

Buitengerechtelijke vernietiging en ontbinding

*J. P. Jordaans**

1. INLEIDING

Vergelijkt men de regelingen in het NBW inzake de vernietiging van rechtshandelingen en de ontbinding van wederkerige overeenkomsten met die van het huidig recht, dan kan als een van de kenmerken van het NBW het terugdringen van de noodzaak tot het inschakelen van de rechter worden gesignaleerd¹.

In tegenstelling tot de overeenkomstige regeling in het BW, dat rechterlijke tussenkomst bij ontbinding voorschrijft (artikel 1302 tweede lid) en bij vernietiging in sommige gevallen de buitengerechtelijke weg open laat², in andere gevallen rechterlijke tussenkomst dicteert³ biedt het NBW (uitzonderingen daargelaten)⁴ de keuze aan de justitiabelen tussen het uitbrengen van een buitengerechtelijke ontbindings- of vernietigingsverklaring, en het vragen van een rechterlijke uitspraak tot ontbinding of vernietiging.

* Mr J. P. Jordaans is als universitair docent verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit te Leiden.

1. Aldus ten aanzien van titel 2 van boek 3 NBW: P. van Schilfgaarde: Nietigheden in 3.2 NBW volgens de invoeringswet; WPNR 5621 (1982), blz. 550.
2. Bijvoorbeeld de artikelen 89 en 90 van boek 1 BW; artikel 1377 BW; artikel 42 (N)Fw; artikel 9 BBA 1945.
3. Bijvoorbeeld de vernietiging wegens handelingsonbekwaamheid of wilsgebreken: artikelen 1482 en 1485 BW.
4. Artikel 50 tweede lid van boek 3 NBW (voorheen artikel 3.2.14 tweede lid) schrijft rechterlijke tussenkomst voor bij vernietiging van rechtshandelingen met betrekking tot een registergoed, die reeds aanleiding hebben gegeven tot inschrijving in de openbare registers of een tot levering van een registergoed strekkende akte; MvT IW, TK 17496, nr. 3, blz. 26.
In de vaststellingswet was bij bepaalde gevallen van gedeeltelijke ontbinding rechterlijke tussenkomst voorgeschreven, maar deze regels – de leden twee en drie van artikel 270 van boek 6 NBW (6.5.4.10) – zijn bij de invoeringswet geschrapt; NvW IW, TK 17541, nr. 4, blz. 17.

Het NBW noemt zelfs telkens als eerste mogelijkheid (bij wijze van hoofdregel)⁵ de buitengerechtelijke weg, gevolgd door de bepaling dat de ontbinding c.q. vernietiging ook door een rechterlijke uitspraak kan worden teweeggebracht⁶. Bij de regeling van de ontbinding en de vernietiging lijkt de wetgever het inschakelen van de rechter dus minder noodzakelijk te achten dan voorheen.

Dit opstel behelst een onderzoek naar deze wijziging en de overwegingen die daaraan ten grondslag liggen. Daartoe worden in § 2 de argumenten besproken die gedurende de totstandkoming van de stelselwijziging door voor of tegenstanders zijn aangevoerd. Daarbij wordt een indeling in vier rubrieken gehanteerd, al naar gelang het soort van bezwaren dat naar aanleiding van de stelselwijziging naar voren is gebracht. Achtereenvolgens worden besproken: argumenten ontleend aan de praktijk, argumenten gericht op aspecten van rechtszekerheid c.q. rechtseenheid en enkele overige argumenten. Vervolgens wordt onderzocht in hoeverre het genoemde „tweewegen-stelsel” van het NBW inzake ontbinding c.q. vernietiging een verandering inhoudt ten opzichte van de situatie onder het huidig recht (§ 3). In de vierde paragraaf tenslotte wordt nader ingegaan op de vorm van de buitengerechtelijke verklaring.

2. ARGUMENTEN VOOR EN TEGEN DE MOGELIJKHEID TOT BUITENGERECHTELIJKE Vernietiging OF ONTBINDING

A. *Praktische argumenten.*

Verwerping van de mogelijkheid tot buitengerechtelijke vernietiging of ontbinding is dikwijls gemotiveerd met de redenering, dat bij onenigheid tussen partijen toch de rechter zal worden benaderd⁷

5. MvA II, Parlementaire Geschiedenis Boek 6 NBW, blz. 1010. Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1085; Van Schilfgaarde, a.w., blz. 552.
6. Artikel 49 van boek 3 NBW (3.2.13) NBW luidt: Een vernietigbare rechtshandeling wordt vernietigd hetzij door een buitengerechtelijke verklaring, hetzij door een rechterlijke uitspraak.
Artikel 267 van boek 6 NBW (6.5.4.8) luidt: (1) De ontbinding vindt plaats door een schriftelijke verklaring van de daartoe gerechtigde; (2) Zij kan ook op zijn vordering door de rechter worden uitgesproken.
7. Jac. Hijma: Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen; dissertatie Leiden 1988; nr. 4.07, blz. 131-132, die deze redenering terecht verwerpt.

en dat deze „omweg” beter kan worden vermeden door rechterlijke tussenkomst verplicht te stellen. Dit argument kan als volgt worden weerlegd: indien al de wetmatigheid van het benaderen van de rechter bij onenigheid realiteit⁸ is, mag dit er nog niet toe leiden tussenkomst van de rechter dan maar in alle gevallen (dus ook die, waarin geen onenigheid bestaat) voor te schrijven. Het facultatief bieden van de rechterlijke weg is voldoende.

Voor het antwoord op de vraag, welke weg de belanghebbende het beste kan kiezen, kan het feit dat toch een veroordeling van de wederpartij nodig is, bijvoorbeeld tot schadevergoeding, ongedaanmaking, ontruiming of gedeeltelijke nakoming, wel van belang zijn: de rechterlijke weg ligt dan voor de hand⁹. Hetzelfde geldt in gevallen, waarin hij de kans dat de wederpartij met de buitengerechterlijke weg genoegen neemt, kleiner inschat dan de kans, dat deze de verklaring in rechte zal betwisten.

Door voorstanders van een systeem waarin uitsluitend is voorzien in de rechterlijke weg, wordt nog gewezen op de mogelijkheid, in eenvoudige gevallen te ontkomen aan rechterlijke interventie door het sluiten van een liberatoire overeenkomst tussen partijen¹⁰. Dit biedt echter geenszins een volwaardig alternatief voor de buitengerechterlijke verklaring. Ten eerste is de belanghebbende voor het sluiten van een liberatoire overeenkomst, anders dan voor het uitbrengen van een buitengerechterlijke verklaring, afhankelijk van de wederpartij. Ten tweede kan met een liberatoire overeenkomst, met name indien een grond tot vernietiging van de rechtshandeling voor ligt, niet altijd eenvoudig hetzelfde worden bereikt als met een vernietigingsverklaring, die met terugwerkende kracht het reeds gepresteerde onverschuldigd maakt¹¹.

Het meest voor de hand liggende argument dat pleit voor het

8. Deze „wetmatigheid” is bovendien ontleend aan ervaringen met het huidige systeem, waar in veel gevallen inderdaad de rechter werd ingeschakeld omdat dit nu eenmaal de enige methode was. Biedt men de belanghebbende daarnaast de buitengerechterlijke weg, dan zou best wel eens kunnen blijken dat hij daarvan ook in gevallen waarin onenigheid bestaat, veelvuldig en succesvol gebruik maakt.

9. Asser/Hartkamp II, Zwolle 1989; nr. 518, blz. 480.

10. Hijma, a.w., nr. 4.07, blz. 132, inclusief weerlegging van dit argument.

11. Hijma, a.w., nr. 4.07, blz. 132-133.

nieuwe stelsel is wel, dat het de belanghebbende een gemakkelijke en goedkope manier biedt zijn rechtsverhouding met de wederpartij af te wikkelen, zonder hem te dwingen tot een gerechtelijke procedure waarvan hij de risico's en kosten niet kan inschatten¹². Opmerkelijk is, dat dit argument – in tegenstelling tot vrijwel alle overige argumenten – nauwelijks serieuze bestrijding heeft ondervonden. Het belang van deze voordelen wordt bovendien nog vergroot, door ze te plaatsen in het kader van de praktijk van het handelsverkeer c.q. de consumentenbescherming¹³. Juist met het oog op de belangen die in deze situaties een rol spelen, zal het van groot nut zijn, met name voor de mogelijkheid tot ontbinding, dat een eenvoudige regeling voorligt om een ongewenste rechtsverhouding te beëindigen¹⁴.

Het enige bezwaar dat naar aanleiding van deze voordelen is geformuleerd, betreft het aantal te voeren procedures in het nieuwe stelsel ten opzichte van de huidige regeling. Als de belanghebbende de mogelijkheid krijgt zelf op eenvoudige wijze ontbinding c.q. vernietiging te veroorzaken, zal dit, aldus deze kritiek¹⁵, in meer gevallen leiden tot een dergelijke actie, waar in het huidige stelsel wellicht een schikking was verkozen. Stellig kan het verplicht stellen van rechterlijke tussenkomst werken als een rem op de neiging, ontbinding of vernietiging te kiezen, en zo

12. Zie onder andere: Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1085; MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 1010; Advies RvS, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 223; Hijma, a.w., nr. 4.07, blz. 131.
13. Met het oog hierop is in artikel 236 aanhef en sub b van boek 6 NBW (6.5.2A.3) – de zogenaamde „zwarte lijst” – bepaald, dat een beding in algemene voorwaarden dat de bevoegdheid tot ontbinding uitsluit of beperkt, als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt in de zin van artikel 233 aanhef en sub a van boek 6 NBW (6.5.2A.2a) en dus vernietigbaar is. Hieronder valt ook de uitsluiting van de buitengerechtelijke ontbindingsmogelijkheid. Zie Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1077, waarin verwijzing naar MvT Ontwerp IW Boeken 3-6 NBW (tweede gedeelte) (algemene voorwaarden).
14. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 1010; Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1085.
15. TM Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 1014-1015. Zie ook P.W. Kamphuisen: Het nieuwe BW: Is voor ontbinding van een wederkerige overeenkomst wegens wanprestatie tussenkomst van de rechter wenselijk? WPNR 4281 (1953), blz. 65.

bewerken dat de belanghebbende zich in plaats daarvan schikt in het voortbestaan van de overeenkomst c.q. rechtshandeling. Dat dit voor sommige rechtsverhoudingen zoals bijvoorbeeld het huwelijk¹⁶ van groot belang zal zijn, kan niet worden ontkend. Het zou mijns inziens echter te ver gaan, dit voor alle gevallen van vernietiging of ontbinding als argument te hanteren tegen de buitengerechterlijke weg. Integendeel, tenzij zwaarwichtige belangen zich daartegen verzetten, moet beëindiging of wijziging van een ongewenste rechtsverhouding mogelijk zijn zonder daartoe op de rechter te zijn aangewezen. Behalve op de hiervoor genoemde argumenten zou deze regel kunnen worden gebaseerd op het beginsel van consensualisme. Immers, nu het in principe eenieder vrij staat te contracteren zoals hij dat verkiest, moet het ook mogelijk zijn zelf de wijze te kiezen waarop, indien het objectieve recht daarvoor een grondslag biedt, de ontstane rechtsverhouding beëindigd zal worden.

Het is overigens nog een open vraag, of het aantal procedures door invoering van het nieuwe stelsel zal toenemen. Tegelijkertijd zal van het nieuwe stelsel namelijk een procedure-reducerende invloed uitgaan, nu in duidelijke gevallen niet meer onnodig geprocedeerd behoeft te worden, maar eenvoudig voor een buitengerechterlijke afwikkeling kan worden gekozen. Het lijkt mij ten enen male onmogelijk te voorspellen, of het aantal processen zal toenemen omdat in plaats van een schikking, een buitengerechterlijke verklaring wordt uitgebracht die vervolgens eventueel in een procedure betwist wordt, of dat het aantal procedures zal afnemen omdat in eenvoudige gevallen waar geen schikking plaatsvindt, een buitengerechterlijke verklaring volgt die door de wederpartij wordt geaccepteerd zodat een proces wordt bespaard.

Vast staat in ieder geval, dat met het nieuwe stelsel een aantal gevallen van rechterlijke tussenkomst zal wegvallen en worden vervangen door een buitengerechterlijke verklaring die niet door de wederpartij wordt betwist. Of door verschuivingen in de processuele houding van belanghebbenden het aantal

16. Aldus D. C. Fokkema: Nietigheden in het privaatrecht; Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1971, blz. 285.

procedures per saldo toch zal toenemen, is niet te voorzien. Daar komt nog bij, dat verwachtingen over de kosten van een bepaald in te voeren stelsel in vergelijking met het bestaande, mijns inziens pas als argument van betekenis mogen worden gehanteerd als vaststaat, dat daar geen overwegende bezwaren tegenover staan, zoals bijvoorbeeld op het gebied van rechtszekerheid. Zo bezien lijkt het argument met betrekking tot het aantal procedures hooguit van secundair belang¹⁷.

B. Rechtszekerheid.

Een veel voorkomende redenering tegen de mogelijkheid van de buitengerechtelijke verklaring is dat, nu de rechterlijke tussenkomst er toe dient om uit te maken of de belanghebbende werkelijk recht heeft op ontbinding of vernietiging, de rechtszekerheid in gevaar komt wanneer de rechter er niet meer noodzakelijkerwijs aan te pas komt. Ten aanzien van ontbinding komt daar nog bij, dat slechts de rechter kan beoordelen of de wanprestatie de ontbinding kan rechtvaardigen, alsmede of er redenen zijn tot uitstel in de vorm van een „terme de grâce¹⁸”. In het algemeen ligt de rechtsonzekerheid vooral hierin, dat de buitengerechtelijke verklaring alleen „werkt” voorzover er een grond tot ontbinding c.q. vernietiging bestaat, en dat is in ingewikkelde gevallen niet altijd even duidelijk¹⁹.

Naar aanleiding van dit argument kan het volgende worden opgemerkt. In het algemeen bestaat onzekerheid alleen, als een beroep op ontbinding of vernietiging dat door de ene partij gegrond wordt geacht, door de andere partij niet wordt aanvaard.

Ten aanzien van de ontbinding moet bovendien worden bedacht dat de rechtszekerheid, waarvoor artikel 1302 BW

17. Zie ook Kamphuisen, a.w., blz. 65.

18. Het komt overigens zelden voor dat de rechter van deze bevoegdheid gebruik maakt. Zie TM Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 1014, vraagpunt 20.

19. Zie o.a.: Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1076; Hijma, a.w., nr. 4.07; TM Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 1019 en 1020 ten aanzien van moeilijke gevallen van gedeeltelijke ontbinding, waarvoor de leden twee en drie van artikel 270 van boek 6 NBW aanvankelijk rechterlijke tussenkomst voorschreven. Deze leden zijn bij de IW geschrapt. Zie ook noot 4.

rechterlijke tussenkomst voorschrijft, niet beoogd wordt in het belang der maatschappij, maar alleen in het belang van partijen²⁰. Nu partijen van dit voorschrift mogen afwijken door een annulerings- of uitsluitingsclausule (zie hierna § 3B) kunnen zij derhalve deze rechtszekerheid „inruilen” tegen een vlotte en goedkopere afwikkeling van hun onderlinge verhouding²¹.

Dat partijen er verstandig aan doen in moeilijke gevallen de rechter te benaderen, rechtvaardigt nog niet het steeds verplicht stellen van die rechterlijke weg. In ingewikkelde situaties, waar niet bij voorbaat duidelijk is dat er een ontbindings- of vernietigingsgrond bestaat, kan de belanghebbende in het nieuwe stelsel de in zijn belang gestelde rechtszekerheid verhogen, door te kiezen voor rechterlijke tussenkomst.

Zo bezien voorziet ook het nieuwe stelsel in de behoefte aan rechtszekerheid, en wel op een flexibele manier: in de mate waarin partijen dat wensen. Rechtszekerheid „van rechtswege” wordt vervangen door rechtszekerheid „op maat” naar partijbehoefte.

Of het nieuwe stelsel evenveel rechtszekerheid biedt als het oude²², staat mijns inziens nog te bezien. Telkens wanneer de buitengerechtelijke weg wordt gekozen in gevallen waarin twijfelachtig is of de wederpartij zich hiermee kan en zal verenigen, zal gedurende enige tijd onzekerheid bestaan over de definitieve werking van de verklaring. De rechtszekerheid zal waarschijnlijk per saldo dalen. Dat is dan echter de keuze van de belanghebbende geweest. Kiest hij voor de eenvoud, snelheid en kostenbesparing van de buitengerechtelijke verklaring in plaats van rechtszekerheid, dan kan hij kennelijk met die onzekerheid leven. Komt zijn verwachting niet uit (de buitengerechtelijke verklaring wordt gevolgd en gecorrigeerd door ingrijpen van de

20. Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1077, waarin verwijzing naar HR 7 februari 1902, W.7720. Zie ook Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 517a, blz. 475-476.

21. Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1077 waarin verwijzing naar Asser/Van Goudoever, blz. 235.

22. Zoals Hijma ten aanzien van de nieuwe vernietigingsregeling lijkt aan te nemen: Hijma, a.w., nr. 4.07, blz. 132.

rechter), dan heeft hij dat te danken aan zijn eigen, verkeerde keuze en zal hij in het vervolg voorzichtiger moeten zijn.

Dat rechtszekerheid overigens een moeilijk richtsnoer kan zijn in de discussie over de wenselijkheid van de buitengerechtelijke verklaring, wordt treffend geïllustreerd door de parlementaire discussie over het tweede lid van artikel 50 van boek 3 NBW (voorheen artikel 3.2.14 NBW). In deze bepaling was in het Oorspronkelijk Ontwerp en in het Gewijzigd Ontwerp een vrij omvangrijke uitzondering op de hoofdregel (vernietiging kan buitengerechtelijk geschieden) geformuleerd. Bij de Invoeringswet werd zowel deze uitzondering, als de wijziging daarvan in de veel geringere inbreuk van de Invoeringswet gemotiveerd met argumenten van rechtszekerheid²³.

Tenslotte kan er nog op worden gewezen, dat een stelsel waarin door middel van een buitengerechtelijke verklaring kan worden vernietigd c.q. ontbonden, de rechtszekerheid ook op een andere manier dient. Een buitengerechtelijke verklaring behelst namelijk een duidelijke uitspraak van de belanghebbende, waarop niet meer eenzijdig kan worden teruggekomen. In een stelsel waarin slechts door middel van het instellen van een rechtsvordering kan worden vernietigd c.q. ontbonden, bestaat deze duidelijkheid niet, omdat een reeds ingestelde rechtsvordering nog kan worden ingetrokken en gevolgd door een vordering tot nakoming²⁴.

C. Rechtseenheid.

Ter rechtvaardiging van het twee-wegen-stelsel van het NBW wordt gewezen op het feit, dat aldus een betere aansluiting wordt bereikt met de benadering van ontbinding en vernietiging in het huidige recht, met name in wetgeving, rechtspraak en in de ons omringende rechtsstelsels²⁵.

23. MvT IW, TK 17496, nr. 3, blz. 25-27. Zie voor een bespreking van deze parlementaire discussie: Hijma, a.w., nr. 4.06 en 4.13.

24. MvT IW 17496, nr. 3, blz. 26. In gelijke zin: Van Schilfgaarde, a.w., blz. 552.

25. Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1037 en 1079; HR 18 december 1953, NJ 1954, 65 (Krautien/Concertgebouw); Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 518, blz. 479; MvT IW, TK 17496, nr. 3, blz. 25.

De huidige wetgeving kent inderdaad gevallen waarin rechterlijke tussenkomst niet vereist is voor ontbinding²⁶ of vernietiging²⁷. Het nieuwe stelsel, waarin de rechterlijke weg niet verplicht is gesteld, sluit daarbij in zoverre aan. Daar staat tegenover, dat het huidig recht weliswaar beide mogelijkheden kent, maar dat deze niet voor een en dezelfde rechtshandeling facultatief bestaan²⁸. Bovendien kent ons huidig recht ook vele wetsbepalingen, die rechterlijke tussenkomst bij ontbinding²⁹ of vernietiging³⁰ dwingend voorschrijven. Hoewel moet worden toegegeven, dat bij vernietiging sinds HR 18 december 1953³¹ de buitengerechterlijke weg in theorie als hoofdregel (zie hierna § 3A) geldt, blijft de rechterlijke weg voor de in de praktijk belangrijke groep van vernietigingen wegens handelingsonbekwaamheid of wilsgebreken dwingend voorgeschreven. In zoverre is de aansluiting bij het huidig recht dus slechts relatief.

Wat betreft de internationale rechtseenheid wordt gewezen op het Angelsaksische, Scandinavische en Duitse recht met betrekking tot ontbinding³², alsmede op het Duitse en Zwitserse recht voor de aansluiting met de vernietigingsregeling³³, waar rechterlijke tussenkomst in het algemeen evenmin is vereist. Het

26. Bijvoorbeeld artikelen 1191 BW e.v; 1554, 1639o BW; 37-40 en 236-239 Fw; 24-26, 30, 32, 41, 43-45, 51, 52 derde lid, 55, 61 tweede lid, 62, 66, 67 en 75-81 LUVI; 230, 458, 463, 518s-t, 519, 533w tweede lid, 533, 796, 800 tweede lid en 882 WvK; 25 Colportagewet.

27. Artikelen 89 en 98 van boek 1 BW; 1377 BW; 42 (N)Fw; 6 jº 9 BBA 1945.

28. A. R. Bloembergen: Gebrekkige rechtshandelingen in het Gewijzigd Ontwerp Boek 3 NBW (artikelen 3.2.6-3.2.21); WPNR 5190 (1972), blz. 428 ten aanzien van vernietiging. Ook bij ontbinding bestaat er geen blijvende keuze-vrijheid. Tenzij partijen contractueel anders overeenkomen, geldt de gerechtelijke weg. Zie § 3B van dit opstel.

29. Bijvoorbeeld bij ontbinding van de pachtovereenkomst (artikelen 56 en 57 Pachtwet); ontbinding van de huurovereenkomst van woonruimte (artikelen 1623n, 1636 en 1639x BW); artikel 11 Tijdelijke wet huurkoop van onroerende zaken; artikelen 25, 26, 30, 61 en 62 LUVI; Zie ook Contractenrecht VI (Grootveld), nrs. 1037 en 1078.

30. Bijvoorbeeld de belangrijke gevallen van vernietiging wegens handelingsonbekwaamheid of wilsgebreken, artikelen 1482 en 1485 BW.

31. NJ 1954, 65 (Krautien/Concertgebouw).

32. TM, Parl. Gesch. boek 6 NBW, blz. 1014.

33. MvT IW, TK 17496, nr. 3, blz. 26.

zij toegegeven dat internationale rechtseenheid het rechtsverkeer geen kwaad zal doen, maar als zelfstandig argument voor een stelselwijziging lijkt het mij, vooral in de vorm van een tamelijk ongenueanceerde verwijzing naar „verschillende, met het onze vergelijkbare rechtsstelsels”³⁴, toch te licht. Er zullen bovendien diverse met het onze vergelijkbare rechtsstelsels zijn, waar rechterlijke tussenkomst bij ontbinding of vernietiging in het algemeen wel is voorgeschreven.

Rechtseenheid binnen het stelsel kan wel een grondslag bieden, het aantal uitzonderingen op de hoofdregel beperkt te houden. Een stelsel waarin de zekerheid bestaat, dat steeds door een buitengerechterlijke verklaring vernietigd c.q. ontbonden kan worden, verdient de voorkeur boven een theoretische hoofdregel met een veelheid aan uitzonderingen. Vanuit die optiek is het gelukkig te achten, dat de oorspronkelijke leden twee en drie van artikel 270 van boek 6 NBW (6.5.4.10) zijn vervallen (zie hierna § 2D) en dat de uitzondering van artikel 50 tweede lid van boek 2 NBW beperkt is gehouden (zie hiervoor § 2B).

D. Overige argumenten.

Enkele resterende argumenten verdienen in deze bespreking kort de aandacht. Dat rechterlijke tussenkomst wenselijk zou zijn, om willekeur van de belanghebbende tegen te gaan – genoemd wordt een voorbeeld, waarin op een tamelijk willekeurige manier gedeeltelijk wordt ontbonden – komt mij weinig overtuigend voor. De vermijding van dit soort ontbindingen wordt in het Ontwerp Meijers van de leden twee en drie van artikel 270 van boek 6 NBW als reden genoemd, om voor moeilijke gevallen van gedeeltelijke ontbinding rechterlijke tussenkomst te eisen³⁵. Een wederpartij echter, die met een dergelijke willekeur wordt geconfronteerd, kan en zal de buitengerechterlijke verklaring zeker betwisten, zodat de rechter met de willekeurigheid van die verklaring rekening kan houden bij zijn oordeel over de werking ervan. Deze uitzonderingen op de hoofdregel van buitengerech-

34. MvT IW, TK 17496, nr. 3, blz. 26.

35. OM Parl. Gesch. boek 6 NBW, blz. 1019-1020.

telijke ontbinding zijn overigens bij de Invoeringswet geschrapt³⁶, een exercitie, door de minister omschreven als „een correctie van meer ondergeschikt belang”³⁷.

Dat de wetgever van 1838 van mening was, dat de grondslag van de ontbinding – de billijkheid – het best gediend wordt met inschakeling van de rechter, is niet meer dan een constatering³⁸. De huidige wetgever denkt daar kennelijk anders over.

Ook de, vooral in Frankrijk en België serieus genomen, opvatting, dat ageren door middel van een buitengerechtelijke verklaring een element van eigenrichting zou inhouden, kan eenvoudig weerlegd worden. Van eigenrichting kan uiteraard geen sprake zijn waar de belanghebbende slechts gebruik maakt van een mogelijkheid, die het objectieve recht hem biedt³⁹.

Een dogmatisch argument vóór de buitengerechtelijke weg bij vernietiging wordt besproken door Fokkema⁴⁰. Nu vernietigbaarheid een wilsrecht inhoudt, waarvan de belanghebbende al dan niet gebruik kan maken, ligt de essentie van de vernietigbaarheid niet zozeer in rechterlijke tussenkomst, als wel in het keuzerecht van degene die het initiatief tot vernietiging mag nemen.

E. Conclusie.

Van alle argumenten die de revue zijn gepasseerd, komen er slechts enkele ongeschonden uit de strijd. Noch de rechtszekerheid, noch de rechtseenheid vormt een doorslaggevend motief tegen het nieuwe stelsel. Zwaarwegende nadelen van het nieuwe stelsel kunnen niet worden aangetoond.

Wel resteren enkele praktische voordelen: het nieuwe stelsel biedt de belanghebbende een snelle, goedkope, eenvoudige en relatief zekere methode om de ongewenste rechtsverhouding buiten de rechter om af te wikkelen, en dwingt hem niet tot het voeren vanodeloze procedures in gevallen, waarin voor beide partijen omtrent het lot van die rechtsverhouding duidelijkheid bestaat. Een stelsel waarin naast rechterlijke tussenkomst de

36. Zie noot 4.

37. Nota van voortgang IW, TK 18113, nr. 2, blz. 8.

38. Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 517a, blz. 476.

39. Hijma, a.w., nr. 4.07, blz. 131-132 en nr. 3.34, blz. 115-116.

40. Fokkema, a.w., blz. 281-282.

mogelijkheid van een buitengerechterlijke verklaring bestaat, maakt het partijen mogelijk, per geval de wens tot rechtszekerheid af te wegen tegen de wens tot snelheid, eenvoud en kostenbesparing. Dat in sommige gevallen toch een procedure zal volgen, doet hieraan niet af.

Het is, zoals J. Ph. Suijling⁴¹ reeds in 1934 ten aanzien van de rechterlijke tussenkomst bij ontbinding constateerde:

„Alleen historisch is die tussenkomst van den rechter te verklaren. Het valt althans moeilijk een afdoenden legislatieven grond voor diens verplichte inmening te ontdekken”.

3. HET NBW: VERANDERING OF BESTENDIGING?

A. Vernietiging

Artikel 49 van boek 3 NBW brengt geen nieuws in zoverre het bepaalt dat vernietiging kan geschieden door een buitengerechterlijke verklaring. Ook het huidig recht (er)kent deze mogelijkheid, bijvoorbeeld bij de vernietiging van onverplichte rechtshandelingen volgens de Actio Pauliana (artikel 1377 BW en 42 (N)Fw)⁴², enkele door een echtgenoot zonder toestemming van de andere echtgenoot verrichte rechtshandelingen (artikel 89 eerste lid van boek 1 BW) c.q. onbevoegd verrichte bestuurshandelingen (artikel 98 tweede lid van boek 1 BW)⁴³ en van beëindiging van de arbeidsverhouding zonder de in artikel 6 eerste lid BBA 1945 vereiste toestemming (artikel 9 eerste lid BBA 1945)⁴⁴.

Zelfs de voorkeur die in het NBW lijkt te worden uitgesproken voor de buitengerechterlijke methode⁴⁵ kan onder het huidig recht reeds worden aangenomen⁴⁶ sinds HR 18 december 1953⁴⁷,

41. J. Ph. Suijling: Inleiding tot het burgerlijke recht, tweede druk, 2e stuk – 1e gedeelte, Haarlem 1934; blz. 510.

42. Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 469, blz. 433 en nr. 449, blz. 410, waarin verwijzing naar HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848.

43. Asser/De Ruiters/Moltmaker II, Zwolle 1986; nr. 186, blz. 104; nr. 266, blz. 138.

44. Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 469, blz. 443; HR 18 december 1953, NJ 1954, 65 (Krautien/Concertgebouw).

45. Van Schilfgaarde, a.w., blz. 552.

46. Fokkema, a.w., blz. 284.

47. NJ 1954, 65.

waarin dit rechtscollege naar aanleiding van de in artikel 9 eerste lid BBA 1945 geboden vernietigings-mogelijkheid opmerkt:

„dat, nu een bepaalde vorm voor het invoeren der nietigheid niet is voorgeschreven, aangenomen moet worden, dat die invoering geschiedt door kennisgeving aan degene jegens wien de nietigheid wordt ingeroepen”.

Waar artikel 49 van boek 3 NBW echter een algemene regeling behelst van de wijzen waarop vernietiging kan plaatsvinden (ongeacht de grond der vernietiging) en steeds⁴⁸ aan de justitiebele de keuze laat tussen de buitengerechtelijke verklaring of rechterlijke tussenkomst, houdt het een verandering in ten opzichte van het huidig recht⁴⁹. Het BW kent immers niet een dergelijke algemene regeling, maar schrijft, al naar gelang de vernietigingsgrond, een bepaalde wijze voor waarop die vernietiging moet worden geëffectueerd, met dien verstande dat wanneer niet de rechterlijke weg is gedicteerd, vernietiging steeds buitengerechtelijk kan geschieden⁵⁰.

Zo dient vernietiging op grond van handelingsonbekwaamheid of wilsgebreken steeds door een rechterlijke uitspraak plaats te vinden⁵¹. In de artikelen 1482 en 1485 BW wordt namelijk gesproken van een „vordering” respectievelijk „regtsvordering” tot vernietiging.

Deze limitatief-exclusieve interpretatie van het woord „(regts)vordering” is overigens door Jac. Hijma bestreden⁵². Volgens Hijma heeft de wetgever van 1838 in het geheel niet gedacht aan een andere dan de (destijds vanzelfsprekend geachte) rechterlijke weg en is het niet zijn bedoeling geweest hiermee alternatieve vernietigingsmogelijkheden (zoals de buitengerechtelijke verklaring) uit te sluiten.

48. Met één uitzondering: artikel 50 tweede lid van boek 3 NBW; zie noot 4. Deze uitzondering geldt niet voor de faillissementspauliana; Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 471, blz. 434.

49. Bloembergen, a.w., blz. 428.

50. HR 18 december 1953, NJ 1954, 65 (Krautien/Concertgebouw).

51. Aldus voor vernietiging op grond van wilsgebreken uitdrukkelijk: HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp).

52. Hijma, a.w., nr. 4.08.

Tegen deze visie is door A. S. Hartkamp⁵³ ingebracht dat, door het aldus in de artikelen 1482 en 1485 BW niet uitgesloten achten van de buitengerechtelijke weg, de verjaringsregeling die artikel 1490 eerste lid BW geeft voor de rechtsvordering tot vernietiging⁵⁴, zou worden ondergraven. Immers, zo begrijp ik Hartkamp, de buitengerechtelijke verklaring tot vernietiging zou, nu daarin door artikel 1490 eerste lid BW niet wordt voorzien, tot in lengte van dagen mogelijk blijven.

Mijns inziens gaat deze kritiek eraan voorbij, dat ten aanzien van artikel 1490 eerste lid BW eenzelfde redenering valide kan zijn, als door Hijma is betoogd voor de artikelen 1482 en 1485 BW⁵⁵. Op die manier geïnterpreteerd zou naar analogie van artikel 1490 eerste lid BW ook de buitengerechtelijke vernietigingsverklaring gebonden zijn aan een verjaringstermijn van 5 jaar, zodat weer een sluitend geheel ontstaat. Dat in het NBW ten aanzien van verjaring wel in aparte bepalingen is voorzien⁵⁶, vloeit voort uit het feit, dat daar *expliciet* wordt onderscheiden tussen de buitengerechtelijke verklaring en rechterlijke tussenkomst.

Wat betreft deze verjaringstermijn verschilt het NBW van het huidige recht. In plaats van de huidige termijn van vijf jaar bedraagt de verjaringstermijn voor de vernietigingsvordering of -verklaring onder het NBW slechts drie jaar, aldus artikel 52 van boek 3 NBW (3.2.17). Wel is de regel van artikel 1490 derde lid BW gehandhaafd, waarin is bepaald dat een beroep op vernietigbaarheid in rechte bij wijze van exceptief verweer niet aan deze verjaring onderhevig is: artikel 51 derde lid van boek 3 NBW (3.2.15). Dit laatste geldt dus niet voor een buitengerech-

53. Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 469, blz. 433.

54. De verjaringstermijn van een rechtsvordering tot vernietiging bedraagt volgens artikel 1490 eerste lid BW in het algemeen 5 jaar.

55. Hijma spreekt bovendien van „de ruimte die de artikelen 1482 en verder BW in deze interpretatie laten” (Hijma, a.w., nr. 4.08, blz. 134) (cursive-ring niet in origineel). Ook volgens W. C. L. van der Grinten in zijn annotatie onder HR 15 november 1957 (Baris/Riezenkamp; AA VII (1957/1958), blz 105) zou een dergelijke interpretatie niet in strijd zijn met de artikelen 1482 en verder BW.

56. Artikel 52 van boek 3 NBW: het eerste lid wat betreft de rechtsvordering en het tweede lid wat betreft de buitengerechtelijke verklaring.

telijk of aanvallend beroep op vernietigbaarheid; in deze gevallen geldt de verjaringstermijn van drie jaar⁵⁷.

B. Ontbinding

Ook voor ontbinding van wederkerige overeenkomsten staan in het NBW naar vrije keus van de crediteur twee wegen open: artikel 267 van boek 6 NBW (6.5.4.8) noemt de buitengerechterlijke weg in het eerste, de rechterlijke in het tweede lid⁵⁸. Op het eerste gezicht lijkt dit een belangrijke wijziging ten opzichte van het huidige recht, nu artikel 1302 tweede lid BW voorschrijft, dat wanprestatie weliswaar als ontbindende voorwaarde in het contract plaatsgrijpt, maar ontbinding toch „in regten” gevraagd moet worden⁵⁹. Praktisch beschouwd is het verschil echter kleiner dan vergelijking van de wetsteksten suggereert.

Voorzover de wet niet anders bepaalt⁶⁰ is het partijen namelijk toegestaan af te wijken van het gestelde in artikel 1302 BW, nu dit voorschrift volgens vaste jurisprudentie⁶¹ is geschreven enkel voor partijen, niet ter handhaving van de openbare orde of goede zeden; de algemene vrijheid van contracteren wordt er derhalve niet door aan banden gelegd⁶². Partijen kunnen uitdrukkelijk⁶³ overeenkomen dat bij wanprestatie de overeenkomst van

57. Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 472-474, blz. 435-438.

58. Zie noot 6.

59. Artikel 1302 BW luidt voorzover hier van belang: (1) De ontbindende voorwaarde wordt altijd voorondersteld in wederkerige overeenkomsten plaats te grijpen, in geval eene der partijen aan hare verplichting niet voldoet; (2) In dat geval, is de overeenkomst niet van rechtswege ontbonden, maar moet de ontbinding in regten gevraagd worden.

Zie ook Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 517a, blz. 475, 476.

60. Zie noot 29.

61. Contractenrecht VI (Grootveld), nrs. 1036 en 1077 en L. C. Hofmann: Het Nederlands Verbintenissenrecht, deel 1 (artt. 1269-1387 B.W.), tweede gedeelte (artt. 1302-1303 en 1349-1387 B.W.), negende druk, bewerkt door P. Abas, Groningen 1977; blz. 312 met daar vermelde literatuur en jurisprudentie.

62. Zie voor kritiek op deze opvatting: Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1077 met daar vermelde literatuur.

63. Een beding, dat bepaalt dat wanprestatie zal gelden als ontbindende voorwaarde is niet voldoende om rechterlijke tussenkomst uit te sluiten. Zie artikel 1302 derde lid BW alsmede Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1080 en Hofmann/Abas (1977), a.w., blz. 312.

rechtswege zal zijn ontbonden (uitsluitingsclausule) dan wel dat de wederpartij in zo'n geval de overeenkomst als ontbonden mag beschouwen (annuleringsclausule)⁶⁴.

Naast gevallen waarin rechterlijke tussenkomst krachtens de rechtshandeling geldig⁶⁵ is uitgesloten, regelt ook de wet enkele gevallen van ontbinding buiten de rechter om⁶⁶.

Het huidige recht laat de mogelijkheid tot ontbinding van wederkerige overeenkomsten anders dan door rechterlijke tussenkomst derhalve reeds toe; van deze mogelijkheid wordt bovendien veelvuldig gebruik gemaakt⁶⁷. Ook van artikel 267 van boek 6 NBW kan, nu deze bepaling net als artikel 1302 BW van regelend recht is, door partijen worden afgeweken, waarbij bijvoorbeeld de rechterlijke tussenkomst kan worden uitgesloten⁶⁸. Zo bezien lijkt het twee-wegen-stelsel van het NBW niet veel nieuws te brengen. Bedacht worde echter, dat de huidige praktijk van uitsluiting van rechterlijke tussenkomst vooral floreert bij gebreke van een praktisch alternatief. Nu de buitengerechtelijke verklaring een dergelijk alternatief wel biedt, is het op zijn minst twijfelachtig of contractuele afwijking van de wettelijke regeling onder het nieuwe stelsel even vaak zal worden verkozen⁶⁹.

Omdat in het NBW de constructie van het huidige recht, te weten wanprestatie als ontbindende voorwaarde, is verlaten, staat

64. Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1080.

65. Dit laat de mogelijkheid onverlet dat een beroep op een (geldige) uitsluitings- of annuleringsclausule gezien de wijze waarop daarvan gebruik wordt gemaakt, de omstandigheden van het geval en de omvang van de tekortkoming, in strijd is met de goede trouw (artikel 1374 derde lid BW) respectievelijk de redelijkheid en billijkheid (artikel 248 tweede lid van boek 6 NBW, voorheen 6.5.3.1). Zie Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1082 met daar vermelde literatuur en jurisprudentie.

66. Bijvoorbeeld in de artikelen 1191 en verder BW, 1554 BW en 37 Fw. Zie Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1079.

67. H.C.F. Schoordijk: Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek (1979); blz. 539. Schoordijk spreekt zelfs van een „clause de style”. Zie ook: Kamphuisen, a.w., blz. 65.

68. Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 519, blz. 480. Zie ook noot 13.

69. Zie bovendien noot 13 ten aanzien van de ongeoorlooftheid van uitsluiting van de buitengerechtelijke verklaring bij algemene voorwaarden.

buiten twijfel dat ontbinding niet reeds door de wanprestatie plaats vindt.

Onder het huidig recht bestaat hierover geen duidelijkheid. In de literatuur wordt, met een beroep op de artikelen 1302 tweede en vierde lid en 1303 BW, het constitutieve karakter van het ontbindingsvonnis verdedigd⁷⁰. De Hoge Raad daarentegen heeft lange tijd⁷¹ vastgehouden aan de opvatting, dat niet het vonnis maar de wanprestatie de overeenkomst ontbindt; het vonnis constateert die ontbinding slechts en is dus declaratoir. Deze opvatting is gebaseerd op het eerste lid van artikel 1302 BW, waar zoals gezegd de wanprestatie als ontbindende voorwaarde is geconstrueerd. Recente jurisprudentie laat echter ruimte voor de veronderstelling, dat de Hoge Raad op deze leer is teruggekomen⁷².

Hoe dit alles ook zij, artikel 267 van boek 6 NBW bepaalt dat hetzij de schriftelijke ontbindingsverklaring aan de wederpartij, hetzij het ontbindingsvonnis van de rechter de ontbinding bewerkstelligt. Vergelijkt men deze bepaling met haar pendanten inzake de vernietiging (artikelen 49, 50 en 51 van boek 3 NBW) dan valt – in tegenstelling tot de ingewikkelde regeling bij vernietiging, die aanleiding gaf tot uitvoerige parlementaire discussie⁷³ – de eenvoud op waarmee de wetgever de afgrenzing tussen de buitengerechtelijke en de gerechtelijke ontbinding heeft menen te kunnen regelen. Deze eenvoud kan echter tot onduidelijkheid leiden, en zij doet dat mijns inziens ook.

Het eerste lid van artikel 267 van boek 6 NBW bepaalt, dat ontbinding plaatsvindt door een schriftelijke verklaring van de daartoe gerechtigde. Het tweede lid voegt daaraan de mogelijk-

70. Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 517c, blz. 477, alsmede Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1086, met daar vermelde literatuur.

71. Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1086, waarin verwijzing naar vaste jurisprudentie o.a. HR 3 december 1948, NJ 1949, 358.

72. HR 11 juni 1982, NJ 1983, 695 (Gallas/Mozes en Oskam) met annotatie C. H. J. Brunner; HR 27 februari 1987, NJ 1987, 978; HR 19 februari 1988, NJ 1989, 43 (Droog/Bekaert). Voor een bespreking van deze theorie zie: A. Bockwinkel: Twee arresten van de HR over wanprestatie bij wederkerige overeenkomsten; NJB 12 november 1988, blz. 1407.

73. VV II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 224; MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 225-228.

heid toe, dat ontbinding ook kan worden uitgesproken door de rechter op vordering van de daartoe gerechtigde. Met deze formulering wordt kennelijk⁷⁴ bedoeld dat ontbinding in dat geval tot stand komt door en met het (constitutieve) ontbindingsvonnis. Wordt uitgegaan van deze betekenis van het tweede lid, dan is het eerste lid hiermee in strijd. Immers, de ontbinding vindt reeds plaats door een schriftelijke verklaring; een vonnis kan daarna de ontbinding nog slechts constateren (declaratoir). Nu het eerste lid slechts spreekt van een schriftelijke verklaring en de mogelijkheid van een verklaring *in rechte* daarbij niet uitsluit⁷⁵, zal het ontbindingsvonnis niet constitutief meer kunnen zijn; ook bijvoorbeeld een conclusie van eis of antwoord in een ontbindingsprocedure zal de vereiste schriftelijke ontbindingsverklaring (een beroep door de crediteur op een ontbindingsgrond) omvatten en daarmee de overeenkomst ontbinden, waarna het vonnis deze ontbinding nog slechts kan vaststellen.

Vat men het eerste lid in deze zin op, dan kan het tweede lid derhalve slechts doelen op een declaratoir vonnis. Inhoudelijk behoeft dat geen probleem te zijn; op het eerste gezicht ligt het juist voor de hand te veronderstellen, dat in een systeem waarbij een schriftelijke verklaring reeds de ontbinding kan bewerkstelligen, aan een constitutief ingrijpen van de rechter geen behoefte meer bestaat⁷⁶. Een rechtvaardiging voor het dan ontstane verschil tussen het (declaratoire) ontbindingsvonnis en het (constitutieve) vernietigingsvonnis lijkt echter niet gemakkelijk te geven.

74. Zie onder andere: Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 518, blz. 479; Bockwinkel, a.w., blz. 1409; Jac. Hijma/M. M. Olthof: Compendium van het Nederlands vermogensrecht, derde druk, Deventer 1988; nr. 522, blz. 343.

75. In tegenstelling tot de vernietigingsverklaring ex artikel 49 van boek 3 NBW; deze heeft alleen (zoals wordt aangegeven door het woord „buitengerechtigde” in dit artikel) buitengerechtelijk vernietigende kracht. Doet de belanghebbende in de gerechtelijke fase van het geschil een door de rechter gehonoreerd beroep op vernietiging van de rechtshandeling, dan is het de rechterlijke uitspraak die de vernietiging tot stand brengt. Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 228.

76. Hijma (a.w., nr. 4.12) heeft ten aanzien van het vernietigingsvonnis eenzelfde gedachtengang ontvouwd en is daarin bijgevallen door Brunner. Zie C. H. J. Brunner: boekbespreking, ad Hijma, Jac.: Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen (1988); WPNR 5941 (1989), blz. 779.

Bij het ontbindingsvonnis zou juist het constitutieve karakter kunnen worden verdedigd, nu met enige goede wil⁷⁷ in de formulering van het tweede lid van artikel 267 van boek 6 NBW („... *kan* ook ... door de rechter worden uitgesproken”) een toekenning van discretionaire bevoegdheid⁷⁸ aan de rechter kan worden gelezen. Deze twee argumenten (eenheid met de vernietigingsregeling en het mogelijk discretionaire karakter van de rechterlijke interventie bij ontbinding) kunnen mijns inziens de conclusie onderbouwen, dat het probleem niet gelegen is in het tweede lid van artikel 267 van boek 6 NBW, maar in het eerste. Duidelijk zou hierin moeten worden aangegeven dat de schriftelijke ontbindingsverklaring alleen *buiten rechte* ontbindende kracht bezit.

Dit alles laat overigens de mogelijkheid onverlet dat eerst een buitengerechtelijke ontbindingsverklaring wordt uitgebracht, waarna in een eventueel volgende procedure de rechter constateert of de ontbinding ten tijde van de ontbindingsverklaring door de omstandigheden werd gerechtvaardigd⁷⁹; het vonnis is dan declaratoir⁸⁰.

C. Conclusie

Het NBW geeft in artikel 49 van boek 3 een algemene regeling voor de wijzen van vernietiging en laat de justitiabele in vrijwel

77. De rechter kan immers bij een te geringe tekortkoming de ontbinding weigeren: artikel 265 eerste lid van boek 6 NBW (6.5.4.6). Zie voor het huidige recht in gelijke zin: Asser/Rutten II, Zwolle 1982; blz. 334, 337-339, waarin tevens verwijzing naar het NBW. Over de omvang van de discretionaire bevoegdheid kan men overigens twifelen. De rechter zal niet naar willekeur kunnen beslissen of de overeenkomst al dan niet ontbonden zal worden (Asser/Rutten II, a.w., blz. 338); aldus lijkt de discretie marginaal.

78. Dit in tegenstelling tot de gerechtelijke vernietiging, waarbij het uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever is geweest de rechter enige discretionaire bevoegdheid toe te kennen. Om deze reden werd in het Gewijzigd Ontwerp de oorspronkelijke terminologie „kan worden vernietigd” veranderd in „wordt vernietigd”. Zie MvA II, Parl. Gesch. van boek 3 NBW, blz. 225.

79. Zie in gelijke zin de annotatie van C. H. J. Brunner bij HR 11 juni 1982, NJ 1983, 695 (Gallas/Mozes en Oskam).

80. Zie in gelijke zin ten aanzien van het vernietigingsvonnis: Asser/Hartkamp II, a.w.; nr. 471, blz. 435.

alle gevallen, ongeacht de grond der vernietiging, de keuze tussen het adiëren van de rechter en het uitbrengen van een buitengerechtelijke vernietigingsverklaring. De verjaringstermijn van de vernietigingsvordering of verklaring is ten opzichte van het huidig recht met twee jaar teruggebracht tot drie jaar. Voor het overige brengt het NBW, noch wat betreft de mogelijkheid van buitengerechtelijke vernietiging op zichzelf, noch wat betreft de voorkeur voor deze methode van vernietiging, een verandering.

Wat de ontbinding van wederkerige overeenkomsten betreft, biedt het NBW eenzelfde twee-wegen-stelsel als bij vernietiging van rechtshandelingen. Ten opzichte van de situatie onder het huidig recht betekent dit een verandering in gevallen waarin rechterlijke tussenkomst bij wanprestatie niet reeds door partijen bij het contract is uitgesloten en buitengerechtelijke ontbinding niet te riskant is.

Een oude strijdvraag zal met de invoering van artikel 267 van boek 6 NBW tot het verleden behoren: kiest de belanghebbende voor de gerechtelijke weg, dan is het niet de wanprestatie, maar het ontbindingsvonnis waardoor de ontbinding wordt teweeggebracht. In het andere geval komt de ontbinding tot stand door de schriftelijke verklaring. Duidelijk is dit slechts wanneer het eerste lid van artikel 267 van boek 6 NBW als volgt wordt gelezen: de ontbinding vindt plaats door een *buitengerechtelijke* schriftelijke verklaring van de daartoe gerechtigde.

4. DE VORM VAN DE BUITENGERECHTELIJKE VERKLARING.

A. Schriftelijk of vormloos?

De buitengerechtelijke verklaring tot ontbinding moet in het nieuwe stelsel schriftelijk worden uitgebracht⁸¹, terwijl de wet voor de buitengerechtelijke vernietigingsverklaring geen vormvereisten stelt⁸². Welke overwegingen liggen aan dit opmerkelijke verschil ten grondslag?

Allereerst moet worden bedacht, dat vormvrijheid een begin-

81. Artikel 267 eerste lid van boek 6 NBW; zie noot 6.

82. Artikel 49 van boek 3 NBW; zie noot 6.

sel van contractenrecht is. Tenzij de wet anders voorschrijft, komen overeenkomsten tot stand door enkele wilsovereenstemming (consensualisme)⁸³. Artikel 37 van boek 3 NBW (3.2.4) bepaalt soortgelijks ook voor andere rechtshandelingen.

Dat de buitengerechtelijke vernietigingsverklaring vormvrij kan geschieden, is in dit licht dus niets bijzonders. De eis van geschrift voor de ontbindingsverklaring is de uitzondering, waarvoor de wet in artikel 267 van boek 6 NBW grondslag biedt.

Deze uitzondering wordt door de wetgever gemotiveerd met de gedachte, dat de wederpartij aldus voldoende bewijs verkrijgt van de ontbinding en niet het risico mag lopen dat de belanghebbende achteraf plotseling een mondelinge ontbinding ontkent⁸⁴. Het vormvereiste is hier dus gesteld in het belang van de wederpartij. Door deze keuze worden echter de belangen van degene, die de ontbindingsverklaring uitbrengt, geschaad. Kiest hij, uit onwetendheid met dit vormvereiste, voor een mondelinge ontbindingsverklaring (terwijl hij zijn bewijspositie op een andere manier veilig stelt, bijvoorbeeld door middel van getuigen), dan loopt hij het risico dat de wederpartij deze verklaring ongestraft naast zich neer legt.

Het is met name deze overweging die door de wetgever is aangevoerd ter motivering van de vormvrijheid van de vernietigingsverklaring⁸⁵. Deze vormvrijheid is dus in het belang van de handelende.

De vraag naar de meest gewenste vorm voor de buitengerechtelijke verklaring komt derhalve neer op een belangenafweging. Afgewogen moet worden het belang van de handelende bij gebondenheid van de wederpartij aan de verklaring, in welke (voor de handelende) bewijsbare vorm dan ook, tegen het belang van de wederpartij bij bewijsbaarheid van die verklaring voor zichzelf, teneinde naar aanleiding daarvan zonder risico te kunnen handelen. De wetgever heeft voor de vernietigingsverklaring het eerste, voor de ontbindingsverklaring het tweede belang doorslaggevend geacht. Dat een *afweging* van belangen hierbij

83. Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 217.

84. TM, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 1005-1006.

85. Rapport aan de Koningin, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 223; MvA IW, TK 17496, nr. 10, blz. 24; MvA IW, TK 16983, nr. 5, blz. 12.

heeft plaatsgevonden, blijkt overigens niet uit de parlementaire geschiedenis. De beide regelingen worden op dit punt niet met elkaar vergeleken; een confrontatie wordt helaas, ondanks voldoende aanleiding daartoe⁸⁶, vermeden.

Mijns inziens moet in dezen het belang van de handelende zwaarder wegen dan dat van de wederpartij. Ten eerste is de buitengerechtelijke weg onder meer verdedigd met het argument, dat aldus een eenvoudige methode tot vernietiging of ontbinding wordt verkregen. Het stellen van een vormvereiste doet aan die eenvoud enigszins afbreuk. Voorts werkt ook het beginsel van consensualisme in het voordeel van vormvrijheid. Het betekent in casu, dat de eis van geschrift alleen dan gesteld mag worden, als de daarmee te beschermen belangen niet reeds op een andere manier kunnen worden veiliggesteld. Het ligt mijns inziens meer op de weg van de wederpartij om, als hij bewijsproblemen ten gevolge van chicanes van de handelende vreest, een schriftelijke bevestiging van de buitengerechtelijke verklaring te vragen⁸⁷. Het

86. Naar aanleiding van het in noot 1 genoemde artikel van Van Schilfgaarde werd de minister door de Kamercommissie gevraagd, waarom voor de vernietigingsverklaring niët, maar voor de ontbindingsverklaring wël de schriftelijke vorm werd voorgeschreven. De minister beperkt zich er in zijn antwoord toe, aan te geven waarom de vernietigingsverklaring vormloos kan geschieden, maar beantwoordt de vraag niet in de zin van confrontatie met de ontbindingsregeling. VV IW, TK 17496, nr. 9, blz. 10; MvA IW, TK 17496, nr. 10, blz. 24. Of een belangenafweging heeft plaatsgevonden blijft aldus in de schoot der Goden verborgen.

87. Om deze mogelijkheid in de wet op te nemen, en bij gebreke van een bevestiging door de handelende de vernietiging c.q. ontbinding als niet geschied te achten, zoals Hijma (a.w., nr. 410, blz. 138) voorstelt, lijkt me niet nodig. Kan de wederpartij bewijzen om een schriftelijke bevestiging van de mondelinge verklaring te hebben gevraagd, dan ontstaat daarmee een vermoeden dat die mondelinge verklaring daadwerkelijk is geschied (de kans, dat de wederpartij „ins Blaue hinein” bevestiging vraagt van een ontbindingsverklaring die nooit heeft plaatsgevonden, lijkt mij te verwaarlozen; dat zou wel een zeer omslachtige wijze zijn om ontbinding te bewerkstelligen). Nu de handelende dat vermoeden niet kan weerleggen, is de vernietiging c.q. ontbinding een feit; dit laatste is exact wat de wederpartij beoogt te bereiken, namelijk zekerheid dat op de verklaring niet meer kan worden teruggekomen. In de oplossing van Hijma krijgt hij, bij gebreke van een schriftelijke bevestiging, een andere zekerheid, namelijk dat de verklaring niet geldig is. Het is echter de vraag, of dat wel zijn bedoeling is.

probleem wordt dan opgelost op het moment dat het zich voordoet, terwijl een wettelijke oplossing bij voorbaat in veel gevallen overbodig is en nadelig kan zijn voor de handelende. In de praktijk tenslotte zal het ook vaker voorkomen dat de wederpartij een mondelinge ontbindings- of vernietigingsverklaring naast zich neer legt (en dat ook ongestraft kan doen als er een vormvereiste wordt gesteld), dan dat de handelende achteraf zijn mondelinge verklaring zal ontkennen. Dat laatste lijkt me, vooral bij vernietiging, een theoretische zeldzaamheid.

B. Conclusie

Door het stellen van een vormvereiste bij de buitengerechtelijke ontbindingsverklaring heeft de wetgever ten onrechte het belang van de wederpartij zwaarder laten wegen dan het belang van degene, die de verklaring uitbrengt. Net zoals bij de buitengerechtelijke verklaring tot vernietiging zou bij de ontbindingsverklaring het beginsel van consensualisme onverkort moeten gelden, nu een afwijking daarvan niet met afdoende argumenten kan worden verdedigd.

In aanvulling op het gestelde in § 3C hiervoor, verdient het aanbeveling, in artikel 267 van boek 6 eerste lid NBW het woord „*schriftelijke*” te vervangen door „*buitengerechtelijke*”.