



Prof. mr. Jac. Hijma*

1. Inleiding

Het recht betreffende de nietigheid en vernietigbaarheid van overeenkomsten en andere rechtshandelingen – korter: het nulliteitenrecht – behoort tot de terreinen die door de invoering van de Boeken 3 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (BW) ingrijpend zijn gemoderniseerd. Na een kwart eeuw is het tijd voor het opmaken van een tussenbalans.

Deze beschouwing strekt ertoe de (algemene) nulliteitenregels van het nieuwe BW, op een aantal kernpunten, te evalueren. Allereerst gaat de aandacht uit naar de grote lijn (par. 2). Vervolgens passeert een reeks deelgebieden de revue: strijd met een wettelijk vormvoorschrift (par. 3); strijd met de goede zeden of de openbare orde (par. 4-6); strijd met een dwingende wetsbepaling (par. 7-8); partiële nietigheid en conversie (par. 9-10); vernietigbaarheden (par. 11); dwaling (par. 12-13). Tot slot worden de conclusies geformuleerd (par. 14).

2. De grote lijn

Het oude wetboek (1838) kende een aantal nietigheidsgronden, maar bevatte geen systematische ordening en uitwerking van de nulliteiten. De wetgever van destijds ging als vanzelfsprekend uit van de gedachte dat een nietige overeenkomst rechtsgevolg ontbeert en zodoende uit de juridische werkelijkheid kan – ja moet – worden weggedacht. Dit idee behoort inmiddels tot de rechtshistorie. De nieuwe wetgever beziet de nietigheden niet als van nature aanwezig en alomvattend, maar heeft zich juist beijverd ze binnen de perken van het noodzakelijke te houden. Deze terughoudende opstelling, waarin het principe van de contract- en rechtshandelsvrijheid doorklinkt, verdient stellig bijval.¹

De activiteit van de wetgever heeft geresulteerd in een mozaïek van bepalingen die, op allerlei deelterreinen, getuigen van eenzelfde – terughoudende – geest. Binnen dit complex vallen vier typen regels te onderscheiden: (a) bepalingen die bewerkstelligen dat niet te snel een nulliteit wordt aangenomen (m.n. art. 3:40 lid 2-3 BW); (b) bepalingen die een potentiële nietigheid inruilen voor vernietigbaarheid (art. 3:34 lid 2 BW, art. 3:40 lid 2 BW, art. 3:44 lid 4 BW); (c) bepalingen die de consequenties van een nietigheids- of vernietigbaarheidsoordeel terugdringen (art. 3:41 BW, 3:42 BW, 3:53 lid 2 BW, 3:54 BW, 3:58 BW, 6:230 BW); en ten slotte (d) bepalingen die correcties aanbrengen in de vervolgsfeer van de ongedaanmaking (art. 6:211 BW).

De Hoge Raad ervaart dit wettelijke mozaïek terecht niet als een verzameling ‘losse’ relativeringen, maar verbindt een en ander met elkaar, zodat het geheel méér wordt dan de som van de samenstellende delen. In 2006 refereert hij, nog ietwat voorzichtig, aan ‘het aan het Burgerlijk Wetboek ten grondslag liggende uitgangspunt dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt’.² In 2014 is de toon pittiger, wanneer het college melding maakt van ‘het streven van de wetgever om in de sinds 1992 geldende wet nietigheden en de gevolgen daarvan terug te dringen’.³ De twee passages vullen elkaar aan; in de eerste staat de te hanteren leidraad centraal (de strekking van de betrokken nietigheidsregel), in de tweede het achterliggende doel van de wetgever (terugdringing van de nulliteiten, zowel qua gronden als qua gevolgen). De waarde van ‘s Raads observaties is tweeledig: zij kunnen houvast bieden bij de uitleg van de betrokken wetsartikelen,⁴ en kunnen bovendien richting geven in (probleem)gevallen die door die artikelen niet direct worden bestreken. Het komt structureel aan op de *strekking* van de betrokken nulliteit, bezien vanuit een ‘terugdringende’ optiek.

3. Strijd met een wettelijk vormvoorschrift

Rechtshandelingen die niet in de voorgeschreven vorm zijn verricht zijn nietig, tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit, zo bepaalt art. 3:39 BW.

* Hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden en redacteur van het WPNR.
(j.hijma@law.leidenuniv.nl)

1. Nader o.a. mijn *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, hoofdstuk III.
2. HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, *NJ* 2006/378 (*Royal & Sun c.s./Universal Pictures*) r.o. 4.7. In dezelfde zin HR 5 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2221, *NJ* 2008/502 (*AVM/X*), r.o. 3.4.2.
3. HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3460, *NJ* 2016/90 (*Snippers q.q./Rabobank*), r.o. 3.6.2.
4. Zie voor een illustratie het zojuist genoemde *Snippers q.q./Rabobank*, inzake de uitleg van art. 3:58 BW (bekrachtiging).

Een op art. 7:2 lid 1 BW (geschrift bij woningkoop) toegesneden arrest laat zien, dat indien zich een nietigheid voordoet, die nietigheid niet per se overwoekerend behoort te zijn. Wat is rechtens als de consument-koper en de verkoper van een woning een mondeling akkoord hebben gesloten, zonder dat hun akkoord nog in een geschrift is vastgelegd? De Hoge Raad gaat ervan uit dat aan de mondelinge overeenstemming geen rechtsgevolg toekomt;⁵ hoewel het college zich wat omfloerst uitdrukt, kan men hier gevoeglijk een nietigheid op de voet van art. 3:39 BW aannemen. Maar er is wel een complicatie. Als de verkoper een professional is, dan kan hij – aldus de Hoge Raad – zich er niet op beroepen dat het mondelinge akkoord rechtsgevolg mist. Zo'n verkoper zal dus, als de consument-koper dat verlangt, moeten meewerken aan het schriftelijk vastleggen van het overeengekomene.⁶ Valt deze bijzonderheid te rijmen met (de nietigheid van) art. 3:39 BW? Naar mijn mening zeker. De mondelinge overeenkomst is weliswaar nietig, maar daarmee nog niet non-existent; haar feitelijke aanwezigheid kan – bijvoorbeeld via de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 1 en 6:248 lid 1 BW) – een verbintenis doen ontstaan, zoals hier die van een professionele verkoper tot vastlegging van het afgesprokene. In het aan de koop gewijde onderdeel van dit themanummer komt dit arrest nader ter sprake.⁷

De 'tenzij-formule' aan het slot van art. 3:39 BW heeft onder meer van zich doen spreken met betrekking tot vormgebreken bij een uiterste wil. Zo is een testament waarin het jaartal ontbrak door de Hoge Raad – nog vóór de inwerkingtreding van art. 4:109 BW – (niet nietig maar) vernietigbaar bevonden, waaraan het college toevoegde dat deze vernietigingsgrond niet kan worden benut als anderszins komt vast te staan in welk jaar het testament is verleden.⁸

4. Strijd met de goede zeden of de openbare orde

Art. 3:40 lid 1 BW bepaalt, dat een rechtshandeling nietig is als zij door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde.

De woorden 'door inhoud of strekking' roepen het klassieke arrest *Burgman/Aviolanda* (1951) in herinnering, waarin de Hoge Raad onderscheid maakt tussen drie aspecten van een overeenkomst: haar aangaan (sluiting),⁹ haar inhoud en haar strekking.¹⁰ Een verboden inhoud maakte de overeenkomst steeds nietig,¹¹ terwijl een verboden strekking haar alleen nietig maakte indien beide partijen bij het aangaan van de overeenkomst de bedoeling hadden of er zich van bewust waren dat de nakoming tot overtreding van het wettelijk verbod zou leiden. De casus van *Burgman/Aviolanda* ligt op het terrein van de strekking: een vliegtuigfabriek had zich tot de fabricage en levering van aluminium

kammen verbonden, waartoe zij haar bedrijf moest veranderen, hetgeen bij de wet was verboden.¹²

Naast deze driedeling kent art. 3:40 BW een tweede: strijd met de goede zeden (lid 1), strijd met de openbare orde (lid 1), strijd met een dwingende wetbepaling (lid 2). De twee trio's leveren negen combinaties op,¹³ waarvan de wet er slechts vijf uitwerkt.

5. 'Doorlopen' van wet naar openbare orde?

Tot de ongeregeld gebleven rubrieken behoort met name die, waarin een rechtshandeling door haar inhoud of strekking in strijd is met de wet. Onder art. 3:40 lid 2 BW valt zij niet, aangezien die bepaling alleen is bedoeld voor gevallen waarin het verrichten van de rechtshandeling (bij een overeenkomst: de contractsluiting) zelf met de wet in strijd komt.¹⁴ Leidt zij wellicht – indirect – tot nietigheid op de voet van art. 3:40 lid 1 BW?

Op dit punt heeft zich, eerst in de parlementaire geschiedenis en vervolgens in de jurisprudentie, een opmerkelijke ontwikkeling voorgedaan. De Toelichting-Meijers ziet het zo, dat wanneer de inhoud of strekking van een overeenkomst in strijd is met de wet, die overeenkomst (steeds) nietig zal zijn krachtens art. 3:40 lid 1 BW: 'Het is immers als in strijd met de openbare orde te achten om zich tot prestaties te verplichten, die de wet verbiedt'.¹⁵

5. HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, NJ 2013/273 (cassatie in het belang der wet). Zie over het arrest H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties, Koop*, Den Haag: BJu 2012, nr. 190a-190b; N. de Boer, *JIN* 2012/18; Jac. Hijma, *NJ* 2013/273; P.J.M. Ros, *Prg.* 2012/29.
6. Genoemd arrest, r.o. 3.8.
7. Zie de bijdrage van W.G. Huijgen aan dit themanummer van het *WPNR*, par. 3.1.
8. HR 5 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3665, *NJ* 2002/410 (*Van der Vijver c.s./Stoll c.s.*), r.o. 3.8, 3.9. Zie ook HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:504, *RvdW* 2016/436 (*W. c.s./B. c.s.*), r.o. 3.6.3: het enkele feit dat de notaris in strijd met art. 43 lid 2 Wet notarisambt een testament niet volledig heeft voorgelezen, maakt dat testament nog niet aantastbaar.
9. Dit eerste aspect is aan de orde in HR 11 mei 1951, *NJ* 1952/127 (*Flora/Van der Kamp*).
10. HR 11 mei 1951, *NJ* 1952/128 (*Burgman/Aviolanda*).
11. De HR stelt dit niet met zoveel woorden vast, maar het ligt wel de lijn van zijn betoog besloten; zie Ph.A.N. Houwing in diens – invloedrijke – noot, *NJ* 1952/128, ad 2.
12. Behoudens vergunning, welke ontbrak; art. 2 Bedrijfsvergunningbesluit 1941.
13. Krachtig is het beeld van de 'kast met negen laden'; J.H. Nieuwenhuis, 'Buena Vista', noot onder HR 16 november 1984, *AA* 1985, p. 214 e.v., par. 1.
14. Zie hierna, par. 7.
15. *TM, Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3*, Deventer: Kluwer 1981, p. 191.

De Memorie van Antwoord last – niet onbelangrijk – de clausulering ‘in beginsel’ in.¹⁶ Nog weer later, bij de behandeling van de invoeringswet, accentueert regeringscommissaris Snijders juist dat de rechter een aanzienlijke vrijheid heeft bij de vaststelling van wat goede zeden en openbare orde inhouden: ‘huiselijk gezegd komt het erop neer dat je het aan de hand van die maatstaf aan die rechter overlaat’.¹⁷

De rechtspraak geeft een soortgelijke ontwikkelingsgang te zien. Er zijn twee stadia aanwijsbaar. In het eerste stadium, zo rond de eeuwwisseling, heeft de rechter het automatisme verlaten, maar nog geen alternatieve aanpak ontwikkeld. In 2001 buigt de Hoge Raad zich over een medische behandelingsovereenkomst.¹⁸ AZL zegt toe bij een patiënt een defibrillator in te brengen, mits zij daarvoor – in strijd met de Wet tarieven gezondheidszorg – een apart tarief in rekening kan brengen, hetgeen OZF accordeert. Het hof acht de overeenkomst nietig wegens strijd met de openbare orde. De Hoge Raad echter acht het contract geldig. Hij somt de (zes) bijzonderheden van de casus op, en geraakt tot de slotsom dat zich onder deze omstandigheden géén strijd met de openbare orde voordoet.

Het tweede stadium vangt aan met het arrest *Esmilo/Mediq* (2012).¹⁹ Aan de orde is een samenwerkingsovereenkomst voor de handel in geneesmiddelen, waarvan de uitvoering tot overtreding van de toepasselijke wetgeving zal leiden.²⁰ Het hof volgt het traditionele pad en acht de overeenkomst nietig op grond van strijd met de openbare orde, aangezien beide partijen zich ervan bewust waren dat wets-overtreding zou volgen. De Hoge Raad echter kiest een nieuwe, meerdimensionale, koers. Met de regeringscommissaris constateert het college dat er een groot aantal verboden bestaat, in het algemeen van publiekrechtelijke aard, bij het opstellen waarvan de wetgever de privaatrechtelijke gevolgen niet voor ogen had. Een overeenkomst die met zo’n verbod in strijd komt, behoeft niet met de openbare orde te strijden. Indien een overeenkomst tot een door de wet verboden prestatie verplicht, dient – aldus de Hoge Raad – de rechter in zijn beoordeling of de overeenkomst daardoor in strijd is met de openbare orde, in elk geval vier aspecten kenbaar te betrekken: (a) welke belangen door de geschonden regel worden beschermd; (b) of door de inbreuk fundamentele beginselen worden geschonden; (c) of partijen zich van de inbreuk bewust waren; en (d) of de regel zelf in een sanctie voorziet.²¹ Automatische heeft zodoende het veld geruimd voor een – groten-deels gestandaardiseerde – gezichtspuntenbenadering. De Hoge Raad sluit hiermee aan bij een internationale trend, zoals die in de ‘soft law’ tot uitdrukking komt.²²

Praktisch bezien is vooral ook van gewicht, dat het enkele feit dat partijen zich van de inbreuk bewust waren, ontoereikend is om tot nietigheid te besluiten

(het arrest a quo wordt hierom gecasseerd). Het na verwijzing oordelend hof acht de overeenkomst niet in strijd met de openbare orde en dus geldig.²³ Zo’n geldigheidsoordeel impliceert intussen niet dat op de overeenkomst gebaseerde vorderingen ook zullen slagen; een vordering tot nakoming kan nog afstuiten op juridische onmogelijkheid (art. 3:296 BW), een vordering tot schadevergoeding kan nog stranden op overmacht (art. 6:74 e.v. BW).²⁴

De prejudiciële beslissing *Wijnen Bouw/Muller* (2015) past bij de in *Esmilo/Mediq* uitgezette lijnen, zij het dat ditmaal sprake is van een toepassingsperspectief, waarin de casus domineert.²⁵

6. Inhoud, strekking, prestatie

Het arrest *Esmilo/Mediq* stelt ook de aloude driedeling sluiten – inhoud – strekking ter discussie.²⁶ In die zaak is het, gezien de complexiteit van de toepasselijke wetgeving en de partijafspraken, niet eenvoudig uit te maken welk aspect van de overeenkomst precies verboden is. Het hof houdt het op ‘strekking in strijd met de wet’.²⁷ De Hoge Raad echter bedient

16. MvA II, *Parl. Gesch. NBW, Boek 3*, p. 192.

17. VC II Inv., *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 3*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1138-1139; zie ook L.v.Antw. II Inv., a.w., p. 1140-1141.

18. HR 11 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1555, *NJ* 2002/364 (OZF/AZL). Over het arrest G.R.J. de Groot, *RZA* 2001/80; Jac. Hijma, *NJ* 2002/364. Zie tevens HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, *NJ* 2012/184 (*GeSp/Aegon*), r.o. 4.1.3. Vergelijk, evasief nog, HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5401, *NJ* 2000/652 (*Parkeerexploitatie Amsterdam*).

19. HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172 (*Esmilo/Mediq*). Over dit arrest o.a. M.R. Hebly & A.N.L. de Hoogh, *MvV* 2013, p. 60-64; P.W. den Hollander, *NTBR* 2013/4; S.D. Lindenbergh, *AA* 2012, p. 740-743; T.F.E. Tjong Tjin Tai, *NJ* 2013/172.

20. Art. 4 Wet op de geneesmiddelenvoorziening (*oud*) en art. 37c Besluit bereiding en aflevering van farmaceutische producten (*oud*), beide geciteerd in *Esmilo/Mediq*, r.o. 4.1.

21. *Esmilo/Mediq*, r.o. 4.4.

22. Vergelijk art. 3.3.1 lid 3 van de UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (*PICC*) en art. II-7:302 lid 3 van het Draft Common Frame of Reference (*DCFR*).

23. Hof Den Haag 16 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2989, *NJ* 2014/519, r.o. 12-22.

24. Aldus terecht Hof Den Haag in genoemd arrest, r.o. 25. Vergelijk HR 11 mei 1951, *NJ* 1952/128 (*Burgman/Aviolanda*).

25. HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43 (*Wijnen Bouw/Muller*). Een onderzoek naar doel en strekking van de Wet arbeid vreemdelingen (*Wav*) leidt de Raad tot de slotsom dat de hem voorgelegde bedingen in principe geldig zijn, zij het dat bijzondere omstandigheden toch tot nietigheid kunnen doen besluiten. Over deze uitspraak M.H.S. Berghuijs, *JOR* 2016/85; H.A. ten Oever & G.M. Veldt, ‘Openbare orde in de context van art. 3:40 lid 1 BW en regelgeving buiten het BW’, in: C.G. Bredveld-de Voogd e.a. (red.), *Een kwart eeuw* (Snijdersbundel), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 323-342.

26. Zie par. 4.

27. Arrest van het hof in *Esmilo/Mediq*, r.o. 4.7, ook weergegeven door de Hoge Raad, r.o. 4.2.

zich van een andersoortige formulering: 'indien een overeenkomst verplicht tot een door de wet verboden prestatie'.²⁸ Een paar regels daarboven spreekt de Raad – de Toelichting-Meijers aanhalend – van 'een prestatie waartoe de overeenkomst volgens haar inhoud of strekking een der partijen verplicht'. Wanneer men de beide passages met elkaar verbindt, wordt aannemelijk dat de door de Hoge Raad gebezigde term 'door de wet verboden prestatie' zowel de traditionele rubriek 'inhoud in strijd met de wet' als 'strekking in strijd met de wet' omvat.²⁹

Hoe over deze versmelting te denken?³⁰ Ik houd haar, zowel praktisch als theoretisch bezien, voor aantrekkelijk. In de praktijk wordt aldus voorkomen, dat de rechtstoepasser zich moet buigen over de soms netelige vraag of het geval in het ene of het andere vakje valt; voor beide geldt immers, sinds *Esmilo/Mediq*, hetzelfde beoordelingsschema. En in theoretisch perspectief past de observatie dat inhoud en strekking van de overeenkomst dermate in elkaar overvloeien, dat het onderscheid niet principieel mag heten. De categorie 'verboden strekking' is met name ontwikkeld met het oog op uitvoeringshandelingen à la *Burgman/Aviolanda*, waarbij het verbod niet de prestatie als zodanig treft (het leveren van kammen), maar alleen de voorbereiding daarvan (het omvormen van het bedrijf). Juist bij zulke verboden voorbereidingsdaden echter is het van tweeën één: ofwel de prestatie kan ook langs een andere weg worden verricht, in welk geval de overeenkomst gewoon geldig is en de schuldenaar die andere route zal moeten volgen, ofwel de verboden voorbereiding is feitelijk onontkoombaar, in welk geval men evengoed kan zeggen dat de overeenkomst per saldo een verboden inhoud heeft.³¹ Door inhoud en strekking op één lijn te stellen, biedt *Esmilo/Mediq* een interessante bijvangst.³²

7. Strijd met een dwingende wetsbepaling

Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt normaliter tot nietigheid, maar (slechts) tot vernietigbaarheid als de overtreden bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één partij, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit (art. 3:40 lid 2 BW).

Deze bepaling heeft in ons nulliteitenrecht een centrale positie.³³ Zij komt aan de orde in alle gevallen waarin de overtreden bepaling niet zelf reeds, bij wege van *lex specialis*, een weloverwogen uitspraak van de wetgever op het punt van de geldigheid bevat. Een voorbeeld van zo'n uitspraak elders is art. 6 lid 2 Mededingingswet (Mw), dat aangeeft dat de daar bedoelde overeenkomsten 'van rechtswege nietig' zijn. Zo'n ongeldigheidsuitspraak ligt echter niet ter tafel, wanneer de wetgever zich beperkt tot een verbod; de sanctionering blijft dan aan het algemene art. 3:40 lid 2-3 BW overgelaten. Tot de laatste groep gevallen behoren ook die, waarin de wet leert dat van het bepaalde 'niet kan worden af-

geweken'. De woorden 'kan niet' lijken op een nietigheid te duiden, maar worden meestal te strikt opgevat als men er inderdaad een keuze voor nietigheid in zou lezen. Met name het consumentenrecht biedt voorbeelden. Zo wordt ten aanzien van art. 7:6 lid 1 BW (consumentenkoop) algemeen aangenomen, dat de *tourneure* 'kan (...) niet ten nadele van de koper worden afgeweken (...) en kunnen (...) niet worden beperkt of uitgesloten' geen nietigheid impliceert, maar de sanctie overlaat aan art. 3:40 lid 2 BW, met, nu het om bescherming van één partij gaat, vernietigbaarheid als resultaat.³⁴

De wetgever heeft art. 3:40 lid 2 BW alleen bedoeld voor gevallen waarin het verrichten van de rechtshandeling (sluiten van de overeenkomst) als zodanig in strijd is met dwingende wetgeving in formele zin.³⁵ Een meer transparante verwoording van de beoogde inperkingen was op haar plaats geweest. Bovendien is het doorschuiven van situaties naar het eerste lid minder eenvoudig gebleken dan de wetgever (aanvankelijk) dacht.³⁶ Dat doorschuiven heeft echter ook een – niet onbelangrijke – positieve kant: door aan sommige wetsovertredingen niet meteen een sanctie te verbinden, schept de wetgever ruimte voor de rechter om te beoordelen of nietigheid (of vernietigbaarheid) wel zinvol is. Mooi daarbij past art. 3:40 lid 3 BW, dat ons eraan herinnert dat niet iedere wetsbepaling de strekking heeft de geldigheid van ermee strijdige rechtshandelingen aan te tasten.³⁷

28. *Esmilo/Mediq*, r.o. 4.4, tweede gedeelte.

29. Evenzo S.D. Lindenbergh, noot, AA 2012, p. 742.

30. Voor de goede orde zij tweeërlei aangetekend. Ten eerste, dat de wet de tandem inhoud-strekking niet in het kader van strijd met de wet (lid 2), maar in dat van de goede zeden en de openbare orde presenteert (lid 1). En ten tweede, dat het strekkings-element ook wordt gebruikt voor de zogeheten verboden motieven; zie TM, *Parl. Gesch. NBW, Boek 3*, p. 190.

31. Nader mijn proefschrift, p. 99 e.v.

32. Kritisch over het onderscheid ook V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam), Den Haag: BJu 2002, p. 17-20 ('geen zelfstandige betekenis'); J.H. Nieuwenhuis, 'Buena Vista', noot AA 1985, p. 214-219, sub 2 ('vaak uiterst arbitrair'); A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid* (diss. Brabant), Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 150 e.v. (m.n. p. 154) ('achterhaald').

33. Via de schakelbepaling van art. 3:59 BW strekt het artikel zich zelfs uit tot buiten het vermogensrecht.

34. Zie o.a. M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Mon. BW B65b), Deventer: Kluwer 2014, nr. 3. In dezelfde zin o.m. art. 6:230i lid 1 BW ('kan niet worden afgeweken'). Over vernietigbaarheid en ambtshalve consumentenbescherming hieronder, par. 8.

35. TM en MvA II, *Parl. Gesch. NBW, Boek 3*, p. 190-192. De regeling ziet dus niet op (strijd met) verordeningen van de lagere wetgever, tenzij sprake is van een uitdrukkelijke delegatie; MvA II, *Parl. Gesch. NBW, Boek 3*, p. 192.

36. Zie par. 6.

37. HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5401, *NJ* 2000/652 (*Parkeereexploitatie/Amsterdam*), r.o. 3.8, geeft aan dat art. 3:40 lid 3 alleen teruggrijpt naar lid 2 (dus niet ook naar lid 1).

8. Nietigheid, vernietigbaarheid, ambtshalve toetsing

Als kenmerkend verschil tussen nietigheid en vernietigbaarheid geldt, dat de eerste van rechtswege is gegeven en door eenieder (inclusief de rechter) kan worden geconstateerd, terwijl voor een vernietiging benodigd is dat de beschermde partij haar protectie inroept.³⁸ Voor oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten is dit onderscheid onder druk komen te staan als gevolg van een serie uitspraken van het Europese Hof van Justitie.³⁹ In reactie daarop heeft de Hoge Raad in het arrest *Heesakkers/Voets* (2013) uitgesproken, dat de rechter die constateert dat een consumentenovereenkomst een onredelijk bezwarend beding bevat (art. 6:233 sub a BW), dat beding zo nodig ambtshalve moet vernietigen, tenzij de consument zich daartegen verzet.⁴⁰ De vraag rijst, in hoeverre deze ‘Europese’ kwestie de algemene nulliteitenleer beïnvloedt.

Een aantal schrijvers tracht de druk op de dichotomie nietig/vernietigbaar te ontgaan via het betoog dat het ambtshalve inroepen van een vernietigingsgrond goed in art. 3:40 lid 2 BW past, aangezien de wettelijke tournure ‘voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit’ kan worden benut om tot tussenvormen tussen nietigheid en vernietigbaarheid te concluderen.⁴¹ In 2001 propageert ook de minister deze benadering, met een beroep op de parlementaire geschiedenis van het artikel.⁴² Hoewel deze visie de charme van de tussenoplossing heeft, plaats ik er een vraagteken bij. Art. 3:40 BW werkt met nietigheid en vernietigbaarheid als ‘bekende’ figuren, waarvan de bijzonderheden elders in de wet worden ingevuld. Over een *beroep* op vernietigingsgronden gaat het artikel niet. Voor het effectueren van een vernietigbaarheid heeft de wetgever art. 3:49-51 BW geschreven; de ‘inroepende rechter’ komt in die bepalingen niet voor. De stelling dat de toenmalige wetgever de inroepingskwestie zelf onder art. 3:40 BW heeft geschoven, berust naar mijn inschatting op een misverstand. Inderdaad vermeldt de parlementaire geschiedenis van art. 3:40 BW, ‘dat het gewenst kan zijn dat ook bepalingen die uitsluitend ter bescherming van één der partijen bij een meezijdige rechtshandeling strekken, door de rechter ambtshalve worden toegepast (...)’.⁴³ Die passage echter maakt deel uit van een betoog waarin de minister op en neer schakelt tussen (de bekend veronderstelde figuren van) nietigheid enerzijds en vernietigbaarheid anderzijds. Dat *binnen* de vernietigbaarheid een ambtshalve inroeping past, zodat een hybride ontstaat, valt in de wetsgeschiedenis m.i. niet te lezen.⁴⁴ Aldus bezien is en blijft de ambtshalve benutte vernietigbaarheid een aan ons nulliteitenstelsel vreemde figuur.

Vanaf hier kan men twee kanten op: ofwel het hele nietighedenleerstuk op de schop nemen teneinde het aan de nieuwe feiten aan te passen, ofwel het

bestaande beeld intact laten en de vernietigbaarheid ‘incidenteel bijwerken’ voor situaties zoals in *Heesakkers/Voets* bedoeld. In mijn optiek kan met de tweede aanpak worden volstaan. De gangbare tweedeling in (van rechtswege aanwezige) nietigheid en (door de beschermde partij in te roepen) vernietigbaarheid functioneert zowel theoretisch als praktisch naar behoren; zij heeft rust en overzicht gebracht op een terrein dat een kleine eeuw geleden als chaotisch bekend stond.⁴⁵ In zoverre kan zij worden beschouwd als een verworvenheid van het naoorlogse recht, die krediet verdient. Bovendien past de constatering, dat *Heesakkers/Voets* zich in wezen afspeelt binnen de muren van art. 6:233 sub a BW (‘oneerlijke’ algemene voorwaarden), waar de wetgever uitdrukkelijk voor de vernietigbaarheids-sanctie heeft gekozen. Gezien een en ander behoeven aan de besproken ontwikkeling geen repercussies op algemeen-systematisch niveau te worden toegekend.

Dit laatste neemt uiteraard niet weg, dat het interessant is de aangetroffen figuur ‘door te rekenen’ in de richting van een meer algemeen niveau. Twee uitwaaieringen dienen zich aan. In de eerste plaats zal, tegen de achtergrond van de jurisprudentie van het Europese Hof, aan andere Europees-consumen-

38. Zie o.a. A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 6, Verbintenissenrecht, Deel III, Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 607.

39. Zie o.a. HvJ EG 27 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:346, NJ 2000/730 (*Océano*); HvJ EG 26 oktober 2006, ECLI:EU:C:2006:675, NJ 2007/201 (*Mostaza Claro*); HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341, NJ 2013/487 (*Asbeek Brusse c.s.*).

40. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 (*Heesakkers/Voets*), m.n. ro. 3.7.3, 3.8. Over dit arrest W.H. van Boom, AA 2014, p. 358-362; H.B. Krans, NJ 2014/274; M.B.M. Loos en R.R.M. de Moor, TvC 2013, p. 262-271.

41. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/321; B. Wessels & M.H. Wissink, in: B. Wessels e.a. (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 17; N. Frenk, ‘Ambtshalve toetsing van dwingend Europees consumentenrecht (...)’, WPNR 2001/6431.

42. MvT, *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 809, nr. 3, p. 12-13, met verwijzing naar *Parl. Gesch. NBW, Boek 3*, p. 191-192.

43. MvA II, *Parl. Gesch. NBW, Boek 3*, p. 192.

44. Dat de wetgever een aparte bepaling (lid 3) heeft toegevoegd om de nuloptie in beeld te brengen, ondersteunt deze zienswijze nog.

45. Dat die chaos is overwonnen, is met name te danken aan het verhelderende werk van Eggens: J. Eggens, ‘Vormen van nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen’, WPNR 1939/3629-3630, ‘De vormen der vernietigbaarheid van overeenkomsten bij onbekwaamheid en wilsgebreken (...)’, WPNR 1939/3637-3738; J. Eggens, *Vormen van nietigheid en van bekrachtiging van rechtshandelingen*, preadvies Candidaat-Notarissen 1947.

tenrechtelijke fronten in de regel eenzelfde oplossing op haar plaats zijn. Men denke onder meer aan art. 7:6 lid 1 BW, waar de tournure ‘kan niet worden uitgesloten’ als vernietigingsgrond geldt;⁴⁶ als de rechter een overtreding constateert en de consument zijn bescherming niet benut, ligt ook daar een ambtshalve rechterlijk ingrijpen in de rede. In de tweede plaats kan het – omwille van de eenheid en hanteerbaarheid van het recht – voor de hand liggen de lijn door te trekken naar consumentenrecht van nationale origine.⁴⁷ Maar daar houdt het, denk ik, wel zo ongeveer mee op. Jegens niet-consumenten zal de vernietigbaarheid van art. 6:233 BW m.i. op de klassieke leest geschoeid blijven. En dat het ambtshalve ingrijpen zich zou uitstrekken tot ‘gewone’ vernietigbaarheidsgronden, zoals die van de dwaling (art. 6:228 BW), houd ik voor onwaarschijnlijk. In een bijzonder geval zou de rechter nog de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen benutten, welke van rechtswege geschiedt en dus ambtshalve kan worden geconstateerd (art. 6:248 lid 2 BW).⁴⁸

9. Partiële nietigheid

Ook ten aanzien van de *gevolgen* van een nietigheidsoordeel heeft de wetgever naarstig relativeringen aangedragen. Dit komt tot met name uitdrukking in het artikelentrio 3:41 BW (partiële nietigheid), 3:42 BW (conversie) en 3:58 BW (bekrachtiging). Het eerste geeft aan dat de nietigheid tot een deel van de rechtshandeling beperkt kan blijven, het tweede leert dat een nietigheid via een alternatieve juridische belichting kan verdampen, het derde dat denkbaar is dat een nietige overeenkomst later alsnog geldig wordt.⁴⁹

Partiële nietigheid en conversie zijn nauw verwant;⁵⁰ beide strekken ertoe een eenmaal geconstateerde nietigheid niet onnodig te laten uitdijen. In dit licht is opvallend, dat de wetgever deze leerstukken andersoortig heeft geboetseerd. Bij de partiële nietigheid moet worden onderzocht, of het restant ‘gelet op inhoud en strekking van de handeling, niet in onverbrekelijk verband met het nietige deel staat’ (art. 3:41 BW). Bij de conversie gaat het erom, of ‘aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien’ (art. 3:42 BW). Art. 3:41 BW stemt zodoende af op de verrichte rechtshandeling als zodanig, terwijl art. 3:42 BW de hypothetische (alternatieve) partijkeuze centraal stelt.

Over de partiële nietigheid wijst de Hoge Raad in 2013 een belangrijk arrest. Aan de orde is een exploitatieovereenkomst met daarin een beding tot exclusieve afname van brandstoffen, welk beding nietig is krachtens de Mededingingswet.⁵¹ Kan de nietige exclusiviteitsclausule worden afgesplitst, zodat het restant van de overeenkomst rechtsgeldig voortleeft? Het hof oordeelt van niet, en vindt daarin

de Hoge Raad aan zijn zijde. Interessant is de discussie over het karakter van de bij art. 3:41 BW aan te leggen maatstaf. Die maatstaf – ‘onverbrekelijk verband’ – biedt op zichzelf niet veel houvast. Op basis van de parlementaire geschiedenis komt A-G Keus tot een subjectiverende invulling,⁵² waarin beslissend is of partijen de overeenkomst ook zonder het verboden beding zouden hebben gesloten (hypothetische partijkeuze). Deze benadering sluit aan bij de door de Hoge Raad onder het oude wetboek gevaren koers⁵³ en ook bij art. 3:42 BW (conversie). Daartegenover is in de literatuur een objectiverende invulling ontwikkeld, waarin centraal staat of het restant nog een voor beide partijen zinvolle regeling te zien geeft, waarmee de door hen nagestreefde doelen althans gedeeltelijk worden gerealiseerd.⁵⁴ De Hoge Raad verkiest de tweede aanpak, waarbij hij aan de hand van een reeks gezichtspunten onderzoekt of ‘voor gedeeltelijke instandhouding van de rechtshandeling al dan niet voldoende rechtvaardiging bestaat’. Als relevante wegingsfactoren noemt het college, kort gezegd: (a) aard, inhoud en strekking van de rechtshandeling; (b) de mate waarin de onderdelen met elkaar verband houden; (c) hetgeen partijen met de rechtshandeling hebben beoogd; (d) de belangen van alle betrokken partijen; en (e) de overige omstandigheden van het geval.⁵⁵ De opsomming lijkt vatbaar voor enige nadere stroomlijning: het tweede onderdeel is

46. Zie hierboven, par. 7.

47. Vergelijk HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *RvdW* 2016/279 (*Lindorff/Nazier*), betreffende ‘gratis’ mobiele telefoons, r.o. 3.11.2.

48. M.i. had de besproken rechterlijke gehoudenheid tot ambtshalve toetsing ook – buiten de vernietigbaarheidsfiguur om – via deze derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid tot uitdrukking kunnen worden gebracht; zie mijn *Algemene voorwaarden* (Mon. BW B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 44b.

49. Over deze figuren Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/645-647, 648-658, 659-665.

50. Nader S.A.M. de Loos-Wijker, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:42, aant. 13, met vermelding van verdere bronnen.

51. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, *NJ* 2014/347 (*BP/Benschop*).

52. Conclusie A-G Keus, ECLI:NL:PHR:2013:875, *NJ* 2014/347, sub 2.33-34, met verwijzing naar de wetgeschiedenis, TM, *Parl. Gesch. NBW, Boek 3*, p. 192.

53. Zie o.a. HR 18 april 1941, *NJ* 1941/940 (*Van der Molen/Erven De Lange Klaasz*).

54. In deze zin (ook) het hof, r.o. 2.32. Nader over beide visies A-G Keus, t.a.p.; S.A.M. de Loos-Wijker, in: *GS Vermogensrecht*, art. 41, aant. 6.

55. *BP/Benschop*, r.o. 3.7.3 (letters a-e toegevoegd door schrijver dezes). De Hoge Raad vangt aan met de eerste drie factoren (uitleg) en noemt de beide andere factoren pas daarna, in de aansluitende volzin.

eigenlijk de algemene wettelijke paraplu, het eerste en het derde onderdeel hangen sterk samen, en naast de vermelde aspecten zijn zeker ook aard, inhoud en strekking van de overtreden regel interessant. Aldus bezien komt het bij art. 3:41 BW per saldo neer op een kwartet van gezichtspunten: (i) aard, inhoud en strekking van de rechtshandeling; (ii) aard, inhoud en strekking van de overtreden regel; (iii) de belangen van alle betrokken partijen; en (iv) de verdere omstandigheden van het geval.

10. Conversie; reductie

Gezien de verwantschap van de twee leerstukken komt het mij voor, dat de bij de partiële nietigheid uitgezette lijnen naar de conversie mogen worden doorgetrokken. Het feit dat het conversieartikel de hypothetische partijkeuze centraal stelt, is niet behulpzaam, maar lijkt mij niet bij machte deze expansie te blokkeren. De ontwikkeling bij de partiële nietigheid, waar vroeger ook met de hypothetische keuze werd gewerkt,⁵⁶ onderstreept dat deze toetssteen een gedateerd karakter draagt. Men kan hem sauveren door een ‘update’ in objectiverende termen, met gezichtspunten zoals de Hoge Raad die in het kader van de partiële nietigheid heeft ontwikkeld.⁵⁷ In een arrest van 2002 geeft de Hoge Raad overigens reeds blijk van een objectiverende benadering van het in art. 3:42 BW vervatte criterium (zij het zonder gezichtspuntencatalogus).⁵⁸

De vraag of via partiële nietigheid en/of conversie ook een ‘reductie’ denkbaar is, in die zin dat een in de overeenkomst genoemd bedrag, percentage of aantal wordt gereduceerd, kan naar mijn mening in principe – hoewel zo’n reductie zich niet vaak zal voordoen – bevestigend worden beantwoord.⁵⁹ Bij consumentenovereenkomsten echter is een ontkennde beantwoording aangewezen. Op dat terrein heeft het Europese Hof uitgesproken dat de rechter een ‘oneerlijk’ beding niet tot de rechtens aanvaardbare maat mag terugsnijden; hij moet dat beding schrappen in zijn totaliteit, in principe met instandhouding van de verdere overeenkomst.⁶⁰ Een andere benadering zou – aldus het hof – de voor handelaars afschrikwekkende werking uitschakelen die van een loutere niet-toepassing uitgaat.⁶¹ Het kost geen moeite deze Europees-consumentenrechtelijke rechtspraak ten onzent via art. 3:41 en/of art. 3:42 BW tot zijn recht te brengen.

11. Vernietigbaarheden

In het vorenstaande ging de aandacht uit naar nietigheidsgonden en de nietigheidssanctie, al verschenen in het verlengde daarvan ook vernietigbaarheidskwesties ten tonele.⁶² Het bestek van dit opstel laat niet toe, dat nog een afzonderlijke beschouwing wordt gewijd aan de vernietigingsgronden, de vernietiging en de vernietigingsgevolgen als zodanig. Op dit terrein kan m.i. grosso modo worden gezegd, dat de door de wet aangedragen raamwerken zonder veel problemen overeind zijn gebleven.

Dat geldt ook voor de ons door de wetgever voorgeschotelde vernieuwingen, zoals het principe dat een rechtshandeling buitengerechtelijk kan worden vernietigd (art. 3:49-50 BW; deformalisering), en de regel dat de rechter bij misbruik van omstandigheden en dwaling – in plaats van de vernietiging uit te spreken – ter opheffing van het nadeel de inhoud van de overeenkomst kan aanpassen (art. 3:54 lid 2 BW, art. 6:230 lid 2 BW; sanctierelativering). Vanwege het praktische belang van het dwalingsleerstuk sta ik daarbij nog kort stil.

12. Dwaling; algemeen

Het dwalingsartikel (art. 6:228 BW) heeft zich met verve weten te handhaven. Gezien het ingewikkelde karakter van het leerstuk is dat geen geringe prestatie van de wetgever. Het model van art. 6:228 BW, dat – kort gezegd – verlangt dat de wederpartij de dwaling heeft bevorderd of gedeeld (lid 1), met aansluitend een reeks uitzonderingen (lid 2), is goed bruikbaar gebleken. Vermeldenswaard is dat de Commissie-Lando, die de *Principles of European Contract Law* heeft ontwikkeld, dermate door het artikel is overtuigd dat zij het grotendeels heeft overgenomen (art. 4:103 PECL). De opstellers van het *Draft Common Frame of Reference* hebben wat aan die PECL-bepaling gesleuteld, maar m.i. zonder dat dat in een verbetering heeft geresulteerd (art. II.-7:201 DCFR).⁶³

56. Zie par. 9 en het daar genoemde arrest van de Hoge Raad.

57. Zie par. 9 slot.

58. HR 22 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8185, *NJ* 2003/34 (*LRS/Sint Willbrordus*), r.o. 3.8. Zie tevens, nog onder het oude wetboek, HR 8 juli 1987, *NJ* 1988/232 (*Van Hensbergen/Albers*), betreffende een te lange proeftijd.

59. Nader mijn ‘Conversie en reductie’, *WPNR* 2015/7054.

60. HvJ EU 14 juni 2012, ECLI:EU:C:2012:349, *NJ* 2012/512 (*Banesto*). In dezelfde zin HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341, *NJ* 2013/487 (*Asbeek Brusse c.s.*).

61. *Banesto*, punt 65-71. Zie voor een latere nuancering HvJ EU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282, *NJ* 2014/355 (*Kásler c.s.*), punt 76-85.

62. Zie par. 3 (vormgebreken), 7 (strijd met de wet), 8 (ambts-halve inroeping).

63. Nader mijn ‘Het dwalingsstelsel van het DCFR’, *NTBR* 2011/40.

De Hoge Raad heeft een aantal interessante invullingen van het wetsartikel aangedragen. Hierbij valt primair te denken aan het belangrijke principe dat de schending van een mededelingsplicht door de wederpartij (lid 1 sub b) in het algemeen de schending van een eigen onderzoeksplicht door de dwalende (lid 2) zal overschaduwen, ook als laatstgenoemde onvoorzichtig heeft gehandeld.⁶⁴ Voorts groeit gestaag ons zicht op de vraag onder welke omstandigheden kan worden aangenomen dat de wederpartij met een mededelingsplicht is belast. Zo sprak de Hoge Raad onlangs uit, dat niet per se nodig is dat betrokkene weet hoe de vork in de steel zit; een spreekplicht mag ook worden aangenomen als hij 'geacht moet worden van de juiste stand van zaken op de hoogte te zijn'.⁶⁵

13. Dwaling en verjaring

Nu en dan zal de rechter een in de wet gesloten oneffenheid moeten gladstrijken. In relatie tot dwaling wordt zo'n plooi zichtbaar in een arrest van 2011.⁶⁶ De dwalende koper van een notarispraktijk vordert (geen vernietiging maar) vermindering van de koopprijs op de voet van art. 6:230 lid 2 jo. 6:228 BW. Inmiddels zijn meer dan drie jaren na de ontdekking van de dwaling verstreken, zodat de rechtsvordering tot vernietiging is verjaard (art. 3:52 lid 1 sub c BW) en daarmee ook de mogelijkheid tot buitengerechtelijke vernietiging (art. 3:52 lid 2 BW). Over het verjaringsmoment van de vordering tot aanpassing van de overeenkomst zwijgt de wet. Geldt daarvoor dus de algemene termijn van twintig jaar (art. 3:306 BW)? Terecht oordeelt de Hoge Raad dat, gezien het nauwe verband met de vernietiging, ook voor de vordering tot contractaanpassing de termijn van drie jaren geldt. Bij het regelen van de wilsgebrekenverjaring lijkt de wetgever deze optie over het hoofd te hebben gezien. Na dit arrest behoort het probleem tot het verleden.

14. Balans

De wetgever verdient lof voor het feit dat hij heeft gekozen voor een modern nulliteitenrecht, waarin non-existentgedachten naar de historie zijn verbannen. Het – overtuigende – *Leitmotiv* dat nietigheden en vernietigbaarheden niet verder mogen ingrijpen dan hun ratio rechtvaardigt, blijkt aan de Hoge Raad welbested (par. 2). Het systematische onderscheid tussen nietigheid en vernietigbaarheid is enigszins onder druk komen te staan uit Europese hoek, maar weet zich per saldo te handhaven (par. 8).

Van de meeste nulliteitenregels meen ik, dat zij hun taak naar behoren vervullen. Dat geldt bijvoorbeeld voor art. 3:39 BW (strijd met wettelijk vormvoorschrift) (par. 3), maar ook voor art. 3:41 BW (partiële nietigheid) en 3:42 BW (conversie). De wijze waarop de Hoge Raad inmiddels art. 3:41 BW heeft ingevuld (par. 9) leent zich ervoor om eveneens bij art. 3:42 BW te worden toegepast, ter invulling van het

gedateerde criterium van dat artikel (par. 10). Ook nieuwe figuren als buitengerechtelijke vernietiging en rechterlijke contractaanpassing functioneren naar wens (par. 11). Het dwalingsartikel toont zich een goede kapstok voor de rechtsontwikkeling, en heeft zelfs buiten de landsgrenzen weten te overtuigen (par. 12). Een incidentele plooi wordt door de rechter gladgestreken (par. 13).

Resteert het artikel dat zich tot hoofdschotel van deze beschouwing heeft opgewerkt: art. 3:40 BW. Met name de wijze waarop de wetgever het onderwerp 'strijd met de wet' heeft behandeld, is niet erg gelukkig. De beoogde inperkingen zijn maar met moeite zichtbaar (par. 7), het artikel suggereert negen casustypen maar regelt er slechts vijf (par. 4), de parlementaire geschiedenis bevat tegenstrijdige aanwijzingen (par. 5) en zet het verschil tussen een verboden inhoud en een verboden strekking te zwaar aan (par. 6). Daar staat als positief tegenover dat de bepaling, mede door die in het tweede lid beoogde inperkingen, niet onnodig snel tot een nietigheidsoordeel leidt (par. 7).

Al met al ben ik van oordeel, dat het nulliteitenrecht een geslaagd onderdeel van het nieuwe Burgerlijk Wetboek mag worden genoemd. Art. 3:40 BW vormt een relatief zwakke plek, maar de rechtspraak lijkt doende die zwakte geleidelijk aan het zicht te onttrekken.

64. Zie o.a. HR 10 april 1998, NJ 1998/666 (*Offringa/Vinck c.s.*). Een uitzondering is – in het verwante kader van de non-conformiteit – aan de orde in HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0407, NJ 2008/588 (*Van Dalßen/Gemeente Kampen*).

65. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3424, *RvdW* 2016/3 (*Inbev/Van der Valk*), r.o. 4.2.2. Vergelijk MvA II, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 6, Deventer: Kluwer 1981 p. 909, waarnaar de Raad verwijst. Over het arrest J.J. Dammingh, *JOR* 2016/53; K.J.O. Jansen, 'Kennispresumptie in het verbintenissenrecht: tussen weten en behoren te weten', *NTBR* 2016/31.

66. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5063, NJ 2013/256 (*IJsseloevers/De Jong*). Het probleem speelt ook bij misbruik van omstandigheden (art. 3:54 lid 2 BW).