

# DE REDACTIE PRIVAAT

## HET BIJZONDERE VAN BIJZONDERE OVEREENKOMSTEN

Eric TJONG TJIN TAI

*Hoogleraar Privaatrecht, Universiteit Tilburg*

### I. INLEIDING

1. Het is allemaal een kwestie van chemie.

In de exacte wetenschappen woedt er een discussie over de relatie tussen natuurkunde en scheikunde. De natuurkunde behandelt de algemeen geldende natuurwetten, waaronder die welke de interactie van fundamentele deeltjes regeren. Als de theorie volledig en correct is, kan daarmee ook het gedrag van grote aantallen deeltjes op macroniveau worden voorspeld: dat is simpelweg een uitvloeisel van die algemene regels. Scheikundigen zullen dit niet ontkennen. Maar toch verdedigen zij de waarde van hun vak, dat onder meer gericht is op stoffeïenschappen als kookpunt of elektrische weerstand die zich grotendeels manifesteren op macroniveau en die zijn gemeten, niet afgeleid uit fundamentele eigenschappen.

Een vergelijkbare discussie is te vinden over de relevantie van bijzondere overeenkomsten<sup>1</sup> naast de algemene regels van het contractenrecht. De algemene regels pretenderen te gelden voor *alle* overeenkomsten, dus waarom zou het dan nog nodig zijn aparte regels te hebben voor bijzondere soorten overeenkomsten? Daar komt bij dat dit tot lastige afbakenings- en samenloopvragen leidt, en dat er geen duidelijke criteria voor classificatie en onderverdeling zijn.

Toch is bij de onderhanden zijnde hercodificatie van het Belgisch Burgerlijk Wetboek ook een nieuw Boek 7 gepland, dat gewijd zal zijn aan bijzondere contracten. Naar ik begriip is er nog geen ontwerp tekst. In deze bijdrage wil

---

<sup>1</sup> Ik spreek in deze tekst conform het Nederlands BW van 'overeenkomsten'. In het Belgisch Burgerlijk Wetboek wordt gesproken van 'contracten'.

ik daarom, ongebonden door enige voorstel-tekst, enkele ervaringen delen vanuit Nederlands en rechtsvergelijkend perspectief<sup>2</sup>, en die in verband brengen met de Belgische discussie. Daarbij richt ik mij op twee aspecten: de classificatie van bijzondere overeenkomsten, en de materiële regels die voor zulke overeenkomsten worden genomen.

## II. EEN STUKJE RECHTSVERGELIJKING

2. Als we een paar recente grote hercodificaties bezien, komt daar geen eenduidig beeld over bijzondere overeenkomsten uit naar voren.

3. Voor het eerste onderwerp, de classificatie, is het aardig kort te bezien hoe enkele recente codificaties dit hebben benaderd.

In de Chinese *Civil Code* (inwerkingtreding 2021) is de indeling als volgt:

- Chapter IX Sales contracts
- Chapter X Contracts for the Supply and Consumption of Electricity, Water, Gas, or Heat
- Chapter XI Gift Contracts
- Chapter XII Loan Contracts
- Chapter XIII Suretyship Contracts
- Chapter XIV Lease Contracts
- Chapter XV Contracts for Financing Lease
- Chapter XVI Factoring Contracts
- Chapter XVII Work Contracts
- Chapter XVIII Contracts for Construction Project
- Chapter XIX Transport Contracts
- Chapter XX Technology Contracts
- Chapter XXI Contracts for Custody of Property
- Chapter XXII Warehousing Contracts
- Chapter XXIII Entrustment Contracts
- Chapter XXIV Contracts for Property Management Service
- Chapter XXV Brokerage Contracts
- Chapter XXVI Intermediary Contracts
- Chapter XXVII Partnership Contracts

---

<sup>2</sup> Zie ook F.J.A. SANTOS, Ch. BALDUS, H. DEDEK (eds.), *Vertragstypen in Europa – Historische Entwicklungen und europäische Perspektiven* (München: Sellier, 2011) en over Nederlands recht H.N. SCHELHAAS en A.J. VERHEIJ (eds.), *Bijzondere overeenkomsten* in Studiereeks *Burgerlijk Recht* 6, (Wolters Kluwer: Deventer (5) 2019) (met name de inleiding); T.F.E. TJONG TJIN TAI, “Twintig jaar nieuw BW: bijzondere overeenkomsten. Van oude wetboeken, de dingen die voorbijgaan ...”, *Ars Aequi* 2012/11, 869-874; G.T. DE JONG e.a. (eds.), *Algemeen-Bijzonder: de wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht* (Den Haag: BJu 2003); P.G.J. VAN DEN BERG en W.A. ZONDAG (eds.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht* (Deventer: Kluwer 2003); W.H. VAN BOOM, “Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht”, *RM Themis* 2003, 297-307.

In de Argentijnse *Código Civil y Comercial de la Nación* (inwerkingtreding 1 augustus 2015) zijn de 31 *Contratos en particular* geregeld in de artikelen 1123 tot en met 1707. Het betreft de volgende:

1. Compraventa
2. Permuta
3. Suministro
4. Locación
5. Leasing
6. Obra y servicios
7. Transporte
8. Mandato
9. Contrato de consignación
10. Corretaje
11. Depósito
12. Contratos bancarios
13. Contrato de factoraje
14. Contratos celebrados en bolsa o mercado de comercio
15. Cuenta corriente
16. Contratos asociativos
17. Agencia
18. Concesión
19. Franquicia
20. Mutuo
21. Comodato
22. Donación
23. Fianza
24. Contrato oneroso de renta vitalicia
25. Contratos de juego y de apuesta
26. Cesión de derechos
27. Cesión de la posición contractual
28. Transacción
29. Contrato de arbitraje
30. Contrato de fideicomiso
31. Dominio fiduciario

In het Nederlands:

1. Koop
2. Ruil
3. Levering (abonnement op goederen/diensten)
4. Huur
5. Leasing
6. Werk en diensten
7. Vervoer
8. Mandaat
9. Bewaarneming (consignatie)

10. Bemiddeling
11. Borgtocht
12. Bancaire contracten
13. Factoring
14. Contracten aangegaan op de beurs of beurs
15. Rekening-courant
16. Maatschap/personenvennootschap (associatieve contracten)
17. Vertegenwoordiging
18. Concessie
19. Franchise
20. Bruikleen
21. Leen
22. Schenking
23. Verzekering
24. Lijfrente (om baat)
25. Kans en weddenschap
26. Cessie (overdracht van rechten)
27. Contractsovername
28. Vaststellingsovereenkomst
29. Arbitrageovereenkomst
30. Fidei-commis
31. Fiduciair beheer (vgl. executeur-testamentair)

De Tsjechische *Zákon občanský zákoník* (Burgerlijk Wetboek, inwerkingtreding 1 januari 2014)<sup>3</sup> regelt bijzondere overeenkomsten vanaf sectie 2055 in diverse hoofdstukken, onderverdeeld in afdelingen die ongeveer corresponderen met specifieke bijzondere overeenkomsten. Soms correspondeert een heel hoofdstuk met een bijzondere overeenkomst.

- Chapter 1 Transfer of a thing into the ownership of another
  - Donation
  - Purchase
- Chapter 2 Relinquishing a thing to be used by another
  - Precarious loan
  - Loan for use
  - Lease
  - Usufructuary lease
  - Licence
  - Loan for consumption
  - Credit
- Chapter 3 Employment
- Chapter 4 Obligations arising from safekeeping contracts
  - Deposit
  - Storage
- Chapter 5 Obligations arising from mandate-type contracts

<sup>3</sup> Vertaling <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf>.

- Mandate
- Brokerage
- Undisclosed Mandate
- Forwarding
- Commercial Agency
- Chapter 6 Package tour
- Chapter 7 Obligations arising from contracts of carriage
  - Carriage of persons and things
- Chapter 8 A work [*aanneming van werk*]
- Chapter 9 Health care
- Chapter 10 Inspection [*keuring*]
- Chapter 11 Obligations arising from an account contract, lump-sum deposit contract, letter of credit contract and collection contract
- Chapter 12 Pension
- Chapter 13 Partnership
- Chapter 14 Silent partnership
- Chapter 15 Obligations arising from aleatory contracts
  - Insurance
  - Bets, games and lot-drawing
- Chapter 16 Obligations arising from a juridical act of a single person
  - Public promise
  - Promise of indemnity

Drie recente codificaties op drie verschillende continenten: de enige overeenkomst is dat er een groot aantal bijzondere overeenkomsten wordt onderscheiden. Er is overlap bij enkele bekende soorten, maar daarnaast is er ook een grote verscheidenheid. Een duidelijke logische ordening ontbreekt, hoewel het Tsjechische wetboek wel een grove clustering heeft aangebracht.

4. De Nederlandse codificatie doet het in vergelijking met deze recente codificaties niet heel anders. De indeling in Boek 7 BW is<sup>4</sup>:

- Koop en ruil
- Overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten tussen handelaren en consumenten
- Financiële zekerheidsvereenkomsten
- Consumenten kredietovereenkomsten
- Goederenkrediet (waaronder huurkoop)
- Geldlening
- Overeenkomst van pandbelening
- Schenking
- Huur
- Pacht

---

<sup>4</sup> Zie ook het overzicht in H.N. SCHELHAAS en A.J. VERHEIJ (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, 14-16.

- Opdracht (waaronder lastgeving/mandaat, bemiddeling, agentschap en geneeskundige behandeling)
- Pakketreisovereenkomst en gekoppeld reisarrangement
- Bewaarneming
- Arbeidsovereenkomst
- Aanneming van werk
- Borgtocht
- Vaststellingsovereenkomst
- Franchise
- Verzekering
- Lijfrente

En in Boek 7A bevinden zich nog enkele restanten uit het Burgerlijk Wetboek van 1838 die nog niet zijn aangepast, en daarom nog de oude nummering van het Burgerlijk Wetboek van 1838 volgen:

- Maatschap
- Bruikleen
- Gevestigde of altijddurende renten
- Kansovereenkomsten

Boek 8 is gewijid aan vervoer en vervoersovereenkomsten.

Ook zijn er nog enkele overeenkomsten die niet in het Burgerlijk Wetboek zijn geregeld. Het auteurscontract (de exploitatieovereenkomst) is geregeld in de Auteurswet<sup>5</sup>, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap in het Wetboek van Koophandel. Enkele zogenaamde onbenoemde overeenkomsten zijn in het geheel niet geregeld, al worden zij wel onderscheiden in de literatuur<sup>6</sup>.

Overigens merk ik op dat een deel van de overeenkomsten in Boek 7 is ingevoerd ter implementatie van Europese regelgeving<sup>7</sup>. De wanorde die daar een gevolg van is, is opgelegd en geen autonome keuze van de Nederlandse wetgever. Misschien zou een betere systematische inpassing mogelijk zijn geweest, maar het is niet evident welke dat zou moeten zijn.

**5.** Als laatste noem ik nog de (langzaam uit het blikveld verdwenen) *Principles of European Law* opgesteld door de SGECC, en het deels daarop gebaseerde *Draft Common Frame of Reference*, die evenmin een duidelijke

<sup>5</sup> Art. 25b-25h Auteurswet.

<sup>6</sup> In het bijzonder de distributieovereenkomst, maar ook bv. lease, factoring, energielevering, telecommunicatiediensten, zie I.S.J. HOUBEN, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel X. Onbenoemde overeenkomsten* (Deventer: Wolters Kluwer 2019).

<sup>7</sup> Zoals de overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten tussen handelaren en consumenten, de financiëlezekerheidsovereenkomsten, de pakketreis.

logische structuur vertonen. De bijzondere overeenkomsten zijn verspreid over diverse delen: de PEL S (*Sales*), de PEL SC (*Service Contracts*), de PEL MC (*Mandate Contracts*), de PELCAFDC (*Commercial Agency, Franchise, Distribution Contracts*), de PEL LG (*Lease of Goods*) en de Pel PSc (*Personal Security*).

In het DCFR is Boek 4 gewijd aan *Specific Contracts*. Dat is onderverdeeld als volgt:

- Part A: Sales
- Part B: Lease of goods
- Part C: Services<sup>8</sup>
  - General provisions
  - Services in general
  - Construction
  - Processing
  - Storage
  - Design
  - Information and advice
  - Treatment
- Part D: Mandate contracts
- Part E: Commercial agency, franchise and distributorship
- Part F: Loan contracts
- Part G: Personal security
- Part H: Donation

6. Kortom, er lijkt geen *best practice* ten aanzien van de classificatie te zijn. Noch de concrete bijzondere overeenkomsten noch de structuur vertonen enig duidelijk navolgenswaardig principe. De rechtswetenschap is er tot nog toe niet in geslaagd een overtuigende systematiek op te stellen en te rechtvaardigen. Het lijkt erop dat de meeste stelsels teruggrijpen op de overgeleverde bijzondere overeenkomsten, aangevuld met nieuwe soorten die in de praktijk belangrijk bleken te zijn. Daarbij moet overigens worden bedacht dat sommige rechtsstelsels diverse bijzondere overeenkomsten buiten het Burgerlijk Wetboek regelen, zoals in een apart Wetboek voor Consumentenrecht of een Wetboek van Koophandel<sup>9</sup>.

Diverse systemen hebben althans enige pogingen ondernomen om tot een ordening te komen door overeenkomsten in enkele overkoepelende categorieën te

---

<sup>8</sup> De opzet van *Services* volgt die van de PEL SC, die geen overeenkomsten maar alleen typen diensten onderscheidde. Dit was weliswaar innovatief, maar werd in de literatuur niet als navolgenswaardige vernieuwing ontvangen, zie bv. H. UNBERATH, “Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens”, *ZEuP* 2008, 745-774.

<sup>9</sup> Ik ben niet nagegaan of dat in de hierboven genoemde stelsels ook aan de orde is; in Nederland zijn de bijzondere overeenkomsten tegenwoordig nagenoeg allemaal in het Burgerlijk Wetboek geregeld, op het auteurscontract na.

rangschikken. Daarbij wordt soms ook een gelaagde structuur aangebracht door enkele algemene regels binnen zo'n categorie te formuleren, zoals bij de Nederlandse overeenkomst van opdracht in het algemeen. Alleen lijkt er geen consensus te bestaan over enige overkoepelende categorie of onderliggende structuur.

Ook de volgorde van de overeenkomsten vertoont nauwelijks gemeenschappelijke trekken. Weliswaar beginnen veel opsommingen met de koopovereenkomst, maar daarna is alles mogelijk.

Tot slot is er weinig regelmaat te ontdekken in de concrete overeenkomsten die worden onderscheiden. Heel algemeen kunnen we vaststellen dat er diverse overeenkomsten zijn die meestal wel afzonderlijk worden behandeld: koop, schenking, leen/buikleen, zekerheid/borgtocht, huur/lease, aanneming (constructie), vervoer, bewaarneming/opslag, mandaat/lastgeving. Ook bemiddeling en maatschap en verzekering, lijfrente, kans en weddenschap, agentuur, lening komen regelmatig voor.

Er zijn ook diverse overeenkomsten die maar door één of enkele van de hier genoemde jurisdicties worden onderscheiden als separaat te regelen bijzondere overeenkomst: levering van elektriciteit e.d., financiële lease, technologie, licentiëring, goederenbeheer, bancaire contracten, factoring, concessie, cessie, contractsovername<sup>10</sup>, arbitrage, fideïcommis, arbeidsovereenkomst, geneeskundige behandeling, inspectie/keuring, pensioen, pacht. Ten dele heeft dit te maken met de aanwezigheid van bijzondere regelingen buiten het Burgerlijk Wetboek (wat waarschijnlijk mede verklaart waarom de arbeidsovereenkomst en het pensioen vaak niet in de lijst van bijzondere overeenkomsten zijn opgenomen), of waarom alleen de gevolgen van een bepaald type overeenkomst (zoals cessie, contractsovername of arbitrage) afzonderlijk zijn geregeld en er kennelijk geen behoefte leek te zijn om dit als type overeenkomst te regelen. Verder gaat het soms om subtypen die onder een algemener type kunnen worden geschaard.

---

<sup>10</sup> In het Nederlands recht worden cessie (art. 3:83-84 en 94 BW) en contractsovername (art. 6:159 BW) wel in het Burgerlijk Wetboek geregeld, maar niet als bijzondere overeenkomsten; zie over de precieze regels en gevolgen W.H.M. REEHUIS, *Overdracht*, Mon. BW B6a (Deventer: Kluwer (4) 2010) en R.M. WIBIER, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen*, Mon. BW B44 (Wolters Kluwer: Deventer (4) 2020). De arbitrage is evenmin in het Burgerlijk Wetboek geregeld, maar wel in het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering.



### III. DE INHOUD VAN DE REGELING

7. Ten aanzien van de inhoud van de regeling inzake bijzondere overeenkomsten kunnen enkele opmerkingen worden gemaakt op basis van de Nederlandse ervaringen<sup>11</sup>.

Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek gaat uitdrukkelijk uit van een systematische, gelaagde structuur. Er is naar gestreefd om zoveel mogelijk in algemene regels te vangen, zodat de bijzondere overeenkomsten in principe alleen de noodzakelijke afwijkingen bevatten. Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen dwingend recht en regelend recht. Beide zijn van belang.

8. Dwingend recht dient meestal de bescherming van een zwakkere partij: de consument, werknemer, huurder of handelsagent. Een voorbeeld is de verplichting van de verhuurder om gebreken van de gehuurde zaak te verhelpen (art. 7:206 lid 1 *iuncto* 209 BW). Naast zulke concrete verplichtingen komen regelmatig bepalingen voor ten aanzien van:

- opzegging (beperking van de gronden voor opzegging<sup>12</sup>, of juist het vastleggen van een bevoegdheid tot opzegging<sup>13</sup>), en
- aansprakelijkheid en schadevergoeding<sup>14</sup>.

9. Regelend recht bestaat doorgaans uit regels die lacunes in de overeenkomst opvullen op een wijze die aansluit bij de handelspraktijken en de redelijkheid en billijkheid. Een voorbeeld is de regel inzake redelijk loon bij opdracht uit artikel 7:405 lid 2 BW: “Indien loon is verschuldigd doch de hoogte niet door partijen is bepaald, is de opdrachtgever het op de gebruikelijke wijze berekende loon of, bij gebreke daarvan, een redelijk loon verschuldigd”.

Hoewel men zou kunnen denken dat contractpartijen tegenwoordig alle bekende kwesties uitputtend zelf regelen in hun contractvoorwaarden, komt het toch nog geregeld voor dat een bepaalde kwestie niet of niet duidelijk is geregeld en op dergelijk regelend recht moet worden teruggevallen<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Zie ook H.N. SCHELHAAS en A.J. VERHEIJ (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, 6; P.G.J. VAN DEN BERG en W.A. ZONDAG (eds.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht*, met name de inleiding en het laatste hoofdstuk, en W.H. VAN BOOM, *RM Themis* 2003, 297-307.

<sup>12</sup> Zoals bij de arbeidsovereenkomst (art. 7:669-670, 677-678 BW), pacht (art. 7:367-370 BW), huur (art. 7:271-274 BW).

<sup>13</sup> Zoals in art. 7:408 BW t.a.v. de opdracht gegeven door een consument.

<sup>14</sup> Zoals in art. 7:341 en 406 lid 2 BW.

<sup>15</sup> Zie t.a.v. art. 7:405 lid 2 BW, bv. HR 19 december 2008, *NJ* 2011/4.

**10.** Wat regelend recht betreft, zijn er diverse kwesties die vaak in de Nederlandse regels inzake bijzondere overeenkomsten terugkeren:

- verschuldigdheid en berekening van loon, provisie e.d.<sup>16</sup>;
- opzegging<sup>17</sup>, met name in geval van overlijden en insolventie<sup>18</sup>;
- eindigen van rechtswege, ook in geval van overlijden of insolventie<sup>19</sup>;
- risicoverdeling bij aansprakelijkheid<sup>20</sup>;
- delcredere (garantie voor goedgeheid van bemiddelde overeenkomst)<sup>21</sup>;
- regels inzake pluraliteit van subjecten<sup>22</sup>.

Het gaat hierbij meestal om regelend recht, hoewel diverse kwesties ook wel als dwingend recht zijn vormgegeven.

Daarnaast zijn er ook wel bijzondere verplichtingen die samenhangen met de aard van de overeenkomst, zoals een dossierplicht bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 7:454 BW), de *action directe* bij de verzekering (art. 7:954 BW).

**11.** Een bijkomende vorm van bescherming is de eis van schriftelijke vastlegging bij diverse bedingen of overeenkomsten. Voorbeelden zijn het delcrederebeding (art. 7:429 BW) en de borgtocht jegens de borg (art. 7:859 lid 1 BW). Een vergelijkbare regeling is de notariële vastlegging van een schenking, bij gebreke waarvan de bewijslast van misbruik van omstandigheden wordt omgekeerd (art. 7:176 BW).

**12.** Als we deze benadering vergelijken met het nieuwe Belgische recht, valt op dat het algemene deel van het verbintenissenrecht al diverse kwesties regelt die in het Nederlandse recht louter op het niveau van de bijzondere overeenkomsten worden geregeld. Zo bevatten de artikelen 5.70 en 6.75-76 Belgisch BW<sup>23</sup> algemene regels inzake opzegging, terwijl het Nederlandse BW geen algemene wettelijke regel inzake opzegging kent, alleen een in de jurisprudentie vormgegeven recht op opzegging onder voorwaarden<sup>24</sup>. Ook bevatten de artikelen 5.159 e.v. regels bij pluraliteit van subjecten die meer regelen dan de algemene regeling van hoofdelijkheid in het Nederlands BW en

<sup>16</sup> Bv. art. 7:405, 426, 431, 461, 601, 616 e.v. BW.

<sup>17</sup> Bv. art. 7:271, 366, 370, 408, 437, 460, 518, 671, 672, 676-679 BW.

<sup>18</sup> Bv. art. 7:302, 366 BW.

<sup>19</sup> Art. 7:409, 410, 422, 438, 674, 675 BW.

<sup>20</sup> Bv. art. 7:406 lid 2, 529, 545a, 609 BW.

<sup>21</sup> Bv. art. 7:429 BW.

<sup>22</sup> Art. 7:407 en 415 BW.

<sup>23</sup> Boek 5 Belgisch BW is in werking getreden op 1 januari 2023.

<sup>24</sup> O.a. HR 28 oktober 2011, *NJ* 2012/685 (De Ronde Venen/Stedin) en eerdere en latere jurisprudentie, zie T.F.E. TJONG TJIN TAI, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV, Bijzondere overeenkomsten* (Deventer: Wolters Kluwer (4) 2022), 154-158 (hierna: ASSER/TJONG TJIN TAI 2022); M.W. DE HOON, *Conflictbeheersing bij opzegging* (diss. Tilburg) (Den Haag: BJu 2005).

die sommige bijzondere regels (zoals art. 7:407 lid 1 Nederlands BW inzake de hoofdelijkheid van opdrachtnemers) mogelijk overbodig zou maken. In zoverre lijkt het Belgische BW iets algemener dan het Nederlandse BW.

**13.** Een ander belangrijk onderwerp bij de praktijk van bijzondere overeenkomsten is kwalificatie en samenloop. In de praktijk komt het regelmatig voor dat een overeenkomst trekken van verschillende typen bijzondere overeenkomsten vertoont. Dat vindt rechtsvergelijkend ook steun in het feit dat er geen eenduidige indeling is: een overeenkomst die in het ene stelsel een duidelijke bijzondere overeenkomst is, zal in een ander stelsel een combinatie van twee verschillende typen kunnen zijn. Hoe wordt hiermee omgegaan in het Nederlandse recht<sup>25</sup>?

**14.** Voor de kwalificatie is volgens de Hoge Raad bepalend welke rechten en verplichtingen voor partijen uit de overeenkomst voortvloeien: de rechter zal die moeten vaststellen en vervolgens bepalen of de overeenkomst daarmee voldoet aan een van de in de wet geregelde soorten<sup>26</sup>. De bedoeling van partijen om wel of niet een bepaalde soort overeenkomst aan te gaan is hier op zichzelf niet relevant voor<sup>27</sup>. Dat is logisch, omdat anders partijen bijvoorbeeld gemakkelijk de dwingendrechtelijke regeling van de huurovereenkomst of arbeidsovereenkomst zouden kunnen ontwijken door louter die bedoeling te expliciteren.

Een belangrijke nuancering hierbij is dat niet alleen de tekst van het contract van belang is, ook latere gedragingen van partijen kunnen hierbij een rol spelen, zodanig dat daaruit zelfs uiteindelijk een ander type overeenkomst (als rechtsverhouding) kan resulteren dan partijen oorspronkelijk voor ogen stond of uit de tekst zou voortvloeien. Een voorbeeld is een maatschap die zou kunnen ontstaan tussen samenwerkende dierenartsen, hoewel zij oorspronkelijk alleen op basis van een overeenkomst van opdracht samenwerkten<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Uitvoerder: A.G. CASTERMANS en H.B. KRANS, *Samenloop*, Mon. BW A21 (Deventer: Kluwer 2019); T.G. WOUDE, “Dynamische uitleg, kwalificatie en partijwisseling”, *RM Themis* 2022/6, 286-297, ook ASSER/TJONG TJIN TAI 2022/47.

<sup>26</sup> HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, *NJ* 2020/43, r.o. 3.2.2, herhaald in HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, *NJ* 2021/116.

<sup>27</sup> Al kan die uiteraard wel een rol spelen bij de uitleg van de overeenkomst (t.a.v. de aangegeven rechten en verplichtingen), en daarmee indirect de kwalificatie beïnvloeden. Zie ook T.F.E. TJONG TJIN TAI, *Meerpartijovereenkomst en samenhangende overeenkomsten*, Mon. BW A29, (Deventer: Kluwer 2019), nr. 18, waar dit in het algemene kader van kwalificatie van rechtsverhoudingen wordt uiteengezet (zie m.n. HR 15 mei 1998, *NJ* 1998/627, r.o. 3.2).

<sup>28</sup> HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876, *NJ* 2012/75.

Dit lijkt ogenschijnlijk af te wijken van de benadering in artikel 5.68 Belgisch BW:

“Art. 5.68. Herkwalificatie van het contract

Van de kwalificatie die door de partijen aan het contract is gegeven, kan enkel worden afgeweken indien zij onverenigbaar is met de bedingen ervan of met dwingendrechtelijke regels of regels van openbare orde”.

Maar voor zover ik uit de tekst van deze bepaling kan opmaken, ligt hier eenzelfde benadering aan ten grondslag: als de bedingen van de overeenkomst (dus de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen) een andere kant op wijzen, prevaleert dat boven de expliciete door partijen gegeven kwalificatie. Het verschil is dat in Nederland de inhoud vooropstaat en de partijkwalificatie hoogstens als interpretatie-instrument relevant is, terwijl in België de partijkwalificatie vooropstaat en pas wijkt bij een inhoud die een andere richting op wijst. Voor de praktijk zal dit amper verschil maken.

**15.** Voor de samenloop van verschillende regelingen komt men uit op de problematiek van wat wordt genoemd ‘gemengde overeenkomsten’. In Nederland is daar de regeling van artikel 6:215 BW voor. Het gehele stelsel vereist echter enkele stappen voordat aan die bepaling wordt toegekomen<sup>29</sup>.

Allereerst moet worden gezien of de overeenkomst niet overheersend als één type overeenkomst moet worden beschouwd (absorptie) terwijl hooguit ondergeschikte onderdelen aan een ander type voldoen. In zo’n geval zal de overeenkomst zelf als het hoofdtype worden gekwalificeerd, al zal op de bijzondere afwijkende onderdelen wel krachtens artikel 6:215 BW (zie hierna) de regeling van de andere overeenkomst kunnen worden toegepast. Een voorbeeld is de overeenkomst van opdracht aan een advocaat in het kader waarvan de advocaat ook een bewijsstuk van de cliënt in bewaring neemt. Het zou onpraktisch zijn de gehele overeenkomst als gemengde overeenkomst op te vatten.

Daarnaast moet worden gezien of de overeenkomst in twee verschillende overeenkomsten kan worden gesplitst<sup>30</sup>, waarmee er feitelijk geen sprake meer zou zijn van een gemengde overeenkomst.

---

<sup>29</sup> Zie ook A.G. CASTERMANS en H.B. KRANS, *Samenloop*, nr. 4; ASSER/TJONG TJIEN TAI 2022/47.

<sup>30</sup> Vgl. HR 10 maart 2017, *NJ* 2017/336, r.o. 3.3.2, al. 1.

Alleen als die stappen geen oplossing bieden, is er daadwerkelijk sprake van een gemengde overeenkomst. Artikel 6:215 BW bepaalt daarvoor het volgende:

“Voldoet een overeenkomst aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere soorten van overeenkomsten, dan zijn de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing, behoudens voor zover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet”.

De Hoge Raad heeft dit nader uitgelegd in HR 10 maart 2017, *NJ 2017/336* inzake een gemengde overeenkomst van opdracht en huur (r.o. 3.3.2):

“Voor zover bepalingen, geldend voor de onderscheiden soorten overeenkomsten, niet met elkaar te verenigen zijn, dient door uitleg van de gemengde overeenkomst te worden beoordeeld welke bepaling (bepalingen) in het concrete geval dient (dienen) te prevaleren. In voorkomend geval kan dit ertoe leiden dat bepalingen van dwingend recht buiten toepassing moeten worden gelaten”.

Hoe verhoudt zich dit tot het Belgische recht? In het Belgische Burgerlijk Wetboek bepaalt artikel 5.67 BW (kwalificatie van gemengde contracten) het volgende:

“Wanneer een contract bedingen bevat die vallen onder verschillende categorieën van contracten, wordt elk beding onderworpen aan de regels die van toepassing zijn op de categorie waartoe het behoort.

Indien een contract evenwel, in bijkomstige orde, bedingen omvat die behoren tot een categorie die verschilt van degene waartoe het contract in hoofdorde behoort, wordt het contract in zijn geheel, met de nodige aanpassingen, onderworpen aan de regels die daarop in hoofdorde van toepassing zijn, tenzij de desbetreffende bijkomstige bedingen uit hun aard een eigen reglementering noodzaken.

Dit artikel is van toepassing onder voorbehoud van de andersluidende wil van de partijen en van elke relevante dwingendrechtelijke regel of regel van openbare orde”.

In hoofdlijnen lijkt deze regeling gelijkaardig te zijn aan het Nederlandse stelsel zoals die uit wet en rechtspraak volgt. Er lijkt echter een uitzondering te zijn ten aanzien van dwingend recht.

In Nederland is de mogelijkheid dat dwingend recht ook buiten toepassing blijft gebaseerd op de *Parlementaire Geschiedenis*. De Hoge Raad citeerde in zijn arrest van 2017<sup>31</sup>:

“Voor zover de in [deze bepaling] omschreven omstandigheden zich voordoen, geldt de (...) geformuleerde regel niet; het is echter niet in abstracto aan te geven welke regels dan wèl moeten worden toegepast. Zelden zal het voorkomen dat op grond van [deze regel] een bepaling van dwingend recht niet moet worden toegepast. Anders dan in artikel 3 Inleidende Titel is voor dwingend recht evenwel geen principiële uitzondering gemaakt, daar immers enerzijds geen algemene regel kan worden gegeven voor het geval dat een dwingende bepaling met een andere wettelijke regel in strijd komt en men anderzijds evenmin de mogelijkheid kan uitsluiten dat ook een dwingende bepaling op een geval dat onder haar letter valt, niettemin krachtens haar strekking niet toepasselijk is”.

Ik sluit niet uit dat de Belgische regel in feite hetzelfde beoogt en dat in voorkomende gevallen door uitleg en/of splitsing van de overeenkomst eenzelfde uitkomst kan worden bereikt ten aanzien van dwingend recht.

Daarnaast valt op dat de Belgische bepaling spreekt van ‘andersluidende wil van partijen’. In het Nederlandse recht is de wil, zoals aangegeven ten aanzien van kwalificatie, hooguit een element bij de uitleg en werkt op die manier door voor de regeling van samenloop, maar is niet rechtstreeks bepalend.

Kortom, op het punt van kwalificatie en samenloop zijn er misschien kleine verschillen in formulering en toepassing, maar wat de uitwerking betreft lopen Nederlands en Belgisch recht waarschijnlijk redelijk gelijk op.

**16.** Valt er verder nog wat te leren van de Nederlandse ervaringen? Voor het codificatieproces kunnen een paar punten worden vermeld.

Praktisch gezien lijkt het zinvol om te streven naar een *integrale* hercodificatie van alle bijzondere overeenkomsten, dus niet een stapsgewijze aanpak. In Nederland is in 1992 begonnen met slechts vier titels in Boek 7, die om de paar jaar zijn uitgebreid<sup>32</sup>. Nog steeds resteert er een aanhangsel van vier overeenkomsten in Boek 7A. Het lijkt erop dat je gemakkelijk decennia kan blijven aanmodderen als je niet in één keer alles overzet. Hiertegen kan overigens worden ingebracht dat er sowieso wijzigingen nodig zouden zijn

---

<sup>31</sup> Toelichting Meijers (de oorspronkelijke ontwerper van het BW), in C.J. VAN ZEBEN en J.W. DU PON (m.m.v. M.M. OLTHOF) (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht* (Deventer: Kluwer 1981), 871.

<sup>32</sup> H.N. SCHELHAAS en A.J. VERHEIJ (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, 14-16 geven een overzicht tot 2019; sindsdien is ook de franchiseovereenkomst in Boek 7 opgenomen.

geweest als gevolg van Europese regelgeving. Er kunnen bovendien praktische redenen zijn waardoor een integrale aanpak niet haalbaar is.

Een beletsel is bijvoorbeeld de keuze tussen ongewijzigd overzetten en totale herziening. Die keuze heeft vele wetgevingstrajecten vertraagd<sup>33</sup>, terwijl er geen consistente lijn is te volgen: de arbeidsovereenkomst is nagenoeg niet gewijzigd, de verzekeringsovereenkomst daarentegen vrij grondig aangepakt. Het lijkt beter het tempo erin te houden en te wijzigen wat goed te wijzigen is: na overzetten in het nieuwe wetboek kan altijd nog een grondiger herziening tot stand worden gebracht. Daarbij dient erop te worden gewezen dat sommige titels politiek gevoeliger zullen liggen dan andere (de arbeidsovereenkomst e.d.), zodat de praktische haalbaarheid van herziening op korte termijn geen louter technisch-juridische kwestie is.

Bij dit alles helpt het misschien om niet te hoge verwachtingen te hebben van een sluitende systematiek. De rechtsvergelijkende analyse liet zien dat er vooralsnog geen consensus is. Wel verdient het overweging om een iets meer gelaagde opbouw binnen de overeenkomsten te kiezen, zoals in Nederland bij de overeenkomst van opdracht is gebeurd, maar dat kan maar tot op zekere hoogte. Een twistpunt is bijvoorbeeld of de aanneming van werk moet worden beschouwd als een *species* van de opdracht, dan wel als afzonderlijke titel moet worden gezien<sup>34</sup>.

#### IV. CONCLUSIE

17. Misschien zijn de bijzondere overeenkomsten de scheikunde van het algemeen verbintenissenrecht. Theoretisch kan men de regels ervoor afleiden uit de algemene regels, maar in de praktijk is dit niet goed gelukt en geven de algemene regels te weinig houvast.

Weliswaar kunnen bijzondere overeenkomsten ook misleidend werken als zij de rechter ertoe verleiden de zaken te simplificeren. Maar dat is geen reden om af te zien van bijzondere overeenkomsten. Zelfs in Engeland, waar men afkerig is van dogmatische systematiek, ontkomt men er niet aan bepaalde categorisering aan te brengen in de veelheid van contractuele relaties. De bijzondere overeenkomsten zijn kennelijk, ondanks de kritiek die men tegen elke concrete implementatie kan inbrengen, een onvermijdelijk gegeven.

---

<sup>33</sup> Met name de nog steeds niet afgeronde saga rond de personenvennootschap (thans nog maatschap) laat dit goed zien: die zou rond 2008 al worden ingevoerd, maar stuitte op bezwaren vanuit de praktijk, zodat zij nog steeds niet is afgerond (inmiddels is al het zoveelste wetsvoorstel in behandeling, al lijkt dit nu wel kans van slagen te hebben).

<sup>34</sup> Zie voor Belgisch recht P. BRULEZ, *Koop en aanneming faux amis?* (Antwerpen: Intersentia 2015).