor beide torts simultaan gebruik van de factoren die opgesomd zijn in Section 767 Restatement Second of Torts. Hierbij zal de jury wel vaak strenger optreden ten aanzien van interference with contract.⁴⁸³

De Business Torts in de VS zijn ruimer dan deze in Engeland. De tort interference with contract heeft een vrij beperkt toepassingsgebied en zal dus niet naar analogie kunnen worden toegepast. Het beperkt zich strikt tot de uitvoering van de overeenkomst waarin door een derde wordt tussengekomen. Enkel indien een Letter of Intent als een overeenkomst wordt gekwalificeerd zal deze aanleiding kunnen geven tot aansprakelijkheid. Zo geschiedde het immers in de *Texaco v Pennzoil* zaak. Dan is er echter niet meer werkelijk sprake van derdemedeplichtigheid aan het afbreken van onderhandelen maar wel aan contractbreuk.

De tweede tort die toch erg interessant was om te onderzoeken, met name interference with reasonable economic expectancies of prospective contractual or business relation zou althans in beginsel wel een impact kunnen hebben op het vlak van derdemedeplichtigheid aan het afbreken van onderhandelingen. Deze tort werd ingeroepen in *Wal-Mart Stores Inc. v Sturges*⁴⁸⁴ op basis van een Memorandum of Agreement en het gedrag van Wal-Mart Stores dat tot gevolg had dat de onderhandelingen werden afgebroken. De rechter heeft echter een

⁴⁸⁰ *Wal-Mart Stores Inc. v Sturges*, 52 S.W.3d 711 (Tex. 2001).

⁴⁸¹ Zie ook *Della Penna v Toyota Motor Sales, USA*, 902 P.2d 740 (Cal. 1995).

⁴⁸² D.A. SOLEY, R.Y. GWIN, A.E. GEORGEHEAD, “Business torts litigation”, Chicago, American Bar Association, 2005, 54.

⁴⁸³ D.A. SOLEY, R.Y. GWIN, A.E. GEORGEHEAD, “Business torts litigation”, Chicago, American Bar Association, 2005, 55.

⁴⁸⁴ *Wal-Mart Stores Inc. v Sturges*, 52 S.W.3d 711 (Tex. 2001).

duidelijk onderscheid gemaakt tussen beide torts. Daardoor wordt het bewijs van een afzonderlijke tort geëist opdat er sprake zou kunnen zijn van interference with prospects, louter oneerlijk gedrag volstaat niet. Bijgevolg zal er slechts in uitzonderlijke gevallen sprake kunnen zijn van een dergelijke tort. Tevens wordt het afbreken van de onderhandelingen ten gevolge van de concurrentie met een andere partij niet als een tort beschouwd.

Conclusie is dat de benaming van een tort aanleiding heeft gegeven tot valse hoop. Interference with reasonable economic expectancies of prospective contractual/business relation blijkt in de praktijk veel minder verregaande gevolgen te hebben. Indien de partijen een Letter of Intent gesloten hebben en nadien een derde wetens en willens in deze relatie tussenkomt, dan zal deze tort geen aanleiding kunnen geven tot het aansprakelijk stellen van deze derde. Dit is althans de conclusie die gemaakt kan worden voor de Staten die navolging geven aan *Wal-Mart Stores Inc. v Sturges*⁴⁸⁵. De Staten die deze rechtspraak niet volgen zullen op basis van dezelfde factoren als deze bij contractbreuk oordelen. Daarbij bestaat er een waterkans dat een werkelijk verregaande Letter of Intent aangenomen wordt, maar de jury zal hierbij van cruciaal belang zijn.

⁴⁸⁵ *Wal-Mart Stores Inc. v Sturges*, 52 S.W.3d 711 (Tex. 2001).

Hfst 6 Het draften van een Letter of Intent

1. Algemene problematiek

Het opstellen van een Letter of Intent blijft een belangrijke fase van het onderhandelingsproces. Ten gevolge van de *Pennzoil zaak*⁴⁸⁶ waren nochtans twee strekkingen ontstaan. De eerste strekking stelde dat het opstellen van een Letter of Intent totaal vermeden moet worden en de onderhandelaars zeer zuinig moeten zijn met het verstrekken van beloftes, zelfs gentlemen's agreements. Als tweede strekking werd vooropgesteld dat zo snel mogelijk moet worden overgegaan tot het opstellen van de definitieve overeenkomst.⁴⁸⁷ Beide strekkingen zijn allesbehalve aanbevelingswaardig want ze brengen teveel nadelen met zich mee. De noden van het moderne bedrijfsleven en de lange onderhandelingen zijn onverenigbaar met de eerste strekking. Daarnaast zijn er enorme gevaren en risico's door op grond van de tweede strekking te snel over te gaan tot een definitieve overeenkomst. Volgend statement is de perfecte samenvatting van dit probleem: *"If skilfully drafted, letters of intent are valuable negotiating tools; however, ambiguous letters of intent are recipes for future litigation"*⁴⁸⁸.

De Letter of Intent wordt nergens ter wereld specifiek wettelijk geregeld, vandaar dat de beoordeling steeds op basis van de concrete omstandigheden zal gebeuren. Een goed opgestelde Letter of Intent zal bijgevolg heel wat onzekerheden en problemen van het op die precontractuele verhouding toepasselijke recht voorkomen.

De oorzaak van de vaak ambiguë en vage Letters of Intent ligt vaak in de houding van de onderhandelaars. De ene onderhandelingspartij wil zich immers zo min mogelijk verbinden en daarbij de andere onderhandelingspartij aan allerlei verbintenissen onderwerpen. Probleem is hierbij dat ook die andere onderhandelingspartij vanuit dat opzet vertrekt. Gevolg hiervan is dat beide partijen denken een overwinning te hebben behaald, maar nadien vaak met een harde en enorm nadelige juridische realiteit worden geconfronteerd.

2. Juristen zijn noodzakelijk

In het hedendaagse complexe onderhandelingsproces is een jurist een noodzakelijke en uiterst belangrijke schakel. Juristen kunnen mee aan de onderhandelingstafel zitten vanaf het begin, waardoor de taak om de Letter of Intent op te stellen onmiddellijk bij hen terechtkomt. Soms worden de onderhandelingen aangegaan zonder juristen en worden zij er pas later bij betrokken. In deze hypothese is het essentieel dat de door de partijen opgestelde Letter of Intent geanalyseerd en aangepast wordt door een jurist. Bedrijfsjuristen en advocaten kunnen dus niet afwezig zijn bij het voorbereiden en plannen van dergelijke precontractuele documenten. Letters of Intent over een grote deal opstellen alvorens de juristen erbij te betrekken is dus anno 2010 waanzin. Dit besef is gelukkig reeds wijd verspreid in de bedrijfswereld tengevolge van de *Pennzoil zaak*.⁴⁸⁹

De eerste belangrijke taak van de jurist is het nagaan van de effecten die de partijen beogen bij het opstellen van een Letter of Intent. De kennis van hetgeen de partijen wensen te

⁴⁸⁶ Zie infra p. 55.

⁴⁸⁷ R. LAKE en U. DRAETTA, "Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms", 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 241.

⁴⁸⁸ T.C. HOMBURGER en J.R. SCHUELLER, "Letters of Intent – A trap for the unwary", *Real Prop. Prob. & Tr. J.* 2002-2003, 535.

⁴⁸⁹ Zie supra p. 55.

bereiken is essentieel voor de jurist. Het opstellen hangt immers af van de juridische gevolgen die de partijen voor ogen hebben.⁴⁹⁰ Afhankelijk van de beoogde gevolgen kan men de Letter of Intent dan plaatsen in één van de volgende reeds besproken vier categorieën: de definitieve overeenkomsten, eventueel met modaliteiten; de fases in de onderhandelingen; letters zonder verbintenis en met exoneratiebedingen; de verbintenissen over bepaalde bijzondere aspecten van de onderhandelingen. Nadat het beoogde effect bepaald is, kan de jurist overgaan tot het werkelijk draften van de Letter of Intent. In die fase is het essentieel om de achterhaalde intenties van de partijen ook werkelijk op te nemen in de Letter of Intent.⁴⁹¹

3. Algemene clausules

3.1 Waarde precontractuele documenten

Het aangaan van onderhandelingen en het daarbij gepaardgaande opstellen van een Letter of Intent moet ook vanuit een toekomst perspectief bekeken worden. Indien dit onderhandelingsproces tot een positieve uitkomst en dus tot een overeenkomst leidt, wat zal de waarde dan zijn van de Letter of Intent? Dit belang valt zeker niet te onderschatten en moet uitdrukkelijk geregeld worden. Abstract gesteld zijn er twee opties ofwel worden de precontractuele documenten, inclusief de Letter of Intent, beroofd van iedere juridische draagwijdte, ofwel wordt aan deze precontractuele documenten een interpretatieve waarde toegekend.⁴⁹² Deze clausule kan van cruciaal belang zijn indien er later discussies ontstaan omtrent de precieze draagwijdte van de nadien gesloten overeenkomst.

3.2 Arbitragebeding

Sommige onderhandelingspartijen zullen opteren om reeds bij het aangaan van een Letter of Intent daarin tevens op te nemen dat een arbiter de geschillen die voortvloeien uit de onderhandelingen zal beslechten. Belangrijk daarbij is de specifieke omschrijving van de problemen en discussies die aan de arbiter kunnen worden voorgelegd. In een dergelijk arbitragebeding zullen de partijen de keuze moeten maken tussen ad hoc arbitrage en institutionele arbitrage. Het grote voordeel is dat een persoon met specifieke kennis over deze materie zal oordelen. Vaak zal de arbiter ook werkzaam zijn in dezelfde branche als de onderhandelingspartijen waardoor de zaak en de mogelijke schade veel beter kan ingeschat worden. De typische nadelen met name de lange duur, kostprijs zijn natuurlijk niet te onderschatten. Vandaar dat deze beslissing zal afhangen van de grootte en het belang van het onderhandelingsproces.

3.3 Afbreken van de onderhandelingen

Het mislukken of stopzetten van de onderhandelingen is een ogenblik dat de partijen reeds best op voorhand regelen. Daarbij is het belangrijk om te stellen wat er met de onderhandelingskosten en eventuele studiekosten zal gebeuren zowel wanneer de

⁴⁹⁰ R. LAKE en U. DRAETTA, "Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms", 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 242.

⁴⁹¹ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, "Contract formation and letters of intent", Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 266.

⁴⁹² M. FONTAINE en F. DE LY, "Droits des contrats internationaux", Brussel, Bruylant, 2003, 68.

onderhandelingen wederzijds als eenzijdig worden stopgezet. Ook kunnen de partijen ervoor opteren dat zij zich wensen te exonereren voor het onzorgvuldig afbreken van de onderhandelingen. Door het opnemen van een exoneratiebeding kunnen beide partijen zichzelf beschermen en de mogelijkheid houden om ten allen tijde de onderhandelingen stop te zetten. Bij het opstellen van dergelijke exoneratiebedingen moet steeds het toepasselijke recht worden nagegaan.⁴⁹³ Verder kan ook de wijze van het stopzetten van de onderhandelingen evenals de mogelijke motivering bepaald worden.

De compleet tegenovergestelde mogelijkheid bestaat uit het opnemen van een schadebeding indien de onderhandelingen eenzijdig worden afgebroken. Hierbij is het essentieel om aan te geven wanneer het afbreken van de onderhandelingen aanleiding zal geven tot de in het schadebeding vermelde schadevergoeding. Zo kan opgenomen worden dat het afbreken op zichzelf of het ongemotiveerd afbreken volstaat. Het schadebeding vermijdt elke discussie nadien wat ten zeerste aangeraden kan worden. Wat betreft de schadevergoeding kan deze alle kosten inclusief onderzoekskosten bedragen, maar er kan ook geopteerd worden om een forfaitair bedrag op te nemen.

Het verdient alvast sterke aanbeveling om het afbreken van de onderhandelingen op een gedetailleerde wijze in de Letter of Intent op te nemen aangezien op die wijze latere geschillen vermeden worden.

4. Draften afhankelijk van het beoogde effect

4.1 Definitieve overeenkomsten

Partijen zullen bij het opstellen van een Letter of Intent wellicht nooit de bedoeling hebben om een definitieve overeenkomst te sluiten. Immers wanneer men een overeenkomst wenst aan te gaan is het absoluut afgeraden om dit in een Letter of Intent te doen.

Het is wel mogelijk dat partijen hun verregaande vertrouwen in elkaar weergeven en de drang om een overeenkomst te bereiken. In een Letter of Intent kunnen dan bereikte onderhandelingspunten worden opgenomen, maar tevens de verbintenis om enkele bijkomende clausules aan een arbiter toe te vertrouwen indien de partijen daarover nadien geen overeenstemming kunnen bereiken.⁴⁹⁴ Daardoor wordt er zekerheid behaald over het ontstaan van een toekomstig contract.

4.2 Fases in de onderhandelingen

Een Letter of Intent kan de verschillende fases van het onderhandelingsproces, met eventueel telkens daaraan een zekere termijn gekoppeld, opnemen. Daarnaast kunnen ook systematisch Letters of Intent opgesteld worden bij het behalen van belangrijke onderhandelingspunten.

Bij het aangaan van de onderhandelingen of wanneer de onderhandelingen zich in een gevorderd stadium bevinden kan een verplichting om te goeder trouw te onderhandelen worden opgenomen in een Letter of Intent.⁴⁹⁵ In principe is dit in de Civil Law landen overbodig omdat daar reeds een algemene verplichting om te goeder trouw te onderhandelen geldt. In de Common Law daarentegen kan een dergelijke clausule van zeer groot belang zijn,

⁴⁹³ Zie supra p. 37.

⁴⁹⁴ M. FONTAINE en F. DE LY, "Droits des contrats internationaux", Brussel, Bruylant, 2003, 67.

⁴⁹⁵ Zie supra p. 65.

althans zeker en vast in de VS onder de vorm van een contract to negotiate. De verplichting om te goeder trouw te onderhandelen heeft de volgende drie voordelen. Ten eerste zorgt het voor een bewustwording bij de onderhandelaars dat niet elk gedrag meer tolereerbaar is en daardoor zullen er minder verborgen agenda's zijn. Daarnaast wordt de 'all or nothing' aanpak van het Common Law vermeden. Ten slotte door deze verplichting te beschrijven en aan te geven wat niet in strijd is met de goede trouw, wordt deze verplichting min of meer voorspelbaar en beperkt in draagwijdte.⁴⁹⁶

4.3 Letters zonder verbintenissen

Als de partijen een Letter of Intent wensen op te stellen die geen enkel contractueel effect kan teweegbrengen, zal een duidelijke uitdrukking van deze intentie essentieel zijn. Daarnaast moet ook benadrukt worden dat de partijen de onderhandelingen wensen verder te zetten met het oog op het bereiken van een overeenkomst, eventueel op basis van hetgeen in de Letter werd opgenomen.⁴⁹⁷ Bij het draften wordt best ook geen contractueel taalgebruik en vorm gehanteerd.⁴⁹⁸ Een korte, informele en naar de toekomst gerichte letter met een uitdrukkelijke vermelding van de niet-contractuele status zal het beoogde effect bereiken.

De subject to contract clause⁴⁹⁹ en de effecten ervan werden reeds grondig bestudeerd. Wat betreft de subject to board approval clause⁵⁰⁰ zijn er nog enkele belangrijke opmerkingen. Bij deze clause moeten de bedoelingen van de partijen zeer grondig worden nagegaan. Soms willen de partijen door deze clause nogmaals bevestigen dat de Letter of Intent niet contractueel verbindend is, terwijl anderen net willen stellen dat de Letter of Intent contractueel verbindend wordt indien deze wordt goedgekeurd door de Raad van Bestuur.⁵⁰¹ Deze clause kan aanleiding geven tot problemen in verband met de goede trouw verplichting,⁵⁰² vandaar dat deze best uitdrukkelijk en gedetailleerd wordt opgesteld. Belangrijke elementen hierbij zijn de wijze waarop de Raad van Bestuur de andere partij op de hoogte moet brengen van haar goedkeuring, de termijn waarin de goedkeuring moet worden verleend en de gevolgen van weigering tot goedkeuring of niet reageren.⁵⁰³

4.4 Verbintenissen over bepaalde bijzondere aspecten van de onderhandelingen

4.4.1 Algemeen

⁴⁹⁶ R. LAKE en U. DRAETTA, "Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms", 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 258.

⁴⁹⁷ R. LAKE en U. DRAETTA, "Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms", 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 245.

⁴⁹⁸ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, "Contract formation and letters of intent", Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 188.

⁴⁹⁹ Zie supra p. 32.

⁵⁰⁰ Zie supra p. 37.

⁵⁰¹ R. LAKE en U. DRAETTA, "Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms", 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 260.

⁵⁰² H.J. DE KLUIVER, "Onderhandelen en privaatrecht", Deventer, Kluwer, 1992, 23.

⁵⁰³ R. LAKE en U. DRAETTA, "Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms", 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 261.

Volgens sommige auteurs mag een Letter of Intent enkel een bepaalde fase van de onderhandelingen weergeven zonder enige andere verbintenissen van contractuele aard tussen de onderhandelingspartijen vast te leggen.⁵⁰⁴ Daardoor zouden verbintenissen over de verdeling van de kosten, geheimhoudingsverbintenissen, exclusiviteitsverbintenissen in aparte overeenkomsten moeten worden opgenomen.

De praktijk⁵⁰⁵ gaat echter duidelijk niet akkoord met deze stelling. Vele Letters of Intent bevatten zowel verbindende als niet verbindende elementen. In dergelijke situaties kan het dan volstaan om een duidelijk onderscheid te maken tussen enerzijds de verbindende bijzondere aspecten van de onderhandelingen en anderzijds de niet verbindende elementen van het onderhandelingsproces. Eisen dat daarvoor een aparte overeenkomst wordt opgesteld lijkt te verregaand te zijn. Het moderne bedrijfsleven en onderhandelingsproces gebruikt de Letter of Intent nu eenmaal niet alleen voor het opsommen van bereikte onderhandelingspunten of onderhandelingsafspraken. Niettemin moet de jurist wel een zekere aandacht hebben voor het gemengde karakter van een Letter of Intent. Er worden daarom twee mogelijke technieken voorgesteld.⁵⁰⁶ De eerste en meest gebruikte techniek bestaat uit het opnemen van een specifieke clause in de letter waarin de bepalingen met een contractuele waarde worden opgesomd. Door bijvoorbeeld een confidentialiteitsclause op te sommen geven de partijen aan dat zij wensen contractueel gebonden te zijn door deze clause. Daardoor zal deze clause ook blijven bestaan indien de onderhandelingen mislukken. De minder vaak gebruikte tweede techniek bestaat uit het opdelen van de letter in twee delen namelijk de niet bindende elementen en de contractuele bepalingen.⁵⁰⁷

4.4.2 Exclusiviteitsclause

In principe behoudt elke partij de vrijheid om parallelle onderhandelingen te voeren. Die vrijheid is eigenlijk een onderdeel van de contractvrijheid. Door in de Letter of Intent een exclusiviteitsclause op te nemen verwerven beide onderhandelingspartijen de zekerheid dat er geen derde partij in het spel is. Het uitsluiten van de parallelle onderhandelingen heeft als voordeel dat de partijen elkaar meer kunnen vertrouwen en het onderhandelingsproces stabiel kan verlopen. Het opnemen van een dergelijke clause zal steeds afhankelijk zijn van de behoeftes van de partijen. Indien voor de ene partij het afsluiten van een overeenkomst hoogst dringend is, wordt de optie om parallel te kunnen onderhandelen met een derde beter vrijgehouden. De partijen moeten daarnaast de keuze maken of deze clause eenzijdig of wederkerig zal zijn. Eveneens kan aan deze exclusiviteitsverbintenis een bepaalde termijn gekoppeld worden ofwel einde vinden bij het stopzetten van de onderhandelingen.

4.4.3 Confidentialiteitsclause

De geheimhoudingsverbintenis kan zowel in een Letter of Intent als in een aparte non-disclosure agreement worden opgenomen. Bij het opmaken van deze clause is het essentieel om de volgende elementen gedetailleerd te omschrijven: wat is confidentiële informatie, niet openbaar maken maar ook niet gebruiken, termijn, schadebeding.

⁵⁰⁴ R. LAKE en U. DRAETTA, "Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms", 2nd Ed, Stoneham, Butterworth, 1994, 248.

⁵⁰⁵ D. DESCHRIJVER, A. GUTERMANN, M. TAEYMANS, "Standard business contracts under Belgian law", Gent, Larcier, 2006, 201.

⁵⁰⁶ M. FONTAINE en F. DE LY, "Droits des contrats internationaux", Brussel, Bruylant, 2003, 54.

⁵⁰⁷ M. FONTAINE en F. DE LY, "Droits des contrats internationaux", Brussel, Bruylant, 2003, 54.

4.4.4 Kostenverdelingsclausule

Ten slotte worden de onderhandelingskosten best niet uit het oog verloren. De keuzemogelijkheden zijn er in overvloed zoals in een verdeling van de kosten te voorzien, de kosten nooit te verdelen of afhankelijk van de beëindiging een optie tot verdeling mogelijk maken. De keuze zal afhangen van het evenwicht tussen de partijen. Zo kan ook besloten worden dat alle kosten gedeeld worden ongeacht het verloop van de onderhandelingen. Belangrijk bij deze clausule is dat de kosten nauwkeurig omschreven worden, bijvoorbeeld het al dan niet inclusief zijn van de advocatenkosten.

5. Internationale onderhandelingen

5.1 Problematiek

Internationale onderhandelingen vereisen bijzondere aandacht. Zoals ondertussen reeds duidelijk is, zijn er enorme verschillen tussen de rechtstelsels in Common en Civil Law, maar ook onderling. Vandaar dat het bijzonder belangrijk is om bij onderhandelingen die een internationaal karakter hebben reeds in de precontractuele fase op dit element in te spelen. Ongeacht het effect dat de partijen wensen te bereiken, dringt zowel een rechtskeuze als een forumkeuze zich op. Door deze elementen op te nemen wordt opnieuw onzekerheid uit de weg gegaan en nemen de partijen, indien zij althans goed ingelicht zijn, een bewuste keuze omtrent de beoordeling van de Letter of Intent.

5.2 Rechtskeuze

In de Europese context is de Rome II verordening⁵⁰⁸ van toepassing op vorderingen met betrekking tot precontractuele aansprakelijkheid. Artikel 12, 1 Rome II VO stelt dat de niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit onderhandelingen voorafgaand aan het sluiten van de onderhandelingen beheerst worden door het recht dat van toepassing is op de overeenkomst of dat op de overeenkomst van toepassing zou zijn geweest indien zij was gesloten. Indien de onderhandelingen worden afgebroken zou bijgevolg het toepasselijke recht het recht zijn dat van toepassing zou zijn op de overeenkomst. Om dergelijke onzekerheden te vermijden en duidelijkheid te scheppen vanaf het begin van de onderhandelingen wordt daarom best geopteerd om een rechtskeuze te maken. Artikel 14, 1, b Rome II VO laat immers toe dat de partijen deze niet-contractuele verbintenissen kunnen onderwerpen aan het door hun gekozen recht. Dit kan indien zij beide handelsactiviteiten verrichten in een beding worden opgenomen voordat de schadeverwekkende gebeurtenis zich heeft voorgedaan, op de verdere voorwaarden zal hier niet worden ingegaan. In commerciële onderhandelingen zal een rechtskeuze beding voor de precontractuele aansprakelijkheden in een Letter of Intent rechtsgeldig kunnen worden opgenomen.

Indien de Rome II verordening niet van toepassing is op de onderhandelingen en het afbreken daarvan, zal steeds naar het nationale internationaal privaatrecht moeten worden gekeken.

⁵⁰⁸ Verord. Parl. en Raad (EG) nr. 861/2007, 11 juli 2007 tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen, *Pb. L.* 31 juli 2007, afl. 199, 1 (hierna Rome II VO).

Vandaar dat het opnemen van een rechtskeuzebeding in een Letter of Intent zo essentieel is. Immers op die wijze is er voor beide partijen een zekerheid over het toepasselijke recht. Het Engelse recht kan aangeraden worden indien beide onderhandelingspartijen zich absoluut niet wensen te verbinden tijdens de precontractuele sfeer en enige aansprakelijkheid en een goede trouw verplichting ten zeerste willen vermijden.

5.3 *Forumkeuze*

Indien er besloten wordt om geen arbitragebeding op te nemen, is een forumkeuze een quasi noodzakelijkheid in internationale betrekkingen.

Opnieuw is de Europese regelgeving hierbij van belang, namelijk de Brussel-I Verordening.⁵⁰⁹ Deze verordening wijst de toepasselijke rechter aan indien de partijen zelf geen forumkeuze hebben gemaakt op grond van artikel 23 Brussel I VO. Aan deze forumkeuze worden wel enkele voorwaarden gesteld waarop hier niet verder zal worden ingegaan.

Belangrijk is dus dat de partijen bij het opstellen van de Letter of Intent ook aandacht hebben voor de bevoegde rechter. Immers indien men het toepasselijke recht regelt, lijkt een forumkeuze ook voor de hand te liggen. Zo kan men de Engelse rechter aanwijzen om te oordelen over de onderhandelingsfase waarop ook het Engelse recht van toepassing is verklaard. Daardoor heeft men zekerheid dat het strikte Engelse recht ook op die wijze zal worden toegepast.

Indien het forum mogelijks België zou zijn dient de opmerking van DE LY⁵¹⁰ in herinnering gebracht te worden.⁵¹¹ De zeldzame rechtspraak over Letters of Intent in de precontractuele sfeer zorgt zeker en vast voor onzekerheid. Vandaar dat bij grotere deals wellicht beter wordt uitgeweken naar een andere bevoegde rechter door een forumkeuze of een arbiter.

Bij onderhandelingen die buiten het toepassingsgebied van de Brussel-I VO vallen, zal opnieuw het nationale internationaal privaatrecht van toepassing zijn. Gevolg daarvan is duidelijk namelijk nog meer onzekerheid, waardoor het nog belangrijker is om een forumkeuze te bedingen in een Letter of Intent.

⁵⁰⁹ Verord. Raad (EG) nr. 44/2001, 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb. L.* 16 januari 2001, afl. 12, 1 (hierna Brussel I VO).

⁵¹⁰ DE LY, F., "Letters of intent under recent Belgian case law", *RDAI* 1991, 568.

⁵¹¹ Zie supra p. 46.

Besluit

De tijd dat de zakenlui de andere kant uitkeken wat betreft de juridische consequenties bij het opstellen van een Letter of Intent is volledig voorbij. Wakker geschud door de Pennzoil case zal niemand, of althans hopelijk niemand, meer zomaar overgaan tot het opstellen van Letters of Intent. Het roepen om hulp van een jurist is dus essentieel, maar zeker en vast niet heiligmakend. Zoals iedere jurist zijn niche heeft, mag ook dit niet uit het oog verloren worden. Onderhandelingen, mergers en acquisitions zijn nu eenmaal dermate specifieke materies dat ook een specialist ter zake binnen gehaald moet worden. Voor multinationals zal dat zeker en vast geen probleem zijn. Grote advocatenkantoren genoeg om die kreet aan juridische hulp te voldoen. Ook de uit de voeten gewassen Belgische ondernemingen zullen tijdens het onderhandelingsproces niet twifelen om juridisch advies in te winnen. Maar wat met de kleinere KMO? Is die wel zo zelfbewust over de potentiële gevaren van een Letter of Intent? Een sluitend antwoord op die vraag is onmogelijk, maar toch lijkt er een steeds groter bewustzijn te groeien.

Het Napoleontische Burgerlijk Wetboek blijkt anno 2010 volledig voorbijgestreefd wat betreft de vorming van een overeenkomst. Het aanbod en de daarbij gepaard gaande aanvaarding zijn een overblijfsel van het contracteren in de 19^e eeuw. Het moderne onderhandelings - en contracteringsproces kan niet meer ondergebracht worden in het BW. Dit is allesbehalve een kreet naar een wettelijke regeling van de Letter of Intent. De denkpiste om een wettelijke regeling te maken wordt quasi onmiddellijk verlaten bij het besef van de enorm ruime draagwijdte van een Letter of Intent. Zoals de ruime definitie reeds laat blijken zal het onderbrengen ervan in een wettelijke regeling een onbegonnen werk zijn. Daarnaast wordt hetgeen wettelijk geregeld wordt, vaak immers de wind onder de vleugels weggenomen en het doel van dit werkstuk is allesbehalve de Letter of Intent te laten stranden. Wel is getracht een cocoon te creëren waarin op een gecontroleerde wijze met de Letter of Intent wordt omgesprongen.

Doel van een Letter of Intent is het beheer van de onderhandelingen. De partijen willen het onderhandelingsproces onder controle hebben. Daarnaast biedt deze letter de mogelijkheid aan om een risicoverdeling te maken en onzekerheden te verminderen. Het doel kan dan ook op meerdere wijzen door middel van een Letter of Intent bereikt worden en dit zowel bij het begin, tijdens als op het einde van het onderhandelingsproces.

Het laatste hoofdstuk kan dan ook beschouwd worden als een soort SOS bij LoI's. Dat klinkt misschien wel overdreven, maar toch blijkt het in de praktijk nog vaak fout te gaan bij het opstellen van een Letter of Intent. Enkele tips, clausules, mogelijkheden kunnen worden aangereikt, toch zal steeds de feitelijke realiteit primeren. De jurist kan en mag dan ook absoluut niet afgaan op zogenaamde standaardcontracten. De wensen en intenties van de partijen zijn van primordiaal belang. Enkel met deze in het achterhoofd kan begonnen worden met het opstellen van een Letter of Intent. Steeds aangepast aan de specifieke onderhandelings situatie en positie van de partijen. Hetgeen wel aanvaard kan worden is een soort checklist die bij het opstellen stelselmatig moet worden nagegaan. Dit is dan ook hetgeen gepoogd werd te bereiken. Het doel is om juristen en bedrijfslui bewust te maken van de gevolgen, maar vooral ook van de mogelijkheden die een Letter of Intent kan bieden. Een gedetailleerde letter kan immers vanaf het begin van de onderhandelingen allerlei toekomstige discussies uit de weg ruimen en vertrouwen en zekerheid creëren tussen de onderhandelende partijen.

Door de juridische invalshoek van dit werkstuk moet opgepast worden om niet in een soort tunnelvisie terecht te komen. Aan een Letter of Intent worden nu eenmaal meer dan louter juridische consequenties gehecht evenals bij het niet nakomen of in strijd handelen met een Letter of Intent. Er mag niet vergeten worden dat de extra juridische gevolgen vaak minstens even zwaar of zelfs zwaarder kunnen zijn dan de juridische sancties. De reputatie van een bedrijf kan immers op het spel staan evenals belangrijke contracten die op de helling komen te staan. Vandaar dat de onderhandelingspartijen vaak zelf onderling tot een oplossing trachten te komen. Daaraan kunnen 2 positieve elementen gekoppeld worden. Het aangaan van een procedure bij de rechter of arbiter zal hoe dan ook een lange termijn in beslag nemen. Het bedrijfsleven heeft vaak de mogelijkheid niet om dergelijke belangrijke beslissingen zo lang te kunnen laten aanslepen. De onzekerheid kan immers problemen in de onderneming zelf creëren hetgeen te allen tijde vermeden moet worden. Door zelf een oplossing trachten te vinden wordt stabiliteit bij beide partijen verzekerd. Deze zoektocht zal echter niet steeds evident zijn en vaak zal de partij ten aanzien van wie de onderhandelingen werden afgebroken in de kou blijven staan. Daarnaast zal ook het kostenplaatje een belangrijke rol spelen. Een jarenlange procedureslag zal immers vaak duurder uitkomen dan het voordeel dat uit de overeenkomst zou voortvloeien. Natuurlijk zal dit niet altijd zo zijn.

De indeling van de Letters of Intent was belangrijk in de ontdekkingsstocht waarvoor Letters of Intent worden gebruikt. De vier besproken categorieën namelijk definitieve overeenkomsten, eventueel met modaliteiten; de fases in de onderhandelingen; letters zonder verbintenis en met exoneratiebedingen; de verbintenissen over bepaalde bijzondere aspecten van de onderhandelingen; gaven telkens aanleiding tot soms vrij opmerkelijke voorbeelden en ook duidelijke verschillen tussen Civil en Common Law. Hetgeen nu werkelijk als een Letter of Intent kan gekwalificeerd worden is vrij moeilijk te bepalen net omwille van de ruime definitie. Voornamelijk zullen de letters met betrekking tot de fases van de onderhandelingen en bijzondere aspecten ervan als de Letters of Intent *sensu stricto* beschouwd worden. Het belang van deze indeling mag niet onderschat maar ook niet overschat worden. Een Letter of Intent zal immers steeds in concreto beoordeeld moeten worden.

De onderzochte scheidingslijn tussen Common en Civil Law geeft aanleiding tot gemengde resultaten. Vaak blijkt duidelijk dat de principes die in de Civil Law gehanteerd worden geen toegang vinden in de Common Law. Wel is er op bepaalde vlakken een duidelijke evolutie te zien en dit dan voornamelijk in de VS waarin algemene concepten zoals goede trouw toch duidelijk een grotere ingang krijgen in het recht. Blind staren op de gekende Civil Law concepten werd vermeden door telkens de alternatieven die het Common Law toch vaak biedt na te kijken. Uiteindelijk is de kloof dan vaak veel minder diep dan oorspronkelijk werd vermoed. Alles daardoor gelijkstellen kan echter niet. Het Engelse recht is nu eenmaal duidelijk veel gehechter aan de contractvrijheid waardoor een Letter of Intent in veel minder situaties aanleiding zal geven tot contractuele aansprakelijkheid of torts.

Ook de rechtstelsels onderling kunnen soms grondig van elkaar verschillen. In de Civil Law heerst er geen eensgezindheid over de rechtsgrondslag, maar uiteindelijk wordt wel tot een gelijkaardig resultaat gekomen.

De eerste vraag bij een Letter of Intent is in beide rechtssystemen dezelfde namelijk kan de Letter of Intent als een overeenkomst gekwalificeerd worden. De benadering is daarbij identiek maar het resultaat niet. In de Civil Law zijn er immers meerdere rechtsfiguren waardoor een Letter of Intent ook contractuele binding kan krijgen zonder werkelijk reeds een definitieve overeenkomst te bevatten, waaronder het beginselakkoord. In de VS is er bijkomend alleen de aanvaarde 'contract to negotiate', terwijl in Engeland het bestaan daarvan

ontkend wordt. Wat betreft het al dan niet bindend karakter van een Letter of Intent is er wel een duidelijk verschil maar toch geen immense kloof tussen de Civil en Common Law terug te vinden.

Bij een niet bindende Letter of Intent komt de tweede vraag naar boven over de mogelijke gevolgen van het afbreken van de onderhandelingen. Vooral deze vraag leidt tot een enorm verschillende aanpak. Hierbij is de plicht om te goeder trouw te onderhandelen van groot belang. Deze is zowel in Nederland en Duitsland uitdrukkelijk erkend, terwijl in België nog steeds via de zorgvuldigheidsnorm geredeneerd wordt. Toch kan het verdedigd worden om ook in België een plicht om te goeder trouw te onderhandelen te aanvaarden en deze werkelijk op de goede trouw te baseren. Er moet mijn inziens dan ook gepleit worden voor de codificatie van deze plicht om te goeder trouw te onderhandelen. Artikel II. – 3:301DCFR kan hierbij een goed voorbeeld geven van een op te stellen bepaling. Van een dergelijke verplichting is in de VS en Engeland allesbehalve sprake. Een Letter of Intent zal op de plicht om te goeder trouw te onderhandelen een impact hebben door de draagwijdte ervan te vergroten of nét specifiek te bepalen hetgeen deze verplichting met zich mee zal brengen. Een soort verhoogde plicht om te goeder trouw te onderhandelen kan bijgevolg gecreëerd worden telkens afhankelijk van de fase waarin de onderhandelingen zich bevinden. In de VS is dit mogelijk via een contract to negotiate in good faith, waardoor op die wijze ook de goede trouw ingang vindt in de onderhandelingsfase. Aan de hand van recente rechtspraak zou een overeenkomst met daarin de plicht om te goeder trouw te onderhandelen afdwingbaar zijn, maar dit blijft nog onzeker.

Het onrechtmatig karakter van de afgebroken onderhandelingen kan aanleiding geven tot aansprakelijkheid. Niet zozeer de grondslag is van belang, maar wel de gevolgen ervan. In de Civil Law is er een algemene precontractuele aansprakelijkheid bij het afbreken van de onderhandelingen indien deze althans onrechtmatig zouden zijn. In de VS blijkt zeer duidelijk dat het gebrek aan een goede trouw verplichting opgevangen wordt door andere rechtsfiguren waaronder promissory estoppel. Daardoor zal het verschil op vlak van precontractuele aansprakelijkheid niet zo groot zijn als eerst vermoed werd. Engeland is en blijft een fervente aanhanger van de contractvrijheid waardoor de mogelijkheden tot precontractuele aansprakelijkheid duidelijk beperkter zijn.

Het minst evidente onderdeel van dit werkstuk was het onderzoek naar de mogelijke derdemedeplechtigheid aan het afbreken van onderhandelingen. De vraag of een Letter of Intent sensu stricto aanleiding kon geven tot een aansprakelijkheid wegens het inmengen in precontractuele verbintenissen was allesbehalve evident. De theorie op grond waarvan een derde wegens medeplechtigheid aan het niet nakomen van de precontractuele verbintenissen aansprakelijk gesteld kan worden, zal hopelijk in de toekomst ingang vinden in België. Dit is echter niet waarschijnlijk juist omwille van de geringe rechtspraak rond Letters of Intent. Deze theorie zal immers ook slechts van toepassing zijn wanneer het ‘point of no return’ bereikt was. Toch kan het belangrijk zijn om ook de derde wakker te schudden wanneer deze zich op een ongeoorloofde wijze inmengt in een vergevorderd stadium van de onderhandelingen. Niettemin moet het principe van de vrijheid om parallelle onderhandelingen te voeren gevrijwaard blijven en zal enkel in uitzonderlijke omstandigheden een derde aansprakelijk kunnen gesteld worden.

De schaarse en vooral terughoudende rechtspraak in België zal duidelijk niet snel besluiten tot het bindend karakter van een Letter of Intent. De Letter of Intent is dan ook een van de vele voorbeelden waarbij er in de Belgische rechtsleer een veel vooruitstrevendere, progressievere aanpak bestaat. De factoren die in de VS van groot belang zijn voor het beoordelen van een

Letter of Intent, zouden ook toegepast kunnen worden in de Civil Law landen. Gedetailleerdheid, taalgebruik, ontsnappingsclausules, subject to formal contract/definitive agreement clause, opdracht met uitvoeringshandelingen aan te vangen, tegenstrijdigheid, complexiteit van de transactie, partijgedragingen ten tijde van de onderhandelingen, vooraf en achteraf, gebruik. Bij het gebruik van deze factoren zou de onzekerheid over de beoordeling van Letters of Intent ook al wat gemilderd kunnen worden. Daardoor wordt de in principe subjectieve wilstheorie uit de Civil Law toch wat getemperd, hetgeen het gebruik van een Letter of Intent ten goede komt.

De Letter of Intent is aldus een enorm variabel precontractueel instrument dat soms menig wenkbrauwen doet fronsen en dat in de toekomst ook zal blijven doen. Een goede jurist zal hierop inspelen en er zijn sterkste wapen van maken. Letters of Intent zijn immers het ideale instrument om een onderhandelingsproces onder controle te houden. Een goed opgestelde Letter of Intent is bijgevolg van goudwaarde om een onderhandelingsproces in goede banen te leiden en hopelijk zal dit werkstuk daartoe kunnen bijdragen.

Bibliografie

1. Wetgeving

Internationaal

Verdrag inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken van 11 april 1980, *BS* 1 juli 1997.
Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, Rome, Unidroit, 2004, 385.

Europa

Verord. Raad (EG) nr. 44/2001, 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb. L.* 16 januari 2001, afl. 12, 1.
Verord. Parl. en Raad (EG) nr. 861/2007, 11 juli 2007 tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen, *Pb. L.* 31 juli 2007, afl. 199, 1.

België

Wet 19 december 2005 betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten, *BS* 18 januari 2006.

Duitsland

Gesetz zur Modernisierung des Schuldsrecht 21 november 2001, *BGBI. I*, 3168.

Engeland

Misrepresentation Act 1967
Misrepresentation Act 1967 (c7).
The Sale of Goods Act 1979 (c 54).
The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, SI 1999/2083.

2. Rechtspraak

België

Cass. 2 december 1875, *Pas.* 1876, I, 37.
Cass. 27 mei 1909, *Pas.* 1909, 272.
Cass. 11 januari 1978, *ArrCass* 1978, 561.
Cass. 22 maart 1979, *RW* 1979-80, 2238; *RCJB* 1981, 189.
Cass. 10 december 1981, *Pas.* 1982, 494.
Cass. 22 april 1983, *RW* 1983-84, 427, *Pas.* 1983, 944.
Cass. 17 april 1986, *RW* 1986-87, 695.
Cass. 28 november 2002, *RW* 2005-06, 1238.
Luik 3 april 1962, *RCJB* 1964, 270-277.
Brussel 14 juni 1984, *TBH* 1985, 472.
Luik 20 oktober 1989, *TBH* 1990, 521.

Brussel 5 februari 1992, *JT* 1993, 130.
Antwerpen 22 maart 1994, *RW* 1994-95, 296.
Luik 16 januari 98, *JLMB* 1998, 589.
Rb. Leuven 8 februari 1872, *Cl&B*, XXII, 880.
Kh. Brussel, 15 februari 1934, *JCB* 1934, 57.
Kh. Brussel 24 juni 1985, *JT* 1986, 236.
Kh. Brussel 19 januari 1990, *TBH* 1990, 555.

Nederland

HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67.
HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723.
HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017.
HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 493.
HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 647.
HR 24 maart 1995, *NJ* 1997, 569.
HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481.
HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467.
Hof Arnhem 14 nov. 1983, *NJ* 1984, 499.

Duitsland

BGH *WM* 1962, 1174.
BGH *WM* 1969, 595; *NJW* 1975, 1774.
BGB 10 juli 1970, *NJW* 1970, 1940.
BGB *NJW* 1996, 1884.
BGB *NJW-RR* 2001, 381.

Engeland

Hoadly v McLaine, [1834] 121 ER 949.
Lumley v Gye (1853) 2 El & Bl 216.
Hughes v Metropolitan Ry, 1 App.Cas. 439 (1877).
Winn v Bull (1877) 7 ChD 29.
Lloyd v Nowell [1895] 2 Ch 744.
Allen v Flood [1898] AC 1.
Chandler v Webster [1904] 1 KB 493.
Rossdale v Denny [1921] 1 Ch 57.
Rose & Frank Co v JR Crompton & Bros Ltd, [1923] 2 KB 261.
Chillingworth v Esche [1924] 1 Ch 97.
Lockett v Norman-Wright [1925] Ch 56.
Rose & Frank C^o v J.R. Crompton Ltd (1925) A.C. 445.
Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd [1942] 2 All E.R. 122,
[1943] AC 32.
William Lacey (Hounslow) Ltd. v Davis [1957] 1 W.I.R. 934 (Q.B.)
Seager v Copydex Ltd [1962] 2 All ER 415.
Rookes v Barnard [1964] AC 1129.
Turriff Construction Ltd v Regalia Knitting Mills Ltd (1971) 9 B.L.R. 20.
British Steel Corporation v Cleveland Bridge & Engineering Co. Ltd [1984] 1 All ER 504.
Alpenstow Ltd v Regalian Properties plc [1985] 2 All ER 545, [1985] 1 WLR 721.

Wilson Smithett v Bangladesh Sugar (1986) 1 Lloyd's Rep. 378.
Bunker-Smith v Freeza Meats Ltd [1987] BTLC 20.
Walford v Miles [1992] 1 All ER 453.
Regalian Properties plc v London Docklands Development Corporation [1995] 1 WLR 212.
Lambert v HTV Cymru (Wales) Ltd (1998) FSR 874.
AC controls Ltd v British Broadcasting Corporation (2002) 89 Com LR 52.
Tesco Stores Ltd v Costain Construction Ltd [2003] EWHC 1487 (TCC); [2003] All ER (D) 394.
Cunningham v Collett and Farmer [2006] EWHC 1771 (TCC) [2006] All ER (D) 233.
ERDC Group Ltd v Brunel University [2006] EWHC 687 (TCC) [2006] BLR 255.
Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras [2006] 1 Lloyd's Rep 121.
Douglas v Hello!Ltd [2007] UKHL 21.
Mainstream Properties Ltd v Young [2007] UKHL 21.
OBG Ltd v Allan [2007] UKHL 21; [2007] 2 WLR 920.

VS

Ricketts v Scothorn, 57 Neb. 51, 77 NW 365 (Neb. 1898).
Smissaert v Chiodo 330 P. 2d 98 (1958).
Hoffman v Red Owl Stores 26 Wis.2d 683, 133 NW2d 276 (1965).
Itek Corp v Chicago Aerial Industries, 248 A.2d 625 (Del. 1968).
Dunhill Securities Corporation v Microthermal Applications Inc, 308 F. Supp. 195 (1969).
IH Rubenstein & Son inc v Sperry & Hutchinson Company, 222 So. 2d 329 (1969).
Pepisco Inc. v WR Grace & Co, 307 F.Supp.713 (1969).
Field v golden Triangle Broadcasting Inc. 305 A. 2d 689 (1973), cert. denied, 414 US 1158 (1974).
Brack v Brownlee, 246 Ga. 818, 273 SE 2d 390 (1980).
Interway Inc. v Alagna 407 NE 2d 615 (1980).
American Broadcasting Co. V Wolf 52 NY 2d 394, 420 NE 2d 363 (1981).
Portnoy v Revlon Inc., 650 F2d 895 (7th Cir. 1981).
Jilley Film Enterprises Inc. V Home Box Office Inc. 593 F. Supp. 515 (1984).
Reprosystem BV v SCM Corp., 727 F.2d 257 (2d Cir. 1984).
R.G. Group, Inc. v. Horn & Hardart Co., 751 F. 2d 69, 75 (2d Cir. 1984).
Pennzoil, Co. V. Texaco, Inc., No. 84-05905 (151st Dist. Ct., Harris County, Tex., Nov.15, 1985)
Winston v. Mediafare Entertainment Corporation, 777 F. 2d 78, 80 (2d Cir. 1985).
Channel Home Centers Division of Grace Retail Corp. v Grossman, 795 F.2d 291 (3d Cir. 1986).
Pennzoil Co. v. Texaco Inc. , 481 U.S. 1 (1987).
Teachers Insurance & Annuity Association v Tribune Co., 670 F.Supp. 491 (SDNY 1987).
Texaco Inc. v Pennzoil Co. 729 SW 2d 768 (Tex.Civ.App. 1987)
Arcadian Phosphates Inc. v Arcadian Corp., 884 F. 2d 69 (2d Cir. 1989).
Budget Marketing Inc. v Centronics Corp., 927 F.2d 421 (9th Cir. 1991).
Danton v Bonner, 571 NYS 2d. 299 (1991).
Cyberchron Corp. v Calldata Systems Development Inc., 47 F.3d 39, 46 (2d Cir. 1995).
Della Penna v Toyota Motor Sales, USA, 902 P.2d 740 (Cal. 1995).
Kenty v Transamerica Premium Ins.Co., 72 Ohio St. 3d 415, 650 N.E.2d 863 (1995).
Geophysical Micro Computer Applications (International) Ltd v Paradigm Geophysical Ltd, 2001 WL 1270795 (Tex.App. 2001).
Wal-Mart Stores Inc. v Sturges, 52 S.W.3d 711 (Tex. 2001).

Arbitrale uitspraken

Arbitrale uitspraak CCI nr. 8331, 1 december 1996, *Journ. Dr. Int.* 1998, 1041-1046.

Arbitrale uitspraak CCI nr. 8540, 4 september 1996, www.unilex.info.

3. Rechtsleer

Boeken

ASSER, C. en HARTKAMP, A.S., “Verbintenissenrecht. 2: Algemene leer der overeenkomsten”, Deventer, Kluwer, 2005, 621.

ATIYAH, P.S., “An introduction to the law of contract”, Oxford, Oxford University Press, 1989, 495.

BAELE, H.B. (ed.), “Chitty on contracts: General Principles”, London Sweet & Maxwell, 2004, 1967.

BAELE, H.G. (ed.), “Chitty on contracts: Specific Contracts”, London, Sweet & Maxwell, 2004, 1785.

BAKKERUS, S., “Bancaire aansprakelijkheid”, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 328.

BLUM, B.A., “Contracts”, New York, Aspen Publishers, 2004, 769.

BONELL, M.J., “An international restatement of contract law”, Ardsley, Transnational Publisher, 2005, 587.

BRAGGION, A., “Contract proposals and letters of intent under Italian Law”, in CAMPBELL, D.(ed.), *Structuring International Contracts*, London, Kluwer Law International, 1996, 356.

BURROWS, A., “A Casebook on Contract”, Portland, Hart Publishing, 2007, 801.

CARTWRIGHT, J., “Contract Law: An introduction to the English Law of Contract for the Civil lawyer”, Portland, Hart Publishing, 2007, 299.

CARTWRIGHT, J. EN HESSELINK, M.W., “Precontractual liability in European private law”, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 509.

CHESHIRE G.C., FIFOOT, C.H.S., FURMSTON, M.P., “Cheshire, Fifoot & Furmston’s Law of contract”, Oxford, Oxford University Press, 2007, 828.

COHEN, N. “Pre-contractual duties; two freedoms and the contract to negotiate”, in BEATSON, J. EN FRIEDMANN, D. (eds.), *Good faith and fault in contract law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 531.

COIPEL, M., “Eléments de théorie générale des contrats”, Diegem, E. Story-Scientia, 1999, 205.

COLLINS, H., “Regulating Contracts”, Oxford, Oxford University Press, 1999, 386.

DE BOECK, A., “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X., *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Commentaar verbintenissenrecht*, 29.

DEJONGHE, W. EN VAN DE VOORDE, W., “Negotiated Acquisition”, in DEJONGHE, W. en VAN DE VOORDE, W.(eds.), *M&A in Belgium*, Den Haag, Kluwer Law International, 2001, 228.

DE KLUIVER, H.J., “Onderhandelen en privaatsrecht”, Deventer, Kluwer, 1992, 446.

DE PAGE, H., “Traité élémentaire de droit civil belge : principes, doctrine, jurisprudence I”, Brussel, Bruylant, 1947, 607.

DESCHRIJVER, D., GUTERMANN, A., TAEYMANS, M., “Standard business contracts under Belgian law”, Gent, Larcier, 2006, 355.

DIRIX, E., “Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden”, Antwerpen, Kluwer, 1984, 119.

DOBBS, D.B., HAYDEN, P.T., BUBLICK, E.M., “Torts and compensation: personal accountability and social responsibility for injury”, St. Paul, Thomson/West, 2009, 993.

DRAETTA, U., “Legal effects of letters of intent: a case study”, in X. *Formation of contracts and precontractual liability*, Paris, ICC PUBLISHING S.A., 1990, 354.

FAGELLA, G., “Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione significa”, in X., *Studi Giuridico in onore di Carlo Faddo*, Napels, 1906, III, 298.

FARNSWORTH, E.A., YOUNG, W.F., SANGER, C., “Contracts: cases and materials”, New York, Foundation Press, 2001, 973.

FARNSWORTH, E.A., “Farnsworth on contracts”, Boston, Little Brown, 1990, 657.

FONTAINE, M. EN DE LY, F., “Droits des contrats internationaux”, Brussel, Bruylant, 2003, 715.

FONTAINE, M., “Les effets ‘internes’ et les effets ‘externes’ des contrats”, in FONTAINE, M. en GHESTIN, J., *Les effets du contrat à l’égard des tiers : comparaisons franco-belges*, Parijs, LGDJ, 1992, 464.

FORTE, A.D.M., “Good Faith in Contract and Property Law”, Oxford, Hart Publishing, 1999, 211.

FURMSTON, M.P., “Cheshire, Fifoot & Furmston’s Law of contract”, Oxford, Oxford University Press, 2007, 828.

FURMSTON, M., NORISADA, T., POOLE, J., “Contract formation and letters of intent”, Chichester, John Wiley & Sons, 1998, 322.

GELDHOF, W., “Voorcontracten en voorbereidende contracten”, in X., *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Commentaar verbintenissenrecht*, 6.

GILIKER, P., “Pre-contractual Liability in English and French Law”, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, 193.

GREIG, D.W., DAVIS, J.L.R., “The law of contract”, Sydney, The Law Book Company Ltd, 1987, 1542.

HARRIS, D. EN TALLON, D. (eds.), “Contract Law Today Anglo-French Comparisons”, Oxford, Oxford University Press, 1989, 414.

HARTKAMP, A.S., HONDIUS, E.H., ZIMMERMAN, R., BERGER, K.P., “Towards a European Civil Code”, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 847.

HERBOTS, J., “Contract Law in Belgium”, Brussel, Bruylant, 1995, 280.

HERBOTS, J., “De goede trouw in de précontractuele rechtsverhoudingen. De problematiek van de afgebroken onderhandelingen”, in X., *Le contrat en formation*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, 1993, 234.

HESSELINK, M.W., “The concept of Good Faith”, in HARTKAMP, A. ea (Eds), *Towards a European Civil Code*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 847.

HOFMANN, L.C., DRION, H. en WIERSMA, K., “Het Nederlands verbintenissenrecht: de algemene leer der verbintenissen”, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1971, 970.

HOLGER, J., “Der Letter of Intent”, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000, 261.

HONDIUS, E.H., “Precontractual liability”, Deventer, Kluwer, 1991, 376.

HUNTLEY, J.A.K., “Contract: cases & materials”, London, Sweet & Maxwell, 1995, 419.

HYLAND, R., “The American Experience: Restatements, the UCC, Uniform Laws, and Transnational Coordination”, in HARTKAMP, A., HESSELINK, M., HONDIUS, E., JOUSTRA, C., DU PERRON, E., VELDMAN, M. (eds.), *Towards a European Civil Code*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 847.

‘T KINT, F., “Negociation et conclusion du contrat” in DIEUX, X., FONTAINE, M., FORIERS, P-A.(Eds), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 1984, 374.

LAKE, R. en DRAETTA, U., “Letters of intent and other precontractual documents: comparative and analysis”, Stoneham, Butterworth, 1989, 289.

LAKE, R. en DRAETTA, U., “Letters of intent and other precontractual documents: Comparative Analysis and Forms”, Stoneham, Butterworth, 1994, 2nd Ed, 323.

LUTTER, M., “Der Letter of Intent: zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen”, Köln, Heymanns, 1998, 215.

MARKESINIS, B., DEAKIN, S.F., JOHNSTON, A., “Markesinis and Deakin’s tort law”, Oxford, Clarendon Press, 2008, 1056.

MARKESINIS, B., UNBERTH, H. en JOHNSTON, A., “The German Law of Contract: a comparative treatise”, Oxford, Hart Publishing, 2006, 979.

MARSH, P.D.V., “Comparitive Contract Law: England, France, Germany”, Aldershot, Gower, 1994, 356.

MCKENDRICK, E., “Contract Law: text, cases and materials”, Oxford, Oxford University Press, 2008, 1077.

RUYGVOORN, M.R., “Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden”, Deventer, Kluwer, 2009, 461.

SCHOORDIJK, H.C.F., “Onderhandelen te goeder trouw”, Deventer, Kluwer, 1984, 117.

SCHRANS, G., “Praecontractuele verhoudingen naar Belgisch recht”, in X. *Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland. Jaarboek 1967-68*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1968, 264.

SCHUT, W.S.M., “Letters of intent”, Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 109.

SHULMAN, H., FLEMING, J., OSCAR, S.G., “Cases and materials on the law of torts”, New York, Foundation Press, 2003, 1264.

SIEBOURG, P., “Der Letter of Intent: ein Beitrag zum US-amerikanischen und deutschen Recht mit vergleichenden Anmerkungen”, 1979, 285.

SOLEY, D.A, GWIN, R.Y., GEORGEHEAD, A.E., “Business torts litigation”, Chicago, American Bar Association, 2005, 345.

STIJNS, S., “Contractanten en derden”, in STIJNS, S. (Ed.), *Verbintenissenrecht. Themis. School voor postacademische juridische vorming, 41*, Brugge, Die Keurre, 2007, 93.

TILLOTSON, J., “Contract law in perspective”, London, Butterworths, 1985, 244.

TREITEL, G.H., “The law of contract”, London, Sweet & Maxwell Ltd., 2003, 1117.

VANDEPUTTE, R., “De overeenkomst”, Brussel, Larcier, 1977, 462.

VAN GERVEN, W. en COVEMAEKER, S., “Verbintenissenrecht”, Leuven, Acco, 2006, 719.

VOLDERS, B., “Afgebroken contractonderhandelingen in het international privaatrecht”, Brussel, Larcier, 2008, 433.

VON BAR, C. en CLIVE, E. (Eds.), “Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR)”, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, 3869.

WESSELS, B., “Afbreken van contractsonderhandelingen: de stand van zaken”, in Wessels, B.(ed.), *Onderhandelen, bemiddelen en schikken*, Deventer, Tjeenk Willink, 1998, 173.

WESSELS, B., “Contractsonderhandelingen in internationaal verband”, in Wessels, B. en van WEICHEM, T.H.M., *Contracteren in de internationale praktijk*, Deventer, Kluwer, 1994, 470.

WESSELS, B., “Gentlemen’s agreements”, Arnhem, Gouda Quint, 1984, 174.

WESSELS, B. en WEICHEM, T.H.M., “Grensoverschrijdende contractonderhandelingen”, Deventer, Kluwer, 2003, 63.

WHINCUP, M.H., “Contract Law and Practice”, Den Haag, Kluwer Law International, 2001, 406.

ZIMMERMAN, R., “The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition”, Oxford, Oxford university press, 1996, 1241.

ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., WEIR, T., “Introduction to comparative law”, Oxford, Clarendon press, 1998, 714.

Tijdschriften

- BALL, S.N., “Work carried out in pursuance of letters of intent – contract or restitution?”, *Law Quarterly Review* 1983, 572-590.
- BERG, A., “Promises to Negotiate in Good Faith”, *Law Quarterly Review* 2003, 357-370.
- BOLLEN, M., “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, 136-160.
- BRUNNER, C.J.H., “Noot onder HR 8 juli 1987”, *NJ* 1988, 391-397.
- BÜHLER, M., “Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux”, *RDAl* 2002, 359-387.
- CORNELIS, L., “Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten”, *TBH* 1983, 6-47.
- DE BERSAQUES, A., “La culpa in contrahendo”, *RCJB* 1964, 277-287.
- DE LY, F., “Formulierenstrijd en totstandkoming van contracten”, *RW* 1986-87, 1313-1334.
- DE LY, F., “Letters of intent under recent Belgian case law”, *RDAl* 1991, 566-568.
- DE TEMMERMAN, B., “Precontractuele aansprakelijkheid”, in KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F., DE TEMMERMAN, B., *Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen*, *TPR* 1994.
- DIRIX, E., “Gentlemen’s Agreements en andere afspraken met onzekere gevolgen”, *RW* 1985-86, 2119-2146.
- DRAETTA, U., “The Pennzoil Case and the binding effect of the letters intent in the international trade practice”, *RDAl* 1988, 155-172.
- DRION, C.E., “Ons onderhandelingsrecht onder handen”, *NJb* 2005, 1781.
- FARNSWORTH, E.A., “Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations”, *Colum.L.Rev.* 1987, 217-284.
- FONTAINE, M., “Les lettres d’intention dans la négociation des contrats internationaux”, *DPCI* 1977, 73-117.
- FORGES, M. “Principes applicables à la rupture et à l’aménagement conventionnel des pourparles en droit belge”, *Ann. dr. Louvain* 1995, 439-462.
- HOMBURGER, T.C. en SCHUELLER, J.R., “Letters of Intent – A trap for the unwary”, *Real Prop. Prob. & Tr. J.* 2002-2003, 509-535.
- KRAUSE, P., “Letter of Intent – An Agreement to Agree”, *NY State Bar Journal* 1978, 474.
- KRUIHOF, R., “La theorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixantes-dix années d’incertitudes juridiques”, *RCJB*, 1980, 83-119.
- LAKE, R., “Letters of intent : A comparative examination under English, US, French and West German law” *18 Geo. Wash. J. Int’l L. & Econ.* 1984-1985, 331-354 ;
- LAKE, R. en DRAETTA, U., “Letters of intent and precontractual liability”, *RDAl* 1993, 835-868.
- KRUIHOF, R., “Grondbeginselen van het contractenrecht”, in KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F., DE TEMMERMAN, B., *Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen*, *TPR* 1994.
- MATRAY, L., MC GREW, D. E., ELLINGTON, P., “Forum: La letter d’intention”, *DPCI* 1976, 477-509.
- MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. EN TUNC, A., “Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle”, Tome I, nr. 120.
- SCHMIDT, J., “Les lettres d’intention”, *RDAl* 2002, 257-270.
- SCHRANS, G., “De progressieve totstandkoming der contracten”, *TPR* 1984, 1-32.
- SIMONT, L., “La lettre d’intention”, *DPCI* 1979, 49-69.
- Summers, R., “Good Faith” in X., *General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*, *Va.L.Rev.* 1968, 157-201.

VAN OEVELEN, A., “Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten”, *DAOR* 1990, nr. 14, 43-63.

VAN SCHILFGAARDE, P., “Noot onder Plas/Valburg”, *AA* 1983, 758-763.

VON JHERING, R., “Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen”, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht* 1861, IV, 1.

WESSELS, B., “Annotatie bij HR 12 augustus 2005”, *JOR* 2006/31.

X., “La lettre d’intention”, *DPCI* 1979, 49-69.