

## Contractsoverneming vs. contractsvrijheid

Kan door een beroep op de contractsvrijheid een contractsovergang bewerkstelligd worden zonder dat daartoe de akte uit art. 6:159 BW vereist is?



Bob Vertogen

November 2010

Bob Vertogen

ANR: 674978

Universiteit van Tilburg te Tilburg

Master Rechtsgeleerdheid

Accent privaatrecht

Begeleidster: mevrouw mr. C.H.M.A. Smid

Tilburg, november 2010

## Inhoudsopgave

---

<b>Lijst met gebruikte afkortingen</b>	<b>5</b>
<b>Voorwoord</b>	<b>6</b>
<hr/>	
<b>Hoofdstuk 1 Inleiding</b>	<b>7</b>
1.1 Inleiding	7
1.2 Probleemstelling	7
1.3 Relevantie	8
1.3.1 <i>Maatschappelijke relevantie</i>	8
<hr/>	
<b>Hoofdstuk 2 Contractsoverneming en verwante rechtsfiguren</b>	<b>9</b>
2.1 Contractsoverneming	9
2.1.1 <i>Medewerking</i>	9
2.1.2 <i>Akte en totstandkoming</i>	9
2.1.3 <i>Overgang</i>	10
2.1.4 <i>Gevolgen</i>	10
2.1.5 <i>Abstract karakter</i>	11
2.1.6 <i>Conclusie</i>	12
2.2 Akte van contractsoverneming	12
2.2.1 <i>Achtergrond</i>	12
2.2.2 <i>Bewijsfunctie</i>	12
2.2.3 <i>Bewijskracht</i>	13
2.2.4 <i>Vorm</i>	14
2.2.5 <i>Inhoud</i>	14
2.2.6 <i>Conclusie</i>	15
2.3 Novatie	15
2.3.1 <i>Vereisten</i>	15
2.3.2 <i>Objectieve novatie</i>	16
2.3.3 <i>Subjectieve novatie</i>	16
2.3.4 <i>Rechtsgevolg</i>	17

2.4 Cessie	17
2.4.1 Vereisten	17
2.4.2 Akte van cessie	18
2.5 Schuldoverneming	18
2.5.1 Vereisten	19
2.6 Conclusie	19
2.7 Belangen	20
2.7.1 Cessie	21
2.7.2 Derden	21
2.7.3 Schuldoverneming	22
2.8 Overzicht	23

---

<b>Hoofdstuk 3</b>	<b>Contractsvrijheid</b>	<b>25</b>
--------------------	--------------------------	-----------

3.1 Inleiding	25
3.2 Contractsvrijheid	25
3.2.1 <i>Dwingend en aanvullend recht</i>	25
3.2.2 <i>Normering van de contractsvrijheid</i>	26
3.2.3 <i>Consensualisme</i>	27
3.2.4 <i>Redelijkheid en billijkheid</i>	27
3.3 Conclusie	28

---

<b>Hoofdstuk 4</b>	<b>Verhouding tussen contractsovername en contractsvrijheid</b>	<b>29</b>
--------------------	---	-----------

4.1 Inleiding	29
4.2 Literatuur	29
4.3 Rechtspraak	29
4.3.1 <i>Rechtbank Zutphen</i>	30
4.3.2 <i>Rechtbank Alkmaar</i>	34
4.4 Conclusie	36

---

<b>Conclusie</b>	<b>37</b>
------------------	-----------

<b>Literatuurlijst</b>	<b>39</b>
------------------------	-----------

### **Lijst met gebruikte afkortingen**

BW	Burgerlijk Wetboek
OBW	Burgerlijk Wetboek oud
HR	Hoge Raad
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
Rb	Rechtbank
RCR	Rechtspraak Contractenrecht
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de week
RVR	Rechtspraak Vastgoedrecht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

## **Voorwoord**

Voor u ligt de masterscriptie "Contractsovername vs. contractsvrijheid" die is geschreven in het kader van de master Rechtsgeleerdheid, accent privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg. De masterscriptie vormt het sluitstuk van voornoemde opleiding. In september 2009 ben ik aan deze master begonnen en deze zal afgesloten worden met de verdediging van deze scriptie in december 2010. Voor mij persoonlijk vormt de masterscriptie het sluitstuk van een lang en interessant studentenleven, waarbij alle verschillende niveaus in het Nederlandse onderwijssysteem doorlopen zijn. Na de Mavo heb ik het MBO aan het ROC Midden-Brabant te Tilburg met goed gevolg afgerond. Waarna ik koos om door te studeren en de propedeuse aan de Juridische Hogeschool te Tilburg van de opleiding HBO-Rechten heb behaald. In 2006 volgde de stap naar de Universiteit van Tilburg om de WO bachelor Rechtsgeleerdheid (voorheen Nederlands recht) te doorlopen.

Aan de totstandkoming van deze scriptie is een proces voorafgegaan. Met name het vinden van een goed scriptieonderwerp was nog niet zo eenvoudig. Toen ik eenmaal de onderzoeksvraag voor ogen had kreeg de scriptie meer en meer vorm totdat het uiteindelijk het exemplaar werd dat nu voor u ligt.

Graag maak ik van dit voorwoord gebruik om een woord van dank uit te spreken. Mijn begeleidster mevrouw mr. C.H.M.A. Smid wil ik bedanken voor haar goede en vakkundige begeleiding bij het schrijven van mijn scriptie. Als tweede, maar daarom zeker niet minder belangrijk, dank ik mijn familie en vrienden voor alle steun en stimulans tijdens mijn studie.

De laatste aanpassingen aan deze scriptie zijn op 17 november 2010 uitgevoerd.

Bob Vertogen

Tilburg, november 2010

## Hoofdstuk 1            Inleiding

### 1.1        Inleiding

In deze scriptie wordt de contractsovername uit art. 6:159 BW, verwante rechtsfiguren en het beginsel van de contractsvrijheid nader bekeken. Zowel Van Rijssen als Verhoeven geven aan dat de contractsovername meer aandacht zou verdienen aangezien zij in de wet summier is geregeld en in de praktijk steeds belangrijker wordt.<sup>1</sup> Daarnaast wordt door beide schrijvers aangegeven dat nog veel vragen omtrent de contractsovername onbeantwoord zijn en noemt Van Rijssen de contractsovername een onvolgroeide figuur.<sup>2</sup> Dit maakt dat de contractsovername zich mijns inziens prima kan lenen voor het schrijven van de masterscriptie.

### 1.2        Probleemstelling

Wibier stelt zich de vraag of het in de systematiek van het Nederlands recht, en het daarmee gepaard gaande beginsel van de contractsvrijheid, niet mogelijk zou moeten zijn om ook in het geval dat er wél medewerking is maar géén akte, er toch het rechtsgevolg kan ontstaan dat een derde in de plaats van een contractspartij treedt met behoud van identiteit van de verbintenissen.<sup>3</sup>

Het probleem hierbij is dat deze constructie uitgelegd kan worden als beëindiging van een contract met gelijktijdige sluiting van een nieuw contract met de oorspronkelijke derde, dat dezelfde inhoud heeft als het beëindigde contract. Deze constructie zou je als novatie kunnen typeren. Bestaande vorderingen gaan hierdoor teniet en tussen de nieuwe contractspartijen ontstaan nieuwe vorderingen. Een belangrijk gevolg hiervan is dat, in tegenstelling tot de contractsovername uit art. 6:159 BW, afhankelijke rechten krachtens art. 3:82 BW teniet gaan.

Maar wat nu als partijen voornemens zijn om de overeenkomst slechts te wijzigen in de zin dat de derde de positie van de oorspronkelijke contractspartij volledig over zou nemen met de bedoeling om een contractsovername te bewerkstelligen zonder dat daartoe aan de eis van de akte is voldaan? Allereerst wordt in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat bij een wisseling van de schuldeiser of schuldenaar met behoud van de identiteit van de verbintenis er altijd sprake is van cessie of schuldovername.<sup>4</sup> Wibier is van mening dat hieruit zou kunnen volgen dat overgang van vorderingen en schulden met behoud van identiteit niet zou kunnen plaatsvinden op grond van de partijbedoeling, zelfs niet wanneer partijen het eens zijn.<sup>5</sup> Wibier stelt zich de vraag of dit standpunt niet onnodig beperkt is, daar het denkbaar zou zijn dat met behoud van de identiteit van de verbintenis slechts de schuldenaar of de schuldeiser wordt vervangen, mits alle partijen medewerking verlenen. Wibier stoelt deze gedachte op het algemene uitgangspunt dat partijen vrij zijn om verbintenisrechtelijke verhoudingen naar eigen inzicht vorm te geven.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Van Rijssen 2006, p. 285; Verhoeven 2009, p. 181.

<sup>2</sup> Van Rijssen 2006, p. 284.

<sup>3</sup> Wibier 2009, p. 69.

<sup>4</sup> PG Boek 6, p. 483.

<sup>5</sup> Wibier 2009, p. 69.

<sup>6</sup> Wibier 2009, p. 90.

De volgende probleemstelling kan daarmee uit het voorgaande gedestilleerd worden: *Is het in het Nederlands recht mogelijk om een op de contractsovername uit art. 6:159 BW gelijkende contractsovername te bewerkstelligen zonder het vereiste van de akte en hoe dient men in dat geval met het belang van partijen om te gaan?*

### 1.3 Relevantie

De probleemstelling is relevant daar het antwoord meer inzicht kan verschaffen bij de vraag of er wel of geen sprake is van een verbintenis die zijn identiteit behoudt. Dit heeft namelijk gevolgen voor de afhankelijke rechten. Een afhankelijk recht is een recht dat aan een ander recht zodanig verbonden is, dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan, aldus art. 3:7 BW. Belangrijke afhankelijke rechten zijn die van pand en hypotheek. Het afhankelijk recht bestaat in het algemeen slechts indien en zolang het hoofdrecht bestaat.<sup>7</sup> Afhankelijke rechten volgen in het algemeen het recht waaraan zij verbonden zijn krachtens art. 3:82 BW. Dus in het geval dat een vordering teniet gaat, zal het afhankelijke recht daarmee ook teniet gaan. Rechten van pand en hypotheek zijn behalve afhankelijke rechten ook nevenrechten. De wet geeft geen definitie van het begrip nevenrechten. Art. 6:142 BW noemt wel enkele voorbeelden, waaronder die van pand en hypotheek. Voor afhankelijke rechten is art. 6:142 BW verder overbodig, daar art. 3:82 BW al van toepassing is.<sup>8</sup>

#### 1.3.1 Maatschappelijke relevantie

De maatschappelijke relevantie van het antwoord op de probleemstelling ziet op de praktijk, waarin het geregeld voorkomt dat partijen afspreken een contract over te dragen aan een overnemende derde, zonder dat zij de afspraak vastleggen in een akte.<sup>9</sup> Hierdoor vindt geen overgang van de contractuele rechtspositie plaats, ook al beogen partijen dit wel. Het is dus de vraag of dit probleem opgelost kan worden door een beroep te doen op het beginsel van de contractsvrijheid.

Daarnaast is de vraag relevant voor de internationale financieringspraktijk. Westermann wijst erop dat naar buitenlands recht vorderingen en schulden regelmatig door middel van novatie worden overgedragen.<sup>10</sup> Daar bij novatie afhankelijke rechten in beginsel teniet gaan, wordt er naar een oplossing gezocht om dit rechtsgevolg te voorkomen.<sup>11</sup> Contractsovername kan daarbij een oplossing vormen, doordat de contractsovername de wisseling van een rechtssubject tot gevolg heeft waarbij de identiteit van vorderingen en schulden behouden wordt. Zo wijst Van Rijssen erop dat contractsovername een belangrijke rol speelt bij het (uit)syndiceren van kredieten. Dit houdt in dat één bank een geldleningsovereenkomst sluit met de kredietnemer terwijl daarnaast andere banken door middel van contractsovername een deel van de rechten en verplichtingen van eerstgenoemde bank overnemen.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 39.

<sup>8</sup> Wibier 2009, p. 20.

<sup>9</sup> Verhoeven 2004, nr. 2.1.

<sup>10</sup> Westermann 2003, nr. 1.

<sup>11</sup> Westermann 2003, nr. 3.

<sup>12</sup> Van Rijssen 2006, p. 4.



## Hoofdstuk 2 Contractsoverneming en verwante rechtsfiguren

### 2.1 Contractsoverneming

De tweede titel van Boek 6 van het BW bestaat uit 4 afdelingen en draagt de titel 'Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen'. Voor de gevolgen van de overgang van vorderingen geeft Afdeling 1 algemene bepalingen. In titel 6.2 worden voor wat betreft de wijzen van overgang van vorderingen alleen de subrogatie en de contractsoverneming geregeld.<sup>13</sup> De meeste wijzen waarop vorderingen en schulden overgaan zijn elders in het BW geregeld. Zo worden bijvoorbeeld in art. 3:80 lid 3 BW een aantal wijzen van overgang van vorderingen onder bijzondere titel genoemd. De overdracht, geregeld in art. 3:83 BW en verder, is daarvan wellicht de belangrijkste wijze.<sup>14</sup> Art. 6:159 BW regelt de contractsoverneming. Zo volgt uit lid 1 dat een partij bij een overeenkomst haar rechtsverhouding tot de wederpartij met medewerking van deze laatste kan overdragen aan een derde bij een tussen haar en de derde opgemaakte akte. In beginsel gaan hierdoor alle rechten en verplichtingen over op de derde. De contractsoverneming is daarmee een meerszijdige rechtshandeling die gericht is op contractsovergang. Uit deze rechtshandeling ontstaan geen verbintenissen.<sup>15</sup> De contractsoverneming is een rechtsfiguur die pas bij invoering van het huidige BW in 1992 een wettelijke regeling heeft gekregen. Hartkamp en Sieburgh stellen dat contractsoverneming veelvuldig voorkomt, bijvoorbeeld in het geval dat een handelszaak, met inbegrip van alle lopende contracten, wordt verkocht of wordt ingebracht in een NV.<sup>16</sup>

Om de probleemstelling te kunnen beantwoorden is het van belang de rechtshandeling contractsoverneming nader te bekijken om goed in beeld te krijgen wat dit begrip inhoudt en welke rechtsgevolgen deze handeling met zich meebrengt. Daarna worden de verwante rechtsfiguren novatie, cessie en schuldoverneming besproken. Dit heeft als doel om de contractsoverneming in een duidelijk perspectief te plaatsen en de verschillen tussen de rechtshandelingen naar voren te laten komen.

#### 2.1.1 Medewerking

De contractsoverneming is een driezijdige rechtshandeling. Uit art. 6:159 lid 1 BW volgt namelijk dat naast het vereiste van een akte de wederpartij zijn medewerking aan de contractsovergang dient te verlenen. De medewerking kan in elke vorm worden verleend. Zo bepaalde de Hoge Raad dat verzekeringsnemers ook door een zwijgen kunnen instemmen met de overgang van rechten en verplichtingen uit een verzekeringsovereenkomst.<sup>17</sup> Een verklaring kan immers, zoals uit art. 3:37 lid 1 BW volgt, in één of meer gedragingen, en dus ook in een zwijgen, besloten liggen. Het antwoord op de vraag of dit inderdaad het geval is, hangt af van de omstandigheden van ieder individueel geval.

#### 2.1.2 Akte en totstandkoming

Naast het vereiste van de medewerking van de wederpartij dient er tussen degene die overdraagt en

---

<sup>13</sup> Wessels 2010, p. 58.

<sup>14</sup> Wibier 2009, p. 1.

<sup>15</sup> Wibier 2009, p. 68.

<sup>16</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2009, nr. 296.

<sup>17</sup> HR 23 april 1999, NJ 1999, 497 (Jut/Aegon).

de overnemende derde een akte van contractsovernameing opgemaakt te worden. De contractsovernameing in de zin van art. 6:159 BW zal nietig zijn bij gebreke van deze akte. De akte hoeft niet geregistreerd of authentiek te zijn, waarmee een onderhandse akte voldoende is.<sup>18</sup>

Voor alle drie de partijen komt de contractsovernameing op hetzelfde tijdstip tot stand. Dit kan op twee momenten plaatsvinden. Ten eerste het tijdstip waarop de medewerking door de wederpartij achteraf wordt verleend, na het moment dat de akte is opgemaakt. Ten tweede in het geval dat de wederpartij reeds haar toestemming bij voorbaat heeft verleend, krachtens art. 6:159 lid 3 jo. 6:156 lid 1 BW. Hierdoor komt de contractsovernameing tot stand op het tijdstip dat de overdragende en de overnemende partij de wederpartij schriftelijk in kennis hebben gesteld van de overnameing. Mede gelet op art. 3:37 lid 3 BW is daarbij de ontvangst van de schriftelijke kennisgeving van belang, daar dit het moment van overgang aangeeft. Een schriftelijke kennisgeving voorafgaand aan de akte heeft geen werking. De Rechtbank Utrecht oordeelde dat dit niet in het stelsel van de wet past.<sup>19</sup>

### 2.1.3 Overgang

Het gaat bij de contractsovernameing niet om een optelsom van cessie en schuldovernameing maar om een zelfstandige wijze van overgang van rechten en verplichtingen. Het gaat om een samenhangende eenheid die verbintenrechtelijk van aard is. Dit in tegenstelling tot de cessie, welke een goederenrechtelijke regeling heeft gekregen in art. 3:94 BW.<sup>20</sup> Niet alleen de vorderingsrechten en de schulden gaan van de overdragende partij op de derde over, ook de wilsrechten gaan over op de derde. Van Rijssen stelt dat het bij wilsrechten gaat om bevoegdheden, die een partij eenzijdig kan uitoefenen en waarmee een verandering aan wordt gebracht in de eigen rechtspositie. Deze bevoegdheden zijn voorbehouden aan degene die partij zijn bij de overeenkomst, hetgeen de derde na de overnameing is.<sup>21</sup> Bij wilsrechten kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de ontbinding van een overeenkomst op grond van wanprestatie of op vernietiging van een overeenkomst op grond van dwaling.

### 2.1.4 Gevolgen

Het rechtsgevolg van de rechtshandeling contractsovernameing is de contractsovergang, waarbij de rechtsverhouding tussen de wederpartij en de overnemende derde wordt bepaald door de inhoud van het contract dat is overgegaan.<sup>22</sup> Bijkomstige of reeds opeisbaar geworden rechten of verplichtingen, kunnen blijkens art. 6:159 lid 2 BW van de overgang worden uitgesloten door partijen. Bij opeisbaar geworden rechten of verplichtingen kan gedacht worden aan het reeds opeisbare recht op schadevergoeding of aan opeisbare rente. Een voorbeeld wat onder de noemer bijkomstige rechten of verplichtingen geschaard kan worden is het geval dat in een aannemingsovereenkomst een beding is opgenomen dat de aanbesteder bevoegd is het gebruik van bepaalde materialen aan de aannemer voor te schrijven.<sup>23</sup> Daarbij is het van belang om op te merken dat er geen sprake is van een

---

<sup>18</sup> Van Rijssen 2006, p. 234.

<sup>19</sup> Rb. Utrecht 1 juli 2009, *RCR* 2009, 75.

<sup>20</sup> Van Rijssen 2006, p. 187.

<sup>21</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2009, nr. 309.

<sup>22</sup> Verhoeven 2004, p. 8.

<sup>23</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2009, nr. 310.

contractoverneming in het geval dat essentiële rechten en verplichtingen, welke nog niet opeisbaar zijn of welke nog niet uit de overeenkomst zijn ontstaan, uitgesloten worden van de overgang. Dit is het gevolg van het beginsel van behoud van identiteit van de overeenkomst.<sup>24</sup>

Tevens kan uit de wet voortvloeien dat bepaalde rechten of verplichtingen niet op de verkrijger overgaan. Als voorbeeld kan het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst genoemd worden, waarover de Hoge Raad zich heeft uitgelaten.<sup>25</sup> De Hoge Raad overweegt dat de wet voor het aangaan van een concurrentiebeding strengere voorwaarden heeft gesteld dan voor de arbeidsovereenkomst in het algemeen en dat deze strengere voorwaarden dan ook dienen te gelden voor de overgang van het beding op een nieuwe werkgever. Hierdoor dient het beding opnieuw schriftelijk te worden vastgelegd. De achterliggende gedachte hierbij is dat de werknemer de consequenties van het beding opnieuw dient te overwegen omdat de mogelijkheid bestaat dat het beding door de overgang zwaarder op hem kan gaan drukken.

#### 2.1.5 *Abstract karakter*

De contractoverneming is een abstracte rechtshandeling, wat inhoudt dat haar geldigheid niet afhankelijk is van de geldigheid van de onderliggende rechtsverhouding.<sup>26</sup> De wetgever heeft beoogd de wederpartij, die medewerking verleend, te beschermen tegen de mogelijke nadelige gevolgen van gebreken in de relatie tussen overdrager en overnemende derde.<sup>27</sup> Het abstracte karakter van de contractoverneming sluit overigens niet uit dat zij zelf nietig of vernietigbaar is op grond van het voor rechtshandelingen in boek 3 BW onder titel 3.2 bepaalde.<sup>28</sup> De wetgever heeft voor het abstracte karakter van de contractoverneming aansluiting gezocht bij de schuldoverneming.<sup>29</sup> Het abstracte karakter dient bij de schuldoverneming de belangen van de schuldeiser, omdat de schuldeiser slechts toestemming verleent, maar geen partij is bij de rechtshandeling. De schuldeiser moet er daarom op kunnen vertrouwen dat bij eventuele voor hem onbekende gebreken, hij niet terug hoeft te vallen op de oude schuldenaar, maar zich kan blijven verhalen op de nieuwe schuldenaar.<sup>30</sup> Tegenover het abstracte stelsel staat het causale stelsel.<sup>31</sup> In het causale stelsel is de geldigheid van een rechtshandeling wel afhankelijk van de geldigheid van de 'causa'. De causa is de grond voor een bepaalde rechtshandeling. In veel gevallen zal dat een obligatoire overeenkomst zijn. De cessie is een voorbeeld van een rechtshandeling welke onder het causale stelsel valt. Omdat bij de cessie niet de schuldenaar maar de schuldeiser wisselt, is het in tegenstelling tot de schuldoverneming, waar de schuldenaar beschermd wordt, niet van belang om de schuldeiser te beschermen. Het maakt voor een schuldenaar immers niet uit aan wie hij dient te voldoen, de verplichting om te voldoen bestaat toch en aan wie dat dan ook moge zijn, het zal zijn belangen niet schaden.<sup>32</sup>

Ter verduidelijking van het voorgaande kan het voorbeeld van een bedrijfsovername

---

<sup>24</sup> Verhoeven 2004, p. 8.

<sup>25</sup> HR 31 maart 1978, NJ 1978, 325. (Goedegebuure/Dental Post)

<sup>26</sup> Hijma & Olthof 2008, nr. 323.

<sup>27</sup> Huizingh 2009.

<sup>28</sup> PG Boek 6, p. 585.

<sup>29</sup> PG Boek 6, p. 585.

<sup>30</sup> Van Rijssen 2006, p. 231.

<sup>31</sup> Van Rijssen 2006, p. 230.

<sup>32</sup> Van Rijssen 2006, p. 231.

genoemd worden. Hierbij wordt uitgegaan van een constructie waarbij de verschillende onderdelen van een onderneming verkocht worden en afzonderlijk worden overgedragen. Goederen middels levering, schulden middels schuldoverneming en contracten middels contractsoverneming. Als na de overdracht en overgang de activapassivaovereenkomst wegvalt, bijvoorbeeld door vernietiging op grond van dwaling, zal dit tot gevolg hebben dat de goederen terugkeren in het vermogen van de verkoper. Voor de schulden en de contracten gaat dit echter niet op, daar de schuldoverneming en contractsoverneming een abstract karakter hebben.<sup>33</sup>

### *2.1.6 Conclusie*

Om te kunnen spreken van een contractsovergang – waarmee in beginsel de overgang van een contractuele rechtspositie in zijn geheel wordt bedoeld – door middel van de rechtshandeling contractsoverneming wordt er vereist dat er een driezijdige rechtshandeling plaatsvindt, bestaande uit twee handelende partijen, die door hun wilsuiting de overgang bewerkstelligen, welke wilsverklaringen in een akte vastgelegd dienen te worden, en één niet-handelende partij, die zijn medewerking dient te verlenen.

## **2.2 Akte van contractsoverneming**

In het voorgaande is de contractsoverneming in het algemeen besproken. Voor een geldige contractsoverneming zijn de twee vereisten al kort besproken, namelijk de akte tussen overdrager en overnemende derde en de medewerking van de wederpartij. Van Rijssen stelt dat de akte het centrale element van de contractsoverneming vormt. De akte zorgt voor de driezijdigheid van de contractsoverneming doordat zij de wilsovereenstemming tussen overdrager en overnemende derde vastlegt en zorgt voor het verbindende element met de wilsverklaring van de wederpartij.<sup>34</sup> In deze paragraaf zal de akte nader onder de loep worden genomen.

### *2.2.1 Achtergrond*

Het begrip 'akte' komt op veel plaatsen in het Burgerlijk Wetboek voor. Vooral in Boek 3 BW komt het begrip vaak voor, waarbij het dan meestal om een authentieke of een geregistreerde onderhandse leveringsakte gaat. In Boek 6 BW speelt de akte slechts bij twee bepalingen een rol, naast art. 6:159 BW is dat art. 6:252 lid 2 BW. Het vereiste van een akte bij contractsoverneming is niet vanzelfsprekend. In Duitsland, Frankrijk, Italië, Portugal en Zwitserland is de akte geen constitutief vereiste voor de contractsoverneming. Het Nederlandse recht is daarmee strenger dan de meeste Europese landen.<sup>35</sup> De wetgever heeft voor wat betreft het vereiste van de akte aansluiting gezocht bij hetgeen omtrent de cessie is bepaald in art. 3:94 BW.<sup>36</sup>

### *2.2.2 Bewijsfunctie*

Een algemene definitie van het begrip 'akte' wordt niet gegeven in het Burgerlijk Wetboek. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geeft wel een definitie in art. 156 lid 1 Rv: "*Akten zijn*

---

<sup>33</sup> Huizingh 2010, nr. 1.

<sup>34</sup> Van Rijssen 2006, p. 234.

<sup>35</sup> Van Rijssen 2006, p. 234.

<sup>36</sup> PG Boek 6, p. 585; Verhoeven 2004, nr. 2.1; Van Loggerenberg 1981, p. 225.

*ondertekende geschriften, bestemd om tot bewijs te dienen.*” De bewijsbedoeling van de akte speelt een belangrijke rol. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de levering van een onroerende zaak. Het is namelijk voor de rechtszekerheid van belang dat er geen onduidelijkheden ontstaan over wie het eigendomsrecht heeft. Zo levert de akte in Boek 3 BW het dwingende bewijs op voor de goederenrechtelijke status van een overgedragen goed. Bij de contractsovername levert de akte het bewijs op dat de partijen de wil hebben om de contractuele rechtspositie van de overdrager op de overnemende derde te doen laten overgaan.<sup>37</sup>

Hoewel dit uit de wet niet is af te leiden, stelt Van Rijssen dat voor de contractsovername een bepaalbaarheidsvereiste geldt.<sup>38</sup> Ten eerste vindt Van Rijssen steun voor zijn standpunt in het gegeven dat dit vereiste voor de cessie geldt krachtens art. 3:84 lid 2 BW. Dit vereiste is ook van toepassing op de contractsovername omdat daarbij meestal ook sprake is van een overgang van vorderingen. De Hoge Raad heeft met betrekking tot het bepaalbaarheidsvereiste uitgemaakt, dat het voor overdragen van vorderingsrechten voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat, dat eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden bepaald om welke vorderingen het gaat.<sup>39</sup> Ten tweede kan op het in art. 6:227 BW voor wat betreft het tot stand komen van overeenkomsten worden gewezen: *‘De verbintenissen die partijen op zich nemen, moeten bepaalbaar zijn.’* Doordat de overnemende derde de bestaande verbintenissen uit een overeenkomst op zich neemt, acht Van Rijssen deze bepaling ook van toepassing op de contractsovername.<sup>40</sup>

Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat de akte een bewijsfunctie heeft die bestaat uit het bewijs van de contractsovername zelf en de bepaalbaarheid van de overeenkomst die overgaat.

### 2.2.3 Bewijskracht

Krachtens art. 157 lid 2 Rv levert de akte van contractsovername dwingend bewijs op tussen de overdrager en overnemende derde, zij zijn immers partij bij de akte. Uit art. 151 Rv volgt dat de dwingende bewijskracht tot gevolg heeft dat de inhoud van de akte als waar dient te worden aangenomen, behoudens tegenbewijs. De dwingende bewijskracht van de akte heeft geen werking jegens de wederpartij, zij is immers slechts partij bij de rechtshandeling contractsovername en geen partij bij de akte. De Hoge Raad heeft over de akte bepaald dat deze slechts dwingend bewijs oplevert ten behoeve van degene die in de akte als zodanig is aangewezen of degene ten wiens behoeve de ondertekenaar van de akte zich blijkens de tekst daarvan heeft verbonden.<sup>41</sup> In het geval dat de wederpartij in de akte wordt genoemd en hij deze akte tekent als blijk van zijn medewerking, levert de akte ook jegens de wederpartij dwingende bewijskracht op. Wordt de wederpartij niet in de akte genoemd, dan zal dit geen dwingend bewijs opleveren tegenover de wederpartij, ook niet wanneer de wederpartij de akte ondertekent om zijn medewerking aan de contractsovername te verlenen.

---

<sup>37</sup> Van Rijssen 2006, p.235.

<sup>38</sup> Van Rijssen 2006, p. 237.

<sup>39</sup> HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 (Gispens qq./Rivierenland).

<sup>40</sup> Van Rijssen 2006, p. 237.

<sup>41</sup> HR 5 december 2003, NJ 2004, 75 (Braam/Standvast Wonen).

#### 2.2.4 Vorm

Zoals in het voorgaande al kort aangestipt is het in de zin van art. 6:159 BW voldoende dat er sprake is van een onderhandse akte. Het is volgens Van Rijssen voldoende om over een akte van contractsovername te kunnen spreken als er twee op elkaar aansluitende brieven zijn ondertekend door de overdrager en overnemende derde. De akte hoeft dus niet uit één schriftelijk stuk te bestaan, er dient echter wel sprake te zijn van duidelijk opeenvolgende en op elkaar aansluitende verklaringen van de overdrager en overnemende derde.<sup>42</sup> Het is van belang dat de wilsverklaringen tussen de overdrager en overnemende derde worden geuit. De Rechtbank Rotterdam heeft namelijk overwogen dat een verklaring jegens anderen dan de overdrager en de overnemende derde, ook wanneer daaruit de wens tot contractsovername volgt, niet voldoet aan het vereiste van de akte uit art. 6:159 BW.<sup>43</sup>

#### 2.2.5 Inhoud

Een andere belangrijke vraag is wat in de akte van contractsovername opgenomen dient te worden, te meer daar de wetgever niets heeft bepaald omtrent de inhoud. Zoals we uit het voorgaande op kunnen maken dient de akte in ieder geval de wilsverklaringen van de overdrager en de overnemende derde te bevatten, dat zij voornemens zijn om de contractuele rechtspositie als eenheid tussen partijen over te doen laten gaan.

De akte dient zo beschreven te zijn dat het voor de overnemende derde bepaalbaar is welke contractuele rechtsverhouding overgaat en wat haar inhoud is. Dit kan door de overeenkomst expliciet te omschrijven, of door voldoende gegevens op te nemen om de overeenkomst te individualiseren.<sup>44</sup> Kijkend naar art. 6:159 lid 2 BW dient de akte te vermelden welke rechten en verplichtingen uitgesloten worden van overgang. Als de wederpartij zijn medewerking op grond van de akte heeft verleend is het redelijk dat de wederpartij zich niet tegenover de overnemende derde kan beroepen op een verplichting die niet in de akte staat vermeld in het geval de overnemende derde deze verplichting niet kent of behoort te kennen.<sup>45</sup>

Om geen misverstanden te laten ontstaan dient het volgens Verhoeven aanbeveling om in de akte op te nemen dat de overnemende derde niet naast de overdrager contractspartij wordt, maar juist in de plaats van de overdrager treedt. Op die manier weet de wederpartij waaraan zij haar toestemming verleent en worden uitlegperikelen voorkomen.<sup>46</sup>

Eerder werd al duidelijk dat de contractsovername tot stand komt door de medewerking van de wederpartij, op dat moment gaat de rechtsverhouding over op de overnemende derde. Voor zover mogelijk dient de akte dan ook, naast het tijdstip waarop de akte zelf tot stand is gekomen, het tijdstip waarop de wederpartij zijn medewerking verleent te vermelden.<sup>47</sup> Van Rijssen stoelt deze aanbeveling

---

<sup>42</sup> Van Rijssen 2006, p. 240 e.v.

<sup>43</sup> Rb. Rotterdam 2 juni 2010, *LJN* BN3061, 300059.

<sup>44</sup> Verhoeven 2004, p. 6.

<sup>45</sup> Van Rijssen 2006, p. 243.

<sup>46</sup> Verhoeven 2004, p. 6.

<sup>47</sup> Van Rijssen 2006, p. 243.

op het feit dat de akte het enige schriftelijk vereiste stuk bij de contractsovername is, zodat het voor derden duidelijk is op welk tijdstip de overeenkomst overgaat.<sup>48</sup>

### 2.2.6 Conclusie

De akte is één van de twee vereisten om van een geldige contractsovername te kunnen spreken. Zij legt de wilsverklaringen van de overdrager en overnemende derde vast. Het is voldoende dat er sprake is van een onderhandse akte, welke door de overdrager en overnemende derde dient te zijn getekend. Door kennis te nemen van de akte wordt aan de wederpartij duidelijk waarvoor zijn medewerking wordt verlangd. De akte levert alleen dwingend bewijs op tussen de overdrager en overnemende derde, dit is anders in het geval wanneer ook de wederpartij de akte ondertekend.

## 2.3 Novatie

Novatie (ook wel als schuldvernieuwing aangeduid) is een overeenkomst welke strekt tot afstand van een vorderingsrecht, waarbij een nieuwe verbintenis tot stand wordt gebracht.<sup>49</sup> Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen objectieve novatie en subjectieve novatie. Bij objectieve novatie komt een nieuwe verbintenis tot stand tussen dezelfde schuldeiser en schuldenaar. Bij subjectieve novatie wordt één van de partijen vervangen door een derde. Subjectieve novatie wordt weer onderverdeeld in actieve novatie, waarbij de schuldeiser wordt vervangen, en passieve novatie, waarbij de schuldenaar wordt vervangen.<sup>50</sup> Novatie is een wijze, naast bijvoorbeeld afstand (art. 6:160 BW), voldoening van een verschuldigde prestatie (art. 6:27 e.v. BW) en verrekening (art. 6:127 e.v. BW), waardoor een verbintenis teniet gaat, maar is niet afzonderlijk in de wet geregeld.<sup>51</sup> Het OBW bevatte wel een wettelijke regeling voor novatie, maar deze is niet meer in het huidige BW opgenomen. Doordat de figuren cessie, schuldovername en contractsovername in het BW werden opgenomen, vond de wetgever een wettelijke regeling voor novatie overbodig, doordat eerstgenoemde figuren de novatie in de praktijk overbodig zouden maken.

De Hoge Raad heeft in een uitspraak van 27 juni 1997, welke onder het oude recht is geweest, expliciet geoordeeld dat een contractsovername gestoeld op het OBW, geen aansluiting kan vinden bij het huidige art. 6:159 BW. Voor de vaststelling van de rechtsgevolgen diende nog aangesloten te worden bij de oude regeling van novatie in het OBW.<sup>52</sup> Op grond van het beginsel van contractsvrijheid staat het partijen echter wel gewoon vrij om ook onder het huidige recht novatie overeen te komen.<sup>53</sup> In Engeland speelt novatie wel een belangrijke rol aangezien men de figuur van contractsovername daar niet kent.<sup>54</sup>

### 2.3.1 Vereisten

Partijen dienen allereerst de novatie daadwerkelijk te beogen, waarbij de wilsverklaringen van partijen

---

<sup>48</sup> Van Rijssen 2006, p. 242.

<sup>49</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2009, nr. 320.

<sup>50</sup> Wibier 2009, p. 89.

<sup>51</sup> Wibier 2009, p. 86.

<sup>52</sup> HR 27 juni 1997, NJ 1997, 641 (Budde/Toa Moa).

<sup>53</sup> Viëtor & Visser 2006, nr. 3.

<sup>54</sup> Westermann 2003, nr. 1.

in een overeenkomst neergelegd dienen te worden.<sup>55</sup> Daarnaast is het noodzakelijk dat er vooraf een verbintenis aanwezig is. Aan dit vereiste is niet voldaan indien de verbintenis waar partijen beogen novatie voor toe te passen reeds teniet is gegaan.<sup>56</sup> Daar novatie onder andere de vervanging van een bestaande verbintenis voor een nieuwe verbintenis tot doel heeft, is het ontstaan van de nieuwe verbintenis een derde vereiste voor novatie.<sup>57</sup> Tussen de vooraf aanwezig zijnde verbintenis en het ontstaan van de nieuwe verbintenis dient een onafscheidelijk verband te bestaan. Hartkamp en Sieburgh noemen als voorbeeld een vaste afnemer van een fabrikant die af en toe bestellingen annuleert. De fabrikant zal daar gezien het belang om zijn afnemer te behouden geen problemen mee hebben. Als de afnemer daarna een nieuwe bestelling plaatst, ook al is deze naar aanleiding van de geannuleerde bestelling gedaan, zal er geen sprake zijn van novatie.<sup>58</sup> Het gaat er dus om dat de nieuwe verbintenis de bestaande verbintenis vervangt.

### 2.3.2 *Objectieve novatie*

Objectieve novatie kan op twee manieren plaatsvinden. De eerste manier is dat partijen een verbintenis vervangen door één met een andere inhoud. Hiervan is sprake als de prestatie waartoe de schuldenaar verplicht is door een andere prestatie vervangen wordt. Als voorbeeld kan de verplichting om een bepaald bedrag te betalen genoemd worden, welke wordt omgezet in het leveren van een bepaalde zaak.<sup>59</sup> Uit een arrest van de Hoge Raad<sup>60</sup> volgt dat aanpassing van de hoofdsom, de looptijd en andere voorwaarden bij een borgstelling niet als objectieve novatie gekwalificeerd kan worden. Hieruit volgt dat er geen sprake van objectieve novatie is, indien slechts de onderliggende prestaties worden gewijzigd, maar de verbintenissen ongewijzigd blijven.

De tweede wijze van objectieve novatie kan plaatsvinden door verandering van de oorzaak der verbintenis. Partijen kunnen omtrent de verplichting van de schuldenaar overeenkomen dat deze een andere grond dan voorheen zal hebben. Volgens Hartkamp en Sieburgh wordt bijvoorbeeld algemeen aangenomen dat een geldschuld omgezet kan worden in een leenschuld.<sup>61</sup>

### 2.3.3 *Subjectieve novatie*

De term 'subjectieve novatie' heeft betrekking op de subjecten bij de verbintenis, waarvan er één vervangen wordt. Opgemerkt dient te worden dat er bij subjectieve novatie ook altijd sprake is van objectieve novatie, daar de bestaande verbintenis ten onder gaat.<sup>62</sup>

Wanneer bij de vervanging van de schuldenaar, de oude schuldenaar van zijn verplichting wordt ontslagen spreken we van passieve novatie.<sup>63</sup> Passieve novatie is een driepartijenovereenkomst doordat de medewerking van de schuldeiser noodzakelijk is. De schuldeiser kan immers niet zomaar een andere schuldenaar opgedrongen worden. Om passieve novatie tot stand te laten komen moet de

---

<sup>55</sup> Wibier 2009, p. 89.

<sup>56</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2009, nr. 321.

<sup>57</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2009, nr. 322.

<sup>58</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2009, nr. 323.

<sup>59</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2009, nr. 325.

<sup>60</sup> HR 17 juni 1988, NJ 1988, 958.

<sup>61</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2009, nr. 328.

<sup>62</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2009, nr. 329.

<sup>63</sup> Wibier 2009, p. 89.



schuldeiser naast aanvaarding van de nieuwe schuldenaar, afstand doen van zijn vorderingsrecht jegens zijn oude schuldenaar. Dit vloeit voort uit de aard van novatie en art. 6:160 lid 1 BW.<sup>64</sup> Ook bij actieve novatie spreken we over een driepartijenovereenkomst, in dit geval dient echter de schuldenaar zijn medewerking aan vervanging van de schuldeiser te geven. Subjectieve novatie kan ook meervoudig zijn. Dit is het geval als de vervanging van de schuldenaar samenvalt met de vervanging van de schuldeiser. Hartkamp en Sieburgh geven als voorbeeld een ondernemer die zijn zaak verkoopt. Alle lopende arbeidscontracten worden middels novatie voortgezet door de koper. Daar de ondernemer recht had op arbeidsprestatie van de werknemer en daarnaast verplicht was om loon aan zijn werknemer te betalen, vervangt de koper zowel de positie van schuldenaar, als die van schuldeiser.<sup>65</sup>

#### 2.3.4 *Rechtsgevolg*

Indien novatie aan de orde is heeft dit tot gevolg dat de oorspronkelijke verbintenis en de daarmee verbonden nevenrechten teniet gaan. Wibier stelt zich ook bij het leerstuk van de novatie de vraag in hoeverre het partijen vrij staat zelf te bepalen of er sprake is van novatie of van wijziging van de overeenkomst zonder dat daarbij de oorspronkelijke verbintenis door middel van afstand (art. 6:160 BW) tenietgaat.<sup>66</sup>

### 2.4 **Cessie**

Cessie is een tweezijdige rechtshandeling die het rechtsgevolg heeft dat een vordering onder bijzondere titel met behoud van identiteit overgaat.<sup>67</sup> De nevenrechten blijven verbonden aan het recht dat overgaat en gaan dus niet zoals bij novatie teniet. De cessie is geregeld in art. 3:94 BW en kan opgedeeld worden in de openbare cessie (art. 3:94 lid 1 BW) en de stille cessie (art. 3:94 lid 3 BW). Dat cessie in boek 3 BW geregeld is komt doordat het een goederenrechtelijk leerstuk betreft. Cessie is namelijk de leveringswijze voor vorderingen op naam, wat onder het leerstuk van de overdracht (art. 3:84 BW) valt. Het brengt een goederenrechtelijke mutatie teweeg, namelijk de overgang van een goed (art. 3:1 BW). Dit in tegenstelling tot de contractsoverneming waarbij de vervanging van de persoon van de schuldeiser centraal staat en daarmee verbintenisrechtelijk van aard is.<sup>68</sup>

#### 2.4.1. *Vereisten*

Voor de cessie schrijft de wet een akte voor. Ook bij deze akte speelt het eerder bij de akte van contractsoverneming besproken arrest van de Hoge Raad van 14 oktober 1994 een belangrijke rol.<sup>69</sup> Het bepaalbaarheidsvereiste is door de Hoge Raad ook op de cessie van toepassing verklaard.<sup>70</sup> De vordering dient volgens de Hoge Raad door de akte in voldoende mate te worden bepaald. Het is niet noodzakelijk dat de vordering in de akte wordt gespecificeerd. Het is voldoende als de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke

---

<sup>64</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2009, nr. 330.

<sup>65</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2009, nr. 332.

<sup>66</sup> Wibier 2009, p. 90.

<sup>67</sup> Van Rijssen 2006, p. 67.

<sup>68</sup> Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 297.

<sup>69</sup> HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 (Gispen qq./Rivierenland).

<sup>70</sup> HR 16 mei 2003, NJ 2004, 183 (De Liser de Morsain/Rabobank Den Haag).

vordering het gaat.

Naast de akte dient bij de openbare cessie mededeling daarvan aan de schuldenaar van de vordering gedaan te worden. Voor de stille cessie geldt géén mededelingseis en is het enkel nodig dat er een akte opgemaakt wordt.

#### 2.4.2 Akte van cessie

De goederenrechtelijke overeenkomst van overdracht dient in de akte opgenomen te zijn. Een goederenrechtelijke overeenkomst is een meezijdige rechtshandeling, waarbij de overdrager en overnemende derde verklaren thans de vordering uit het vermogen van de overdrager in dat van de overnemende derde te willen doen overgaan.<sup>71</sup> Recent is door het Gerechtshof Arnhem uitgemaakt dat de akte tenminste de tot levering strekkende verklaring van de overdrager dient te bevatten.<sup>72</sup>

Ondertekening van de akte door beide partijen is niet vereist, ondertekening door de overdrager gevolgd door een vormvrije aanvaarding is voldoende.<sup>73</sup> Hierin zit een verschil met de akte van contractsoverneming, waarbij een onderhandse akte is vereist, welke door zowel de overdrager als de overnemende derde getekend dient te worden. Overigens dient de akte van cessie wel de naam van de overnemende derde te bevatten.<sup>74</sup> Bij de openbare cessie mag de akte zowel onderhands als authentiek zijn. Doordat bij de stille cessie geen mededeling aan de schuldenaar gedaan wordt dient het om een authentieke of geregistreerde onderhandse akte te gaan om het gebrek aan publiciteit te compenseren.<sup>75</sup> Dit vloeit voort uit de bewijsrechtelijke status van een akte. Zo levert een authentieke akte krachtens art. 157 lid 1 Rv dwingend bewijs jegens één ieder op. De onderhandse akte levert slechts dwingend bewijs tussen partijen op, krachtens art. 157 lid 2 Rv.<sup>76</sup>

## 2.5 Schuldoverneming

Bij schuldoverneming neemt een derde de schuld van de schuldenaar over, wat tot gevolg heeft dat de derde gebonden is tegenover de schuldeiser in plaats van de oude schuldenaar met behoud van de identiteit van de schuld. De schuldenaar en de overnemende derde zijn daarmee de handelende partijen en de schuldeiser de niet-handelende partij.<sup>77</sup> De schuld- en contractsoverneming hebben verwantschap, dit blijkt wel uit het feit dat zij in één afdeling zijn ondergebracht (afdeling 3 van titel 2 van Boek 6 BW). Om de overgang van een schuld daadwerkelijk te bewerkstelligen vereist art. 6:155 BW de toestemming van de schuldeiser. Hierin zit het grote verschil met de cessie. Voor een schuldenaar zal het doorgaans niet uitmaken aan wie hij de verschuldigde prestatie moet voldoen. Om die reden is er bij de cessie geen medewerking van de schuldenaar vereist. Wanneer echter de schuldenaar vervangen wordt, zoals bij schuldoverneming het geval, maakt het voor de schuldeiser wel uit wie zijn schuldenaar is. Zo kan de nieuwe schuldenaar bijvoorbeeld minder solvent zijn dan de

---

<sup>71</sup> Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 284.

<sup>72</sup> Hof Arnhem 21 september 2010, *LJN* BN7744.

<sup>73</sup> Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2010, nr. 275.

<sup>74</sup> Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2010, nr. 275a.

<sup>75</sup> Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 300.

<sup>76</sup> Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 81.

<sup>77</sup> Van Rijssen 2006, p. 87.

oude schuldenaar, wat nadelig voor de schuldeiser kan zijn. De wetgever heeft met dit gegeven rekening gehouden door het toestemmingsvereiste bij de schuldoverneming op te nemen.<sup>78</sup>

### 2.5.1 Vereisten

In tegenstelling tot de contractsovername, waarbij een akte vereist is, is voor de schuldoverneming slechts een vormvrije overeenkomst tussen de schuldenaar en de overnemende derde vereist. De schuldeiser dient nadat hij door partijen in kennis is gesteld van de schuldoverneming zijn - eveneens vormvrije - toestemming te geven. Volgens Verhoeven en Wibier komt de schuldoverneming tot stand op het moment dat de schuldeiser toestemming heeft gegeven. Een aantal andere schrijvers, waaronder Van Rijssen, stellen dat de schuldoverneming al werking heeft tussen de schuldenaar en overnemende derde op het moment dat tussen deze partijen wilsovereenstemming is bereikt. De toestemming zou dan slechts nodig zijn om de schuldoverneming ook jegens de schuldeiser zelf te laten werken.<sup>79</sup>

Zonder kennisgeving aan de schuldeiser gaat de schuld niet over op de overnemende derde. Doen de schuldenaar en overnemende derde echter geen beroep op het ontbreken van de kennisgeving, dan dient te worden aangenomen dat de schuld toch is overgegaan.<sup>80</sup>

De vormvrije toestemming van de schuldeiser kan zowel tot de schuldenaar als de overnemende derde gericht worden. Toestemming kan door de schuldeiser ook bij voorbaat gegeven worden. De overgang van de schuld vindt dan plaats op het moment dat de schuldenaar en overnemende derde tot overeenstemming zijn gekomen en zij de schuldeiser schriftelijk in kennis hebben gesteld van de schuldoverneming (art. 6:156 lid 1 BW).<sup>81</sup>

## 2.6 Conclusie

Bij novatie is sprake van een overeenkomst die tot gevolg heeft dat bestaande vorderingen tenietgaan en dat er nieuwe vorderingen tussen de nieuwe partijen tot stand komen. Afhankelijke zekerheidsrechten gaan daardoor teniet krachtens art. 3:82 BW. Dit in tegenstelling tot de contractsovername, waarbij sprake is van een overeenkomst waarbij een partij haar rechtsverhouding tot de wederpartij overdraagt, zonder dat afhankelijke zekerheidsrechten tenietgaan.<sup>82</sup>

Bij cessie en schuldoverneming gaan de uit de bron van de verbintenissen voortvloeiende vorderingen of schulden op de overnemende derde over. Het verschil tussen cessie en schuldoverneming is dat het bij cessie om de overdracht van vorderingen gaat, hetgeen goederen in de zin van art. 3:1 BW zijn en het bij schuldoverneming om schulden gaat, welke geen goederen zijn. Cessie is een goederenrechtelijke figuur, waarbij de goederenrechtelijke status van een goed gewijzigd wordt. Schuldoverneming is daarentegen een verbintenissenrechtelijke figuur, waarbij de persoon van de schuldenaar vervangen wordt.

Mellema-Kranenburg spreekt bij de novatie over vernieuwing, mijns inziens een goed gekozen

---

<sup>78</sup> Wibier 2009, p. 61.

<sup>79</sup> Wibier 2009, p. 66.

<sup>80</sup> Wibier 2009, p. 66.

<sup>81</sup> Wibier 2009, p. 68.

<sup>82</sup> Wibier 2009, p. 69.

woord omdat daarmee het verschil met andere rechtshandelingen ook goed aangegeven kan worden.<sup>83</sup> Het grote verschil tussen novatie en de drie andere genoemde rechtshandelingen, is namelijk dat de identiteit van vorderingen en schulden die overgaan niet behouden worden bij novatie en wel bij contractsovername, cessie en schuldovername. Voor novatie dient namelijk gebruik gemaakt te worden van art. 6:160 BW, wat met zich meebrengt dat verbintenissen teniet gaan. Bij de overige genoemde vormen is dit niet het geval, zij zijn zo geconstrueerd dat de identiteit behouden blijft, waardoor afhankelijke rechten niet teniet zullen gaan.

Een optelsom van cessie en schuldovername zorgt ervoor dat vorderingen en schulden overgaan op de overnemende derde. Als daarnaast ook nog art. 6:142 BW in ogenschouw genomen wordt zou je bijna een zelfde resultaat als bij contractsovername kunnen bewerkstelligen. De toegevoegde waarde van de contractsovername is echter dat deze bestaat uit één rechtshandeling waardoor in beginsel de gehele contractuele rechtsverhouding, met inbegrip van de wilsrechten, overgaat op de overnemende derde.<sup>84</sup> De wilsrechten gaan bij een optelsom van cessie en schuldovername niet geheel mee over.<sup>85</sup>

## 2.7 Belangen

Bij de verschillende rechtshandelingen die hierboven de revue hebben gepasseerd dienen de verschillende, bij die rechtshandelingen betrokken belangen van de niet-handelende partij in kaart gebracht te worden. Zo wordt duidelijk welke drempels opgeworpen worden met betrekking tot het bewerkstelligen van een overgang en maakt het inzichtelijker waarom de wetgever voor bepaalde vormvereisten bij het totstandkomen van de verschillende rechtshandelingen heeft gekozen.

De wetgever beoogt een flexibel en vrij rechtsverkeer, het 'verkeersbelang', waarbij het mogelijk is om rechten en verplichtingen over te laten gaan, zodat één ieder de vrijheid heeft om zijn eigen rechtspositie te bepalen, wat het 'zelfbeschikkingsrecht' genoemd wordt.<sup>86</sup> Bij de overgang van rechten en verplichtingen wordt er altijd inbreuk gemaakt op de vrijheid van de wederpartij. De wederpartij krijgt immers met een andere schuldeiser of schuldenaar te maken. De wetgever heeft voor de rechtshandelingen bepaalde vormvereisten vastgesteld, zodat de belangen van rechtssubjecten niet geschaad kunnen worden.

Hoe dienen de verschillende belangen bij een rechtshandeling nu afgewogen te worden? Bij de meezijdige rechtshandelingen die behandeld zijn is het vooral de niet-handelende partij die beschermd dient te worden, zij wil namelijk haar rechtspositie zoals die op dat moment is handhaven. De handelende partijen streven echter een wijziging in hun rechtspositie na, zij hoeven dan ook niet beschermd te worden. Volgens Van Rijssen heeft het zelfbeschikkingsrecht dan ook voorrang op het verkeersbelang.<sup>87</sup> Het verkeersbelang wint het echter als de niet-handelende partij zijn toestemming of medewerking verleent aan de overgang. Het zelfbeschikkingsrecht van de niet-handelende partij wordt dan namelijk anders ingevuld, zij is dan voornemens haar rechtspositie te wijzigen en niet langer

---

<sup>83</sup> Mellema-Kranenburg (Verbintenissenrecht II) art. 160 BW, nr. 21.

<sup>84</sup> Van Rijssen 2008, nr. 4.

<sup>85</sup> PG Boek 6, p. 586; Van Rijssen 2008, nr. 7.

<sup>86</sup> Van Rijssen 2006, p. 59 e.v.

<sup>87</sup> Van Rijssen 2006, p. 64.

te handhaven. Het verkeersbelang en het zelfbeschikkingsrecht staan bij toestemming en/of medewerking elkaar niet langer in de weg, waardoor een overgang kan plaatsvinden.

### 2.7.1 Cessie

Bij de cessie zijn de schuldeiser en de overnemende derde de handelende partijen. Zij willen bewerkstelligen dat hun rechtspositie met betrekking tot een vordering wordt gewijzigd, wat tot gevolg heeft dat de vordering onder bijzondere titel overgaat. De schuldenaar is de niet-handelende partij en moet door de cessie genoegen nemen met een andere schuldeiser. Het zelfbeschikkingsrecht brengt echter met zich mee dat de niet-handelende partij zelf moet kunnen bepalen met wie zij verplichtingen aangaat en of daarin een wijziging kan plaatsvinden. Omwille van het verkeersbelang heeft de wetgever het nodig geacht inbreuk te maken op het zelfbeschikkingsrecht. Toch heeft de wetgever aan de belangen van de schuldenaar gedacht. Partijen hebben immers de mogelijkheid om krachtens art. 3:83 lid 2 BW af te spreken dat het niet mogelijk is om een vordering over te dragen. Overigens heeft de Hoge Raad in het arrest *Oryx/Van Eesteren* met betrekking tot het beding van niet-overdraagbaarheid bepaald dat deze goederenrechtelijke werking heeft, zodat het ook tegenover derden ingeroepen kan worden.<sup>88</sup> Van Rijssen stelt dan ook dat in het licht van een te maken belangenafweging het arrest het zelfbeschikkingsrecht voorop zet.<sup>89</sup> Daarnaast kan ook de aard van de te verrichten prestatie zich tegen een overgang verzetten. In art. 3:83 lid 1 BW komt dit tot uitdrukking doordat de wetgever heeft bepaald dat vorderingsrechten niet overdraagbaar zijn als de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet. Daarbij gaat het volgens Van Rijssen om de persoon van de schuldeiser.<sup>90</sup> In de parlementaire geschiedenis wordt gesproken over persoonlijke eigenschappen van de schuldeiser die zich tegen overdracht verzetten.<sup>91</sup>

Naast het gegeven dat de schuldenaar ongevraagd met een andere schuldeiser te maken krijgt, kan de schuldenaar met een ongunstiger rechtspositie te maken krijgen. De wetgever anticipeert hierop door onder andere art. 3:94 lid 4 BW, waardoor de schuldenaar een documentatierecht<sup>92</sup> toekomt. Ook het speciaal voor de cessie geschreven art. 6:144 BW is bedoeld om de schuldenaar niet een ongunstiger rechtspositie op te dringen.<sup>93</sup> Voor de nakoming van verplichtingen die mee overgaan op de overnemende derde dient de overdrager in te staan. Daarnaast dient nog op art. 6:145 BW gewezen te worden, waaruit volgt dat de cessie niet met zich meebrengt dat de schuldenaar verweermiddelen verliest.

In het voorgaande hebben we gezien dat de schuldenaar tot op zekere hoogte wordt beschermd in zijn belangen. Slechts op grond van de aard of de inhoud van de vordering zelf kan de cessie worden tegengehouden. Overige belangen van de schuldenaar worden slechts achteraf beschermd, de overdracht van de vordering vindt gewoon plaats.<sup>94</sup> Het verkeersbelang heeft bij de cessie voorrang. Dit is ook niet zo gek, daar het, zoals we al eerder hebben vastgesteld, voor een

---

<sup>88</sup> HR 17 januari 2003, *RvdW* 2003, 15 (*Oryx/Van Eesteren*).

<sup>89</sup> Van Rijssen 2006, p. 72.

<sup>90</sup> Van Rijssen 2006, p. 69.

<sup>91</sup> PG Boek 3, p. 314.

<sup>92</sup> Van Rijssen 2006, p. 72.

<sup>93</sup> PG Boek 6, p. 535.

<sup>94</sup> Van Rijssen 2006, p. 73.

schuldenaar vaak niet van belang is aan welke partij er voldaan dient te worden. De prestatie die verricht moet worden, bestaat immers toch al. Daarnaast speelt ook mee dat de cessie van maatschappelijk belang is, vooral het financiële en economische verkeer hebben behoefte aan de cessie.<sup>95</sup>

### 2.7.2 *Derden*

Naast de belangen van partijen bij de cessie zelf, spelen ook de belangen van derden een rol. Bij de invoering van het BW in 1992 was er alleen de mogelijkheid van een openbare cessie. In 2004 volgde, onder druk van de financiële wereld, het huidige art. 3:94 BW, waarbij de mogelijkheid van de stille cessie is ingevoerd.<sup>96</sup> Zoals we al eerder zagen dient er bij de stille cessie sprake te zijn van een authentieke of geregistreerde onderhandse akte. De wetgever heeft voor dit vereiste gekozen om duidelijkheid te verkrijgen omtrent het tijdstip van de levering.<sup>97</sup> Mochten in dat geval derden ook rechten op de betreffende vordering claimen, dan wordt door middel van het vaststaande tijdstip voorkomen dat rechten met elkaar kunnen gaan botsen, wanneer dat tijdstip van belang is.<sup>98</sup> De rechtszekerheid is met de vaststelling van het tijdstip gediend. Er wordt immers duidelijkheid geschapen omtrent de inhoud van de verschillende rechtsposities met betrekking tot vorderingen.<sup>99</sup>

### 2.7.3 *Schuldoverneming*

Anders dan bij een vordering heeft de schuldenaar zich bij een schuld met zijn vermogen verbonden tegenover de schuldeiser. Nadat de schuld is overgegaan kan de schuldeiser zich nog slechts op het vermogen van de overnemende derde verhalen.<sup>100</sup> Bij de schuldoverneming is de schuldeiser de niet-handelende partij, terwijl de schuldenaar en de overnemende derde de handelende partijen zijn. Net zoals bij de cessie, gaat het voor de niet-handelende partij bij de schuldoverneming om het zelfbeschikkingsrecht. De schuldeiser zal zelf willen bepalen of hij met een andere schuldenaar te maken wil hebben. Ook bij de schuldoverneming geldt dat er een afweging gemaakt dient te worden tussen het verkeersbelang en het zelfbeschikkingsrecht van de niet-handelende partij. Het is de vraag of de prestatie verricht kan worden door de overnemende derde. Hoewel het belang van de niet-handelende partij zowel bij de cessie als bij de schuldoverneming om het zelfbeschikkingsrecht draait, is volgens Van Rijssen het 'zelf beschikken' qua inhoud verschillend. Bij overgang van een schuld wisselt naast de persoon van de schuldenaar ook het vermogen. De schuldeiser heeft dus naast dat hij belang kan hebben bij de persoon van de overnemende derde, ook belang bij de vermogenspositie van de overnemende derde. De schuldeiser zal er immers belang bij hebben dat het vermogen van de overnemende derde niet ongunstiger is dan voorheen, hij zal zich namelijk net zo makkelijk willen verhalen op het vermogen van de overnemende derde als op het vermogen van de oude schuldenaar.<sup>101</sup>

Van Rijssen stelt dat de schuldoverneming innerlijk tegenstrijdig is. De handelende partijen

---

<sup>95</sup> Van Rijssen 2006, p. 74.

<sup>96</sup> Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2010, nr 281a.

<sup>97</sup> Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2010, nr 281b.

<sup>98</sup> Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006, p. 227.

<sup>99</sup> Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 63.

<sup>100</sup> Van Rijssen 2006, p. 89.

<sup>101</sup> Van Rijssen 2006, p. 91.

beogen een schuldovergang, met daarbij een garantie voor de niet-handelende partij bestaande uit een toestemmingsvereiste. Daarmee staan de belangen van de handelende partijen en de niet-handelende partij loodrecht tegenover elkaar, waardoor de rechtshandeling schuldoverneming in het gebruik moeilijkheden kan opleveren.<sup>102</sup>

## 2.8 Overzicht

Om de verschillende vereisten, te beschermen belangen van niet-handelende partijen en overgangen duidelijk voor ogen te hebben, volgt in deze afsluitende paragraaf van hoofdstuk 2 nog een overzicht van de contractsoverneming, novatie, cessie en schuldoverneming.

De in art. 6:159 BW geregelde contractsoverneming is een meerzijdige rechtshandeling met als rechtsgevolg een contractsovergang, hetgeen bestaat uit een wisseling van de persoon bij een contractuele rechtspositie.<sup>103</sup> De overdrager en de overnemende derde zijn de handelende partijen bij contractsoverneming, zij beogen een contractsovergang. Art. 6:159 BW vereist een onderhandse akte, welke minimaal dient te bestaan uit twee op elkaar volgende schriftelijke stukken, waaruit de wil van de handelende partijen blijkt en door deze partijen ondertekend dient te zijn. De wederpartij bij het contract dat men wil wijzigen door de contractsovergang is de niet-handelende partij. Zij beoogt geen contractsovergang en dient daarom beschermd te worden, omdat zij immers ongevraagd met een andere partij te maken krijgt. Daarom is het tweede vereiste voor de contractsoverneming de vormvrije medewerking van de wederpartij. Op het moment dat de contractsoverneming tot stand is gekomen neemt de overnemende derde de contractuele rechtspositie van de overdrager in beginsel in zijn geheel over met behoud van identiteit.

Bij novatie spreken we over een overeenkomst welke strekt tot afstand van een vorderingsrecht krachtens art. 6:160 BW waarbij gelijktijdig een nieuwe verbintenis tot stand komt, hetzij tussen dezelfde partijen, hetzij dat er een derde in de plaats van de schuldeiser of schuldenaar treedt. Door deze constructie<sup>104</sup> gaat de oorspronkelijke verbintenis teniet, waardoor afhankelijke rechten zoals pand en hypotheek ook teniet gaan. Bij novatie is het beter om niet van een “overgang” maar van een “vernieuwing” te spreken, welke vernieuwing door partijen beoogd dient te worden. De belangen van partijen worden beschermd doordat de oorspronkelijke en eventuele nieuwe partijen een overeenkomst moeten aangaan met elkaar.

Cessie, geregeld in art. 3:94 lid 1 BW, is een tweezijdige rechtshandeling met als gevolg de overdracht van een vordering met behoud van identiteit. Daartoe is een onderhandse akte vereist welke door de overdrager getekend dient te zijn en vormvrij aanvaard kan worden. Daarnaast dient de cessie aan de wederpartij medegedeeld te worden. Sinds 2004 bestaat de mogelijkheid van een stille cessie, welke in art. 3:94 lid 3 is geregeld. Voordeel is dat er geen mededeling aan de wederpartij hoeft plaats te vinden. Daartegenover staat dat het om een authentieke of onderhands geregistreerde akte dient te gaan, zodat aan het publiciteitsvereiste tegemoet wordt gekomen. Het bijzondere aan de cessie is dat zij geen toestemming behoeft van de wederpartij. Deze eis ligt wel besloten in de contracts- en schuldoverneming. Hiermee wordt tegemoetgekomen aan het verkeersbelang. De

---

<sup>102</sup> Van Rijssen 2006, p. 95.

<sup>103</sup> Van Rijssen 2006, p. 279.

<sup>104</sup> Onder het OBW was novatie nog wel geregeld in art. 1449.

mogelijkheden van de wederpartij om cessie tegen te houden zijn beperkt tot de mogelijkheid om een niet-overdraagbaarheidsbeding met de schuldeiser te sluiten krachtens art. 3:83 lid 2 BW. Daarnaast komt de wederpartij, krachtens art. 3:94 lid 4 BW, een documentatierecht toe, hiermee is de cessie op zichzelf echter niet tegen te houden.

In art. 6:155 BW treft men de rechtshandeling schuldovername aan. Middels een vormvrije overeenkomst kunnen de overdrager en overnemende derde een schuld overdragen, mits zij de wederpartij daarvan in kennis hebben gesteld en zij haar vormvrije toestemming heeft verleend. Het belang van de niet-handelende partij is hier in tegenstelling tot de cessie krachtiger beschermd door middel van het toestemmingsvereiste. Het is namelijk voor een schuldeiser van belang wie zijn schuldenaar is, in verband met de verhaalbaarheid van zijn vordering. In de omgekeerde situatie is het voor de schuldenaar minder van belang aan welke partij gepresteerd dient te worden, de verplichting ligt er immers toch al.



## Hoofdstuk 3      **Contractsvrijheid**

### 3.1      **Inleiding**

Daar de contractsoverneming in het licht van de contractsvrijheid wordt gezet is het van belang het begrip contractsvrijheid allereerst nader te bekijken en inzicht te verschaffen om daarna de verhouding tussen contractsoverneming en contractsvrijheid goed in beeld te kunnen brengen.

### 3.2      **Contractsvrijheid**

De contractsvrijheid kan omschreven worden als het rechtsbeginsel<sup>105</sup> waarbij één ieder naar vrije keuze overeenkomsten mag aangaan.<sup>106</sup> De vrije keuze heeft betrekking op wie men contracteert, welke inhoud het contract heeft, de werking en de voorwaarden van een overeenkomst en wanneer men contracteert.<sup>107</sup> Men dient erop bedacht te zijn dat de vrijheid om te kiezen ophoudt daar waar de andere handelende personen niet meer dezelfde vrijheid toekomt.<sup>108</sup> Dit levert een rechtvaardiging op om de contractsvrijheid te beperken, zodat het uitgangspunt van vrijheid en zelfbeschikking van één ieder bewaakt wordt.<sup>109</sup> In de wet wordt geen definitie gegeven van de contractsvrijheid, maar in art. 6:248 lid 1 BW komt de contractsvrijheid enigszins naar voren. Hieruit volgt dat partijen in beginsel vrij zijn een overeenkomst te sluiten, maar dat zij dan ook aan deze overeenkomst zijn gebonden. De wet stelt op verschillende plaatsen algemene begrenzingsen aan de contractsvrijheid. Zo kan een beroep op art. 3:40 BW er voor zorgen dat een partij zijn vrijheid, die hij door een machtspositie tegenover de andere partij heeft, niet misbruikt.<sup>110</sup> Ook art. 6:227 BW dient genoemd te worden, waaruit volgt dat de verbintenissen die partijen op zich nemen voldoende bepaalbaar dienen te zijn. De wetgever beperkt de contractsvrijheid met als doel om een zwakkere groep in de maatschappij of een derde te beschermen danwel ten behoeve van het algemeen belang.<sup>111</sup> Als goed voorbeeld van bescherming door de wetgever kan het consumentenrecht genoemd worden. De wetgever beoogt de niet beroeps- of bedrijfsmatige gebruiker van goederen en diensten tegen de handelaren en producenten van deze goederen en diensten te beschermen. Zo komt men het consumentenrecht onder andere tegen bij bepalingen omtrent algemene voorwaarden, de arbeidsovereenkomst en de koop op afbetaling.<sup>112</sup>

#### 3.2.1      *Dwingend en aanvullend recht*

Zoals onder 3.2 besproken is de contractsvrijheid begrensd. De wetgever acht het nodig de contractsvrijheid aan banden te leggen om belangen van partijen te beschermen. Dwingend en aanvullend recht zijn daarbij belangrijke begrippen. Door middel van dwingend recht kan de wetgever normen stellen met een verplichtend karakter.<sup>113</sup> Dwingend recht kan op verschillende wijzen van invloed zijn op de contractsvrijheid volgens Loth. Die beïnvloeding kan op de totstandkoming, de vorm,

---

<sup>105</sup> Hartlief & Stolker 1999, p. 24.

<sup>106</sup> Den Tonkelaar (Verbintenissenrecht II), nr. 59.

<sup>107</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010, nr. 41.

<sup>108</sup> Den Tonkelaar (Verbintenissenrecht II), nr. 60.

<sup>109</sup> Loth 2009, p. 36.

<sup>110</sup> Den Tonkelaar (Verbintenissenrecht II), nr. 61.

<sup>111</sup> Den Tonkelaar (Verbintenissenrecht II), nr. 62.

<sup>112</sup> Den Tonkelaar (Verbintenissenrecht II), nr. 72.

<sup>113</sup> Loth 2009, p. 34.

de duur of zelfs de inhoud van een overeenkomst betrekking hebben.<sup>114</sup> Aanvullend recht daarentegen vult aan daar waar zij nodig is. Als partijen bij overeenkomst bepaalde leemtes hebben, worden deze ingevuld door aanvullend recht. Er is daarbij geen sprake van een verplichtend karakter, omdat contractuele afspraken die afwijken van het aanvullend recht voorrang hebben.

### 3.2.2 Normering van de contractsvrijheid

Dat de wetgever de contractsvrijheid normeert met behulp van dwingend en aanvullend recht is vastgesteld. Zoals we al eerder zagen is de bescherming van partijbelangen daarvoor een belangrijke reden, in het bijzonder de bescherming van de zwakkere partij. Loth stelt dat de bescherming van de zwakkere partij zich heeft ontwikkeld. Aanvankelijk ging de aandacht uit naar een bepaalde vastgestelde partij - bijvoorbeeld de consument, de huurder of de werknemer - waarbij de wetgever een bepalende rol speelde door dwingend recht voor te schrijven. Later is de rechter ook aandacht gaan schenken aan de bescherming van de zwakkere partij in een partijverhouding, waarbij meer gekeken wordt naar de maatschappelijke situatie van partijen en niet stellig in bepaalde 'groepen' gedacht wordt.<sup>115</sup>

Een andere reden om de contractsvrijheid te normeren is de bescherming van de belangen van derden. Het goederenrecht gaat van de uitgangspunten derdenwerking en droit de suite uit en is daarom in beginsel van dwingend recht.<sup>116</sup> Goederenrechtelijke rechten vormen een gesloten systeem, men is gebonden aan de wet en men kan zelf geen goederenrechtelijke rechten in het leven roepen.<sup>117</sup> Het verbintenissenrecht bestaat echter in beginsel uit aanvullend recht, tenzij de belangen van derden in het geding zijn.<sup>118</sup> Zoals we al eerder zagen wordt de contractsvrijheid zodanig begrenst dat de vrijheid van de één begint waar die van de ander eindigt. Op deze gedachte zijn de dwingendrechtelijke bepalingen in Boek 6 BW die betrekking hebben op de positie van derden gegrond.<sup>119</sup>

Ook het algemeen belang vormt een grond om de contractsvrijheid te normeren. De ruime betekenis van het algemeen belang omvat mede het belang van de zwakkere partij en het belang van de derde, zoals beide hiervoor besproken. In de enge betekenis heeft het begrip betrekking op het onderscheid tussen dat van individuele en groepsbelangen.<sup>120</sup> Het algemeen belang in de enge betekenis vindt zijn weg in het privaatrecht middels het begrip van de openbare orde. De term openbare orde is niet concreet in te vullen maar is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de betreffende wetsbepaling waarin het genoemd wordt. Loth noemt het algemeen belang vaag en onbepaald, maar stelt daarbij dat het niettemin een belangrijke rol speelt doordat het de grens van de partijautonomie aangeeft. Het algemeen belang stelt zo gezegd de grens voor alle betrokken partijen met betrekking tot hun partijautonomie. In tegenstelling tot het belang van de zwakkere partij en het belang van de derde, waar de autonomie van een betrokkene begrensd wordt ten faveure van een

---

<sup>114</sup> Loth 2009, p. 38.

<sup>115</sup> Loth 2009, p. 54 e.v.

<sup>116</sup> Van Rijssen 2006, p. 235.

<sup>117</sup> Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 78.

<sup>118</sup> Loth 2009, p. 57.

<sup>119</sup> Loth 2009, p. 59.

<sup>120</sup> Loth 2009, p. 59.

andere betrokkene, is het algemeen belang een grens van het privaatrecht. Partijen kunnen zich niet op het gebied voorbij die grens roeren.<sup>121</sup>

### 3.2.3 *Consensualisme*

In het Nederlandse recht is in art. 3:37 lid 1 BW het beginsel van consensualisme neergelegd, ook wel omschreven als de contractsvrijheid in formele zin.<sup>122</sup> Dit beginsel houdt in dat een overeenkomst door enkel en alléén de wilsovereenstemming van partijen tot stand komt. Hiervoor is vastgesteld dat op het beginsel van contractsvrijheid begrenzungen zijn aangelegd om de belangen van partijen te beschermen. Door gebruik te maken van dwingend recht normeert de wetgever de contractsvrijheid. Dit is ook uit art. 3:37 lid 1 BW af te leiden, waarin de zinsnede '*Tenzij anders is bepaald*' is opgenomen.

Als een partij dwingend rechtelijke vormvoorschriften negeert, heeft dit in beginsel tot gevolg dat een rechtshandeling nietig zal zijn krachtens art. 3:39 BW, welke als een *lex specialis* van art. 3:40 BW geldt.<sup>123</sup> Van Kooten is van mening dat uit de aanhef van art. 3:39 BW volgt dat een vormvereiste niet in alle gevallen nietigheid tot gevolg zal hebben.<sup>124</sup> Het in art. 3:39 BW gebruikte woord 'voortvloeien' strekt ertoe dat niet alleen uit de wet zelf een ander rechtsgevolg afgeleid kan worden, maar dat een ander rechtsgevolg ook uit de wet kan voortvloeien.<sup>125</sup> Strekt het vormvoorschrift ertoe de rechtszekerheid te waarborgen in het belang van partijen of derden, dan zal dit in de regel tot nietigheid leiden. Maar strekt het niet nageleefde vormvoorschrift ertoe één van beide contractspartijen te beschermen tegen zichzelf of tegen de andere partij, dan zal dit tot vernietigbaarheid leiden.<sup>126</sup> Bekijken we art. 6:159 BW in relatie tot het voorgaande, dan komen we tot de conclusie dat het ontbreken van een akte tot gevolg heeft dat de rechtshandeling contractsovername in beginsel nietig zal zijn. Het dwingendrechtelijke vormvoorschrift van de akte vormt daarmee een beperking van de contractsvrijheid met betrekking tot de totstandkoming van de rechtshandeling contractsovername.

### 3.2.4 *Redelijkheid en billijkheid*

Bij het verbintenissenrecht moet het beginsel van redelijkheid en billijkheid in acht worden genomen.<sup>127</sup> Uit art. 6:2 lid 1 BW volgt dat een schuldeiser en schuldenaar verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Redelijkheid en billijkheid spelen een rol bij de onderhandelingsfase en bij de uitleg van overeenkomsten. Daarnaast kunnen zij ook aanvullende of beperkende werking hebben op tussen partijen geldende regels.<sup>128</sup>

Hoewel partijen zich in principe strikt dienen te houden aan wat zij zijn overeengekomen, kan de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid tot gevolg hebben dat een beroep op de

---

<sup>121</sup> Loth 2009, p. 61.

<sup>122</sup> Van Kooten (Vermogensrecht), nr. 2.

<sup>123</sup> Loth 2009, p. 47.

<sup>124</sup> Van Kooten (Vermogensrecht), nr. 3.

<sup>125</sup> Van Kooten (Vermogensrecht), nr. 4.

<sup>126</sup> Van Kooten (Vermogensrecht), nr. 6.1.

<sup>127</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010, nr. 393.

<sup>128</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010, nr. 402.

overeenkomst geen stand houdt, krachtens art. 6:248 lid 2 BW.<sup>129</sup> Daar dit artikel betrekking heeft op alle geldende regels die het gevolg zijn van de overeenkomst, vallen hieronder ook dwingende regels.<sup>130</sup>

Hartkamp en Sieburgh stellen dat ook dwingend rechtelijke vormvoorschriften, die nietigheid van een overeenkomst tot gevolg hebben, met een beroep op de redelijkheid en billijkheid uit art. 6:248 lid 2 BW terzijde geschoven kunnen worden.<sup>131</sup> Daarnaast kan volgens Van Kooten, in het geval er een beroep op de niet-naleving van een dwingend rechtelijk vormvoorschrift wordt gedaan, op grond van de redelijkheid en billijkheid het ontbreken van het vormvoorschrift tot onaanvaardbare gevolgen leiden.<sup>132</sup> In die gevallen zullen mijns inziens de omstandigheden van het geval het ontbreken van het vormvoorschrift moeten rechtvaardigen.

### **3.3 Conclusie**

De contractsvrijheid is een belangrijk rechtsbeginsel<sup>133</sup> voor het Nederlandse recht. Gelet op het zelfbeschikkingsrecht en ontplooiing van rechtssubjecten is het van belang dat één ieder de vrijheid heeft om naar eigen inzicht overeenkomsten met een ander aan te gaan. Het beginsel van de contractsvrijheid is echter niet absoluut, maar wordt door middel van dwingend recht genormeerd. Het normeren van de contractsvrijheid is van belang om een zwakkere partij, een derde of het algemeen belang te beschermen. Indien een regel uit een overeenkomst onaanvaardbare gevolgen heeft, kan door middel van het beginsel van redelijkheid en billijkheid een correctie aangebracht worden, waardoor het onaanvaardbare gevolg wordt opgeheven.

---

<sup>129</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010, nr. 410.

<sup>130</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010, nr. 416.

<sup>131</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010, nr. 419.

<sup>132</sup> Van Kooten (Vermogensrecht), nr. 6.2.

<sup>133</sup> Hartlief & Stolker 1999, p. 2.

## **Hoofdstuk 4            Verhouding tussen de contractsoverneming en contractsvrijheid**

### **4.1     Inleiding**

In de voorgaande hoofdstukken zijn de contractsoverneming, daarmee verwante rechtsfiguren en de contractsvrijheid onder de loep genomen. Voor wat betreft de contractsoverneming, novatie, cessie en schuldoverneming is dit gebeurd om de verschillen tussen deze verschillende vormen duidelijk aan te geven en inzicht te verschaffen in de overgang van vorderingen, schulden en contractuele rechtsposities. Omdat we in deze scriptie onderzoeken of er aanknopingspunten zijn om tot een contractsovergang op grond van de contractsvrijheid te komen die gelijkenis vertoont met de contractsovergang die het rechtsgevolg is van de contractsoverneming uit art. 6:159 BW, was het van belang om ook inzicht in de contractsvrijheid te krijgen. Nu deze leerstukken de revue hebben gepasseerd zal in dit hoofdstuk de contractsovergang in het licht van de contractsvrijheid bekeken worden.

### **4.2     Literatuur**

Allereerst zal bekeken worden hoe in de literatuur gedacht wordt over de mogelijkheden om een contractsovergang te bewerkstelligen, zonder de vereiste akte uit art. 6:159 BW.

Van Loggerenberg stelde, in de periode dat het huidige BW nog in de steigers stond, dat het BW contractsoverneming als een driezijdige overeenkomst aanduidt en de bewoordingen van art. 6:159 BW een voorkeur geven voor het totstandkomen van een contractsoverneming. Dit houdt echter niet in dat er van andere constructies om tot een contractsovergang te komen geen sprake kan zijn. Van Loggerenberg denkt daarbij aan de overeenkomst van contractsoverneming gesloten tussen de overdrager en overnemende derde, met medewerking van de wederpartij en aan de enkele overeenkomst van contractsoverneming, gesloten tussen de overdrager en de overnemende derde.<sup>134</sup>

Volgens Van Rijssen gaat het er om of de wil van de betrokken partijen gericht is op de overgang van de contractuele eenheid, alleen in dat geval gaan alle rechten en verplichtingen over. Dat kan door een combinatie van cessie en schuldoverneming, waarbij in de akte duidelijk gemaakt moet worden dat de twee rechtshandelingen het doel hebben om de overgang van de contractuele eenheid te bewerkstelligen. Daarmee is naast de contractsoverneming de overgang van een contractuele eenheid ook mogelijk middels een driepartijenovereenkomst.<sup>135</sup>

Geconcludeerd kan worden dat beide schrijvers van mening zijn dat ook buiten het pad van art. 6:159 BW een contractsovergang mogelijk is.

### **4.3     Rechtspraak**

Naast de standpunten in de literatuur is het van groot belang om te bekijken hoe de rechter zich in de rechtspraak uitlaat over de contractsovergang. Jurisprudentie is mijns inziens waardevol omdat het concrete voorbeelden oplevert en inzicht kan verschaffen hoe wetgeving in voorkomende situaties uitgelegd wordt. Hierna zal recente jurisprudentie met betrekking tot de akte van contractsoverneming onderzocht worden. Uit deze lagere jurisprudentie blijkt dat het in de rechtspraak mogelijk wordt

---

<sup>134</sup> Van Loggerenberg 1981, p. 228 e.v.

<sup>135</sup> Van Rijssen 2006, p. 279.

geacht om over een contractsovername te kunnen spreken zonder dat daarbij aan het vereiste van een akte is voldaan. Hoe de rechter tot deze beslissing is gekomen zal in het onderstaande uiteengezet worden.

#### 4.3.1 *Rechtbank Zutphen*

De Rechtbank Zutphen heeft recent een mijns inziens interessante uitspraak gedaan voor de rechtstheorie met betrekking tot de akte van contractsovername.<sup>136</sup> De feiten in deze zaak zijn als volgt. Holtkamp Bouw heeft met Cento B.V. een overeenkomst gesloten waarbij Cento B.V. opdracht heeft gekregen bepaalde betegelingswerkzaamheden uit te voeren. Op zijn beurt sluit Cento B.V. met Geerdink-Groen een overeenkomst, waarbij Geerdink-Groen opdracht krijgt bepaalde dakbegroeiingen aan te leggen, welke overeenkomst onderdeel uitmaakt van de meeromvattende overeenkomst tussen Holtkamp Bouw en Cento B.V. Daarnaast komt Cento B.V. met Nieuwenhuis Betonrenovatie overeen dat laatstgenoemde de werkzaamheden uit de overeenkomst tussen Cento B.V. en Holtkamp Bouw uit zou voeren en daartoe een nieuwe B.V. zou oprichten onder de naam Cento Uitvoering en Onderhoud. Nadat Nieuwenhuis Betonrenovatie zijn werkzaamheden heeft voltooid, factureert zij, op naam van Cento Uitvoering en Onderhoud, de werkzaamheden rechtstreeks aan Holtkamp Bouw. Holtkamp Bouw voldoet de facturen aan Nieuwenhuis Betonrenovatie. Geerdink-Groen voert de werkzaamheden uit zoals met Cento B.V. overeengekomen. Geerdink-Groen factureert aan Cento B.V., maar de facturen blijven onbetaald. Cento B.V. wordt op 27 januari 2009 failliet verklaard.

In rechte vordert Geerdink-Groen betaling van zijn facturen door Nieuwenhuis Betonrenovatie. Zij stelt zich op het standpunt dat Nieuwenhuis Betonrenovatie het contract met Holtkamp Bouw in zijn geheel van Cento B.V. heeft overgenomen. Nieuwenhuis Betonrenovatie verweert zich door te stellen dat een akte tussen haar en Cento B.V. ontbreekt. De rechtbank overweegt bij de beoordeling onder andere het volgende: *“De vraag is echter of het ontbreken van een akte, die speciaal is opgesteld met het oog op de contractsovername, onder de onderhavige omstandigheden doorslaggevend kan zijn voor het al dan niet bestaan van een contractsovername. (...) Onder voormelde omstandigheden kan Nieuwenhuis Betonrenovatie in redelijkheid niet een beroep doen op het ontbreken van een akte, die speciaal is opgesteld met het oog op de contractsovername. Uit het voorgaande blijkt dat tussen Cento B.V. en Nieuwenhuis Betonrenovatie voldoende is vastgelegd ten aanzien van die overname. Toen Holtkamp Bouw door de betaling van de facturen haar medewerking verleende, kwam de contractsovername in de zin van artikel 6:159 BW Burgerlijk Wetboek tot stand.”*

Zoals eerder al uitvoerig besproken is de akte naast de medewerking van de wederpartij een constitutief vereiste voor de contractsovername. Uit Art. 3:39 BW volgt dat in het geval er niet aan een dwingend rechtelijk vormvoorschrift is voldaan, hetgeen de akte is bij contractsovername, de contractsovername nietig is. Mijns inziens doet de Rechtbank Zutphen een beroep op de redelijkheid en billijkheid uit art. 6:248 lid 2 BW om daarmee ondanks het ontbreken van een akte toch een contractsovername uit art. 6:159 BW te bewerkstelligen. Dit kan opgemaakt worden uit het feit dat de Rechtbank de woorden *“onder voormelde omstandigheden”* en *“in redelijkheid”* gebruikt. De uitspraak gaat daarmee nog een stap verder dan de in deze scriptie gestelde onderzoeksvraag. In

---

<sup>136</sup> Rb. Zutphen 3 maart 2010, *JOR* 2010, 213.

deze scriptie wordt namelijk de mogelijkheid onderzocht om zonder een akte tot een uit art. 6:159 BW vergelijkende contractsovergang op grond van de contractsvrijheid te komen. De Rechtbank Zutphen spreekt hier echter expliciet van een contractsoverneming uit art. 6:159 BW.

Huizingh stelt in haar noot bij voormelde uitspraak dat de rechtbank met een beroep op de redelijkheid en billijkheid een dwingendrechtelijk vormvoorschrift passeert. Huizingh stelt dat afwijking van een contractuele regel eerder zal zijn geoorloofd dan afwijking van een wettelijke regel. Bij afwijking van dwingendrechtelijke wetsbepalingen is nog verdergaande terughoudendheid geboden dan bij afwijking van aanvullend recht. Huizingh is van mening dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid in deze zaak te ver gaat. Dit stoelt zij op de gedachte dat de beperkende werking niet verder mag gaan dan het opheffen van een onaanvaardbare situatie. Huizingh stelt dat sprake is van scheppende werking in plaats van beperkende werking omdat de contractsoverneming dwingendrechtelijk niet bestaat door het ontbreken van een akte, maar dat de rechter hier wel een contractsoverneming aanneemt. Verder voert Huizingh aan dat het hier weliswaar om een verbintenisrechtelijke rechtshandeling gaat, maar dat de contractsoverneming wel goederenrechtelijke gevolgen heeft doordat vorderingen overgaan. Daarom vindt Huizingh een vergelijking met cessie verdedigbaar, waarbij zij stelt dat in het goederenrecht minder ruimte is voor de redelijkheid en billijkheid. Haar inziens zou de rechtbank niet tot hetzelfde oordeel zijn gekomen indien er in deze zaak sprake zou zijn geweest van cessie in plaats van contractsoverneming. Wat Huizingh nog het meest tegen de borst lijkt te stuiten is dat volgens haar over het verkeerde contract is geprocedeerd. Zij stelt dat er in de onderhavige zaak sprake is van twee verschillende overeenkomsten. Namelijk een overeenkomst tussen Holtkamp Bouw en Cento B.V. over het gehele werk en een overeenkomst tussen Cento B.V. en Geerdink Groen met betrekking tot de dakbegroeiingswerkzaamheden.

Grotendeels ben ik het niet eens met de standpunten van Huizingh en zie ik een andere juridische oplossing in deze zaak. Ik zal dit dan ook stap voor stap motiveren. Allereerst verdient het punt betreffende de twee verschillende overeenkomsten aandacht. Mijns inziens gaat het hier om een aannemingsovereenkomst krachtens art. 7:750 lid 1 BW. Waarbij de overeenkomst tussen Holtkamp Bouw en Cento B.V. als een hoofdaannemingsovereenkomst beschouwd kan worden en de overeenkomst tussen Cento B.V. en Geerdink Groen als een onderaannemingsovereenkomst. Volgens Van den Berg strekt een onderaannemingsovereenkomst tot realisering van een onderdeel van de hoofdaannemingsovereenkomst. De onderaanneming is niet volstrekt afhankelijk van de hoofdaanneming, daar de onderaannemingsovereenkomst in principe zelfstandig kan bestaan. De onderaannemingsovereenkomst is wat betreft haar voortbestaan en inhoud wel nauw verwant met de hoofdaannemingsovereenkomst.<sup>137</sup> Deze vaststelling leidt ertoe dat in de onderhavige zaak sprake is van twee zelfstandige overeenkomsten, waardoor enkel de hoofdaannemingsovereenkomst geraakt wordt door de contractsoverneming.

Wat wel verdedigd kan worden met betrekking tot de onderaannemingsovereenkomst is dat er overdracht van een schuld heeft plaatsgevonden. Dit gevolg trek ik uit de omstandigheid dat er sprake is van één aanneemsom, bestemd voor alle uit te voeren werkzaamheden uit zowel de hoofdaanneming als de onderaanneming. Nadat Cento B.V. op 4 april 2008 een offerte heeft

---

<sup>137</sup> Asser/Van den Berg 5-III C 2010, nr. 193.

uitgebracht met omschrijving van de werkzaamheden, bevestigt Holtkamp Bouw de opdracht aan Cento B.V. per e-mail op 21 november 2008, waarbij een totaalprijs van € 25.000,- is overeengekomen. Op dezelfde dag hebben Cento B.V. en Holtkamp Bouw, voor de dakbegroeiïngswerkzaamheden, een bedrag van € 10.000,- van de totaalprijs van de aanneemsom gereserveerd. Bij schrijven d.d. 3 november 2008 is de onderaanneming tussen Cento B.V. en Geerdink Groen bevestigd, waarbij een prijs van € 9.250,- werd afgesproken. Bij de facturering van de werkzaamheden aan Holtkamp Bouw verwijst Nieuwenhuis Betonrenovatie naar de offerte van 4 april 2008 en de e-mail van 21 november 2008. In beide stukken worden naast de betegelingswerkzaamheden ook de dakbegroeiïngswerkzaamheden genoemd. Daarnaast verwijst Nieuwenhuis Betonrenovatie naar de aanneemsom van € 25.000,-. Uit deze vaststellingen kan het volgende worden afgeleid. De betaling door Holtkamp Bouw omvat mede de dakbegroeiïngswerkzaamheden die door Geerdink Groen zijn uitgevoerd. Nieuwenhuis Betonrenovatie was hier ook van op de hoogte, dit blijkt ook wel uit het feit dat zij zelf verwijst naar de stukken waarin de werkzaamheden en prijzen zijn afgesproken. Daarnaast gaat het hier om professionele partijen, die verondersteld worden kennis te hebben van een aannemingsovereenkomst en vaker met de figuren van hoofd- en onderaannemingsovereenkomsten werken.

Onder deze omstandigheden kan gepleit worden voor het gegeven dat Nieuwenhuis Betonrenovatie de verplichting van Cento B.V. aan Geerdink Groen, om de geldsom van € 9.250,- te voldoen, heeft overgenomen. Het gaat hier immers om een schuld van Cento B.V. aan Geerdink Groen, hetgeen middels schuldovertening kan overgaan op een derde krachtens art. 6:155 BW. Zoals we in paragraaf 2.5.1 hebben vastgesteld is de schuldovertening een vormvrije rechtshandeling. Tussen de partijen, in deze zaak Nieuwenhuis Betonrenovatie en Cento B.V., werkt de schuldovertening direct. Jegens de schuldeiser, in deze zaak Geerdink Groen, werkt de schuldovertening pas op het moment dat zij door de partijen gezamenlijk in kennis is gesteld en zij haar toestemming voor de schuldovertening geeft. Uit de stukken is, in samenhang met de facturen, op te maken dat Nieuwenhuis Betonrenovatie beoogd heeft de schuld met betrekking tot de dakbegroeiïngswerkzaamheden over te nemen van Cento B.V., daarmee werkt de schuldovertening in ieder geval tussen Nieuwenhuis Betonrenovatie en Cento B.V. In de gedraging van Geerdink Groen d.d. 3 april 2009, om Nieuwenhuis Betonrenovatie aan te schrijven voor betaling van haar facturen, ligt de toestemming van Geerdink Groen aan de schuldovertening besloten krachtens art. 3:37 lid 1 BW. Gezien het voorgaande is het op goede gronden aan te nemen dat er een schuldovertening heeft plaatsgevonden, waardoor Geerdink Groen in rechte betaling van haar facturen met betrekking tot de onderaannemingsovereenkomst door Nieuwenhuis Betonrenovatie kan vorderen. Daarvoor is wel vereist dat er een contractsovertening heeft plaatsgevonden, waarbij de positie van Cento B.V. door Nieuwenhuis Betonrenovatie is overgenomen in de hoofdaannemingsovereenkomst. Alleen in dat geval kan namelijk de voornoemde schuldovertening plaatsvinden, omdat Nieuwenhuis Betonrenovatie dan alle rechten en verplichtingen uit de hoofdaannemingsovereenkomst overneemt en door de samenhangende rechtsbetrekking, die tussen de hoofd- en onderaannemingsovereenkomst bestaat, er een beroep op schuldovertening gedaan kan worden.



Dan zal nu bezien worden of er sprake is van een contractsovergang tussen Cento B.V. en Nieuwenhuis Betonrenovatie. Allereerst dient opgemerkt te worden dat Huizingh gelijk heeft met haar stelling dat over het verkeerde contract is geprocedeerd, daar Geerdink Groen een eigen onderaannemingsovereenkomst heeft met Cento B.V. en zich op dat contract dient te beroepen. Hierboven hebben we reeds een oplossing gevonden voor dat probleem door middel van schuldoverneming. Daarvoor is het wel van belang dat de contractuele rechtspositie van Cento B.V. in de hoofdaannemingsovereenkomst is overgenomen door Nieuwenhuis Betonrenovatie. Mijns inziens kan dit op twee manieren gebeuren. De eerste optie is de contractsovername krachtens art. 6:159 BW. Het probleem in de onderhavige zaak is echter dat een akte ontbreekt. De rechter heeft dit op willen lossen door middel van het beginsel van redelijkheid en billijkheid uit art. 6:248 lid 2 BW. Zoals we in paragraaf 3.2.4 al zagen wordt deze mogelijkheid in de literatuur aanvaardbaar geacht. Indien er geen contractsovergang wordt bewerkstelligd zal dit tot een onaanvaardbare situatie leiden. Cento B.V. en Nieuwenhuis Betonrenovatie hebben immers een contractsovergang beoogd. Dit is uit de omstandigheden van het geval af te leiden. Zo heeft Cento B.V. schriftelijk toestemming gegeven aan Nieuwenhuis Betonrenovatie om de werkzaamheden uit te voeren onder de naam Cento Uitvoering en Onderhoud. De betegelingswerkzaamheden zoals die tussen Holtkamp Bouw en Cento B.V. zijn afgesproken, zijn uitgevoerd door Nieuwenhuis Betonrenovatie en laatstgenoemde heeft deze werkzaamheden aan Holtkamp Bouw gefactureerd. Dat Nieuwenhuis Betonrenovatie in deze zaak betwist dat er sprake is van contractsovername is natuurlijk te voorzien, daar zij natuurlijk niet zal willen betalen aan Geerdink Groen. Maar wat nu als Holtkamp Bouw de aanneemsom van € 25.000,- niet aan Nieuwenhuis Betonrenovatie had voldaan maar aan Cento B.V.? Waarschijnlijk was het dan juist Nieuwenhuis Betonrenovatie geweest die een beroep op contractsovername zou hebben gedaan om betaling van haar werkzaamheden af te dwingen.

De tweede optie om tot een contractsovergang te komen ligt mijns inziens in de contractsvrijheid besloten. Zoals in hoofdstuk 3 besproken komt één ieder het zelfbeschikkingsrecht toe om contracten te wijzigen zoals zij dat zelf wenst. Dat deze contractsvrijheid niet absoluut is maar wordt genormeerd door dwingendrechtelijke bepalingen, zoals de akte bij art. 6:159 BW, hoeft in deze zaak niet in de weg te staan voor een contractsovergang. Want wat is er op tegen als Cento B.V. en Nieuwenhuis Betonrenovatie met elkaar afspreken dat laatstgenoemde de contractuele rechtspositie in het contract met Holtkamp Bouw van Cento B.V. overneemt? Men komt in dat geval tot hetzelfde resultaat als in de voorgaande optie waarbij het beroep op de niet-naleving van een vormvoorschrift door middel van het beginsel van redelijkheid en billijkheid van tafel wordt geschoven. Men zou kunnen betogen dat er wellicht sprake is van subjectieve novatie omdat het oorspronkelijke contract tussen Holtkamp Bouw en Cento B.V. beëindigd zou zijn met gelijktijdige sluiting van een nieuw contract tussen Holtkamp Bouw en Nieuwenhuis Betonrenovatie. Subjectieve novatie zie ik hier echter geen doorgang vinden, omdat de afspraken tussen Cento B.V. en Holtkamp Bouw niet anders uitgelegd kunnen worden dan dat zij een contractsovergang wilden bewerkstelligen. De omstandigheid dat Nieuwenhuis Betonrenovatie voor haar werkzaamheden geen contact met Holtkamp Bouw heeft gehad, zegt al genoeg. Voor subjectieve novatie is het namelijk nodig dat er een nieuwe verbintenis tussen Holtkamp Bouw en Nieuwenhuis Betonrenovatie tot stand komt. Cento B.V.

bevestigd op 3 november 2008 aan Nieuwenhuis Betonrenovatie onder andere het volgende: “Voorts is tussen Cento B.V. en Nieuwenhuis Betonrenovatie afgesproken dat Nieuwenhuis Betonrenovatie de werkzaamheden uit het contract tussen Cento B.V. en Holtkamp Bouw met betrekking tot de betegeling van de terrassen en daken met Cento-solid tegels zou uitvoeren.” Van een nieuwe verbintenis is hier dus geen sprake. Partijen beogen de overeenkomst tussen Holtkamp Bouw en Cento B.V. slecht in die zin te wijzigen dat Nieuwenhuis Betonrenovatie de positie van Cento B.V. overneemt. Aangezien Holtkamp Bouw haar medewerking heeft verleend middels betaling van de facturen is er geen reden aan te wijzen waarom deze verbintenisrechtelijke constructie geen doorgang zou kunnen vinden. Er wordt namelijk in dit geval niemand meer of minder geschaadt, dan in het geval er daadwerkelijk een contractoverneming uit art. 6:159 BW had plaatsgevonden. Het verschil zit hem dan in de aanwezige akte. Daar we in paragraaf 2.2.3 vast hebben gesteld dat de akte slechts bewijskracht heeft tussen partijen, zou deze akte geen toegevoegde waarde hebben in deze zaak.

Het voorgaande kan tot de conclusie leiden dat de Rechtbank tot dezelfde beslissing had kunnen komen, alleen had zij dit op andere gronden moeten doen. Allereerst had voor de hoofdaannemingsovereenkomst een contractovergang tussen Cento B.V. en Nieuwenhuis Betonrenovatie kunnen plaatsvinden middels de redelijkheid en billijkheid uit art. 6:248 lid 2 of middels de verbintenisrechtelijke constructie waarbij overeengekomen is dat Nieuwenhuis Betonrenovatie de contractuele rechtspositie van Cento B.V. overneemt. Vervolgens was het dan mogelijk om onder de omstandigheden van het geval een schuldoverneming aan te nemen, waarbij Nieuwenhuis Betonrenovatie de schuld uit de onderaannemingsovereenkomst van Cento B.V. heeft overgenomen. Al met al zou deze uitkomst mijns inziens juridisch sluitender zijn dan nu het geval is.

#### 4.3.2 *Rechtbank Alkmaar*

In een andere, wederom recente, uitspraak, met betrekking tot een geschil over een huurovereenkomst van een bedrijfspand, heeft de kantonrechter te Alkmaar zich uitgelaten over een vermeende contractoverneming.<sup>138</sup> De kern van de zaak betrof wie er als huurder van een bedrijfspand aangemerkt diende te worden.

Daarbij is uitgegaan van de volgende feiten. Eiser heeft voor twee bedrijfspanden een huurovereenkomst met gedaagde in persoon gesloten. Gedaagde heeft zijn bedrijfsactiviteiten in een vennootschap ondergebracht, welke vennootschap de bedrijfspanden gebruikt. Nadat er een huurachterstand is ontstaan zijn eiser en de vennootschap een overeenkomst van geldlening aangegaan, waarbij eiser bedongen heeft dat een deel van de lening zal worden aangewend voor de huurachterstand. Op 16 november 2007 zijn eiser en gedaagde in persoon een beëindigingsovereenkomst aangegaan. Op 30 november 2007 wordt de vennootschap in staat van faillissement verklaard.

Eiser vordert van gedaagde in persoon betaling van huurpenningen. Gedaagde stelt daartegenover dat er sprake is van contractoverneming, waardoor de vennootschap gehouden zou zijn tot betaling van de huurpenningen. De kantonrechter overweegt dat hoewel er geen sprake is van contractoverneming in de zin van art. 6:159 BW, gedaagde er toch onder de omstandigheden van

---

<sup>138</sup> Ktr. Rb. Alkmaar 7 april 2010, RVR 2010, 74.

het geval op mocht vertrouwen dat eiser gedaagde niet langer als huurder beschouwde. De belangrijkste overweging van de kantonrechter met betrekking tot de contractsoverneming is de volgende: *“Hoewel er formeel niet is voldaan aan de vereisten voor contractsoverneming en niet is gesteld dat de huurrelatie tussen [gedaagde] en [eiser] anderszins is geëindigd, mocht [gedaagde] er onder die omstandigheden op vertrouwen dat [eiser] hem niet langer als huurder beschouwde. Dat [gedaagde] als huurder staat vermeld in de beëindigingsovereenkomst, maakt dit onder de gegeven omstandigheden niet anders.”*

De contractsovergang heeft mijns inziens als volgt vorm gekregen. Gedaagde en de vennootschap beogen een contractsoverneming en zijn daarmee de handelende partijen, waarbij tussen deze partijen, krachtens art. 6:159 lid 1 BW, een akte opgemaakt dient te worden. Deze akte ontbreekt, waardoor de rechter het volgende vaststelt: *“Voor contractsoverneming is echter vereist dat deze schriftelijk tussen gedaagde en X (lees: de vennootschap) heeft plaatsgevonden. Dat dit is gebeurd, is niet gebleken. Van contractsoverneming in de zin van artikel 6:159 BW, is dan ook geen sprake.”* Mijns inziens zet de kantonrechter in deze zaak, net als in de voorgaande, het dwingendrechtelijk vormvoorschrift van de akte opzij door een beroep te doen op de redelijkheid en billijkheid uit art. 6:248 lid 2 BW. De rechter zoekt namelijk naar omstandigheden om over een onaanvaardbare situatie te kunnen spreken. Zo stelt de rechter dat eiser de vennootschap kennelijk als huurder is gaan beschouwen. Dit zou uit de geldleningsovereenkomst blijken, waarbij de vennootschap als huurder is aangemerkt. Daarnaast speelt waarschijnlijk ook mee dat de vennootschap de gebruiker van het gehuurde was en de huurpenningen voldeed.

Geconcludeerd kan worden dat de rechter hier een contractsovergang aanneemt, weliswaar niet op grond van art. 6:159 BW, maar op welke grond dan wel? Op basis van de redelijkheid en billijkheid alleen lijkt me te ver gaan, gedaagde heeft in zijn hoedanigheid als natuurlijk persoon namelijk de beëindigingsovereenkomst getekend.

Mijns inziens kan deze zaak ook anders worden uitgelegd. Van een contractsovergang is weldegelijk sprake. Dat gedaagde en de vennootschap dit hebben beoogd was al duidelijk, mijns inziens heeft eiser hieraan meegewerkt door de vennootschap als huurder in de geldleningsovereenkomst aan te merken, de vennootschap als gebruiker van het gehuurde geen strobreed in de weg te leggen en de huurpenningen van de vennootschap te ontvangen. Mede in het licht van de jurisprudentie omtrent art. 3:37 lid 1 BW, zoals in paragraaf 2.1.1 genoemd, kan medewerking hier worden aangenomen en lijkt mij er niks aan in de weg te staan om de vennootschap als huurder te beschouwen bij de huurovereenkomst. Dat daarna gedaagde de beëindigingsovereenkomst tekent en daarbij als huurder aangemerkt wordt is niet handig, maar staat er niet aan in de weg dat de vennootschap nog steeds als huurder beschouwd dient te worden. De vennootschap heeft immers geen medewerking verleend aan deze contractsovergang. Deze vorm van overgang is uitgesloten. De overgang zonder instemming van de overnemende derde is niet mogelijk omdat daarmee een ongeoorloofde inbreuk wordt gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van deze derde.<sup>139</sup>

---

<sup>139</sup> Van Rijssen 2006, p. 136.

#### **4.4 Conclusie**

Uit de literatuur blijkt dat er meer wegen naar Rome leiden om tot een contractsovergang te komen, anders dan in de zin van art. 6:159 BW. De lagere rechtspraak lijkt nog verder te gaan. Zij kiest er niet voor andere wegen te zoeken, maar tot een contractsoverneming uit art. 6:159 BW te komen zonder dat daartoe aan het vormvereiste van de akte voldaan is. We hebben gezien dat er in die gevallen in beginsel sprake is van nietigheid krachtens art. 3:39 BW. De rechters doen echter een beroep op de redelijkheid en billijkheid uit art. 6:248 lid 2 BW om een beroep op de niet-naleving van de akte af te slaan en toch een contractsoverneming aan te nemen.

## Conclusie

Tot nu toe zijn een aantal belangrijke onderwerpen aan de orde geweest. Zo is de contractsovername bezien en is nader ingegaan op verwante rechtsfiguren en de contractsvrijheid. Al de vaststellingen, meningen, beoordelingen en conclusies vormen de bouwstenen om tot een antwoord op de probleemstelling te komen. Daarvoor zullen een aantal vaststellingen de revue passeren, om zo een solide antwoord op de onderzoeksvraag te kunnen geven.

De onderzoeksvraag in deze scriptie luidt:

*Is het in het Nederlands recht mogelijk om een op de contractsovername uit art. 6:159 BW gelijkende contractsovername te bewerkstelligen zonder het vereiste van de akte en hoe dient men in dat geval met het belang van partijen om te gaan?*

Om deze vraag te beantwoorden dient allereerst vastgesteld te worden wat de contractsovername uit art. 6:159 BW inhoudt. De contractsovername is een driezijdige rechtshandeling, waarbij de overdragende partij zijn contractuele rechtspositie bij een overeenkomst opgeeft ten behoeve van een overnemende derde, die de contractuele rechtspositie in zijn geheel met behoud van identiteit overneemt. De contractuele rechtspositie omvat tenminste vorderingsrechten uit verbintenis, schulden uit verbintenis, wilsrechten, nevenrechten en afhankelijke rechten. Het rechtsgevolg van de contractsovername is de contractsovername.

Om deze contractsovername te bewerkstelligen is het nodig dat de handelende partijen, hetgeen de overdrager en overnemende derde zijn, een onderhandse akte opmaken. Deze onderhandse akte dient minimaal uit twee opeenvolgende, tot elkaar gerichte, schriftelijke stukken te bestaan. De wilsverklaringen en handtekeningen van partijen dienen uit de stukken opgemaakt te kunnen worden. De akte levert het bewijs op dat de overdrager en de overnemende derde de wil hebben om tot een contractsovername te komen. Krachtens art. 157 lid 2 Rv levert de akte dwingend bewijs tussen de overdrager en overnemende derde op. De driezijdigheid van de contractsovername ziet op de medewerking van de wederpartij, welke in elke vorm kan geschieden. De akte en de medewerking zijn vormvereisten voor de totstandkoming van de contractsovername. Als niet aan de vormvereisten wordt voldaan zal dit in beginsel nietigheid opleveren krachtens art. 3:39 BW.

De contractsvrijheid is een belangrijk rechtsbeginsel, waardoor één ieder het recht toekomt om overeenkomsten met andere rechtssubjecten aan te gaan, in te richten en naar eigen goeddunken te wijzigen. Die vrijheid houdt echter op als men inbreuk maakt op één ander zijn vrijheid. Om dit proces goed te begeleiden heeft de wetgever het nodig geacht gebruik te maken van dwingend recht. Hierdoor wordt de contractsvrijheid genormeerd om de belangen van partijen te beschermen. Zo ligt aan het toestemmingsvereiste bij de schuldovername uit art. 6:155 BW de bescherming van de niet-handelende partij ten grondslag. De wetgever heeft de schuldeiser willen beschermen, omdat zij anders ongevraagd met een andere schuldenaar te maken kan krijgen. Dit kan grote invloed hebben omdat het vermogen van een andere schuldenaar wellicht geen verhaal biedt. Bij de cessie achtte de wetgever het niet nodig om de niet-handelende partij verregaand te beschermen. Als overdrager en

overnemende derde een overdracht van een vordering beogen kan de wederpartij hier niet aan in de weg staan, behoudens het niet-overdraagbaarheidsbeding uit art. 3:83 lid 2 BW.

In veel Europese landen, waaronder Duitsland, Frankrijk en Italië, is de akte geen constitutief vereiste voor de contractsoverneming. Uit de literatuur blijken, naast de constructie die art. 6:159 BW voorschrijft, er nog andere mogelijkheden te zijn om een contractsovergang te bewerkstelligen. Uit analyse van recente lagere jurisprudentie blijkt dat rechters een contractsoverneming uit art. 6:159 BW aannemen zonder dat er sprake is van een akte. De rechters stellen dat een beroep op de niet-naleving van de akte tot een onaanvaardbare situatie leidt, waardoor op grond van de redelijkheid en billijkheid uit art. 6:248 lid 2 BW, dat beroep geen doorgang kan vinden en er toch een contractsoverneming aangenomen dient te worden.

Een andere oplossing is mogelijk. Indien partij A en partij B een overeenkomst hebben, zal het op grond van de contractsvrijheid mogelijk moeten zijn dat partij C met partij B afsprekt om de contractuele rechtspositie die partij B heeft in de overeenkomst met partij A in zijn geheel over te dragen aan partij C. Als partij A hiermee akkoord gaat zou dit verbintenisrechtelijk doorgang moeten kunnen vinden. De belangen van partijen worden hierdoor niet geschaad, immers het zelfbeschikkingsrecht van de niet-handelende partij A wordt ten gunste van het verkeersbelang opzij gezet door haar medewerking. Wat zou de onderhandse akte uit art. 6:159 BW hier nu voor toegevoegde waarde hebben? Deze akte levert slechts dwingend bewijs tussen partij B en C op. Er is immers geen sprake van een authentieke of geregistreerde onderhandse akte, waarbij het tijdstip van overgang wordt vastgesteld.

Mijns inziens is het in het Nederlands recht mogelijk een op de contractsoverneming uit art. 6:159 BW gelijkende contractsovergang te bewerkstelligen, zonder een akte indien de wederpartij meewerkt aan de contractsovergang. Op die manier worden de belangen van partijen afdoende beschermd en kan een contractsovergang plaatsvinden.

## Literatuurlijst

### Literatuur:

#### **Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2010**

F.H.J. Mijnssen & P. de Haan, *Asser (vmr) Vermogensrecht algemeen. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

#### **Asser/Van den Berg 5-III C 2010**

M.A.M.C. van den Berg, *Asser (bzo) Bijzondere overeenkomsten. Aanneming van werk*, Deventer: Kluwer 2010.

#### **Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2009**

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Asser (vbr) Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2009.

#### **Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010**

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Asser (vbr) Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

#### **Hartlief & Stolker 1999**

T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999.

#### **Hijma & Olthof 2008**

Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

#### **Van Kooten (Vermogensrecht)**

H.J. van Kooten, 'aantekeningen art. 39', *Groene serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

#### **Van Loggerenberg 1981**

C. van Loggerenberg, *Skuldoorname en kontraksoorname: 'n regsvergelykende ondersoek met besondere verwysing na die Suid-Afrikaanse reg*, Pijnacker: Dutch Efficiency Bureau 1981.

#### **Loth 2009**

M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Monografieën BW, A19), Deventer: Kluwer 2009.

#### **Mellema-Kranenburg (Verbintenissenrecht II) art. 159 BW**

T.J. Mellema-Kranenburg, 'aantekeningen art. 159', *Groense serie Verbintenissenrecht II*, Deventer: Kluwer (losbl.).

#### **Mellema-Kranenburg (Verbintenissenrecht II) art. 160 BW**

T.J. Mellema-Kranenburg, 'aantekeningen art. 160', *Groense serie Verbintenissenrecht II*, Deventer: Kluwer (losbl.).

### **PG Boek 3**

C.J. van Zeben, J.W. du Pon m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

### **PG Boek 6**

C.J. van Zeben, J.W. du Pon m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

### **Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006**

W.H.M. Reehuis, A.H.T. Heisterkamp m.m.v. G.E. van Maanen & G.T. de Jong, *Goederenrecht* (Het Nederlands burgerlijk recht, Pitlo deel 3), Deventer: Kluwer 2006.

### **Van Rijssen 2006**

G. van Rijssen, *Contractsovername* (Recht en Praktijk, 144), Deventer: Kluwer 2006.

### **Snijders & Rank-Berenschot 2007**

H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

### **Den Tonkelaar (Verbintenissenrecht II)**

J.D.A. den Tonkelaar, 'aantekeningen art. 213', *Groene serie Verbintenissenrecht II*, Deventer: Kluwer (losbl.).

### **Wibier 2009**

R.M. Wibier, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen* (Monografieën BW, B44), Deventer: Kluwer 2009.

### **Artikelen:**

#### **Huizingh 2009**

M. Huizingh, 'Naar aanleiding van Dekker q.q./Lutèce', *NTBR* 2009, 40.

#### **Huizingh 2010**

M. Huizingh, 'Contractsovername bij bedrijfsovernames: een onomkeerbare rechtshandeling?', *WPNR* 2010, 6842.

#### **Van Rijssen 2008**

G. Van Rijssen, 'Contractsovername en ontbinding', *WPNR* 2008, 6762.

#### **Verhoeven 2004**

J.J. Verhoeven, 'Contractsovername', *Contracteren* 2004, 1.

#### **Verhoeven 2009**

J.J. Verhoeven, 'G. van Rijssen, Contractsovername', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2009, 4.



**Viëtor & Visser 2006**

D.A. Viëtor & B.M. Visser, 'Objectieve novatie of schuldvernieuwing bij aanpassing van een kredietovereenkomst', *WPNR* 2006, 6663.

**Wessels 2010**

B. Wessels, 'Overname van vorderingen en verrekening bij faillissement', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010, 4.

**Westermann 2003**

J.C. Westermann, 'Kan pandrecht worden gesauveerd bij novatie in de internationale financieringspraktijk?', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2003, 2.

**Jurisprudentie:**

HR 31 maart 1978, *NJ* 1978, 325 (Goedegebuure/Dental Post)

HR 17 juni 1988, *NJ* 1988, 958

HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 447 (Gispen qq./Rivierenland)

HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 641 (Budde/Toa Moa)

HR 23 april 1999, *NJ* 1999, 497 (Jut/Aegon)

HR 17 januari 2003, *RvdW* 2003, 15 (Oryx/Van Eesteren)

HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 183 (De Liser de Morsain/Rabobank Den Haag)

HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 75 (Braam/Standvast Wonen)

Hof Arnhem 21 september 2010, *LJN* BN7744

Rb. Utrecht 1 juli 2009, *RCR* 2009, 75

Rb. Zutphen 3 maart 2010, *JOR* 2010, 213

Rb. Rotterdam 2 juni 2010, *LJN* BN3061, 300059

Ktr. Rb. Alkmaar 7 april 2010, *RVR* 2010, 74