

Over het intreden van de contractuele fase; van een theoretische benadering tot een praktische invulling

De vraag wanneer de precontractuele fase over gaat in de contractuele fase is wellicht één van de meest basale in het verbintenissenrecht. Het verbaast dan ook niet dat over dit thema reeds enorm veel is geschreven, maar – en dat maakt het onderwerp voor de praktijk onverminderd belangrijk – het thema blijft onderwerp vormen van een constante stroom van rechtspraak. Een goede reden derhalve voor een beschouwing van de rechtspraak van de afgelopen paar jaar in het licht van de in de literatuur ontwikkelde criteria. Uit deze beschouwing vloeit de aanbeveling voort om in de toekomst terminologisch zuiverder met dit leerstuk om te gaan. Daarnaast kom ik tot een concrete voorzet voor een methodologisch stappenplan voor het antwoord op de vraag: deal of geen deal?

1. Inleiding

De vraag naar de totstandkoming van overeenkomsten is wellicht één van de meest fundamentele in het verbintenissenrecht. Dat zou de aannames hebben kunnen rechtvaardigen dat dit leerstuk zo langzamerhand wel uitgekristalliseerd is en dat het antwoord op de vraag of in een voorkomend geval tot een overeenkomst kan worden geconcludeerd, in de praktijk vrij eenduidig te beantwoorden zou moeten zijn.¹ Toch lijkt dat laatste niet het geval, gezien de niet aflatende stroom van rechtspraak over dit thema. Ondanks enkele duidelijke “landmark cases” van de Hoge Raad, waarover hieronder meer, zijn er in de feitenrechtspraak verhoudingsgewijs veel uitspraken over dit leerstuk te vinden. Mijn voorzichtige conclusie is dan ook dat de overgang van de precontractuele fase naar de contractuele fase voor de praktijk klaarblijkelijk lang zo helder niet is als men op het eerste gezicht zou kunnen vermoeden.

In dit artikel zal ik eerst het dogmatisch kader schetsen, om te komen tot de definiëring van de kernvraag die in dit artikel centraal staat: welke elementen dient een aanbod te bevatten wil het in juridische zin in voldoende mate bepaalbaar zijn (en bij aanvaarding tot een overeenkomst leiden)? Na een korte beschouwing over de terminologische benadering, kom ik tot het fenomeen van de zogenaamde ‘essentialia’ van de overeenkomst en de nadere onderverdeling daarvan. Dat leidt tot een schematische weergave en een voorzet voor een stappenplan, waarna ik dit toets aan de hand van de (feiten)rechtspraak van de afgelopen twee jaar.



Mr. dr. M.R.
Ruygvoorn*

2. Juridisch kader

Vraag een eerstejaars rechtenstudent op welke wijze overeenkomsten tot stand komen en het antwoord zal prompt luiden: bij wilsovereenstemming over een meezijdige rechtshandeling door aanbod en aanvaarding daarvan (via wil en verklaring) op grond van art. 3:33 BW of via de wils/vertrouwenstheorie van art. 3:35 BW. Dat lijkt op het eerste gezicht simpel, maar bij nadere betrachtting ligt dat een stuk complexer. Het dogmatisch kader laat zich als volgt samenvatten.

In art. 6:213 BW is bepaald dat een obligatoire overeenkomst een meezijdige rechtshandeling is, waarbij één of meer partijen jegens één of meer anderen een verbintenis aangaan. Art. 6:217 BW bepaalt dat een overeenkomst tot stand komt door aanbod en aanvaarding. Aanbod en aanvaarding zijn rechtshandelingen en dat betekent op grond van art. 3:33 BW dat sprake dient te zijn van een op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Aanbod en aanvaarding zijn vormvrij (consensualisme). Art. 3:35 BW bepaalt vervolgens dat tegen hem die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs

* Advocaat bij Van Benthem en Keulen B.V. te Utrecht en honorair universitair docent aan de Universiteit Utrecht.
Met dank aan mr. I.M.G. Bakker en mr. K.L. Maes voor hun waardevolle adviezen ten behoeve van dit artikel.

1. Voor een uitvoerig overzicht, zie Y.G. Blei Weissmann, *GS Verbintenissenrecht*, 6:217 BW, aant. 2 met verwijzing naar literatuur en jurisprudentie.

mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, geen beroep kan worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil. En daarmee is het dogmatisch kader voor wat betreft het leerstuk van totstandkoming van overeenkomsten gegeven.

Het uitgangspunt is dus dat aan iedere overeenkomst een aanbod ten grondslag ligt. Het begrip “aanbod” is als zodanig in de wet niet gedefinieerd, maar algemeen wordt aangenomen dat, wil een aanbod kwalificeren als een aanbod in juridische zin als bedoeld in art. 6:217 BW, het tenminste aan de volgende drie eisen dient te voldoen:

1. Het voorstel (op zichzelf een eenzijdig gericht rechtshandeling) dient *op een* rechtsgevolg gericht te zijn (in casu dus: het tot stand brengen van een overeenkomst). Voor het antwoord op de vraag of een aanbod op een rechtsgevolg gericht is, is uiteraard in eerste instantie bepalend de wil van degene die het aanbod doet (art. 3:33 BW). Een correctie kan echter volgen via de weg van art. 3:35 BW (de wils/vertrouwenstleer).
2. Het voorstel dient gericht te zijn tot één of meer bepaalde personen (die door aanvaarding van het aanbod de overeenkomst tot stand kan of kunnen brengen). Dit element ziet op de gerichtheid van het aanbod. Het kan gericht zijn aan een enkele persoon, aan meerdere geadresseerden of zelfs aan het gehele publiek (openbaar aanbod)², maar zonder één of meerdere aangezochte personen kan een zelfstandig aanbod niet bestaan.³
3. Het aanbod dient voldoende bepaalbaar te zijn. Met andere woorden: het aanbod moet zodanig zijn geformuleerd dat de enkele acceptatie daarvan de overeenkomst tot stand doet komen. Dit veronderstelt uiteraard dat de inhoud van de overeenkomst uit het aanbod in voldoende mate moet kunnen blijken.⁴

En met deze derde eis zijn we aangeland bij de kernvraag die in dit artikel centraal staat: wanneer is sprake van *een in voldoende mate bepaalbaar* aanbod dat vervolgens of via een daarop gerichte wil door middel van een aanvaarding of onder toepassing van de wils/vertrouwenstheorie tot een overeenkomst leidt?

Art. 6:227 BW bepaalt in dit verband dat de verbintenissen die partijen op zich nemen, bepaalbaar moeten zijn. Zij moeten, anders gezegd, de punten bevatten die degene die het aanbod doet, geregeld wenst te zien en die bij aanvaarding tot een – al dan niet benoemde – overeenkomst leiden. Vereist is echter niet dat het aan-

bod alle punten die partijen normaal gesproken in de tot stand te brengen overeenkomst zouden willen regelen, ook daadwerkelijk dekt.

Dit blijkt niet alleen uit art. 6:227 BW, maar ook uit de art. 6:225 BW (lid 1 en lid 2 in onderling verband bezien), art. 6:248 BW en art. 6:2 BW. Volgens dit laatste artikel heeft een overeenkomst immers niet enkel de rechtsgevolgen die partijen zijn overeengekomen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, gewoonte of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Daarnaast blijkt uit tal van verspreide wetsbepalingen dat de wetgever ervan uitgaat dat partijen niet altijd hun verplichtingen uitputtend dienen te regelen voordat een overeenkomst kan worden aangenomen. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op de art. 7:4, 7:405 lid 2, 7:601 lid 2 en 7:618 BW. Het betreft hier artikelen van regelend recht die nadere invulling geven aan de overeenkomst die partijen gesloten hebben voor zover partijen daarin zelf niet hebben voorzien. Daarbij gaat het op het eerste gezicht toch veelal niet om onbelangrijke onderdelen van de overeenkomst zoals de prijs (bij de koopovereenkomst)⁵ en het loon (bij de overeenkomst van opdracht). En ook in de UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts van het International Institute for the Unification of Private Law, wordt expliciet de mogelijkheid onderkend dat partijen contractuele binding hebben zonder dat al hetgeen zij beogen te regelen, ook al geregeld is. Art. 2.1.14 van de UNIDROIT Principles luidt als volgt:

2. Vgl. F.W. Grosheide, *Mass-Market Exploitation of Digital Information by Use of Shrink-Wrap and Click-Wrap Licenses – EDutch Perspective on Article 2B UCC*, in F. Grosheide en K. Boele-Woelki (ed.), *Europees Privaatrecht 1998 Opstellen voor Internationale Transacties en Interlectuele Eigendom Koninklijke Vermande, Lelystad 1998*, p. 274 en 275.
3. Men kan zich echter afvragen wat de meerwaarde is van de algemeen tot uitgangspunt genomen voorwaarde dat een aanbod zich tot één of meer bepaalde personen dient te richten indien met tevens, naar ik meen terecht, zou willen aannemen dat ook een openbaar aanbod (dat zich niet richt tot één of meer bepaalde personen maar juist tot eenieder) juridisch als een aanbod dient te worden gekwalificeerd. Zie ook M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, diss. 2009, p. 32 e.v.
4. Vgl. Y.G. Blei Weissmann, *Verbintenissenrecht*, losbladig, Kluwer, Deventer, aantekening 62 op art. 217-227 II.
5. In de literatuur wordt de koop prijs overigens, evenals het object van de koop, bij een koopovereenkomst doorgaans wel gezien als de minimaal noodzakelijke essentialia bij specieskoop, waarbij er geen objectieve kooprijvaststelling is zoals bij genuskoop op een handelsplatform zoals bijvoorbeeld een graanbeurs.

- (1) If the parties intend to conclude a contract, the fact that they leave a term to be agreed upon in further negotiations or to be determined by a third person does not prevent a contract from coming into existence.
- (2) The existence of a contract is not affected by the fact that subsequently
 - a) the parties reach no agreement on the term; or
 - b) the third person does not determine the term;
 - c) provided that there is an alternative means of rendering the term definite that is reasonable in the circumstances, having regard to the intention of the parties.

Volgens Asser/Hijma wordt in de praktijk met betrekking tot de bepaalbaarheidseis een zeer ruim standpunt ingenomen. Slechts zelden acht een rechter een zaak onvoldoende bepaalbaar.⁶ Dit uitgangspunt is ook in overeenstemming met bijvoorbeeld het bepaalde in art. 55 CISG, waarin gekozen is voor de constructie van een vermoeden onder stilzwijgende verwijzing naar de gebruikelijke prijs. Een strengere maatstaf zou overigens ook op gespannen voet staan met de hierna te bespreken rechtspraak waaronder het in het kader van dit leerstuk als ‘landmark case’ te kwalificeren en hierna te bespreken arrest *Regiopolitie/Hovax*.

Wel wordt in de literatuur algemeen de eis gesteld dat het aanbod in elk geval, wil het als een aanbod in juridische zin als bedoeld in art. 6:217 BW kunnen kwalificeren, het de ‘hoofdzaken’ van de beoogde overeenkomst dient te bevatten. Als de aanvaarding vervolgens, anders dan op ondergeschikte punten (vgl. art. 6:225 lid 3 BW) met het aanbod overeenstemt, komt de overeenkomst tot stand. Deze overeenkomst kan dan weliswaar onder omstandigheden nog lacunes bevatten (de door Blei Weissmann genoemde ‘witte plekken’), maar die doen dan aan het bestaan van een overeenkomst (in de literatuur dan doorgaans aangeduid met het begrip ‘rompovereenkomst’) niet af.⁸

Maar daarmee is de hamvraag natuurlijk nog niet beantwoord; indien een aanbod niet noodzakelijkerwijs alle elementen dient te bevatten die partijen met elkaar beogen te regelen om als een voldoende bepaalbaar aanbod in de zin van art. 6:217 BW te kunnen kwalificeren, welke elementen moet het aanbod dan wél bevatten? En welke elementen hoeft het aanbod nog niet noodzakelijkerwijs te bevatten casu quo over welke elementen van een aanbod behoeft nog niet noodzakelijkerwijs wilsovereenstemming te bestaan wil er bij aanvaarding van de overige elementen sprake zijn van een overeenkomst?

3. Terminologische verschillen

De punten die een in voldoende mate bepaalbaar aanbod (of een aanvaarding op basis van een in voldoende bepaalbaar aanbod) ten minste dient te bevatten, worden in de rechtspraak aangeduid met tal van begrippen. Veelal wordt gerefereerd aan de term “essentialia”⁹, maar ook tal van andere begrippen worden gebruikt, zoals: “hoofdlijnen”¹⁰, “essentiële elementen”¹¹, “wezenlijke elementen”¹², “meest wezenlijke elementen”¹³, “niet-ondergeschikte punten”, “typische onderdelen”¹⁴ of eenvoudigweg “belangrijke punten”¹⁵. Bedoeld lijkt in alle gevallen hetzelfde, namelijk dat het moet gaan om wilsovereenstemming over ten minste die elementen die partijen met elkaar beogen te regelen en die een zodanig gewicht in de schaal leggen dat zonder overeenstemming over die elementen niet gesproken kan worden van wilsovereenstemming. Interessant is dat in de rechtspraak de term “wezenlijke punten” of “wezenlijke elementen” veelal lijkt te worden gereserveerd voor de precontractuele fase en de vraag in hoeverre het een onderhandelende partij nog vrijstaat om eenzijdig de onderhandelingen af te breken.¹⁶ Bestaat over deze elementen wel wilsovereenstemming, maar zijn er daarnaast nog elementen waarover nog geen wilsovereenstemming bestaat, maar die partijen wel zien als onderdeel van datgene dat zij met elkaar willen regelen, dan is er sprake van een zogenaamde “rompovereenkomst”. Dit is geen wettelijke term, maar met dit begrip wordt

6. Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Bijzondere overeenkomsten, Deel I: koop en ruil, bewerkt door Jac. Hijma*, Kluwer, Deventer, 2007, p.209 en de daar aangehaalde rechtspraak.
7. Y.G. Blei Weissmann, *GS Verbintenissenrecht*, 6:217 BW, aant. 2.
8. Ontleend aan M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, diss. 2009, p. 33 en 34.
9. Bijv. Hof Den Bosch 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4022, r.o. 5.3.3., Rb. Amsterdam 21 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8228, r.o. 4.13, Rb. Midden Nederland 19 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1672, r.o. 6.5.
10. Bijv. Rb. Gelderland 4 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2829, r.o. 5.13.
11. Bijv. Rb. Gelderland 4 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2829, r.o. 5.13.
12. Bijv. Rb. Amsterdam 20 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9296, r.o. 4.3.
13. Bijv. Rb. Rotterdam 9 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7969, r.o. 4.3.
14. Bijv. Hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:682, r.o. 4.7.
15. Bijv. Rb. Amsterdam 7 april 2010, ECLI:NL:RBAMS2010:BM7551, r.o. 4.7.
16. Zie bijvoorbeeld Rb. Breda 29 juli 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BJ4206 en Hof Den Haag 20 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:236.

in de literatuur¹⁷ doorgaans tot uitdrukking gebracht dat, hoewel er sprake is van een “perfecte”¹⁸ overeenkomst, die overeenkomst nog op ondergeschikte punten (ik kom daarop in het hiernavolgende nog terug) elementen bevat waarover partijen nog geen wilsovereenstemming hebben bereikt.

4. Uitwerking van het begrip “essentialia”

In de literatuur wordt doorgaans een nadere onderverdeling van het begrip “essentialia” gebruikt in de vorm van het door Sieburgh¹⁹ gemaakte onderscheid tussen “essentialia”, “naturalia” en “accidentalia”. Van Schaick²⁰ hanteert m.i. een soortgelijke onververdeling, door te onderscheiden in “objectieve essentialia” (die lijken te corresponderen met de door Sieburgh bedoelde naturalia) en “subjectieve essentialia” (die lijken te corresponderen met de door Sieburgh bedoelde accidentalia).²¹ In het navolgende zal ik de terminologische onderverdeling van Sieburgh volgen, nu deze in de literatuur het meest ingang gevonden heeft en beide auteurs m.i. het zelfde bedoelen.

Sieburgh definieert essentialia als “bestanddelen zonder welke een overeenkomst in het algemeen, dan wel een bepaalde overeenkomst, niet tot stand kan komen.” Ontbreekt er een dergelijk bestanddeel, dan is er ofwel geen overeenkomst tot stand gekomen, ofwel een andere overeenkomst dan door partijen aangeduid. Onder naturalia verstaat zij “datgene dat ook zonder beding in de overeenkomst begrepen is, ofschoon het voor haar bestaan niet noodzakelijk is.” Onder accidentalia verstaat Sieburgh “bestanddelen die slechts krachtens uitdrukkelijk beding tot de overeenkomst behoren.”

Aansluiting zoekend bij de hierna te bespreken rechtspraak van al deze begrippen, onderstaand een nadere invulling daarvan: van essentialia in de door Sieburgh bedoelde zin kan bijvoorbeeld gesproken worden indien het gaat om constitutieve vereisten voor een benoemde overeenkomst. Kijken wij bijvoorbeeld naar een koopovereenkomst, dan zijn de constitutieve vereisten daarvan krachtens art. 7:1 BW dat overeenstemming bestaat over het object van de koop en over het feit dat daarvoor een prijs in geld betaald gaat worden. Bij een genuskoop is de aanwezigheid van die twee elementen in beginsel voldoende om een overeenkomst tot stand te brengen; de prijs staat dan immers doorgaans objectief vast. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin ik op de graanbeurs een bepaalde hoeveelheid graan van een bepaalde kwaliteit aanbied. Meldt zich een koper met de mededeling dat hij die partij graan wenst te kopen, dan is in beginsel sprake van een overeenkomst, zelfs al

hebben we het over de prijs nog niet gehad. Bij een speciesovereenkomst (waarbij het niet gaat om een generieke zaak, maar om een individueel bepaalde zaak) is dat uiteraard anders. Dan dient, naast de overeenstemming over het object, ten minste ook overeenstemming over de prijs te zijn bereikt. Dergelijke essentialia laten zich bij benoemde overeenkomsten als koop relatief eenvoudig vaststellen op grond van de wetstekst, maar het moge duidelijk zijn dat dit bij sui generis overeenkomsten al snel een stuk lastiger wordt. Veelal zal in dergelijke gevallen dan direct worden teruggegrepen op de naturalia.

Sieburgh noemt als voorbeelden van naturalia bij koop de verplichting om in te staan voor de afwezigheid van bijzonder lasten en beperkingen en voor het beantwoorden van de zaak aan de overeenkomst (art. 7:15 en 7:17 BW) en de bepalingen omtrent het risico voor de verkochte zaak (art. 7:10 BW). Ik zou daaraan een voor de praktijk hele belangrijke categorie willen toevoegen, namelijk de elementen die samenhangen met de aard van de beoogde overeenkomst. Een eenvoudig voorbeeld ter verduidelijking. Bij een eenvoudige koopovereenkomst met betrekking tot bijvoorbeeld kantoorartikelen zal naar mijn mening niet snel gesteld kunnen worden dat zolang over de wijze van geschillenbeslechting in geval van een opkomend dispuut geen afspraken zijn gemaakt, nooit van een koopovereenkomst gesproken zou kunnen worden. Gaat het evenwel over de totstandkoming van een grensoverschrijdende concessieovereenkomst, waaronder een grote oliemaatschappij proefboringen mag gaan verrichten op het continentale plat voor Venezuela,

17. Y.G. Blei Weissmann, *GS Verbintenissenrecht*, 6:217 BW.

18. De term “perfecte overeenkomst” wordt in dit verband vaak afgezet tegen de term “rompovereenkomst”. Dat is m.i. misleidend omdat de term “perfecte overeenkomst” eigenlijk staat tegenover “imperfecte overeenkomst” terwijl een rompovereenkomst reeds een voldragen overeenkomst is (en in die zin dus “perfect”) en een “imperfecte overeenkomst” juridisch niet bestaat (want nietig is). Vgl. op dit punt evenwel ook W.M. Kleyn, Wanneer vloeien er uit een imperfecte overeenkomst verplichtingen voor partijen voort?, *Juridische Berichten voor het Notariaat* 1991 afl. 6/16.

19. C.H. Sieburgh, Asser/Sieburgh 6-III, 2018/96.

20. A.C. van Schaick, Partiële vernietigbaarheid, *NTBR* 2018/27, p. 198.

21. Vgl. in dit verband ook P. Vermeij, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 30 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3788, TBR 2019/142, waarin hij eveneens spreekt over accidentalia in de totstandkoming van overeenkomsten.

dan ligt dat anders. In dat geval zijn afspraken over zaken als het op de concessieovereenkomst toepasselijke recht en de wijze van geschillenbeslechting objectief zonder meer als zodanig belangrijke elementen te beschouwen dat partijen er naar objectieve verwachting niet van uit zullen gaan dat zolang daarover nog geen overeenstemming is bereikt, er toch al sprake zou kunnen zijn van een overeenkomst. Met andere woorden, de aard van de overeenkomst bepaalt in belangrijke mate mede over welke punten partijen ten minste overeenstemming bereikt moeten hebben wil sprake zijn van een overeenkomst. Dit zijn m.i. de door Van Schaick bedoelde ‘objectieve essentialia’. Deze zijn van overeenkomst tot overeenkomst verschillend en diverse auteurs hebben goede voorzetten gedaan om voor verschillende (benoemde en onbenoemde) overeenkomsten te komen tot een opsomming van naturalia.²²

En tot slot zijn er de accidentalia in de door Sieburgh bedoelde zin. Als voorbeelden daarvan noemt zij de termijn die voor betaling wordt gesteld, de keuze van woonplaats en verder alle bedingen die men bij een overeenkomst kan maken, onverschillig of zij bij de wet zijn genoemd dan wel een uitvloeisel zijn van de willekeur van partijen. Dit betreft m.i. de betreffende door Van Schaick aangeduide ‘subjectieve essentialia’, een aanduiding die helder tot uitdrukking brengt dat het geen elementen zijn die worden bepaald door de aard van de overeenkomst, maar door de subjectieve wil van partijen zelf. Een element kan immers objectief, gegeven de aard van de overeenkomst, onbelangrijk zijn, maar voor partijen of een van hen (maar dan natuurlijk wel met kenbaarheid aan de ander) kan datzelfde element juist als heel belangrijk worden beschouwd.

Ook hier een kort voorbeeld ter verduidelijking. Stel dat ik onderhandel over de totstandkoming van een eenvoudige koopovereenkomst voor bureauartikelen en dat ik mij laat tijdens de onderhandelingen ontvallen dat ik het heel belangrijk vind om eventuele geschillen op te lossen via arbitrage in Singapore. Dan zou voor mijn onderhandelingspartner/wederpartij volstrekt helder moeten zijn dat – hoewel een afspraak over de wijze van geschillenbeslechting objectief bezien met betrekking tot deze overeenkomst niet een element is dat zodanig belangrijk moet worden geacht dat zonder overeenstemming daarover niet van een overeenkomst kan worden gesproken – in dit concrete geval, gegeven mijn daartoe strekkende mededeling, ik er niet van uit zal gaan dat zolang dit punt nog niet is geregeld, al van een overeenkomst tussen partijen kan worden gesproken.

Naast de door partijen beoogd te regelen elementen die als essentialia, naturalia of accidentalia kunnen worden gekwalificeerd, houden we, in geval van een rompovereenkomst, nog de elementen over die als “witte plekken” kwalificeren. Dat wil zeggen: die elementen die partijen op zichzelf beoogen te regelen, maar die zowel in kwalitatief opzicht als in kwantitatief opzicht ten opzichte van de overige elementen zodanig onwezenlijk zijn dat zij, indien daar nog geen overeenstemming over is bereikt, desnoods door de rechter op grond van de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid zouden moeten kunnen worden ingevuld. De standaard uitspraken voor wat betreft deze “vierde categorie” elementen zijn de uitspraken van de Hoge Raad van 6 november 1992 (De Velde/De Wilt²³) en het arrest van 26 september 2003 (Regiopolitie/Hovax²⁴).

In deze arresten was onder meer de vraag aan de orde of tussen partijen al een overeenkomst aangenomen kon worden, ook al was duidelijk dat zij het nog niet over alle punten waarvan duidelijk was dat zij die beoogden te regelen, eens waren. Het meest illustratief in dit verband is de uitspraak *Regiopolitie/Hovax*. In deze zaak onderhandeldden partijen over de totstandkoming van een complexe huurovereenkomst. Na twee concepthuurovereenkomsten te hebben

22. Zie bijv.: De essentialia van de overeenkomst tot handelsvertegenwoordiging: J.P.H. Zwemmer, ‘De bijzondere arbeidsovereenkomst van de handelsvertegenwoordiger’, *TvO* 2019/2, p. 37 – 44, De essentialia van de pakketreisovereenkomst: N.A. de Leeuw & J.A. Tersteeg, ‘Nederlandse Wet op de reisovereenkomst: (on)werkbaarheid in de praktijk’, *Contracteren* 2019/2, p. 66 & 67, De essentialia van de exploitatieovereenkomst tussen auteurs en exploitanten: J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht. Auteursrecht, portretrecht, naburige rechten en databankenrecht* (Recht en Praktijk nr. IE2), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 9.37, *De essentialia van de verzekeringsovereenkomst*: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Recht en Praktijk nr. VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2019, in het bijzonder par 1.6 e.v. & par. 34.4, De essentialia van de huurovereenkomst: M.E. Voorrips, ‘De precontractuele fase in het huurrecht: aanbod en aanvaarding en afgebroken onderhandelingen’, *TvHB* 2019/1, p. 4 – 16, De essentialia van de koopovereenkomst op afbetaling: N. Huppes, C.M.D.S. Pavillon & T.L. Wildenbeest, ‘De fabel van het gratis mobieltje’, *NTBR* 2019/5, afl. 2, p. 26, De essentialia van de financiële zekerheidsovereenkomst: R.M. Wibier, ‘Pandrecht op het saldo ten gunste van de bank zelf en de regel van artikel 54 Fw’, *AA* 2019, afl. 1, p. 57, en De essentialia van de arbeidsovereenkomst: E.S. de Jong, ‘Wat zijn de essentialia voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst?’, *ArbeidsRecht* 2011/33, afl. 6/7, p. 20 - 23.

23. HR 6 november 1992, *NJ* 1993, 27.

24. HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 460.

doorgesproken, zond de verhuurder, Hovax, een definitieve versie ter ondertekening aan de huurder. De huurder liet daarop evenwel weten niet tot ondertekening over te willen gaan omdat de Rijksgebouwendienst een aantal vermeend ontoelaatbare technische tekortkomingen aan het beoogde pand zou hebben geconstateerd. Hovax stelde zich vervolgens op het standpunt dat partijen al definitieve overeenstemming hadden bereikt over de tekst van voormelde, definitieve versie van de huurovereenkomst en dat de huurder derhalve daaraan derhalve gebonden was. De huurder meende dat het stadium van definitieve wilsovereenstemming nog niet bereikt was. De Hoge Raad oordeelde onder meer dat – kort gezegd – in feitelijke instantie(s) terecht een overeenkomst was aangenomen en dat de volgende punten, waarover partijen nog geen overeenstemming hadden bereikt, niet behoorden “tot de essentialia van de overeenkomst waarover partijen onderhandelden”:

- a) Of een contractuele boete diende te worden vastgesteld op een eventueel te late betaling van de verschuldigde huur,
- b) Voor wiens rekening een eventuele hogere dan normale brandverzekeringspremie zou komen, zulks in verband met het door Regiopolitie beoogde gebruik van het pand, en
- c) Voor wiens risico de mogelijkheid zou komen dat het pand tijdig beschikbaar zou zijn.

Hoewel wellicht, objectief bezien, dit laatste element nu niet direct de indruk wekt een element van ondergeschikt belang te zijn, werd het dat in dit geval wel geacht te zijn. Deze zaak bouwt voort op het arrest Polak/Zwolsman, waarin de Hoge Raad oordeelde dat, indien bij het tot stand komen van een overeenkomst een aantal samenhangende verbintenissen moet worden geregeld, niet in het algemeen de stelling kan worden aanvaard dat een overeenkomst reeds is tot stand gekomen, wanneer tussen partijen overeenstemming omtrent enige verbintenis is bereikt. De vraag of partiële overeenstemming bij dergelijke contracten reeds een overeenkomst doet ontstaan, is afhankelijk van de bedoeling van partijen, zoals deze moet worden aangenomen op grond van de betekenis van hetgeen wél en niet geregeld is, het al dan niet bestaan van het voornemen tot verder onderhandelen en de verdere omstandigheden van het geval. Voorts is in ieder geval nodig dat ten aanzien van de aanwezige leemten kan worden vastgesteld waarin de verbintenissen bestaan aan de hand van bedoeling van partijen en de wet²⁵.

Essentialia in de hierboven bedoelde, door Sieburgh omschreven zin zullen er altijd ten minste zijn. Naturalia en accidentalia hoeven

er niet te zijn, maar zullen wij in de praktijk veelvuldig aantreffen als elementen van een minimaal in voldoende mate bepaalbaar aanbod. En dat verklaart misschien ook wel waarom er zo veelvuldig over dit leerstuk wordt geïmagineerd. De gevolgen van het antwoord op de vraag of tussen partijen een overeenkomst is tot stand gekomen, zullen doorgaans verstrekkend zijn en gepaard gaan met aanzienlijke belangen. Daarbij is de uitkomst zwart/wit, afgezien van de nuance van een geslaagd beroep op ongelegitimeerde afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase. En met name wanneer het “hangt” op de accidentalia, is dan natuurlijk al snel sprake van een “lawyers paradise”. Het ligt immers voor de hand dat de partij die zich op het standpunt zal stellen dat er nog geen overeenkomst tot stand is gekomen, alles uit de kast zal halen om bij tegenspraak te bewijzen dat zijn onderhandelingspartner redelijkerwijs toch heeft moeten begrijpen dat overeenstemming over een bepaald element, hoewel wellicht niet objectief wezenlijk met een beroep op de aard van de overeenkomst, in ieder geval voor hem van groot belang was. En, in het verlengde daarvan, dat zijn onderhandelingspartner er, op zijn beurt, derhalve nooit op heeft kunnen vertrouwen dat zolang over dat betreffende element nog geen nadere afspraken waren gemaakt, er al vanuit gegaan kon worden dat er sprake was van contractuele binding. Het is dan ook niet zo gek dat in heel veel uitspraken waarin een beroep wordt gedaan op de aanwezigheid van accidentalia, de procedure ofwel met een voorlopig getuigenverhoor is ingeleid, ofwel er sprake is geweest van één of meer bewijsopdrachten waarna bewijslevering door middel van getuigen is gevolgd.

Schematisch geeft dit het volgende beeld. (zie pag. 956) De punten in de cirkel vormen de verzameling van alle elementen die partijen in het kader van de door hen te sluiten overeenkomst beoogen te regelen. In een enkel geval is reeds sprake van contractuele binding bij het bereiken van wilsovereenstemming over de essentialia (bij een genuskoop van graan bijvoorbeeld de hoeveelheid van een bepaalde kwaliteit en de bereidheid aan de zijde van de koper om daarvoor een prijs in geld te betalen). Vaak zal moeten worden vastgesteld dat, met name wanneer het sui generis overeenkomsten betreft of benoemde overeenkomsten met een hoog complex karakter, de aard van de overeenkomst met zich

25. Vgl. ook HR 6 mei 1960, N 1961, 366 (Van ‘t Hof/ Stuurenbroek), HR 18 maart 1994, NJ 1995, 744 (Linguamatics/Polyglot) en HR 17 december 1999, NJ 2000, 184 (Groeneveld Transport Efficiency/Hadegro).

brengt dat aan de essentialia een aantal (objectief vast te stellen) naturalia moeten worden toegevoegd. Soms zijn partijen er dan nog niet, omdat zij over en weer kenbaar hebben gemaakt dat overeenstemming over bepaalde elementen die objectief bezien wellicht niet als wezenlijk kunnen worden beschouwd, in dit geval wel als zodanig worden beschouwd, zodat de onderhandelingspartner zich behoort te beseffen dat zo lang over die elementen nog geen afspraken zijn gemaakt, van contractuele binding nog geen sprake kan zijn.

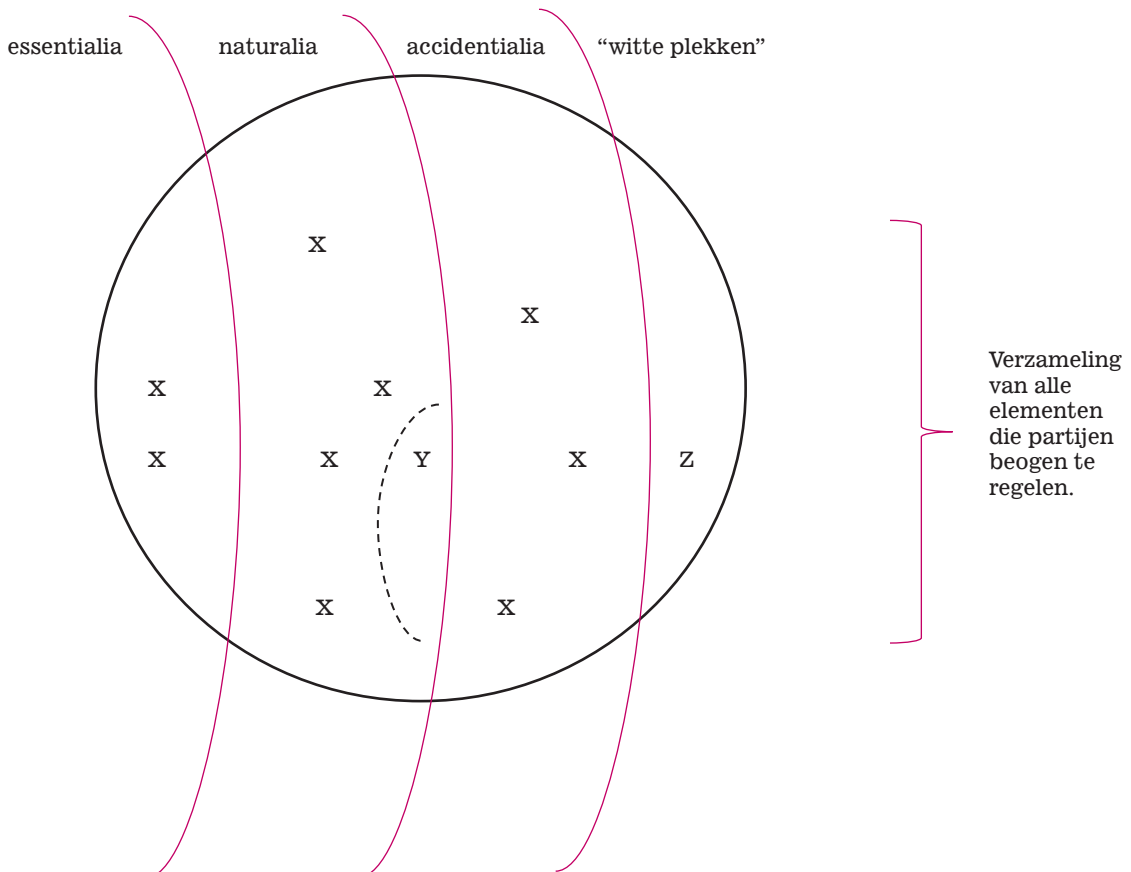
Accidentalialia kunnen overigens ook (om het zo mogelijk nog complexer te maken) in negatieve zin werken, in dier voege dat op enig moment tussen de onderhandelende partij in confesso kan zijn dat een naturale, hoewel dus objectief bezien een wezenlijk element van de beoogde overeenkomst, wat hem betreft zo zeer aan belang heeft verloren dat het niet bereiken van overeenstemming over dit element aan contractuele binding niet in de weg hoeft te staan. Dit laatste element wordt in de onderstaande weergave weergegeven door middel van de letter "Y". Helemaal rechts in de cirkel bevinden zich de elementen die ik hiervoor heb aangeduid als "witte plekken", ofwel de punten die partijen weliswaar beogen te regelen, maar die niet in de weg staan aan het bereiken van wilsovereenstemming, aangeduid met de letter "Z".

5. Een voorzet voor een methodologische aanpak

Uit het hiervoor weergegeven schema volgt de volgende voorzet voor een methodologische aanpak bij de beoordeling van het intreden van de contractuele fase:

1. Stel vast welke essentialia de overeenkomst die partijen beogen of beoogden te sluiten, kenmerken.
2. Beoordeel of er, naast de onder 2 genoemde essentialia, ook naturalia zijn en, zo ja, welke.
3. Beoordeel of er ook accidentalialia zijn en, zo ja, welke.
4. Stel vast of er zowel over de essentialia als – voor zover die moeten worden aangenomen – de naturalia en de accidentalialia wilsovereenstemming is bereikt.

Ad 1. Allereerst dienen de essentialia te worden vastgesteld. Het stellen van de juridische kwalificatievraag kan daarbij behulpzaam zijn. Deze is vooral relevant indien het om een benoemde overeenkomst gaat. In dat geval valt immers uit de wet veelal reeds af te leiden wat de essentialia zijn zonder welke de beoogde overeenkomst überhaupt niet bestaanbaar zou zijn. Zou de kwalificatie bijvoorbeeld neerkomen op een (eenvoudige) koopovereenkomst, dan volgt uit art. 7:1 BW dat als essentialia vallen aan te merken het object en de afspraak dat daarvoor een



prijs in geld wordt betaald. Betreft het een speci-eskoop, dan komt daar in ieder geval de hoogte van de koopprijs bij.

Ad 2. De tweede vraag is die naar de naturalia. Dat wil zeggen: wat zouden de “maatpartijen” (dat betekent: de gemiddeld zorgvuldig handelende personen in de positie van de betreffende onderhandelingspartners) objectief bezien ten minste hebben willen regelen – naast de essentialia - in het licht van het samenstel van de afspraken dat zij met elkaar beogen te maken? Daarbij kunnen, zoals de hierna te bespreken rechtspraak ook laat zien, tal van omstandigheden van belang zijn, zoals: de aard van de overeenkomst, algemene ervaringsregels, het samenstel van en de samenhang tussen de elementen die partijen beogen onderdeel van hun overeenkomst te maken, de eventuele samenhang met andere tussen partijen gesloten of nog te sluiten overeenkomsten, de eventuele geschiedenis die partijen met elkaar hebben, enzovoorts.

Ad 3. De derde vraag is die naar de aanwezigheid van accidentalia. Dit zal in de praktijk de meest controversiële vraag zijn. Hier komt het immers niet meer aan op de elementen die de “maatpartijen” objectief gezien als wezenlijke elementen zouden aanwijzen en zonder welke van contractuele binding nog niet gesproken zou kunnen worden, maar komt het aan op de vraag ten aanzien van welke elementen kan worden vastgesteld dat deze partijen van elkaar hadden behoren te begrijpen dat die door de andere partij als wezenlijk voor de totstandkoming van de overeenkomst werden beschouwd. Het gaat dan dus om de perceptie van één van de onderhandelende partijen voor zover die de wederpartij bekend was of had behoren te zijn. In de praktijk zal dit zich in sommige gevallen laten vaststellen op grond van bijvoorbeeld de tussen partijen gewisselde correspondentie, maar veelal zal het uitdraaien op (voorlopige) getuigenverhoren. Stelplicht en bewijslast rusten alsdan op de partij die van mening is dat sprake is van een accidentale in positieve of in negatieve zin. Met een accidentale in positieve zin doel ik op de situatie dat er sprake is van een element dat – kort gezegd – weliswaar objectief niet als een wezenlijk element van de beoogde overeenkomst kan worden beschouwd (lees: zonder overeenstemming waarover van contractuele binding geen sprake kan zijn), maar door (een van) partijen wel als wezenlijk wordt beschouwd. Bij een accidentale in negatieve zin doel ik op de situatie dat een element dat kwalificeert als een natuurlijke, weliswaar objectief bezien een wezenlijk element als hiervoor bedoeld is, maar dat voor de betreffende partijen niet (meer) is, zodat het ontbreken van deze overeenstemming over dat

concrete element er niet aan in de weg staat dat van contractuele binding sprake is. Zijn er accidentalia (in negatieve zin als “correctie” op de naturalia of in positieve zin), dan rijst natuurlijk wederom de vraag of uit de feiten kan worden afgeleid, al dan niet met toepassing van de wils/vertrouwenstheorie van art. 3:35 BW, of partijen het over de als accidentalia kwalificerende elementen van het geheel dat zij beogen te regelen, ook daadwerkelijk eens geworden zijn.

Ad 4. De laatste handeling bestaat er uit dat wordt vastgesteld of over de essentialia, naturalia en incidentalia ook daadwerkelijk overeenstemming is bereikt, zij het door aanbod en aanvaarding (art. 3:33 BW), zij het via de weg van de wils/vertrouwenstheorie (art. 3:35 BW). Is dat het geval, dan is de contractuele fase bereikt. Overigens wil dat niet in alle gevallen zeggen dat partijen dan de eindstreep met elkaar bereikt hebben; niet ondenkbaar is immers dat er bij de gesloten overeenkomst nog sprake is van “witte plekken”, oftewel van nog ongeregelde punten die zowel in kwantitatief opzicht als in kwalitatief opzicht ten opzichte van datgene waar partijen al wel overeenstemming over hebben, zodanig onwezenlijke punten betreft dat die er niet aan in de weg staan dat de contractuele fase intreedt. Dergelijke elementen zouden door de rechter op basis van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, dan wel aan de hand van art. 6:2 BW door de rechter nader moeten kunnen worden ingevuld. Als alternatief staat partijen natuurlijk altijd nog de mogelijkheid open in een gerechtelijke procedure te vorderen dat over de elementen die als “witte plekken” kwalificeren naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid wordt door onderhandeld. Partijen zullen er immers – kort gezegd – toch iets mee moeten in het kader van de verdere uitvoering van de rompovereenkomst.

6. De geschetste methodologie bezien in het licht van de (feiten)rechtspraak van de afgelopen twee jaar

Wat bij het bestuderen van de feitenrechtspraak van de afgelopen circa twee jaar opvalt, is allereerst dat de rechter bij de beoordeling van het antwoord op de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen, in nagenoeg alle gevallen de elementen waarover overeenstemming bestaat in onderling verband weegt, om daar vervolgens een conclusie aan te verbinden. Maar daar houdt de gemene deler wel zo'n beetje op. Hoe in veel gevallen de elementen waarover overeenstemming is bereikt, zich tot elkaar verhouden en hoe zij door de rechter in dat verband worden gekwalificeerd, is in veel gevallen onduidelijk of, wanneer aansluiting wordt gezocht bij het in de literatuur gemaakte onderscheid tussen “essen-

tialia”, “naturalia” en “accidentalia”, vaak zelfs ronduit verwarrend. Hieronder volgen daarvan enkele sprekende voorbeelden.

Wat daarnaast opvalt, is dat de rechter, ter onderbouwing van zijn conclusie omtrent de relatieve relevantie van een bepaalde deelovereenstemming, veelal op zoek gaat naar feiten die kunnen rechtvaardigen dat overeenstemming op een bepaald onderdeel van de beoogde overeenkomst meer of juist minder gewicht in de schaal legt. Vaak wordt daarbij teruggevallen op uitspraken van partijen die door de rechter, retrospectief gezien, in een bepaald juridisch licht worden geplaatst en van een bepaalde strekking worden voorzien, maar waarvan men zich kan afvragen of partijen, toen zij zich aldus uitlieten, zich hiervan wel in volle omvang bewust waren. En natuurlijk: de rechter moet iets hebben om vanuit te kunnen gaan en zijn oordeel op te kunnen baseren, maar wat ik hiermee wil zeggen is dat de rechter naar de communicatie tussen partijen kijkt vanuit de juridische optiek dat hij op zoek moet naar de relatieve relevantie van overeenstemming op deelonderwerpen, terwijl dat veelal niet de optiek van partijen zal zijn geweest op het moment waarop zij zich op een bepaalde wijze hebben geuit. Dit is natuurlijk een fenomeen dat wij vaker zien in rechtszaken – en in zoverre niets bijzonders –, maar bij geschillen als de onderhavige komt het m.i. pregnant naar voren. En dat betekent dat partijen, wanneer zij zich van dit fenomeen bewust zijn, hierop in de precontractuele fase zouden kunnen “sturen” door de rechter zo min mogelijk mogelijkheid te bieden om uit de tussen partijen gewisselde correspondentie elementen te destilleren ter onderbouwing van de ene of de andere gevolgtrekking.

Ik kom tot een onderbouwing van deze vaststellingen. Allereerst de gebruikelijk in de rechtspraak gehanteerde terminologie. Hiervoor is al aangegeven dat begrippen als “essentialia”, “hoofdlijnen”, “essentiële elementen”, “wezenlijke elementen”, “meest wezenlijke elementen”, “niet-ondergeschikte punten”, “typische onderdelen” en “belangrijke punten” door elkaar worden gebruikt. Soms om aan te geven dat het dan gaat om “essentialia” in de – kort gezegd – door Sieburgh bedoelde zin, maar niet zelden ook om naturalia en/of accidentalia aan te duiden. En dat kan tot verwarring leiden. Zo omschrijven het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba en de rechtbank Overijssel bijvoorbeeld de naturalia van een overeenkomst van geldlening als “essentialia”²⁶, de rechtbank Amsterdam omschrijft de naturalia van een distributieovereenkomst als “essentialia”²⁷ en datzelfde doet de rechtbank Midden Nederland met betrekking tot een “over-

eenkomst tot serieproductie”²⁸. De rechtbank Rotterdam omschrijft evidente accidentalia als essentialia daar waar het ging om punten die – kort gezegd – niet objectief wezenlijk waren, maar dat eenduidig voor een van partijen wel waren²⁹ en de rechtbank Midden Nederland heeft het telkenmale over “essentiële onderwerpen”, wanneer bedoeld wordt op onderwerpen “waaraan partijen veel betekenis hechtten” (zuivere accidentalia dus, daar waar uit de context blijkt dat het hier niet over objectief wezenlijke punten gaat). Zuiver in de aanduiding van het begrip “essentialia” zijn daarentegen bijvoorbeeld de rechtbank Zeeland-West-Brabant bij de essentialia van de arbeidsovereenkomst,³⁰ de rechtbank Den Haag bij de vaststelling van een koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak³¹ en de rechtbank Gelderland, eveneens ter zake van een koopovereenkomst.³²

Desalniettemin wordt *de facto* wel degelijk onderscheid gemaakt tussen naturalia en accidentalia. Ik noem enkele in het oog springende voorbeelden:

- De rechtbank Amsterdam maakt een duidelijk onderscheid tussen de essentialia (in de door Sieburgh bedoelde zin) en de accidentalia, door eerst vast te stellen dat over de essentialia overeenstemming bestond (in de optiek van de rechtbank: het object, de prijs en de leveringsdatum) en door vervolgens te overwegen dat naar het oordeel van de rechtbank “gedaagde zijn verweer dat er naast de genoemde punten waarover partijen het eens waren, nog andere essentiële onderwerpen waren waarover partijen nog tot overeenstemming moesten komen, onvoldoende heeft gemotiveerd”. Vervolgens komt de rechtbank tot de conclusie dat er aldus een koopovereenkomst tot stand is gekomen omdat er van accidentalia in de optiek van de rechtbank geen sprake was.³³

26. Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 19 september 2018, ECLI:NL:OGEEA:2018:571, r.o. 4.4 en Rb. Overijssel 4 december 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:4673, r.o. 4.7.

27. Rb. Amsterdam 4 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9089, r.o. 4.6.

28. Rb. Midden Nederland 2 september 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4134, r.o. 4.35.

29. Rb. Rotterdam 29 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4600, r.o. 4.7 en 4.8.

30. Rb. Zeeland-West-Brabant 11 juli 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:5059, r.o. 3.5.

31. Rb. Den Haag 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:10937, r.o. 4.8.

32. Rb. Gelderland 4 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2829, r.o. 5.13 – 5.16.

33. Rb. Amsterdam 21 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8228, r.o. 4.13.

- Het Hof Den Bosch maakt een helder onderscheid tussen *naturalia* en *accidentalia* door eerst te overwegen wat behoort tot de typische elementen (de *naturalia*) van een vaststellingsovereenkomst, om vervolgens te onderzoeken welke andere elementen specifiek voor de betrokken partijen relevant waren en waaruit volgt dat dit voor de andere partij kenbaar was.³⁴
- Heel helder is het Hof Amsterdam bij het bepalen van de *accidentalia* ter zake van onderhandelingen over een huurovereenkomst, waarbij het hof onder meer overwoog dat partijen “immers beide professionele partijen [zijn] die gelet op de uit de overeenkomst voor hen voortvloeiende verplichtingen (...) hebben moeten begrijpen dat zij niet van gebondenheid mochten uitgaan voordat zij de bereikte overeenstemming zouden hebben vastgelegd in een schriftelijk ondertekend document, hetgeen – zelfs via de ook nog niet gezette tussenstap van de ondertekening van de LOI – wel de bedoeling van partijen was, maar nooit is gebeurd.”
- Ook de Rechtbank Rotterdam is zich kennelijk bewust van het belang van mogelijke *accidentalia*, hetgeen blijkt uit de overweging dat in het betreffende berechte geval “gezien de complexiteit en uitvoerigheid van de door General Electric gewenste contractcondities, waarbij de ook door Strukton erkende zwaarwegende rol van het back to back-principe van wezenlijk belang is, alvorens zelfs maar van een rompovereenkomst gesproken kan worden, ook over een aanzienlijk aantal voorwaarden op ‘detailniveau’ overeenstemming bereikt diende te worden.”³⁵
- In een andere uitspraak van de Rechtbank Rotterdam was de rechtbank al even duidelijk door te overwegen dat volgens de gedaagde in die procedure zij “onder geen beding met [eiser] een overeenkomst wilde sluiten inzake de verkoop van het pand wanneer niet aan twee voorwaarden was voldaan die voor haar essentieel waren” en ten aanzien daarvan de rechtbank elders overweegt dat die voorwaarden overigens – kort gezegd – niet als *naturalia* waren aan te merken.³⁶
- Ook de Rechtbank Midden-Nederland onderkent het verschil tussen *naturalia* en *accidentalia* door onder meer te overwegen dat, hoewel partijen in de betreffende procedure “overeenstemming hadden bereikt over de staffel, een essentieel onderwerp, niet aanneemelijk is dat er overeenstemming was over alle essentiële onderwerpen” en dat “om te beginnen er geen overeenstemming over dit tikprijs van de koffie bestond, *een onderwerp waaraan partijen veel betekenis hechten.*” (cursivering auteur)³⁷
- De Rechtbank Den Haag overwoog in een tweetal vonnissen onder meer, toen het ging om de vraag of partijen overeenstemming hadden bereikt over de inhoud van een bestek, dat uit de gedragingen van die partijen af te leiden viel dat zij over en weer – kort gezegd – pas uitgingen van contractuele binding indien over alle voorwaarden en eisen van het bestek daadwerkelijk wilsovereenstemming zou bestaan respectievelijk dat onderhandelende partijen van inzicht verschilden over de elementen die, met betrekking tot een samenwerkingsovereenkomst, als voor hen essentieel dienden te worden beschouwd (hetgeen vervolgens in de weg stond aan het bereiken van de contractuele fase).³⁸ Daarmee laat ook de Rechtbank Den Haag duidelijk zien dat zij oog heeft voor het onderscheid tussen *naturalia* en *accidentalia*.
- Het Hof Den Bosch maakt een heel mooi onderscheid tussen *essentialia* en *accidentalia* door onder meer te overwegen: “Gelet op art. 7:1 BW zullen in ieder geval het object enerzijds en de prijs anderzijds *essentialia* van de koopovereenkomst zijn, maar daarnaast is het zeker mogelijk dat partijen (of één van hen) beogen (c.q. beoogt) dat het definitief tot stand komen van de overeenkomst nog afhangt van de regeling van andere onderwerpen dan deze twee. Van belang zijn daarbij hetgeen partijen daarover hebben besproken, dat wat zij over en weer redelijkerwijs van elkaar hebben verwacht en konden verwachten en de overige omstandigheden van het geval.”³⁹

34. Hof Den Bosch 21 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3559.

35. Rb. Rotterdam 1 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2960, r.o. 4.5.

36. Rb. Rotterdam 29 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4600, r.o. 4.7 – 4.8.

37. Rb. Midden-Nederland 16 oktober 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4752, r.o. 3.38 – 3.40.

38. Rb. Den Haag 14 augustus 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8417, r.o. 4.9 en Rb. Den Haag 24 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7524, r.o. 4.25.

39. Hof Den Bosch 9 juli 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2378, r.o. 6.4.2.

- Tot slot wijs ik op de uitspraak van de Hoge Raad van 10 mei 2019 waarin duidelijk oog is voor *accidentalia*. De Hoge Raad refereert aan de wens van één van partijen om een aanbetalings te ontvangen en overweegt onder meer dat ongeacht of zo'n aanbetaling in het algemeen al dan niet als één van de *essentialia* van een koopovereenkomst zou kunnen worden aangemerkt, "uit het uiten van die wens volgt dat [appellant] niet kon hebben begrepen dat er omtrent de afwezigheid van zo'n aanbetalingsverplichting wilsovereenstemming tussen partijen zou bestaan; voorts volgt daaruit dat hij moet hebben begrepen dat dit voor [geïntimeerde] belangrijk was."⁴⁰

Tot zover een kleine bloemlezing uit de recente rechtspraak waaruit volgt dat, om te komen tot een afgewogen oordeel, in de rechtspraak *de facto* wel degelijk toepassing wordt gegeven aan het in de literatuur gemaakt onderscheid tussen *essentialia*, *naturalia* en *accidentalia*.⁴¹ Alleen volgt dat niet uit de gebruikte terminologie. En dat is soms verwarrend. In elk geval komt het een goed begrip van de weging die de rechter maakt, niet altijd ten goede. En dat brengt mij tot enkele suggesties voor de praktijk.

7. Enkele suggesties voor de praktijk

De bevindingen die volgen uit het onderzoek van de recente rechtspraak over dit thema pleiten er voor om, ook in de rechtspraak (of misschien wel: juist in de rechtspraak) duidelijker onderscheid te maken tussen de verschillende wegingen van de deelafspraken en om toepassing te geven aan de in de ruim voor handen zijnde literatuur gebruikelijke aanduidingen.

Niet in de laatste plaats is dat ook relevant voor de justitiabelen; voor hen geldt dat zij baat kunnen hebben bij een beter bewustzijn van en zorgvuldiger omgang met dit leerstuk, doordat zij zich daarop in hun uitingen kunnen anticiperen. Duidelijk is immers dat in de rechtspraak onderkend wordt dat het er bij deelovereenstemming om gaat, vast te stellen in hoeverre die wezenlijk zijn voor het bestaan van een overeenkomst. Voor de praktijk is van belang dat de rechter actief opzoek lijkt te gaan naar die elementen ten aanzien waarvan hij tenminste wilsovereenstemming moet vaststellen om te kunnen komen tot het oordeel dat tussen partijen contractuele binding is ontstaan. En dat schept voor onderhandelende partijen natuurlijk de mogelijkheid om daarop te anticiperen. Een partij die zo lang mogelijk 'de handen vrij wil houden' doet er verstandig aan om zoveel mogelijk *accidentalia* te creëren door zich (bewijsbaar) te laten ontvallen wat voor hem allemaal belangrijk is om te regelen voor zover de aard van de te sluiten overeen-

komst dat al niet impliceert. Een partij die op zoek is naar snelle binding doet er verstandig aan om zich te laten ontvallen dat wat hem betreft bepaalde *naturalia* niet wezenlijk zijn (negatieve *accidentalia*).

Voor de rechter en de rechtshulpverlener geldt, tot besluit, de hiervoor omschreven methodologische voorziet die hen aan de hand van het in de literatuur nader omschreven onderscheid tussen *essentialia*, *naturalia* en *accidentalia* in staat stelt om op een efficiënte wijze invulling te geven aan de zoektocht naar die elementen waarover partijen het tenminste eens moeten zijn wil er sprake zijn van contractuele binding en daarmee uiteindelijk naar het antwoord op de vraag: deal of geen deal?

40. HR 10 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:691.

41. Andere duidelijke voorbeelden zijn terug te vinden in Hof Den Bosch 18 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5277, r.o. 6.7, Hof den Bosch 18 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5276, Hof Arnhem-Leeuwarden 13 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9909, r.o. 5.5.2, Hof Arnhem-Leeuwarden 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9477, r.o. 4.4 waarin het Hof onder meer overweegt dat één van de tussen partijen te regelen elementen, de risicoverdeling van gebreken aan een pand, een onderwerp was waarvan de andere partij had behoren te begrijpen dat, zolang daar geen wilsovereenstemming over zou worden bereikt, er sprake zou zijn van een breekpunt in de onderhandelingen, Rb. Rotterdam 3 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8583, r.o. 4.16, Rb. Midden-Nederland 23 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3511, r.o. 4.18, Rb. Midden-Nederland 21 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:719, r.o. 2.11 – 2.12, Rb. Noord-Nederland 7 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:456, r.o. 3.3.2 en 3.3.4, Hof Den Haag 16 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2106, r.o. 3.6 – 3.8 en 3.16 en Rb. Rotterdam 15 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9610, r.o. 4.12, waarin de rechtbank als accidentale het bereiken van wilsovereenstemming over een non-concurrentiebeding bij een franchiseovereenkomst kwalificeert.