

VOORWOORD BIJ DE VIJFTIENDE DRUK

Dit is het derde gedeelte van het Asser-Deel 6 dat het Verbintenissenrecht tot onderwerp heeft. Het Verbintenissenrecht is in de Asser-serie vanaf 1939 behandeld. De eerste druk, van de hand van mr. LOSECAAT VERMEER en mr. RUTTEN, verscheen tussen 1939 en 1956 in afleveringen. Reeds in de loop van de totstandkoming van de eerste druk splitsten de auteurs de stof in twee delen: de verbintenis in het algemeen (eerste stuk) en de algemene leer der overeenkomsten en de verbintenis uit de wet (tweede stuk). Met het gereedkomen van het eerste stuk, 'De Verbintenis', dat in 1956 als laatste van de twee delen verscheen, was de in 1885 door C. ASSER begonnen Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht volledig. In de zevenentwintig jaar die daarop volgden bewerkte RUTTEN de tweede tot en met de zesde druk van de aanvankelijk twee en vanaf 1973 drie delen die het verbintenissenrecht behandelen. Met het oog op de naderende inwerking-treding van de Boeken 3, 5 en 6 van het 'nieuwe Burgerlijk Wetboek' nam mr. HARTKAMP in 1984 het auteurschap van het Deel over het Verbintenissenrecht over. Van de zevende tot en met de veertiende druk verscheen eens in de vier jaar een nieuwe druk van iedere band binnen dit Deel.

Door zijn ervaring in de rechtswetenschap en de rechtspraak en zijn betrokkenheid bij de wetgeving Nieuw BW wist HARTKAMP in zijn bewerkingen van het Verbintenissenrecht wetenschappelijk-dogmatische diepgang te combineren met een finzinnig gevoel voor de rechtspraktijk. Een toegankelijke, kernachtige en weloverwogen schrijfstijl en een niet aflatende gedrevenheid om rechtsontwikkelingen te volgen, te doorgronden en mede vorm te geven maakten zijn werk tot een baken voor de serieuze beoefenaar van het verbintenissenrecht. Zijn verstrekkende kennis en elastische denkvermogen droegen eraan bij dat ook voor de eisen die het Europese recht aan het in Nederland geldende vermogensrecht stelt, oplossingen zijn gevonden die zo veel mogelijk aansluiten bij het systeem van het vermogensrecht.

In 2001 werd ik tot mijn verrassing en plezier gevraagd medewerking te verlenen aan twee hoofdstukken over de grondslagen van en de vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in de elfde druk van wat toen deel 4-III was en thans deel 6-IV is. Bij de voorbereiding van de twaalfde druk verleende ik medewerking aan alle delen die het verbintenissenrecht behandelen. Van de dertiende en de veertiende druk daarvan ben ik medeauteur. Gedurende die vijftien jaar heeft HARTKAMP zijn enthousiasme voor de bewerking van 'de Assers' overtuigend weten over te brengen.

RUTTEN en HARTKAMP hebben met hun bewerkingen blijk gegeven van een groot verantwoordelijkheidsgevoel voor het in Nederland geldende verbintenisrecht en de richting die daaraan langs lijnen van geleidelijkheid gegeven kan worden. Met de bewerking van deze vijftiende druk beoog ik recht te doen aan deze taakopvatting.

De sinds de vorige druk verschenen wetgeving, rechtspraak (waaronder ruim vijftig arresten van de Hoge Raad) en literatuur zijn op de gebruikelijke wijze verwerkt. In het bijzonder is aandacht besteed aan de grondslag en maatstaven voor uitleg (nr. 372-374), de opzegbaarheid van een duurovereenkomst (nr. 408), de algemene beginselen die de gevolgen van de overeenkomst ten aanzien van derden betreffen (hoofdstuk 18, nr. 514 e.v.), de conversie (nr. 656) en de ontbinding (nr. 684-685)

Wetgeving, rechtspraak en literatuur zijn verwerkt tot 1 november 2018.

Den Haag, 2 november 2018

C.H. Sieburgh

RECHTSHANDELING EN OVEREENKOMST

HOOFDSTUK 1

Inleiding

- [1] *Overeenkomst: belangrijkste bron van verbintenissen.* De belangrijkste bron van verbintenissen, namelijk de overeenkomst, vormt het onderwerp van deze derde band (deel 6-III). In deel 6-IV wordt de verbintenis uit de wet behandeld.

Het over vier boeken verdeelde zesde Deel van deze Handleiding is gewijd aan het verbintenissenrecht. In de delen 6-I en 6-II werd de verbintenis in het algemeen behandeld.

In nr. 47 e.v. van deel 6-I kwamen naar aanleiding van art. 6:1 BW de bronnen van verbintenissen ter sprake. De belangrijkste bron van verbintenissen, namelijk de overeenkomst, vormt het onderwerp van deze derde band (deel 6-III). In deel 6-IV wordt de verbintenis uit de wet behandeld.

In dit boek worden derhalve de voor alle obligatoire overeenkomsten geldende bepalingen behandeld. In het huidige BW is deze materie geregeld in titel 2, Boek 3 BW en in titel 5, Boek 6 BW. In het oude wetboek waren de desbetreffende bepalingen te vinden in het vierde boek, en wel in art. 1302 BW (oud) (ontbinding van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie), in de tweede titel (art. 1349-1387 BW (oud), verbintenissen die uit overeenkomst geboren worden) en in de achtste afdeling van de vierde titel (art. 1482-1492 BW (oud), nietigheden).

Voor een goed begrip is het nuttig de plaats die de overeenkomsten en de 'verbintenissen uit de wet' in het rechtssysteem innemen te kennen.

- [2] *Rechtsfeiten: (rechts)handelingen en andere feiten.* Rechtsgevolgen vloeien voort uit rechtsfeiten. Dat kunnen zijn menselijke handelingen, waaronder rechtshandelingen, maar ook andere feiten.

Rechtsfeiten zijn die feiten, gebeurtenissen, handelingen of omstandigheden die enig recht doen ontstaan of die een bestaand recht wijzigen, tenietdoen of doen overgaan. Kortere gezegd: rechtsfeiten zijn feiten waaraan enig rechtsgevolg is verbonden. Dit kunnen zijn menselijke handelingen, maar ook andere feiten, blote rechtsfeiten, zoals geboorte, dood, meer- of minderjarigheid, bloedverwantschap, tijdsverloop, het liggen van gronderven in elkaars nabijheid, enz.

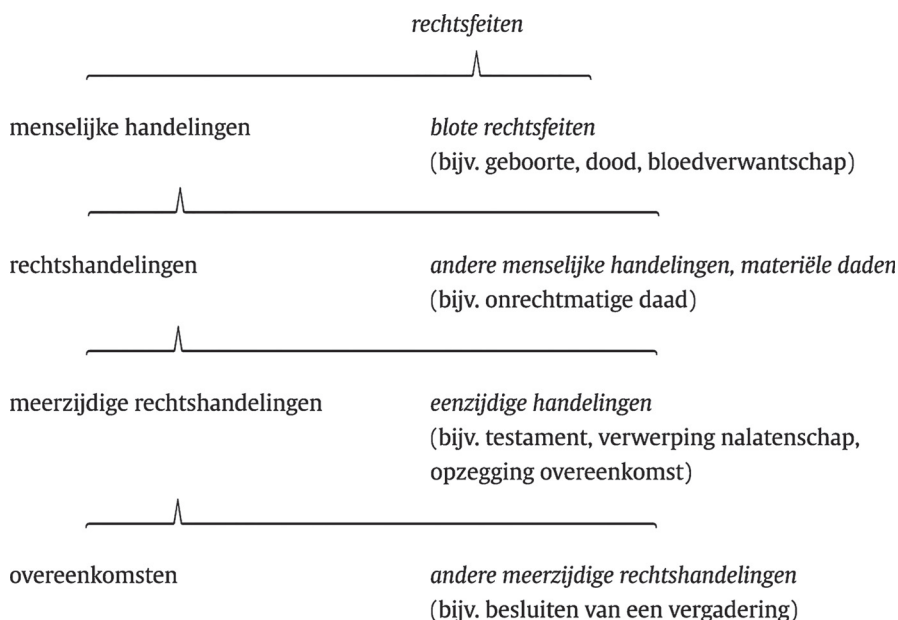
Menselijke handelingen kunnen worden onderscheiden, naargelang zij al dan niet uitingen zijn van de wil van de handelende persoon (personen), gericht op het

doen ontstaan van een rechtsgevolg. Van een rechtshandeling spreekt men, indien het rechtsgevolg intreedt omdat het door de handelende persoon (personen) was beoogd, waarmee gelijk te stellen is het geval dat de wederpartij van de handelende persoon bij hem redelijkerwijs het bestaan van een op rechtsgevolg gerichte wil mocht aannemen. Treedt het rechtsgevolg in, onafhankelijk hiervan of het rechtsgevolg beoogd was of niet, dan kan men spreken van een materiële daad. Een materiële daad, doch géén rechtshandeling, is bijvoorbeeld het plegen van een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), het vinden van een schat (art. 7:513 BW), het maken van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst (art. 1 Auteurswet 1912).

Rechtshandelingen worden wederom onderscheiden in meerzijdige en eenzijdige, naarmate al dan niet de overeenstemmende wilsverklaringen van verschillende personen nodig zijn. Eenzijdige rechtshandelingen zijn die handelingen, waarbij het rechtsgevolg intreedt door de, al dan niet tot een wederpartij gerichte, wilsuiting van één persoon. Eenzijdige rechtshandelingen zijn bijvoorbeeld het maken van een testament, de erkenning van een natuurlijk kind, de opzegging van een overeenkomst, de ingebrekestelling. Bij de meerzijdige rechtshandelingen is voor het intreden van rechtsgevolg de samenwerking van twee of meer personen nodig.

De meeste meerzijdige rechtshandelingen zijn overeenkomsten. Er zijn echter ook rechtshandelingen die tot stand komen door de samenwerking van verschillende personen en toch geen overeenkomsten zijn, zoals het door een vergadering aangenomen besluit.

De boven omschreven begrippen zijn overzichtelijk gerangschikt in het hieronder afgedrukte schema.



[3] *Rechtshandeling*. Bij het opstellen van deze groepering is uitgegaan van de vrijwel algemeen aanvaarde opvatting omtrent het begrip 'rechtshandeling'. Vgl. art. 3:33 BW en art. 3:35 BW. Zie over de historische achtergrond van deze bepalingen (het begrip rechtshandeling is afkomstig uit de negentiende-eeuwse Duitse dogmatiek) LOKIN, *Gron. Opm. en Med. XVII* 2000, p. 17 e.v. Niettemin moet hierbij worden opgemerkt dat er tegenwoordig een neiging bestaat tot objectivering van het wilsbegrip. Zo omschrijft G.H.A. SCHUT, *Rechtshandeling* 1987, p. 2, de rechtshandeling niet als de handeling, waarbij het rechtsgevolg door de handelende persoon is beoogd, maar hij geeft als criterium aan, dat de rechtshandeling is gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolgen. Zie daaromtrent hierna nr. [131].

Van de traditionele opvatting wordt afgeweken door VAN DUNNÉ in zijn proefschrift: *Normatieve uitleg van rechtshandelingen* (diss. Leiden) 1971, die, met uitschakeling van de wil van de handelende persoon, als een rechtshandeling beschouwt elke menselijke handeling die rechtsgevolgen doet ontstaan; ook een onrechtmatige daad zou volgens deze zienswijze tot de rechtshandelingen moeten worden gerekend. Deze opvatting heeft geen aanhang verworven.

Ter wille van de overzichtelijkheid is de bovenstaande groepering beperkt tot rechtsfeiten en rechtshandelingen, waaraan een verbintenisrechtelijk gevolg is verbonden. Daarom is daarbij geen melding gemaakt van privaatrechtelijke overeenkomsten die een ander deel van het vermogensrecht betreffen, zoals het huwelijk, de goederenrechtelijke overeenkomst en de procesrechtelijke overeenkomst (zie hierna nr. [19] e.v.) of die in de publiekrechtelijke sfeer liggen (hierna nr. [36]). Evenmin is naar volledigheid gestreefd; van verschillende rechtsfeiten en rechtshandelingen waaruit een verbintenis kan ontstaan (zie daaromtrent ASSER/SIEBURGH 6-I 2016/53 en 54) wordt geen gewag gemaakt. Zo is onder de eenzijdige rechtshandelingen geen melding gemaakt van publiekrechtelijke rechtshandelingen, hoewel ook deze meermalen een verbintenisrechtelijk gevolg in het leven roepen: een eenzijdige overheidsbeschikking bijvoorbeeld kan een civielrechtelijke verbintenis ten bate of ten laste van een particulier doen ontstaan, wijzigen of tenietdoen.

[4] *Systeem BW: regeling rechtshandeling (Boek 3 BW) en overeenkomst (Boek 6 BW)*. Het oude BW gaf een uitvoerige behandeling van de obligatoire overeenkomst, doch bevatte geen algemene regeling van de rechtshandeling. Hoogstens duiden enkele wetsbepalingen op het bestaan van dit begrip. In de praktijk werd in deze leemte voorzien door een aantal voor de obligatoire overeenkomst geschreven wetsbepalingen analoog toe te passen op andere rechtshandelingen.

Het huidige BW heeft met dit systeem gebroken. In het derde boek is een aantal rechtsregels opgenomen die gelden voor rechtshandelingen in het algemeen. De obligatoire overeenkomst wordt afzonderlijk in Boek 6 BW behandeld en geregeld.

Alvorens tot een omschrijving en een ontleding van de begrippen rechtshandeling en overeenkomst over te gaan wordt de aandacht erop gevestigd dat in het huidige BW een ander systeem is aanvaard met betrekking tot de rechtsregels die op de overeenkomst respectievelijk op de rechtshandeling betrekking hebben dan het oude BW bevatte.

Een overeenkomst is een species van het genus rechtshandeling (zie nr. [2]). In het oude BW werd het woord rechtshandeling zelfs niet genoemd, laat staan geregeld. Slechts op enkele plaatsen werd, op een gecamoufleerde wijze, op het bestaan van dit begrip geduid. Art. 1349 BW (oud) omschreef de overeenkomst als een handeling en daarmee moest zijn bedoeld een rechtshandeling. Zie hierna nr. [29]. Ook art. 1377 BW (oud) en art. 14 AB (oud) gebruikten het woord 'handeling' in de betekenis van rechtshandeling. Zie hierna nr. [590]. Een omschrijving of een algemene regeling van de rechtshandeling, voor zover deze geen obligatoire overeenkomst is, bevatte de oude wet echter niet. Het gevolg daarvan was dat in de rechtsleer en in de praktijk vele rechtsregels die slechts waren bestemd voor de obligatoire overeenkomst, analoog werden toegepast op andere rechtshandelingen.

Aldus werden bijvoorbeeld de wetsbepalingen omtrent dwaling, bedreiging en bedrog analoog toegepast op andere rechtshandelingen voor zover dit in overeenstemming was met de aard daarvan. Dit was ook het geval met de regels omtrent de onbekwaamheid en met de goede trouw-bepaling van art. 1374 BW (oud).

[5] *Onderling verband regeling rechtshandeling en overeenkomst.* Met dit systeem heeft het geldende BW gebroken. Op een soortgelijke wijze als dat geschiedde in art. 1349 BW (oud), wordt in art. 6:213 BW bepaald dat een overeenkomst een meerszijdige rechtshandeling is, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan. Anders echter dan in het oude BW is in het huidige BW aan de rechtshandeling een afzonderlijke titel gewijd, en wel in Boek 3 BW. Deze titel bevat een aantal voor elke rechtshandeling geldende bepalingen. Daarin worden verschillende regels, die in het oude BW uitsluitend waren geschreven voor de obligatoire overeenkomsten, gesteld voor rechtshandelingen in het algemeen. Zo worden de gevolgen van het aangaan van een rechtshandeling door een onbekwame geregeld in art. 3:32 BW en van het aangaan van een rechtshandeling door een geestelijk gestoorde in art. 3:34 BW. De gevolgen van het tot stand komen van een rechtshandeling door bedreiging, door bedrog of door misbruik van omstandigheden zijn geregeld in art. 3:44 BW en die van het verrichten van een rechtshandeling in strijd met de goede zeden of de openbare orde in art. 3:40 BW. De wijze waarop een beroep moet worden gedaan op de vernietigbaarheid van een rechtshandeling vindt men in art. 3:49 e.v. BW.

Omdat de obligatoire overeenkomst een species is van het genus rechtshandeling, zijn al deze bepalingen ook toepasselijk op de obligatoire overeenkomst, waarvan art. 6:213 BW de volgende omschrijving geeft: 'Een overeenkomst in de zin van deze titel is een meerszijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan'.

Omgekeerd zijn er ook voor rechtshandelingen geldende regels, die niet in titel 2, Boek 3 BW zijn neergelegd, maar in titel 5, Boek 6 BW, waarin de obligatoire overeenkomst wordt behandeld. De gevolgen van het tot stand komen van een overeenkomst onder invloed van dwaling zijn geregeld in art. 6:228 BW; niettemin is deze bepaling ook toepasselijk op andere meerszijdige rechtshandelingen en wel ingevolge art. 6:216 BW dat luidt: 'Hetgeen in deze en de volgende drie [lees thans, na de invoering van afdeling 6.5.2a BW: vier] afdelingen is bepaald, vindt overeenkomstige toepassing op andere meerszijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet.' Art. 6:217 e.v. BW, die het tot stand komen van een overeenkomst regelen, zijn, eveneens volgens art. 6:216 BW, toepasselijk op andere meerszijdige rechtshandelingen. Dit is ook het geval met betrekking tot de belangrijke bepaling van art. 6:248 BW, bepalend dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.

[6] *Behandeling titels 3.2 en 6.5 BW.* De systematiek van het geldende wetboek brengt mee dat in dit werk ook aandacht wordt besteed aan de eenzijdige rechtshandeling. De obligatoire overeenkomst is als belangrijkste rechtshandeling het uitgangspunt van de behandeling, ook in die hoofdstukken die aan de in titel 3.2 BW geregelde onderwerpen zijn gewijd. Bepalingen uit de titels 3.2 en 6.5 BW worden gezamenlijk besproken waar het onderlinge verband tussen die bepalingen daartoe aanleiding geeft. Zo worden de bepalingen van afdeling 6.5.2 BW inzake aanbod en aanvaarding onmiddellijk na art. 3:33 e.v. BW inzake de totstandkoming van rechtshandelingen besproken, en wordt de dwaling (art. 6:228 BW) bij de overige wilsgebreken (art. 3:44 BW) behandeld. Anders dan in de delen 6-I en 6-II wordt derhalve in dit deel de systematiek van de wet slechts zeer ten dele gevolgd teneinde niet het verband te verbreken tussen onderwerpen die van oudsher bijeen hebben behoord.

Onderwerp van dit boek vormen derhalve de titels 3.2 BW, *Rechtshandelingen* (zoals gezegd met het accent op de obligatoire overeenkomst) en 6.5 BW, *Overeenkomsten in het algemeen*. In de achtste en de negende druk van deel 4-II werd zowel het oude als het geldende verbintenissenrecht behandeld, en wel op een zo veel mogelijk geïntegreerde wijze. Daarbij werd steeds aangegeven in hoeverre de nieuwe bepalingen geacht konden worden ook het oude recht (zie de in nr. [1] genoemde artikelen) weer te geven; die vraag bleef immers ook na de inwerkingtreding interessant, enerzijds in verband met de mogelijkheid van anticiperende interpretatie op punten waar het overgangsrecht eerbiedigende werking aan het oude recht verleent, anderzijds bij de beoordeling van de betekenis die onder het oude recht gewezen jurisprudentie na de inwerkingtreding heeft. Zie onder meer HARTKAMP, *Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (rede Utrecht) 1992, p. 8 e.v. en H.J. SNIJDERS, *Retropatie, Opmerkingen over het beroep op onder het oude Burgerlijk Wetboek gevormde*

precedenten bij de toepassing van het huidige (rede Leiden) 1995. Daarentegen wordt vanaf de tiende druk, die ruim vijf jaar na de inwerkingtreding van het thans geldende recht is verschenen, niet langer een volledig overzicht van het oude recht geboden. Daaraan wordt nog slechts kort aandacht besteed bij wijze van historische inleiding of voor zover enig inzicht in het oude recht nuttig is voor een beter begrip van het thans geldende recht.

[7] *Obligatoire overeenkomsten: belangrijkste groep van rechtshandelingen.* De belangrijkste groep van de rechtshandelingen vormen de overeenkomsten, met name de overeenkomsten die verbintenissen in het leven roepen.

Mensen leven met elkaar samen. Teneinde zichzelf en de gemeenschap in stand te houden, werken zij samen en nemen zij deel aan de onderlinge uitwisseling van zaken en diensten. Omdat in een geordende samenleving dit economische verkeer gereguleerd pleegt te zijn, neemt eenieder deel aan het rechtsverkeer, voornamelijk door het sluiten van overeenkomsten. Overeenkomsten waarmee praktisch iedereen in aanraking komt zijn bijvoorbeeld de overeenkomsten van koop, huur, vervoer, verzekering en de arbeidsovereenkomst.

Wanneer de term 'overeenkomst' wordt gebruikt zonder nadere aanduiding, is daarmee vrijwel steeds bedoeld de verbintenis-scheppende, de obligatoire overeenkomst. Ook de wet heeft bij de algemene regeling van de overeenkomsten in de eerste plaats de obligatoire overeenkomst op het oog.

Daarnaast kent het recht nog andere overeenkomsten dan de verbintenis-scheppende, zoals de familierechtelijke, de goederenrechtelijke, de procesrechtelijke en de publiekrechtelijke overeenkomst.

Dit boek zal in hoofdzaak handelen over de obligatoire overeenkomst. Ter inleiding daarop volgen enige opmerkingen over de overeenkomst als algemeen begrip. Opgemerkt zij dat de vraag of een meezijdige rechtshandeling al dan niet een overeenkomst kan worden genoemd, veeleer uit rechtstheoretisch oogpunt interessant is dan dat zij op zichzelf beslissend zou zijn voor de regels die op de rechtshandeling van toepassing zijn. Dit hangt samen met de systematiek van het BW, zoals die hierboven werd uiteengezet.

Ook het belang van de onderscheiding tussen obligatoire overeenkomsten en andere meezijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen, waarop het vroeger voor de wettoepassing aankwam, is voor het huidige recht beperkt. Voor de obligatoire overeenkomsten zijn de bepalingen van titel 6.5 BW geschreven; op andere meezijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen zijn deze van overeenkomstige toepassing (art. 6:216 BW), ongeacht of zij als overeenkomst kunnen worden gekwalificeerd en ongeacht waar zij in de wet zijn geregeld. Voorts worden alle in 'het vermogensrecht' geregelde rechtshandelingen beheerst door titel 3.2 BW; buiten het vermogensrecht – men denke wat het privaatrecht betreft aan Boek 1 en 2 BW en aan het burgerlijk procesrecht – is deze titel in beginsel van overeenkomstige toepassing (art. 3:59 BW). Zie ook nr. [36].

HOOFDSTUK 2

De overeenkomst als algemeen begrip

2.1 Het begrip overeenkomst in algemene zin

- [8] *Omschrijving overeenkomst.* Een overeenkomst is, kort gezegd, een rechtshandeling, tot stand gekomen door de overeenstemmende en onderling afhankelijke wilsverklaringen van twee of meer partijen, gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolg ten behoeve van een van de partijen en ten laste van de andere partij, of ten behoeve en ten laste van beide (alle) partijen over en weer.

In dit hoofdstuk passeert een aantal belangrijke kenmerken van het begrip overeenkomst in algemene zin de revue. Daarbij wordt niet beoogd tot een definitie van dit begrip te komen in de zin van een uitputtende leerstellige opsomming van alle kenmerken die een rechtshandeling moet vertonen, wil zij overeenkomst mogen heten. Zo'n definitie, indien al mogelijk, zou noch van praktisch belang zijn voor de bepalingen van de rechtsgevolgen van een geldig tot stand gekomen overeenkomst, noch voor die in geval van nietigheid. Zie het vorige nummer en hierna nr. [604] e.v.

De overeenkomst is een species van het genus rechtshandeling. Rechtshandelingen zijn uitingen van de wil van de handelende persoon of personen, die is gericht op het doen ontstaan van rechtsgevolg, waarmee gelijk te stellen is het geval dat de wederpartij van de handelende persoon bij hem redelijkerwijs het bestaan van een op rechtsgevolg gerichte wil mocht aannemen. Zie boven nr. [2]. Het zijn die door de mens gestelde handelingen, waarmede hij het doen intreden van enig rechtsgevolg beoogt. Het objectieve recht verbindt aan een dergelijke handeling het ontstaan of het tenietgaan van een recht of van een rechtsverhouding, omdat zodanig gevolg door de handelende persoon (personen) beoogd is. Vgl. art. 3:33 BW, dat luidt: 'Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.' Hiermee heeft de wetgever tot uiting gebracht dat de – verklaarde – wil van de handelende persoon een handeling tot een rechtshandeling stempelt. Als een aanvulling hierop wordt in art. 3:35 BW bepaald, dat een rechtshandeling ook tot stand kan komen doordat de handelende persoon het vertrouwen heeft gewekt dat zijn wil was gericht op deze totstandkoming. Zie verder omtrent de

wilstheorie en de vertrouwenstheorie hierna nr. [121] e.v. Zie voor een meer gedetailleerde uitwerking van het begrip overeenkomst hierna nr. [31] en [39] e.v.

Indien de rechtshandeling een overeenkomst is, worden de handelende personen als 'partijen' aangeduid.

Er zij op gewezen dat het begrip overeenkomst ook in andere betekenissen dan die van handeling wordt gebruikt; er kan ook onder worden verstaan de uit de handeling voortvloeiende rechtsbetrekking tussen de contracterende partijen (de inhoud van het overeengekomene). Vgl. ook hierna nr. [679] en SCHUT, *Rechtshandeling* 1987, p. 46 e.v.

[9] *Kenmerken overeenkomst: wilsovereenstemming, verklaring.* Een belangrijk kenmerk van de overeenkomst is de wilsovereenstemming van verschillende personen (*duorum vel plurium in idem placitum consensus*). Deze overeenstemming bestaat niet hierin, dat ieder voor zich hetzelfde wil verkrijgen. Dit is ook mogelijk, doch in de regel wil ieder iets anders verkrijgen dan de medecontractant. De koper wil een zaak verkrijgen tegen betaling van een zekere prijs, de verkoper daarentegen wil, juist omgekeerd, de zaak afstaan tegen ontvangst van die prijs.

De wilsovereenstemming bestaat hierin, dat de wil van beide partijen gericht is op het tot stand brengen van een bepaald rechtsgevolg. Bij een obligatoire overeenkomst beogen de partijen een vermogensrechtelijke betrekking te doen ontstaan, krachtens welke de één tot een bepaalde prestatie verplicht en de ander tot die prestatie gerechtigd is.

Dat de wilsovereenstemming een belangrijk kenmerk van de overeenkomst is, houdt niet in, dat de wilsovereenstemming het enige wezensbestanddeel is van de overeenkomst. Het is immers niet voldoende dat bij beide partijen een overeenstemmende wil bestaat; zij moeten deze ook aan elkaar hebben geopenbaard. Aan de innerlijke bedoeling op zichzelf kan geen rechtsgevolg worden verbonden. De overeenkomst komt niet tot stand, voordat de partijen elkaar hun wil hebben kenbaar gemaakt. Op het begrip wilsovereenstemming en op het vereiste van de wilsverklaring en op het daarmee nauw verbonden leerstuk van het gerechtvaardigde vertrouwen kom ik later uitvoerig terug (nr. [119] e.v.).

[10] *Kenmerken overeenkomst: totstandkoming vormvrij, tenzij.* De overeenkomst kan doorgaans vormloos tot stand komen, doch voor sommige overeenkomsten wordt door de wet een bepaalde *vorm* voorgeschreven. De schenking, behalve de gift van hand tot hand, kwam naar oud recht alléén tot stand, indien zij werd gedaan bij notariële akte (art. 7A:1719 BW (oud)). Een huwelijk kan alleen tot stand komen, indien het wordt voltrokken ten overstaan van een openbaar ambtenaar; de onderlinge afspraak van twee partners dat zij met elkaar huwen alléén doet geen huwelijk ontstaan. Het niet voldoen aan een wettelijk vormvoorschrift leidt in beginsel tot nietigheid van de rechtshandeling (art. 3:39 BW). Hetzelfde geldt trouwens voor het niet in acht nemen van andere wettelijke vereisten, zoals bijvoorbeeld de inschrijving van een akte van levering in de openbare

registers, die wij, anders dan ASSER/RUTTEN 4-II 1982 (6e druk), p. 13, niet tot de vormvoorschriften zouden willen rekenen. Zie hierna nr. [27] en [272] e.v.

[11] *Kenmerken overeenkomst: meezijdige rechtshandeling.* De rechtshandeling moet zijn tot stand gekomen door de samenwerking van twee of meer partijen. De overeenkomst is samengesteld uit de handelingen van verschillende personen en is dus een meezijdige rechtshandeling. Een eenzijdige rechtshandeling (niet te verwarren met een eenzijdige overeenkomst, zie nr. [80]), waarbij de wilsverklaring van één persoon een rechtsgevolg teweegbrengt, is geen overeenkomst. De aanvaarding van een nalatenschap; het maken van een testament (art. 4:42 BW; vgl. art. 4:93 BW), de erkenning van een natuurlijk kind; de opzegging van een overeenkomst; de ingebrekestelling, zijn eenzijdige rechtshandelingen, geen overeenkomsten.

Intussen is het mogelijk, dat een overeenkomst tot stand komt, hoewel slechts één natuurlijk persoon handelend is opgetreden, bijvoorbeeld indien iemand optreedt én voor zichzelf, én voor een ander die hij vertegenwoordigt, of voor twee verschillende personen die hij beiden vertegenwoordigt. In wezen wordt dan gehandeld door twee zelfstandige rechtssubjecten, omdat de fysiek handelende persoon optreedt in twee verschillende hoedanigheden. Men vergelijkte in dit verband de beschouwingen van LANGEMEIJER in zijn conclusie voor HR 15 april 1955, NJ 1955/542. Zie ook art. 3:68 BW, art. 7:416 BW en art. 7:417 BW.

Soms treedt ook schijnbaar een rechtsgevolg in door de medewerking van twee personen, terwijl in werkelijkheid de rechtshandeling tot stand komt door de wilsverklaring van één van hen. Dit geschiedt bijvoorbeeld indien op een verzoek een gunst wordt verleend, doch de inwilliging ervan geheel aan het welnemen van de aangezochte is overgelaten. Men heeft dan niet met een overeenkomst, maar met een eenzijdige rechtshandeling te doen. Ook voor het afstand doen van enig recht (niet zijnde een vorderingsrecht of een beperkt recht) kan een eenzijdige verklaring van de rechthebbende voldoende zijn. Vgl. ASSER/SIEBURGH 6-II 2017/314.

Veel overeenkomsten komen tot stand tussen twee partijen. Dit neemt niet weg dat overeenkomsten in het huidige tijdsgewricht dikwijls tussen meer dan twee partijen worden gesloten. Indien zes personen in een onverdeeldheid gerechtigd zijn, kunnen zij gezamenlijk een overeenkomst aangaan teneinde uit de onverdeeldheid te geraken. De wet zegt uitdrukkelijk dat de overeenkomst van maatschap door méér dan twee personen kan worden aangegaan (art. 7A:1655 BW), terwijl ook art. 6:213 lid 2 BW en art. 6:279 BW ervan uitgaan dat de obligatoire overeenkomst tussen méér dan twee partijen kan worden gesloten. Eenvoudigheidshalve zal hier verder in de regel worden gesproken van een tussen twee partijen tot stand gekomen overeenkomst. Op de tussen meer dan twee partijen gesloten overeenkomsten kom ik in nr. [536] e.v. terug.

Een partij kan uit meer personen bestaan. Evenals één natuurlijk persoon kan optreden in twee verschillende kwaliteiten (zie boven), is het mogelijk dat verschillende natuurlijke personen gezamenlijk optreden als één partij, één

rechtssubject. Indien de beide curatoren in een faillissement een overeenkomst aangaan met een derde, treden zij gezamenlijk op als één partij, namelijk als vertegenwoordigers van de failliete boedel.

[12] *Kenmerken overeenkomst: wil gericht op teweegbrengen rechtsgevolg.* De wil van partijen moet gericht zijn op het teweegbrengen van rechtsgevolg. Vgl. art. 3:33 BW. Lang niet alle in het dagelijks verkeer gemaakte afspraken zijn gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolg. Tal van afspraken brengen wel maatschappelijke of zedelijke verplichtingen mee, maar geen rechtsplichten. Wij zagen hierboven reeds, dat juist op dit rechtsgevolg de overeenstemmende wil moet zijn gericht. Of een afspraak al dan niet gericht is op het teweegbrengen van rechtsgevolg, zal dan ook moeten worden uitgemaakt aan de hand van de bedoeling van partijen. Niet altijd echter hebben de partijen doen blijken, of hun wil op het ontstaan van rechtsgevolg was gericht of niet. Soms zijn zij zich daar zelf niet van bewust. De omstandigheden van het geval, in verband met wat in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is en met hetgeen de partijen over en weer van elkaar hebben verwacht en mochten verwachten (art. 3:35 BW), zullen dan beslissend zijn. De afspraak om samen naar een concert te gaan of te gaan paardrijden schept in het dagelijks verkeer alleen maatschappelijke, geen rechtsplichten, doch onder omstandigheden kan dit wél het geval zijn. Men vergelijkte HR 11 april 1958, NJ 1958/467 met betrekking tot de afspraak om kosteloos mee te rijden. Zie hierover ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-IV 2015/278. Zie voor een sprekend geval uit de Duitse rechtspraak BGH 17 april 1986, BGHZ 1986, 46 (afspraak met betrekking tot het gebruik van voorbehoedmiddelen). Men zie over de rechtens niet-bindende afspraak SCHOORDIJK, *Verbintenissenrecht* 1979, p. 463 e.v.; WESSELS, *Gentlemen's agreements* 1984; NIESKENS-ISPHORDING, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1987, p. 69 e.v.; *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 89 e.v. (naar aanleiding van art. 3:6 BW); W. SNIJDERS, in: *De Die-bundel* 1991, p. 63; SMITS, *Bronnen van verbintenissen* (Mon. Nieuw BW nr. A2) 2003/23.

[13] *Gentlemen's agreement, letter of intent.* Over het rechtskarakter van een gentlemen's agreement vergelijkte men HARDENBERG, WPNR 1976/5359; WESSELS, *Gentlemen's agreements* 1984; GROSHEIDE, in: *Neth. Reports to the XVth Int. Congr. of Comp. Law* 1998, p. 91 e.v.; RUDDEN, *ERPL* 1999, p. 199 e.v.; SMITS, *Bronnen van verbintenissen* (Mon. Nieuw BW nr. A2) 2003/24; Hof Arnhem 4 januari 1949, NJ 1949/581; Rb. Rotterdam 19 januari 1949, NJ 1950/276 en Rb. Assen 24 december 1974, NJ 1975/349.

In genoemd werk betoogt Wessels dat het gentlemen's agreement moet worden onderscheiden van afspraken die slechts maatschappelijke of morele verplichtingen meebrengen. Weliswaar beogen partijen bij een zodanig 'agreement' de afdwingbaarheid in rechte uit te sluiten, doch dit neemt niet weg dat de afspraak andere rechtsgevolgen kan hebben, bijvoorbeeld dat hetgeen op grond daarvan is gepresteerd niet als onverschuldigd betaald kan worden teruggevorderd. Evenals bij de hierboven besproken afspraken in het sociale verkeer en bij de hierna te