



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Vernietigbaarheid als sanctie

Schaick, A.C. van

### Citation

Schaick, A. C. van. (2003). Vernietigbaarheid als sanctie. *Bw-Krant Jaarboek, 19*, 37-56. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36640>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36640>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Vernietigbaarheid als sanctie

*A.C. van Schaick\**

## 1. INLEIDING

Rechtshandelingen zijn alleen vernietigbaar als dit uit de wet voortvloeit. Dat is een algemene regel, die op verschillende manieren toepassing kan vinden. De meeste West-Europese burgerlijke wetboeken sommen de – beperkte – gevallen waarin een rechtshandeling vernietigbaar is, limitatief op. Het Nederlandse BW doet dat niet. Art. 3:40 lid 2 BW bepaalt in algemene zin dat een meerzijdige rechtshandeling die een dwingende wetsbepaling overtreedt, niet nietig maar vernietigbaar is als het overtreden verbod strekt tot bescherming van een partij bij die rechtshandeling. Hierdoor zijn in het Nederlandse recht veel meer rechtshandelingen vernietigbaar dan in andere West-Europese landen. Hierna onderzoek ik de gevolgen van de Nederlandse benadering. Ik ontikom er dan niet aan om de *nietigheid* van rechtshandelingen bij dit onderzoek te betrekken.

## 2. NIETIGHEID EN Vernietigbaarheid NAAR OUD RECHT

Uit art. 1371 jo. art. 1373 (oud) BW volgde dat overeenkomsten in strijd met dwingende wetsbepalingen, de openbare orde of goede zeden, geen geoorloofde oorzaak hadden en daarom nietig waren. Tot het einde van de negentiende eeuw kenmerkte de rechtsorde zich door haar zeer liberale karakter. Zij beperkte haar rechtssubjecten nauwelijks in de uitoefening van hun partijautonomie. Partijen werden verondersteld in wederkerige vrijheid met elkaar te contracteren. Bij wijze van uitgangspunt beperkte de rechtsorde zich tot het garanderen van de rechtsgevolgen die voortvloeiden uit de afspraken die partijen in hun veronderstelde wederkerige vrijheid hadden gemaakt. Een onderzoek naar de kwaliteit van de vermogensuitwisseling werd overbodig geacht. Deze benadering vindt men treffend uitgedrukt in art. 1374 lid 1 (oud) BW (art. 1134 lid 1 Ccfr): ‘Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben

\* Mr. A.C. van Schaick is advocaat bij Linssen CS Advocaten te Tilburg.

aangegaan tot wet.’ Zolang een overeenkomst maar niet tornde aan de ‘grondslagen der maatschappij’,<sup>1</sup> was zij geldig. Een overeenkomst die – bij uitzondering – een ongeoorloofde oorzaak had en dus nietig was, had eigenlijk ook altijd een onaanvaardbare inhoud. Volstrekte ontkenning van deze overeenkomst was dan logisch en gerechtvaardigd. De overeenkomst was krachteloos, ofwel nietig, en die nietigheid drukte het *gevolg* van die overeenkomst uit: de nietige overeenkomst bestond simpelweg niet. Het kon worden overgelaten aan partijen, die immers werden verondersteld aan elkaar gelijk te zijn, om desgewenst een nieuwe overeenkomst te sluiten die wél bleef binnen de grenzen van het recht.

Een overeenkomst die weliswaar een geoorloofde oorzaak had, kon niettemin zijn aangegaan door een partij wier toestemming tot die overeenkomst (cf. art. 1356 sub 1 (oud) BW) op gebrekkige wijze was gevormd. In specifieke, door de wet aangegeven gevallen was de overeenkomst dan vernietigbaar, namelijk wanneer een partij de overeenkomst was aangegaan onder invloed van dwaling, dwang of bedrog, of als een partij onbekwaam was om de overeenkomst te ‘treffen’ (art. 1357 e.v. (oud) BW).<sup>2</sup> In alle landen die een burgerlijk wetboek hebben dat op de Franse *Code civil* is gebaseerd, heeft lang onduidelijkheid bestaan over de precieze betekenis van vernietigbaarheid en over haar verhouding tot nietigheid. In Nederland zijn uiteindelijk de volgende regels ontwikkeld: *nietigheid* verhindert van rechtswege dat een rechtshandeling rechtsgevolg heeft. Daarom kan iedereen een beroep op die nietigheid doen en moet de rechter nietigheid ambtshalve constateren.<sup>3</sup> De *vernietigbare* rechtshandeling is daarentegen vooralsnog geldig. De partij ten behoeve van wie de wet in vernietigbaarheid voorziet, beschikt gedurende een bepaalde tijd

1. Cf. Asser/Hartkamp 4-II, nr. 456. Men verwijst in dit verband ook wel naar de beginselen van ‘die Familienordnung und der Staatsaufbau’ (K.Simitis, *Gute Sitten und ordre public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 BGB*, Marburg 1960, p. 90), of van ‘Family Life and Sexual Morality’ (Kötz/Flessner/Weir, *European Contract law*, vol. I (*Formation, Validity, and content of contracts; contract and third parties*), Oxford, 1997, p. 155).
2. De pauliana was eveneens een grond van vernietigbaarheid (art. 1377 (oud) BW). Zij geldt echter als een atypisch geval, zie: J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer, 1988, p. 126, en Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, München: Beck 1997, § 44, Rdnr. 20. Ik laat haar hier buiten beschouwing.
3. Zie recent HR 27 maart 1998, *NJ* 1998, 709 (FNV/Jac. Kuypers).

over een wilsrecht op nietigheid. Door haar wilsrecht uit te oefenen – de rechtshandeling te vernietigen –, bewerkstelligt deze partij dat de rechtshandeling met terugwerkende kracht nietig wordt.<sup>4</sup>

Onder de vigeur van het oude BW werd aan een versoepeling van dit systeem niet of nauwelijks gedacht. Als de rechtsorde een bepaalde contractsinhoud verbood met het oog op de bescherming van een rechtssubject, werd niet aangenomen dat deze overeenkomst niet nietig maar vernietigbaar was. Toen HR 11 januari 1957, NJ 1959, 37 (Bovag II) bij gebreke van een wettelijke regeling aanvaardde dat een overeenkomst die door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen, in strijd is met de goede zeden en daarom een ongeoorloofde oorzaak heeft, moest de Hoge Raad deze overeenkomst wel *nietig* verklaren. Er werd niet aangenomen dat deze overeenkomst slechts – ten behoeve van het slachtoffer van het misbruik van omstandigheden – vernietigbaar was.<sup>5</sup> Naar aanleiding van het arrest schreef Beekhuis:<sup>6</sup>

‘Nu in het bestaande B.W. een afzonderlijke regeling ontbreekt, is men genoodzaakt de nietigheid van een overeenkomst, totstandgekomen door misbruik van omstandigheden, af te leiden uit art. 1373 (strijd met de goede zeden of openbare orde). Dit is in verschillende opzichten als een noodoplossing te beschouwen (...). In de tweede plaats heeft het ontbreken van een geldige oorzaak tengevolge, dat de betreffende overeenkomst nietig is. Dit brengt mee, dat de nietigheid door beide partijen kan worden ingeroepen en zelfs ambtshalve door de rechter moet worden toegepast. Bij misbruik van omstandigheden leidt dit tot ongewenste resultaten, en het is dus begrijpelijk, dat de H.R. niet geneigd was de beslissing van het Hof, waarin ambtshalve de nietigheid van het betreffende beding was uitgesproken, spoedig te aanvaarden. De moeilijkheid doet zich echter voor, op welke grond men aan de consequentie van ambtshalve nietigheid in het gegeven geval kan ontkomen.’

4. De huidige Nederlandse onderscheiding is vrijwel identiek aan de Duitse. Zij gaat terug tot een preadvies van J. Eggens, *Vormen van nietigheid en bekrachtiging van rechtshandelingen*, preadvies voor de Broederschap van Candidaat-Notarissen 1947, in: Eggens-bundel, Overveen: Belvédère 1998, p. 302 e.v. Zie over de ontwikkeling van de Nederlandse gedachten over nietigheid en vernietigbaarheid J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, cit., p. 121 e.v. Zie ook de rechtshistorische beschouwingen van Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano 1998, p. 13 e.v. en Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparé des nullités contractuelles*, Paris, 2002, p. 15 e.v.
5. Zie daarover ook Asser/Rutten 4-II, p. 144 e.v.
6. *AA* 1957, p. 220 e.v.

prijsvermindering voor de koper derhalve voordeliger dan schadevergoeding).

### *Contractsevenwichten overmacht*

De zojuist besproken prijsvermindering is ook in geval van overmacht mogelijk (overmacht staat aan ontbinding immers niet in de weg); maar wat betreft een vordering tot schadevergoeding ligt dat geheel anders. Ik beperk mij in dit verband tot de vorm van een ten achter blijven bij de contractuele verbintenis, die ongetwijfeld tot de meeste vragen aanleiding geeft, namelijk de non-conformiteit. De verkoper beroept zich er dan op dat hij het gebrek niet heeft gekend en redelijkerwijs ook niet heeft behoeven te vermoeden.

Een dergelijk overmachtsberoep genoot in de rechtspraak tot nu toe nauwelijks enige populariteit. Men leek er — doorgaans stilzwijgend — van uit te gaan dat de verplichting van art. 7:17 BW een ‘wettelijke garantie’ inhoudt, in welke opvatting een beroep op overmacht steeds zonder gevolg moet blijven. Nu de opvatting van de wettelijke garantie onlangs door de Hoge Raad is verworpen,<sup>30</sup> kan het niet anders dan dat de betekenis van het overmachtsleerstuk in gevallen van non-conformiteit alsnog door de rechtspraak zal worden ontdekt.

Wat bekent overmacht voor het contractsevenwicht? Die vraag is niet zozeer aan de orde in het door de Hoge Raad besliste geval, waarin het overmachtsberoep in stelling werd gebracht tegen een vordering tot vergoeding van de ‘herstelkosten’ (in het gegeven geval bedroegen die kosten een veelvoud van de koopprijs). Wat echter wanneer de koper naast of in plaats van de door hem in verband met de non-conformiteit gemaakte kosten het verschil in waarde als schade opvoert?

Zoals reeds gememoreerd is in gevallen van overmacht prijsvermindering gewoon mogelijk. Anders dan in het geval van een proportionele vermindering van de koopprijs (het geval van de tien ringen) is het niet eenvoudig te zeggen hoe het bedrag van de vermindering zou moeten worden berekend. Zonder aanwijzingen voor het tegendeel zal men noodgedwongen van het objectieve waardeverschil uit moeten gaan. Prijsvermindering benadert zo schadevergoeding.

30. HR 9 januari 1998, NJ 1998, 272 (Brok/Huberts), door mij besproken in NbBW 1998, p. 72 e.v.

bestrijden. Door de toename van wettelijke verboden kwam het vaker voor dat overeenkomsten een ongeoorloofde oorzaak hadden en dus nietig waren. Daarbij kwam nog dat het adhesiecontract, dat dankzij de opkomst van de verklaringsleer<sup>11</sup> aan het einde van de negentiende eeuw in zwang raakte,<sup>12</sup> ondernemers de mogelijkheid bood om vooraf aspecten te regelen die vroeger door het aanvullende recht werden beheerst: *accidentalia* namen de plaats in van *naturalia*.<sup>13</sup> De voorgeformuleerde bedingen waren geregeld met dwingende wetsbepalingen in strijd.

Ook de dwingende wetsbepalingen die een sociaal-economische grondslag hadden, waren gronden van nietigheid. Maar de overeenkomsten die nietig waren omdat zij dergelijke dwingende wetsbepalingen overtraden, hadden niet meer per definitie een inhoud die in morele zin verwerpelijk was.<sup>14</sup> Een overeenkomst die strekt tot levering van 500 platen siliciumijzer tegen een prijs die hoger ligt dan de Prijsopdrivings- en Hamsterwet 1939 toelaat,<sup>15</sup> heeft op zichzelf geen verwerpelijke inhoud. Dat geldt ook voor de overeenkomst die een vliegtuigbouwer verplicht om in strijd met het Bedrijfsvergunningbesluit 1941 aluminium-kammetjes te vervaardigen.<sup>16</sup> Ook volledige ontkenning van de arbeidsovereenkomst waarbij een te laag loon wordt bedongen, of van de opdracht waarbij aansprakelijkheid op te vérgaande wijze wordt uitgesloten, ligt niet erg voor de hand. Wettelijke verboden op sociaal-economische grondslag vroegen kortom om een nieuwe benadering van nietigheid. Die nieuwe benadering kreeg op verschillende wijzen gestalte.

11. De verklaringsleer is voor het eerst verdedigd door W. Röver, *Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen*, Rostock 1874, p. 47.
12. De term 'contrat d'adhésion' is geïntroduceerd door R. Saleilles, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris 1901, p. 229 e.v.
13. Cf. Asser/Hartkamp 4-II, nr. 78.
14. Dat is voor het eerst geconstateerd door Fr. Endemann, *Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Rechte*, Leipzig, 1887, p. 79 e.v.
15. HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 127 (Flora/Van der Kamp). Zie ook Van der Grinten, noot onder HR 14 februari 1964, *NJ* 1965, 95 (Koom/Den Helder), *AA* 1965, p. 128 e.v.: 'De bedoeling is niet om het goederen- of dienstenverkeer te verlammen, doch om te bereiken dat dit verkeer geschiedt tegen prijzen die het uit sociaal-economische overwegingen gebonden prijspeil niet te boven gaan.'
16. HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 128 (Burgman/Aviolanda).

### 3.B Nietigheidsrelativering

Met overeenkomsten die meer *accidentalia* bevatten, bleek geregeld dat de nietigheid van de overeenkomst werd veroorzaakt door een minder belangrijk aspect van de overeenkomst. Diezelfde overeenkomst kon zonder veel problemen voortbestaan als het nietige aspect daarvan werd losgeweekt. Men aanvaardde dat de geldige en nietige aspecten van de overeenkomst van elkaar werden gescheiden en dat het geldige aspect van de overeenkomst zelfstandig in stand werd gehouden. Aanvankelijk werd als voorwaarde gesteld dat het voortbestaan van de overeenkomst zonder haar nietige aspect aansloot bij de bedoelingen van partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Het Duitse BGB regelde dat in § 139 BGB (partiële nietigheid) en § 140 BGB (conversie), en heeft in dit opzicht tot voorbeeld van de meeste jongere wetboeken gestrekt.<sup>17</sup> De Franse *Code civil* kende deze vormen van nietigheidsrelativering niet. In Frankrijk, België, Nederland (tot 1992), Italië (tot 1942), Spanje en Portugal (tot 1967) zijn partiële nietigheid en conversie rechtersrecht.<sup>18</sup> In de loop van de twintigste eeuw werd de wil van partijen aan de wil van de wetgever ondergeschikt gemaakt. Het geldige deel van de nietige overeenkomst werd ook in stand gehouden als dat weliswaar indruiste tegen de wil van partijen maar aansloot bij de ratio van het wettelijke verbod. In Duitsland bleek al snel dat met § 139 BGB nauwelijks te werken viel. Het Reichsgericht heeft deze *legislative Fehlentscheidung*<sup>19</sup> al in 1934 voor een belangrijk deel buiten spel gezet.<sup>20</sup> Later heeft men een werkbare vorm van partiële nietigheid geënt op de uitzondering van § 134 BGB.<sup>21</sup> In Nederland wordt de partiële nietigheid veelal stilzwijgend toegepast, en in ieder geval wordt geen acht geslagen op de

17. Cf. art 1419 en 1424 Ccit (1942); art. 181 en art. 182 Ccgr (1949), art. 292 en art. 293 Ccport (1967); art. 3:41 en 3:42 Ned. BW. Zie ook art. 144 en 145 van het *Avant-projet van de Code européen des contrats* (Gandolfi-code), Milano 2001, p. 81 e.v.

18. Zie HR 14 maart 1929, *NJ* 1929, 1382 (De Vries/Mechanicus) met betrekking tot partiële nietigheid en HR 21 januari 1944, *NJ* 1944, 120 (Van de Water/Van Hemme) met betrekking tot conversie.

19. Mayer-Maly, *Über die Teilnichtigkeit*, *Gedenkschrift für Frans Gschmitzer*, Aalen 1969, p. 283.

20. RG 11 december 1934, *RGZ* 146, 116.

21. Zie Palandt/Heinrichs, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62. Aufl., München 2003, § 134 BGB.

wil van partijen wanneer op grond van de ratio van het wettelijke verbod restgeldigheid van de overeenkomst gegeven is.<sup>22</sup>

### 3.C De ratio van het wettelijke verbod

Overall is discussie ontstaan over het rechtsgevolg van een nietige overeenkomst waarin geen geldig aspect werd aangetroffen dat van het nietige aspect kon worden afgescheiden. Ook in Nederland heeft het nieuwe karakter van wettelijke verboden tot discussie over de nietigheid geleid,<sup>23</sup> en de worsteling met de vraag hoe overeenkomsten die wettelijke verboden overtreden, moeten worden afgewikkeld, is berucht.<sup>24</sup> Om de werking van de oorzaak van de overeenkomst te omzeilen,<sup>25</sup> is hier lang getracht het probleem op te lossen door een onderzoek naar de wijze waarop de overeenkomst botst met de wettelijke bepaling, te weten door haar totstandkoming of door haar inhoud en strekking.<sup>26</sup> Dit onderscheid ligt ook ten grondslag aan art. 3:40 BW. De weg die art. 3:40 BW wijst is echter nauwelijks begaanbaar, omdat hij dwingt tot een benadering van het probleem vanuit de overeenkomst en niet vanuit de wet, terwijl uiteindelijk toch de ratio van het verbod doorslaggevend moet zijn voor het rechtsgevolg. Moderne wetboeken bepalen dan ook dat een overeenkomst die op enigerlei wijze in strijd komt met een wettelijke bepaling nietig is tenzij uit (de ratio van) het wettelijke verbod iets anders voortvloeit.<sup>27</sup>

22. Volgens Asser/Hartkamp 4-II, nr. 491 'derogeert' in zo'n geval de wettelijke bepaling aan art. 3:41 BW, 'in dier voege dat de nietigheid van het beding niet tot nietigheid van de gehele overeenkomst leidt.' Maar de wetgever had in art. 3:41 BW natuurlijk in deze situatie moeten voorzien.
23. Zie reeds C. Petit, *Overeenkomsten in strijd met de goede zeden*, Leiden: Eduard IJdo 1920, p. 194 e.v.; Asser/Van Goudoever, *Verbintenissenrecht*, Zwolle 1921, p. 345 e.v.
24. Daarover recent Van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 10 e.v.
25. Sinds HR 17 november 1922, *NJ* 1923, 155 (Zeilmaker/Mirandolle) werd de oorzaak van de overeenkomst gedefinieerd als 'hare strekking, dat is: datgene wat partijen beoogen door haar te bewerken.'
26. HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 127 (Flora/Van der Kamp); HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 128 (Burgman/Aviolanda).
27. Cf. § 134 BGB, art. 1418 Ccit, art. 294 Ccport. Zie ook art. 140 van de Gandolff-code.

Ook in Nederland kan deze regel niettegenstaande art. 3:40 BW wel als (bijna) geldend recht worden beschouwd.<sup>28</sup>

### *3.D Nietigheidsecartering*

De uitzondering dat uit de ratio van een wettelijk verbod iets anders dan nietigheid kan voortvloeien, wordt wel aangegrepen om nietige overeenkomsten om te werken tot overeenkomsten die nog precies binnen de grenzen van de wet passen. Dat gebeurt met name als een overeenkomst voorziet in een overschrijding van een maximumhoeveelheid (b.v. prijs of duur) of -hoedanigheid (b.v. exoneratie). Uit de ratio van een wettelijk verbod zou kunnen volgen dat de nietige overeenkomst in aangepaste vorm in stand moet blijven. In Duitsland spreekt men van Geltungserhaltende Reduktion of Gesetzeskonforme

28. Cf. HR 7 april 2000, *NJ* 2000, 652 (Parkeerexploitatie/Stadsdeel Amsterdam-Zuid) en HR 11 mei 2001, *NJ* 2002, 364 (Onderling Ziektekosten Fonds 1950/Academisch Ziekenhuis Leiden). Zie voorts de verwijzingen in Asser/Hartkamp 4-II, nr. 251a en recent V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2002, cit., p. 25 e.v. Zie voor Frankrijk Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris 1992, nr. 355; Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparé des nullités contractuelles*, cit., nr. 238; voor Zwitserland BG 21 december 1976, BGE 102 II 401 en BG 18 februari 1985, BGE 111 II 52; voor Spanje López/Montés e.a., *Derecho civil, Parte General*, 3a ed., Valencia, 1998, p. 553 e.v.

Auslegung.<sup>29</sup> Elders wordt de partiële nietigheid te hulp geroepen.<sup>30</sup> Maar als men een nietig beding in een overeenkomst door een geldig beding vervangt, is van een zuivere toepassing van partiële nietigheid geen sprake meer.<sup>31</sup> Men weekt dan immers niet meer een nietig beding uit de overeenkomst los opdat het geldige en bestaande bestand van de overeenkomst kan voortbestaan. Het nietige beding wordt geschrapt of voor niet-overeengekomen respectievelijk niet-geschreven gehouden. De lacune die daardoor ontstaat, wordt opgevuld door een beding dat krachtens dwingend of aanvullend recht van toepassing is. De overeenkomst – die zonder het nietige beding vaak onbestaanbaar is – bestaat voort en partijen zijn ook gebonden aan het

29. Zie vooral J. Hager, *Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften*, München, 1983. Voorts Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, München: Beck 1980, cit., Rdnr. 109 e.v. Zo ook in Zwitserland, zie BG 13 juni 1991, BGE 117 II 273: '(V)orwegzunehmen ist jedoch, dass jedenfalls die Nichtigkeitsfolge nicht eintritt, sofern und soweit der Vertrag sich gesetzes- oder sittenkonform interpretieren lässt.' Zie voor Nederland ook de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor HR 7 december 2001, *JOL* 2001, 737: 'Middelonderdeel 2a klaagt dat het Hof geen antwoord heeft gegeven op de vraag waarom het Hof het uitsluiten van iedere aansprakelijkheid, dus ook die voor de 'zwaarste' gevallen, toestaat en uitsluiting voor alleen de 'zwaarste' gevallen niet toestaat. Deze klacht miskent dat het Hof, kennelijk mede met het oog op art. 3:40 BW, heeft geoordeeld dat het feit dat de exoneratieclausule zo is geformuleerd dat iedere aansprakelijkheid wordt uitgesloten op zichzelf nog niet meebrengt dat [verweester] een beroep op het beding moet worden ontzegd en dat zulks slechts anders zou kunnen zijn indien het beding met zoveel woorden de aansprakelijkheid voor schade in geval van opzet of grove schuld mede zou uitsluiten. Anders dan het middel kennelijk veronderstelt, heeft het Hof niet geoordeeld dat ook ingeval van opzet of grove schuld een beroep gedaan kan worden op een exoneratieclausule die, als de onderhavige, iedere aansprakelijkheid uitsluit (...). In zoverre is ook geen sprake van het toestaan van het uitsluiten van iedere aansprakelijkheid inclusief die voor de 'zwaarste' gevallen.' Zie voorts M.B.M. Loos, 'Partiële nietigheid van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden', *WPNR* 6260 (1997), p. 155 e.v.
30. Zie voor België Tilleman, *Beginselen van Belgisch privaatrecht X (Overeenkomsten)*, Deel 2 (*Bijzondere overeenkomsten*), A (*Verkoop*), 1 (*Totstandkoming en kwalificatie van de koop*), Antwerpen, 2001, nr. 1294; voor Oostenrijk Koziol/Welser, *Bürgerliches Recht I (Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht)*, 11. Auflage, Wien, 2000, p. 162; voor Spanje Lacruz Berdejo e.a., *Elementos de derecho civil, I (Parte General)*, 3 (*Derecho subjetivo, negocio juridico*), Madrid, 1999, nr. 358.
31. Zo terecht Zimmermann, *Richterliches Moderationsrecht oder Teilnichtigkeit?*, Berlin, 1979, p. 75 e.v.

beding dat zij niet zijn overeengekomen. Anders dan bij nietigheidsrelativering (partiële nietigheid en conversie) is hier geldigheid van de overeenkomst resultaat, maar niet óók aanknopingspunt. Ik heb dit nietigheidsecartering genoemd. Het is een methode die nauwelijks als zodanig wordt onderkend.<sup>32</sup> Alleen het Italiaanse BW (art. 1419 lid 2 Ccit<sup>33</sup>), het Oostenrijkse ABGB (§ 917a), en de Spaanse Ley de condiciones generales de la contratación (art. 10 lid 2) bevatten een bepaling die bewerkstelligt dat een beding dat nietig is wegens zijn overmaat wordt vervangen door een beding dat past binnen de grenzen van de wet.

### *3.E Functionalisering van nietigheid*

Nietigheid blijkt niet meer identiek te zijn aan een volstreekte ontkenning van de overeenkomst die partijen zijn aangegaan. Nietigheid betekent nog slechts dat de overeenkomst niet het *beoogde* rechtsgevolg kan hebben, omdat dit rechtsgevolg in strijd komt met doeleinden die maatschappelijk hoger worden aangeslagen, veelal omdat het rechtsgevolg – bezien vanuit macro-economisch perspectief – een ongewenste richting geeft aan de ontwikkeling van het goederen- en dienstenverkeer. Maar het is niet langer uitgesloten dat de rechtshandeling een ander dan het beoogde rechtsgevolg heeft. Nietigheid is niet meer een sluitstuk, ze geeft niet meer uitdrukking aan het *gevolg* van de overeenkomst (niets). Nietigheid heeft een functie; ze diskwalificeert de overeenkomst en biedt het recht daardoor grip op de inhoud ervan. Overal straft de nietigheid het ongewenste handelen van een partij in die zin af dat deze gebonden wordt aan een rechtshandeling die zij niet heeft gewild maar die wel past binnen de grenzen die

32. Zie echter HR 21 november 1986, *NJ* 1987, 351 (Beets/Van Lanschot).

33. Zie voorts art. 1229 en art. 1339 Ccit.

het recht heeft getrokken.<sup>34</sup> Zie het arrest van het Zwitserse *Bundesgericht* van 26 juni 1997.<sup>35</sup>

‘Das Vertragsrecht wird zunehmend ‘materialisiert’, die formale Vertragsfreiheit durch materielle Vertragsgerechtigkeit verdrängt, besonders deutlich etwa in den Gebieten des Miet- und Arbeitsrechts, des Konsumentenschutzes oder der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die zeitgemässe Rechtsüberzeugung ist nicht mehr allein vom Schwarzweiss-Schema der Gültigkeit oder Nichtigkeit privater Rechtsgestaltung geprägt, sondern fasst immer fester auch in der Grauzone der geltungserhaltenden Reduktion fehlerhafter Kontakte durch richterliche Inhaltskorrektur Fuss. Die Möglichkeit richterlicher Vertragsgestaltung entspricht augenfällig dem Zeitgeist. Daran kann auch die Rechtsanwendung nicht vorbeisehen.’

Waarom kan het recht niet als vanouds volstaan met de enkele ontkenning van de overeenkomst die in strijd is met een dwingende wetsbepaling die een sociaal-economische ratio heeft? Omdat juist de traditionele sanctie nietigheid nietige overeenkomsten sanctioneert. De verhuurder die wordt geconfronteerd met een beroep op de nietigheid van de huurovereenkomst waarbij hij een verboden huur heeft bedongen, zal er in het algemeen weinig behoefte aan hebben om een nieuwe, rechtsgeldige huurovereenkomst te sluiten met de huurder die hem zojuist zijn verboden winst heeft ontnomen. Hij zal een andere huurder zoeken. Dat besef zou de huurder ervan weerhouden om de nietigheid van de huurovereenkomst in te roepen. De nietige huurovereenkomst zou dus voortbestaan en de ratio van het wettelijke verbod zou gefrustreerd worden.<sup>36</sup> Dat wordt anders als de huurder die overweegt een beroep te doen op de nietigheid van de huurovereenkomst, ervan verzekerd kan zijn dat zijn huurovereenkomst als zodanig in stand zal blijven, en slechts zal worden aangepast tot (ten minste) een overeenkomst die aan de overtreden wetsbepaling beantwoordt. Als het recht wil dat nietige overeenkomsten niet worden

34. Een veelgestelde vraag is of het resultaat van de aanpassing steeds een overeenkomst moet zijn die nog juist binnen de grenzen van het recht past, of dat de aanpassing ook mag leiden tot een resultaat dat partijen zouden hebben bereikt als zij in volstrekte gelijkwaardigheid zouden hebben gecontracteerd. In verschillende landen worden verschillende oplossingen bereikt en bepleit. Zie voor rechtspraak BGH 11 januari 1984, BGHZ 89, 316 en HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 701 (Hupkes/Coster). Ikzelf heb elders (*Contractsvrijheid en nietigheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, cit., p. 303 e.v.) gemotiveerd gepleit voor een grote rechterlijke vrijheid, maar het voert te ver om dit aspect hier uit te werken.

35. BGE 123 III 292.

36. Zie in dit verband Ktr. Groningen 20 november 2002, *NJ* 2003, 146.

aangegaan of, nadat zij niettemin zijn aangegaan, nadien ter discussie worden gesteld, dan is nietigheidsecartering meestal noodzaak. Maar niet altijd. Als partijen de nietige overeenkomst vanuit gelijkwaardige posities zijn aangegaan en de concrete situatie niet aan de ratio van het wettelijke verbod beantwoordt, bestaat er geen reden om anders op de overeenkomst te reageren dan door haar ontkenning en de feitelijke situatie die op basis van de nietige overeenkomst is ontstaan, af te wikkelen door middel van acties uit onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking. Deze laatste nuance wordt vaak uit het oog verloren. Zij brengt mee dat de ratio van de overtreden norm *niet alleen* het rechtsgevolg van de nietige rechtshandeling mag bepalen. Enige subjectivering is hier op haar plaats.<sup>37</sup> De sanctie nietigheid biedt daartoe ook alle ruimte.

#### 4. FUNCTIONALISERING VAN VERNIETIGBAARHEID

##### 4.A Inleiding

Het Nederlandse systeem is compleet veranderd – en uniek<sup>38</sup> – door de invoering van art. 3:40 lid 2 BW. Uit dit artikellid volgt dat een overeenkomst die in strijd is met een dwingende wetsbepaling die uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen, ‘slechts’ *vernietigbaar* is.<sup>39</sup> Meijers heeft niet toegelicht hoe hij tot de bijzondere regel van art. 3:40 lid 2 BW is gekomen. Buitenlandse wetsbepalingen kunnen hem niet tot voorbeeld hebben gestrekt. Moderne wetsartikelen die bepalen dat de overtreding van een wettelijk verbod kan leiden tot een ander rechtsgevolg dan nietigheid, doelen met dat andere rechtsgevolg nooit op vernietigbaarheid van de overeenkomst. En als in andere landen wél het beroep op de nietigheid van een overeenkomst wordt ontzegd aan de partij tégen wie het overtreden verbod bescherming beoogt te verlenen, gebeurt dat niet door middel

37. Zo ook Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 137.

38. De Nederlandse benadering spreekt kennelijk niet aan. Art. 146 van de Gandolfi-code sluit aan bij de praktijk die elders wordt gevolgd en kent alleen vernietigbaarheid in gevallen die uitdrukkelijk door de ‘wet’ zijn voorzien.

39. HR 21 september 2001, *NJ* 2001, 617 (Van Berkel/Tournier-van den Berg).

van de vernietigbaarheid. Maar Meijers zélf had al eerder een opener benadering van nietigheid en vernietigbaarheid bepleit:<sup>40</sup>

‘M.i. doet men het best dan vernietigbaarheid als uitgangspunt aan te nemen, wanneer de navolgende omstandigheden samenlopen: een beperkt aantal personen, die zich op het gebrek kunnen beroepen, gepaard met de mogelijkheid om van deze bevoegdheid afstand te doen, benevens het feit, dat na een beroep of na een vonnis, dat het beroep aanvaardt, een ieder zich op de nietigheid beroepen kan (...). Zo blijkt ook hier bij het onderscheid tussen nietigheid en vernietigbaarheid geen grenslijn van nature gegeven te zijn of in de aard dezer begrippen besloten te liggen. De vele kleine rechtsgevolgen, die te zamen beslissend zijn voor het aannemen van een rechtsplicht en de verdere daarop steunende rechtsbegrippen, kunnen door gedeeltelijk te ontbreken vele overgangsvormen scheppen (...). Bij deze vraag van interpretatie bestaat overigens weer het gevaar ener dogmatische wetstoepassing. Men kent aan de termen, nietig en vernietigbaar, in een wetboek eens en vooral een zelfde betekenis met onveranderlijke rechtsgevolgen toe, zonder te letten op hetgeen doel en strekking van het wettelijk voorschrift verlangen. In de Nederlandse rechtspraak is gelukkig bij de begrippen nietig en vernietigbaar ten enemale met deze wijze van uitlegging gebroken. Telkens wanneer een wetsbepaling een handeling voor nietig verklaart, moet men, rekening houdend met doel en strekking der regeling, vaststellen of een ieder zich op dit gebrek kan beroepen of slechts de direkt belanghebbende.’

Kennelijk heeft Meijers deze gedachten uitgewerkt in art. 3:40 lid 2 BW. Maar art. 3:40 lid 2 lijkt op verschillende manieren anders – en vooral verder – in het contractenrecht in te grijpen dan Meijers voor ogen heeft gestaan.

#### *4.B De vernietigingsbevoegde kan zich niet aan de overeenkomst onttrekken*

Uit de toelichting op art. 3:40 BW blijkt dat Meijers art. 3:40 lid 2 BW formuleerde met het oog op dwingende wetsvoorschriften die de strekking hebben ‘de handelende persoon *tegen zichzelf* te beschermen.’<sup>41</sup> Maar Hartkamp<sup>42</sup> schrijft naar aanleiding van art. 3:40 lid 2 BW:

40. E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: 2e dr. Universitaire Pers 1958, p. 243-244.

41. TM art. 3.2.7, Parl. Gesch. Boek 3, p. 190 (curs. toegev.).

42. Asser/Hartkamp 4-II, nr. 250. Ook deze zinsnede kwam niet voor in de bewerkingen van Rutten, die overigens in het geheel geen aandacht aan deze uitzondering van art. 3.2.7 besteedde.

‘Een belangrijke reden om tot een andere oplossing dan nietigheid te concluderen, is gelegen in het feit dat het wetsvoorschrift ertoe strekt de ene partij bij een overeenkomst *tegen de andere* te beschermen.’ (curs. toegev.)

Achter deze verschillende benoeming van de ratio van het wettelijk verbod schuilt een verschillende manier van denken over de functie van de vernietigbaarheden ex art. 3:40 lid 2 BW. Meijers beoogde de vernietigingsbevoegde de mogelijkheid te bieden om zich te *bevrijden* van de last die de overeenkomst voor hem bleek te zijn. Maar in de moderne leer beschikt de vernietigingsbevoegde door art. 3:40 lid 2 BW over een instrument om zijn positie ten opzichte van zijn wederpartij te *verbeteren*: door middel van art. 3:40 lid 2 BW kan de vernietigingsbevoegde de overeenkomst tegen gunstigere voorwaarden en ongeacht de wil van de wederpartij *voortzetten*. Die veranderde gedachte over de – elders onbekende – functie van vernietigbaarheid heeft wellicht het pad geëffend naar haar toepasselijkheid op algemene voorwaarden die onredelijk bezwarend zijn of waarvan de wederpartij niet heeft kunnen kennisnemen (art. 6:233 BW).<sup>43</sup> Ook daarin is Nederland uniek: buitenlandse regelingen gaan altijd uit van een vorm van *nietigheid* van onredelijk bezwarende algemene voorwaarden.<sup>44</sup> Art. 6 lid 1 van EG-Richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten schrijft ook een vorm van ‘niet-bindendheid’ voor.<sup>45</sup>

De ‘nieuwe’ vernietigbaarheden mogen dan strekken tot *verbetering* van de contractuele positie van de vernietigingsbevoegde, hun effect is daartoe ook *beperkt*. Hierin ligt een belangrijk verschil met de ‘traditionele’ vernietigbaarheden,<sup>46</sup> die zich als regel richten tegen de overeenkomst als zodanig en die er primair toe strekken om de ver-

43. In de Parlementaire Geschiedenis bij art. 6:233 BW wordt de sanctie niet toegelicht. Ook in de literatuur vindt men geen verklaring voor het feit dat onredelijk bezwarende algemene voorwaarden *vernietigbaar* zijn.

44. Cf. § 9 AGBG (§ 307 BGB–2002), art. L-132-1 Code de la consommation, § 879 ABGB, art. 6 van de Oostenrijkse Konsumentenschutzgesetz, art. 1469*quinquies* CcIt; art. 8 van de Spaanse *Ley de condiciones generales de la contratación*; art. 12 van de Portugese *Decreto-Lei 446/85* (zoals gewijzigd bij de *Decreto-Lei 220/95* en 249/99).

45. Zie ook art. 7 van EG-Richtlijn 1999/44 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen.

46. Waaraan toe te voegen art. 3:34 lid 2 BW.

nietigingsbevoegde van de overeenkomst te bevrijden.<sup>47</sup> In een consumentenkoop kan de koper die een exonerationclausule heeft aanvaard, vaak door middel van vernietiging van die clausule aanspraak maken op levering van een zaak die de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik van de zaak nodig zijn (art. 7:17 jo. art. 7:6 BW).<sup>48</sup> Maar de rechter zal niet aanvaarden dat de consument aanstuurt op vernietiging van de volledige koopovereenkomst. En ook de consument die een algemene voorwaarde vernietigt wegens schending van de terhandstellingsplicht (art. 6:234 BW), kan zich op die grond niet aan de overeenkomst zelf onttrekken. Maar toch: als de vernietigingsbevoegde het beding vernietigt, is logischerwijze de overeenkomst als geheel nietig,<sup>49</sup> zij het dat de vernietigde overeenkomst kan worden gesplitst in een nietig deel en een geldig deel. Toepassing van art. 3:41 BW zou tot de conclusie kunnen dwingen dat de overeenkomst volledig nietig is, bijvoorbeeld omdat het vernietigde beding voor een partij een subjectieve essentiale was.<sup>50</sup> Bij consumentenovereenkomsten zou dat indruisen tegen art. 6 lid 1 van EG-Richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Volgens deze bepaling moeten lidstaten zorgen dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien zij zonder het oneerlijke beding kan voortbestaan.<sup>51</sup> Ik heb in enkele procedures wel eens door een beroep op art. 3:41 BW geprobeerd te bewerkstelligen dat de gehele overeenkomst nietig werd verklaard, maar naar mijn ervaring passeert de rechter die stelling zonder veel omhaal van woorden. Dat toont dan aan, lijkt me, dat ook art. 3:41 BW een *legislative Fehlent-*

47. Ook al bieden zij de vernietigingsbevoegde soms de *mogelijkheid* om de overeenkomst tegen de zin van zijn wederpartij te doen voortbestaan. Cf. art. 3:54 lid 2 en 6:230 lid 2 BW.

48. Cf. Rb. Arnhem 26 juni 1997, *Prg.* 1997, 4801.

49. Tenzij de wet daarin uitdrukkelijk voorziet (b.v. art. 7:653 lid 2 BW), past partiële *vernietigbaarheid* niet in het systeem van de wet. Art. 3:41 BW kan pas ná vernietiging tot toepassing komen. Cf. Parl. Gesch. Boek 3, art. 3.2.7a (3:41), p. 193 en MvT Inv. art. 6:233 en 6:234, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1582. Asser/Hartkamp 4-II, nr. 357a i.f., en Hijma, *Algemene voorwaarden*, Mon. Nieuw BW B55, nr. 45, gaan ten onrechte uit van het tegendeel. Het Portugese recht kent wél de partiële vernietigbaarheid, cf. art. 292 Ccport.

50. Zoals in HR 21 februari 2003, RvdW 2003, 41 (Weevers Stous/Hoge Weide).

51. Cf. § 6 Abs. 1 AGBG (§ 306 Abs. 1 BGB–2002), art. L. 132-1 Code de la consommation, art. 1469quinquies Ccit, art. 10 van de Spaanse *Ley de condiciones generales de la contratación*.

*scheidung* is en nog sneller dan § 139 BGB is voorbestemd om een welhaast dode letter te worden.

Als de vernietigingsbevoegde zijn bevoegdheid uitoefent, wordt dus slechts het vernietigde beding uit de overeenkomst geschrapt. Er ontstaat dan een lacune in de overeenkomst. In de praktijk vult de rechter deze lacune op met het beding dat ingevolge de wet bedongen had moeten zijn of met een beding dat, bij gebreke van een geoorloofde afwijking, krachtens aanvullend recht onderdeel is van de overeenkomst.<sup>52</sup> De overeenkomst bestaat met dat nieuwe beding voort.

#### 4.C Functionalisering van vernietigbaarheid

Aldus is ook de vernietigbaarheid op een vergelijkbare wijze als de nietigheid gefunctionaliseerd. Zij bewerkstelligt alleen in de traditionele gevallen nog dat de overeenkomst wordt geacht geen rechtsgevolg te hebben zodat zij, voorzover niettemin uitgevoerd, wordt afgewikkeld langs de weg van de onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking. Sinds de invoering van het huidige BW is vernietigbaarheid ook een instrument waarmee de partij die door het overtreden verbod in bescherming wordt genomen, door het recht in staat wordt gesteld om de overeenkomst aan te passen zonder dat de wederpartij dat kan voorkomen of zich nog aan de overeenkomst kan onttrekken. Er is geen sprake meer van dat overeenkomsten partijen zonder meer tot wet strekken:<sup>53</sup>

52. Ik zie geen grond om aan te nemen dat de lacune zou kunnen worden gevuld door een van het regelende recht *afwijkend* beding, bijvoorbeeld om de gebruiker van algemene voorwaarden te hulp te schieten wiens exoneratieclausule in een duurovereenkomst is vernietigd. De gebruiker die zijn duurovereenkomst zonder exoneratie niet wil voortzetten, zal moeten aansturen op beëindiging van de duurovereenkomst. Anders Asser/Hartkamp 4-II, nr. 491 i.f., met verdere verwijzingen. Zie ook Pasqua Liaño, *Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos*, nr. 34, in: Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de condiciones generales de contratación*, Elcano, 1999, p. 271 e.v., nr. 34: '(S)e abre con la nulidad un amplio margen de posibilidades para la recomposición del contrato: no se trata de cambiar lo nitidamente ilícito por una previsión rígidamente prevista por el legislador, sino de encontrar, con la ayuda de elementos tan heterogéneos como el derecho dispositivo, la interpretación integradora, la naturaleza del contrato, los usos y el principio de buena fe, una regulación *adecuada*.' (curs. orig.).

53. D. Mazeaud, *Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin?*, in Jamin/Mazeaud, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, 2003, p. 136.

‘Ainsi, l’exigence d’équilibre contractuel conduit parfois, aujourd’hui, à relativiser la portée de l’article 1134, alinéa 1, du code civil et à tempérer les injustices commises en son nom. Les conventions profondément déséquilibrées ne tiennent plus toujours lieu de loi à ceux à qui elles ont été imposées.’

#### 4.D *Beperkingen van vernietigbaarheid*

De sanctie vernietigbaarheid kent haar eigen beperkingen. Ik noem er vier.

In Nederland verschaffen de ‘nieuwe’ vernietigbaarheden de vernietigingsbevoegde een instrument waarmee hij de overeenkomst kan ontdoen van een beding dat wordt verondersteld het contractuele evenwicht te zeer te verstoren. Een belangrijke bijdrage daaraan levert de ruime werkingsfeer van art. 6:233 BW door de beperking van het ‘kernbeding’ tot de *objectieve essentialia* van de overeenkomst.<sup>54</sup> Toch biedt de Nederlandse wet (nog) niet de ruimte om zonder meer een overeenkomst die onaanvaardbaar onevenwichtig blijkt, te vernietigen. Een partij bij een overeenkomst die onaanvaardbaar onevenwichtig is maar geen wettelijk verbod overtreedt, zal moeten terugvallen op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>55</sup> Het Franse recht toont aan dat dit ook anders kan. De Cour de cassation<sup>56</sup> besliste bij arrest van 22 oktober 1996 dat een overeenkomst *zonder oorzaak* is als zij een beding bevat dat afbreuk doet aan de evenwichtigheid van de overeenkomst doordat zij de inhoud van de

54. HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 6 (Assoud/SNS); HR 21 februari 2003, *RvdW* 2003, 41 (Weevers Stous/Hoge Weide).

55. Zie voor de ‘nadelen’ die kleven aan een beroep op art. 6:248 lid 2 BW onder meer HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 363 (Gem. Apeldoorn/Duisterhof) en HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 59 (Bouwkamp/Van Dijke).

56. Cour de Cassation 22 oktober 1996, D. 1997, Jur. p. 121 (Banchereau/Chronopost). Maar zie Delebecque, *La clause limitative de responsabilité contenue dans un contrat de transport rapide ne saurait porter sur l’obligation essentielle du transporteur à savoir le délai d’acheminement prévu au contrat*, Rec. Dall. 1997, Somm. comm. p. 175: ‘La solution contenue dans l’arrêt rapporté (...) était, si l’on ose dire, dans l’air.’

primaire verbintenis uitholt.<sup>57</sup> De overeenkomst is dan echter niet geheel nietig maar het desbetreffende beding wordt voor *niet geschreven* gehouden,<sup>58</sup> zonder dat de partij die van het beding had willen profiteren, zich daarop kan beroepen. De oorzaak is een geschikt instrument om in het algemeen te waarborgen dat overeenkomsten voor partijen evenwichtig en zinvol zijn.<sup>59</sup> Het Nederlandse recht ontbeert zo'n instrument. Vernietigbaarheden vullen die lacune niet op.

De sanctie vernietigbaarheid voorkomt dat de *wederpartij* van de vernietigingsbevoegde zich aan haar verplichtingen onttrekt door een beroep op de nietigheid van de overeenkomst of een beding dat van die overeenkomst deel uitmaakt. Zolang de vernietigingsbevoegde zijn wilsrecht niet uitoefent, is de overeenkomst rechtsgeldig en afdwingbaar. Maar is het niet een maatschappelijk belang dat een overeenkomst die een dwingende wetsbepaling overtreedt, onder handen wordt genomen? Is het dan niet ongelukkig dat de rechtsorde moet wachten op het initiatief van de vernietigingsbevoegde? Ik betwijfel dat vernietigbaarheid en dwingende wetsbepalingen altijd de meest gelukkige combinatie vormen.

Een volgende – wellicht tijdelijke – beperking wordt veroorzaakt door het feit dat de ontwikkeling van het procesrecht geen gelijke tred houdt met het materiële privaatrecht. Men kan op afstand contracte-

57. Zie in dit verband de redenering van Hof Arnhem in HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 (Bramer/Hofman): 'Indien aan de artikelen 6 en 12 van de algemene voorwaarden inderdaad de uitleg moet worden gegeven, die Bramer daaraan kennelijk geeft, namelijk dat ook het achterwege blijven van correcte aflevering van de machine geen grond voor Colpro opleverde om betaling van het meerwerk te weigeren, is het beroep op de algemene voorwaarden – in samenhang met de overige omstandigheden van het geval – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, omdat aldus een essentiële prikkel om na te komen voor Bramer zou wegvallen.'

58. Daarover uitvoerig Kullman, *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, Rec. Dall. 1993, Chron. p. 59 e.v.; Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, Paris, 2002, nr. 489 e.v.

59. Zie Terré/Simler/Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 8e éd., 2002, nr. 342; Rochfeld, *Cause et type de contrat*, Paris, 1999, nr. 478 e.v.; Cermolacce, *Cause et exécution du contrat*, Aix-Marseille, 2001, nr. 292 e.v.; Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, cit., nr. 448 e.v.; D. Mazeaud, *Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin?*, cit., p. 142 e.v. Ook in Italië lijkt de oorzaak als geschikt instrument voor evenwichtsherstel te worden herontdekt. Zie Lanzillo, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003, p. 214 e.v.

ren, maar nog niet op afstand procederen. In gerechtelijke procedures is fysieke aanwezigheid, al dan niet in de vorm van een kostbare raadsman, nog altijd vereist. In verstekprocedures schiet vernietigbaarheid haar doel voorbij. De rechter moet een partij ook ambtshalve de hulp kunnen bieden die het wettelijke verbod beoogt.<sup>60</sup> De stelling dat ook Nederland in art. 3:40 lid 2 BW ruimte biedt aan een vorm van ongeldigheid tussen vernietigbaarheid en nietigheid,<sup>61</sup> biedt geen oplossing als de wet zelf vernietigbaarheid voorschrijft.<sup>62</sup> Dat dwingt dan tot doorzichtige constructies<sup>63</sup> die niet kunnen verhullen dat de keuze van de Nederlandse wetgever niet aan Europese maatstaven voldoet. Herbezinning op vernietigbaarheid als sanctie is daarom sowieso noodzakelijk.

De laatste beperking treedt voor het voetlicht als het concrete geval niet aan de ratio van het wettelijke verbod beantwoordt en de partij die haar wilsrecht op nietigheid uitoefent, de overeenkomst in volstreckte gelijkwaardigheid met haar wederpartij blijkt te hebben gesloten. Dan zou de rechtsorde moeten kunnen volstaan met de sanctie die traditioneel aan nietigheid is verbonden: de overeenkomst is zonder rechtsgevolg en wordt afgewikkeld langs de weg van de onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking. Dat gevolg lijkt echter niet aan de nieuwe vernietigbaarheden verbonden te kunnen worden.

## 5. CONCLUSIES

Alleen in Nederland is de *vernietigbaarheid* een instrument om een evenwichtige(re) overeenkomst af te dwingen. Vaak is vernietigbaarheid een geschikte aanleiding om de overeenkomst binnen het bereik

60. HvJ 27 juni 2000, zaak C 240/98 (Océano); HvJ 24 januari 2002, zaak C-372/99 (Commissie/Italië); HvJ 21 November 2002, Zaak C 473/00 (Cofidis/Fredout). Zie ook Loos/Wiersma, 'Ambtshalve toetsing van forumkeuzebedingen in algemene voorwaarden: het nieuwe procesrecht getoetst aan recente rechtspraak van het Hof van Justitie', *WPNR* 6484 (2002), p. 329 e.v.

61. Asser/Hartkamp 4-II, nr. 250, nr. 461.

62. Zo terecht A.H.T. Heisterkamp, *Vernietigbaarheid en billijkheid*, in CJHB (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 165 e.v.

63. N. Frenk, 'Ambtshalve toetsing van dwingend Europees consumentenrecht: gevolgen van het arrest van het Europese Hof van Justitie van 27 juni 2000 voor het Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 6431 (2001), p. 75; M.B.M. Loos, 'Europese toetsing van algemene voorwaarden', *NTBR* 2001, p. 101 e.v.

van de rechter te brengen. Maar de rechtsgevolgen die de overeenkomst na vernietiging heeft, hebben weinig met de aanleiding te maken. De aanleiding is een inleiding; vernietiging heeft een domino-effect: door zijn wilsrecht op nietigheid uit te oefenen, duwt de vernietigingsbevoegde één steentje om, en moeten nog een aantal andere steentjes vallen voordat de overeenkomst in aangepaste vorm voortstaat. We zouden ons meer bewust moeten zijn van wat we (niet) doen als we een overeenkomst of een beding daarin vernietigen en vervolgens beslissen over de rechtsgevolgen van de vernietigde overeenkomst. Dat bewustzijn kan ons tot het inzicht brengen dat de sanctie vernietigbaarheid als enkele aanleiding gemakkelijker door een betere sanctie kan worden vervangen dan men op het eerste gezicht zou denken. Die vervanging is uiteindelijk onontkoombaar. Want de sanctie vernietigbaarheid kan de ontwikkelingen in het contractenrecht niet bijhouden.