

HC5, 27-09-2017, Nietigheden algemeen (Verheij)

We beginnen met een casus: Rechtbank Den Bosch, NJF/350. Y en Z worden bij de koop van een huis een contractuele boete verschuldigd van €27.000,-. De relatie gaat uit en Y leent €13.500 van zijn ouders. In de overeenkomst staat dat indien Y in de toekomst weer een relatie heeft of opnieuw met Z aan gaat, het saldo direct opeisbaar zal worden. Het leek erop dat de ouders niet wilden dat Y weer een relatie met Z aan zou gaan. Is dit rechtsgeldig? Nee, want in strijd met goede zeden, art. 3:40 lid 1 BW. Waarom is dit in strijd met de goede zeden? Y heeft het recht op leven uit het EVRM, daaruit vloeit een recht op vrije keuze voor een partner voor. Zelfs het recht op privacy zou je erop kunnen betrekken. De rechter kent in deze groot belang aan contractsvrijheid, maar dit gaat te ver. Het beding lijkt een strafkarakter te hebben en grijpt diep in de persoonlijke levenssfeer in en er zijn geen zeer bijzondere omstandigheden gesteld door de ouders waaruit blijkt dat dit niet zo is. De omstandigheden zijn van groot belang.

Beginselen contracten:

Contractsvrijheid, pacta sunt servanda en consensualisme: art. 6:217 BW, enkele wilsovereenstemming is in principe voldoende om een contract/overeenkomst tot stand te laten komen.

Moeten er grenzen gesteld worden aan de contractsvrijheid? Zo ook art. 3:40 BW. Voorbeelden zijn orgaandonatie, draagmoederschap, prostitutie en overeenkomst in strijd met publiekrechtelijke regelgeving zoals bijvoorbeeld de mededingingswet. Dit hangt af van de omstandigheden.

Een onderscheid maken tussen nietigheid en vernietigbaarheid. Het verschil is grofweg dat nietigheid wil zeggen dat een nietige rechtshandeling niet het door de partijen beoogde gevolg krijgt. Dit is automatisch het geval. Bij vernietigbaarheden zijn de rechtshandelingen geldig, totdat één van beide partijen de overeenkomst vernietigt. Vandaan met name van belang de artikelen 3:39 en 3:40 BW.

Van belang om even het volgende nog goed voor ogen te hebben. Rechtsbevoegdheid: iemand is bevoegd voor het recht, ofwel iemand kan rechten en plichten hebben. Een dier heeft wel rechten, maar heeft geen vermogen etc. In het Romeinse recht was een slaaf bijvoorbeeld niet rechtsbevoegd. Handelsonbekwaamheid wil zeggen dat je niet in staat bent om rechtshandelingen uit te voeren. In dergelijke gevallen kan worden vernietigd (bij minderjarigheid en onder curatele gestelde). Handelsonbevoegd is beperkter, dan ben je niet bevoegd tot het verrichten van rechtshandelingen met betrekking tot een bepaalde categorie zaken, zie art. 3:34 BW. Dit kan het geval zijn bij belangenverstrengeling, een opsomming staat in dit artikel. Tot slot beschikkingsonbevoegd, dat ben je bij faillissement. Je kunt datgene wat tot je vermogen behoort niet meer vervreemden.

De wetgever heeft geprobeerd het aantal nietigheden terug te brengen. Art. 6:269 BW was in het oud BW niet, ontbinding had toen terugwerkende kracht.

Casus: V verkoopt en levert een auto aan K. K vernietigt de overeenkomst wegens dwaling (6:228). Wie is nu de eigenaar van de auto? Wat is het gevolg van vernietiging? Het gevolg is dat een rechtshandeling met terugwerkende kracht ophoudt te bestaan, art. 3:53 lid 1 BW. Bij deze koop is de titel komen te vervallen en is dus de koper geen enkele seconden eigenaar geweest van de auto. Dat betekent dat als K de auto weer heeft verkocht, K met terugwerkende kracht beschikkingsonbevoegd is. Dat levert weer een probleem in de volgende overdracht.

Nietig: de rechtshandeling heeft niet de door partijen beoogde rechtsgevolgen. Dat wil niet zeggen dat de rechtshandeling geen enkel rechtsgevolg heeft. Zie zo bijvoorbeeld art. 3:53 lid 2 BW: de rechter kan alsnog rechtsgevolgen toekennen als het bezwaarlijk is ze ongedaan te maken.

Nietigheid wordt ambtshalve geconstateerd, vernietiging moet een beroep op worden gedaan. Bij een algemeen belang is er sprake van nietigheid, bij bescherming van een bepaalde partij dan is er sprake van vernietigbaarheid. Bij vernietiging zijn er bijzondere verjaringsregels, art. 3:52 en 3:51 lid 3 BW! Art. 3:51 lid 3 BW kent 'te allen tijde', dus geen verjaringstermijn. Ter verdediging kun je je wel beroepen op een bepaalde vernietigingsgrond.

Algemene voorwaarden:

Art. 6 Richtlijn oneerlijke bedingen bepaalt dat oneerlijke bedingen 'de consument niet binden'. Wat betekent dat? Lidstaten moeten voor dit gevolg zelf een mechanisme kiezen. In Nederland gaat afdeling 6.5.3 uit van vernietigbaarheid. De consument moet daarop dus een beroep doen. Helemaal autonoom zijn ze niet, het Hof van Justitie wil wel controle behouden. Het effectiviteitsbeginsel/doeltreffendheid beginsel is van toepassing: het moet wel dusdanig effectief zijn dat het belang uit de richtlijn daadwerkelijk wordt gediend.

HvJEG NJ 2000, 730 (Océano): Uitgever O in Barcelona verkoop encyclopedieën aan consumenten. In de algemene voorwaarden van de koopovereenkomst is een forumkeuzebeding opgenomen dat de rechter in Barcelona bevoegd maakt. O daagt consumenten voor de rechter in Barcelona, maar zij laten verstek gaan. De vraag is: kan de rechter het forumkeuzebeding uit de algemene voorwaarden ambtshalve toetsen? Ook al is er geen beroep gedaan op de richtlijn. Het Hof zegt: de doelstelling van de richtlijn wordt niet gehaald als de consument het oneerlijke karakter van dergelijke bedingen zelf aan de orde zou moeten stellen. Er is dan geen praktisch effect. Als de consument zelf procedeert bestaat er een grote kans dat hij uit onwetendheid geen beroep doet op het oneerlijke karakter. Beschermen van consumenten kan dan alleen worden bereikt als de rechter ambtshalve mag toetsen. Het Hof beredeneerd heel praktisch. Er bleven hierna vragen over: geldt deze uitspraak alleen voor forumkeuzebedingen en moet of kan de rechter ambtshalve toetsen? Het Hof moest zich dus nog een keer hierover uit laten. Dit gebeurde in HvJEU NJ 2003, 703 (Cofidis): C verstrekt krediet aan F. De vraag was of een formulier met aan de achterkant een rente- en boetebeding misleidend was. Vraag aan het Hof was of de rechter ondanks het verstrijken van de wettelijke vervaltermijn alsnog kan toetsen? Dat kan, de aan de consument verleende bescherming uit de richtlijn kan zich verzetten tegen een nationale regel. De vraag of de rechter moet of kan toetsen bleek uit HvJEG NJ 2007, 201 (Mostaza Claro) rov. 38: "De aard en het gewicht van het openbare belang, waarop de door de richtlijn aan de consument verschaft bescherming berust, rechtvaardigen bovendien dat de nationale rechter ambtshalve dient te beoordelen of een contractueel beding oneerlijk is en aldus het tussen de consument en verkoper bestaande gebrek aan evenwicht dient te compenseren."

Hoe voldoe je aan de plicht tot ambtshalve toetsing? Welke rechter moet ambtshalve toetsen? HR NJ 2014/274 (Heesakkers/Voet): een boeterente was opgenomen dat veel hoger was dan wettelijke rente. Vraag: had het hof ambtshalve moeten onderzoeken of het beding onredelijk bezwarend was? De Hoge Raad zegt: de rechter moet ambtshalve onderzoeken of een beding valt onder de richtlijn. Zo ja, dan moet hij dat toetsen als hij over voldoende gegevens beschikt. Als er niet voldoende gegevens zijn, dan moet de rechter om gegevens vragen, actief op zoek gaan. Mocht de rechter buiten het door de grieven ontsloten gebied treden, maar dit mag dan weer niet buiten de rechtsstrijd van partijen. Dit laatste is een beetje vaag, de rechtsstrijd zou breder zijn dan het door de grieven omsloten gebied. Hier zal wel weer jurisprudentie over komen. Als de rechter vaststelt dat een beding oneerlijk is, dan moet de rechter dit vernietigen, tenzij de consument zich hiertegen verzet. Of de rechter dit is gedaan, is toetsbaar in cassatie. Maar de Hoge Raad vindt dus dat de feitelijke rechters alles moeten onderzoeken. Of dit "Europa-proof" is moet nog blijken. In verstekzaken moet de rechter onderzoek als hij vermoedt dat het beding onder de richtlijn valt en oneerlijk is. Maar: stel dat iemand een overeenkomst heeft gesloten onder bedreiging, dan wordt dat niet ambtshalve getoetst en dus wel de algemene

voorwaarden daarvan. Maar wat is erger? De rechter gaat je dan dus niet helpen. Is dit niet volkomen in strijd met rechtsgelijkheid? Dan is deze situatie een beetje vreemd.

Art. 3:40 BW:

Het is een complex artikel door de verschillende onderscheidingen. Er zijn 3 toetsingscriteria: goede zeden, openbare orde en strijd met dwingende wetsbepalingen. Er zijn ook nog 3 gevolgen: geldig, nietig en vernietigbaar. Het artikel zelf geeft weinig richting. Daarnaast 3 aspecten: het verrichten van de rechtshandeling (het sluiten van de overeenkomst), de inhoud (zijn de verplichtingen) en de strekking (is de achterliggende bedoeling, voorzienbare gevolgen). Dit juist is het lastige, want dat blijkt niet uit de tekst. Dus in de praktijk bij dit artikel niet vertrouwen op de tekst van de wet.

Reden 2 voor onduidelijkheid is lid 3, het nuanceert de gevolgen van lid 2. Maar er staat nergens dat de gevolgen van lid 1 genuanceerd worden. Dit is verwarrend.

Stel: het gaat om strijd met een dwingende wetsbepaling. Dat is in de praktijk vaak het geval, strijd met publiekrechtelijke regelingen. Dan onderscheid maken in de 3 aspecten. Verbiedt de wet het verrichten van de rechtshandeling? Dan naar lid 2. Als de andere 2 aspecten verboden zijn, dan ga je naar lid 1.

Art. 1:23 Wft is een voorbeeld waarin het wel geregeld is. Als je van de Wft iets schendt is dit artikel van toepassing.

Verrichten in strijd met de wet:

HR NJ 2000, 305 (Uneto/De Vliert): leidt aanbesteding in strijd met Europese regels tot nietigheid van de aannemingsovereenkomst tussen De Vliert en Gibros? Op grond van lid 2: rov. 3.3.2: de Europese regelgeving zegt niet expliciet dat schending nietigheid tot gevolg heeft. Ergens anders staat dat een lidstaat kan bepalen dat het gevolg beperkt blijft tot schadevergoeding. De Europese regels hebben niet de strekking om de overeenkomst aan te tasten. Dus wat doet de partij die de overeenkomst nietig wil verklaren, die valt terug op lid 1. Het feit dat die overeenkomst is gesloten in strijd met de Europese regels, betekent dat er strijd is met de openbare orde of de goede zeden. De Hoge Raad zegt dan: uit de MvT bij art. 3:40 BW blijkt, op grond van alleen die strijdigheid met de wet en die wet/regels niet de strekking heeft de rechtsgeldigheid van die rechtshandeling aan te tasten, kan je niet terugvallen op lid 1. Dit kan alleen onder bijzondere omstandigheden.

Inhoud in strijd met de wet:

HR NJ 1991, 265 (bordeelverkoop): Lamet koopt een bordeel van Sibelo. Lamet stelt dat de overeenkomst nietig is wegens strijd met de goede zeden (art. 3:40 lid 1 BW), in verband met strijd met art. 250bis Sr. Kan schending van een bepaling die nauwelijks wordt toegepast leiden tot nietigheid? "In het licht van de maatschappelijke ontwikkeling kan schending van dat artikel niet tot nietigheid leiden".

HR NJ 2000, 652 (Parkeerexploitatie/Amsterdam): P huurt een gedeelte van de openbare weg van A en sluit dit af met een slagboom. Art. 14 Wegenwet verplicht gemeente om alle verkeer over de openbare weg te dulden. Dus dit was in strijd met art. 14 Wegenwet. Wat zijn nu de gevolgen voor die overeenkomst? P vordert schadevergoeding, art. 6:74 BW, en A beroept zich op nietigheid van de overeenkomst. Is dit laatste wel zo? Is de overeenkomst in strijd met de openbare orde? De Hoge Raad: ja, want het is een duurzame verplichting tot het verrichten van een verboden prestatie (rov. 3.5.1) Geen beroep mogelijk op lid 3, want lid 3 is slechts een nuancering van lid 2 en niet van lid 1. Dus of nietig, of geldig, maar hier geen sprake van een tussenweg. Had P niet een vordering in kunnen

dienen op grond van onrechtmatige daad? Kan wel, maar het nadeel is dat je alleen het negatief contractbelang kunt vorderen. Dus je wordt in positie gesteld waarin je zou zijn als de onrechtmatige daad niet zou zijn gepleegd. P wil winst maken, dat is positief contractbelang, en daarbij helpt de onrechtmatige daad dus niet.

Strekking in strijd met de wet:

HR NJ 1952, 128 (Burgman/Aviolanda): A zou voor B kammer voor vliegtuigen vervaardigen. A beschikte niet over de juiste vergunning. A verplicht zich dus tot het maken van kammen, als die wordt uitgevoerd, dan overtreedt A logischerwijs de plicht een vergunning te hebben. Je overtreedt dan dus de wet. Dit is dan de strekking. Beide partijen moeten zich hiervan bewust zijn geweest voor nietigheid wegens strijd met openbare orde, art. 3:40 lid 1 BW. Bijvoorbeeld als iemand bij de Blokker een mes wil kopen om iemand te vermoorden. Als de Blokker hiervan wist, dan is de strekking in strijd met de wet.

HR NJ 2002, 364 (AZL/Erven Moerman): geneeskundige behandelingsovereenkomst wordt gesloten tussen M en AZL. AZL bracht een tarief in rekening zonder toestemming van het COTG. Nietigheid wegens strijd met openbare orde (3:40 lid 1 BW)? De Hoge Raad in rov. 4.4: geen inbreuk op zo een fundamenteel beginsel in de rechtsorde dat er sprake is van strijd met de openbare orde. Hiervoor is iets gewichtigs nodig. Een bepaling van algemeen belang is niet gelijk strijd met de openbare orde.

HR 1 juni 2012, LJN: BU5609 (Esmilo/Mediq): E en M sluiten overeenkomst op grond waarvan medicijnen door apotheken aan groothandel zouden worden doorverkocht. Dit is in strijd met geldende regelgeving. De Hoge Raad, rov. 4.4: nuance op lid 1. Als je kijkt naar de tekst van de wet, lijkt het alsof alleen lid 2 genuanceerd wordt. Je kunt niet automatisch de conclusie trekken dat er sprake is van nietigheid. De rechter moet kijken naar de omstandigheden van het geval: met name; welke belangen worden door de regel beschermd (volksgezondheid bijvoorbeeld), worden fundamentele beginselen geschonden, waren de partijen zich van de inbreuk op de regel bewust en voorziet de regel in een sanctie? Bij dat laatste hoeft er geen sprake te zijn van nietigheid, want de publiekrechtelijke regel kent al een sanctie.

Art. 3:39 (vormvoorschriften):

Tenzij uit de wet anders voortvloeit is de rechtshandeling nietig. Daarbij wel kijken naar de ratio van het wettelijk voorschrift, bijvoorbeeld art. 3:89 lid 1, 6:82 lid 1 en 6:267 BW.

Nietig of vernietigbaar?

Casus; X sluit telefonisch een brandverzekering met betrekking tot zijn woning. De verzekeraar geeft in strijd met art. 7:932 lid 1 BW geen polis af aan X. De strekking van de verplichting om de polis af te geven ligt in de bewijsfunctie. Het heeft niet de strekking om de verzekeringsovereenkomst nietig te maken.

Casus; A en B sluiten een overeenkomst van borgtocht waarbij A zich als borg stelt voor een schuld van C aan B. De omvang van de schuld van C aan B staat echter niet vast. In de overeenkomst van borgtocht wordt geen maximumbedrag opgenomen (is in strijd met art. 7:858 lid 1 BW). Dit is een eis voor geldigheid. Deze casus leidt dus wel tot nietigheid.

Kijk dus in de Parlementaire Geschiedenis.

Onthouden uit dit college:

Consumentenbeschermende regels moet de rechter ambtshalve toepassen, ondanks het door Nederland gekozen stelsel.

Artikel 3:40 BW is een lastig, ongelukkig opgeschreven artikel. Probeer dit artikel voor het tentamen uit je hoofd te leren. Lid 2 is van toepassing op de strekking. Ook lid 1 kent een nuance.

HC6, 28-09-2017, Gevolgen van nietigheid (Pavillon)

Inleiding:

Vandaag kijken we naar de gevolgen van nietigheid. Gisteren waren we tot het punt dat een rechtshandeling nietig was van rechtswege of vernietigbaar is. Wat gebeurt er vervolgens? De verstrekkende gevolgen van nietigheid moeten zoveel mogelijk worden teruggedrongen, volgens de wetgever. De rechtshandeling is immers al tot stand gekomen, dus een nietigheidssanctie is een fictie, er is al wat gebeurd tussen partijen en het rechtsverkeer wordt verstoord (nulliteiten/relativering). Vandaag gaan we verschillende aspecten behandelen.

Soms zoek je naar een tussenoplossing, want de vergaande gevolgen van nietigheid zijn niet wenselijk. Hierbij kun je terugvallen op het opheffen van het nadeel (vernietiging hoeft niet door te gaan, want er is dan geen reden meer om de rechtshandeling aan te tasten), partiële nietigheid (een overeenkomst die uit verschillende bepalingen bestaat, kan gedeeltelijk worden aangetast). Relatieve nietigheid ligt vaak besloten in de wet, dit geldt alleen jegens bepaalde rechtspersonen, bijvoorbeeld de Pauliana (3:45 BW).

De tweede manier om genuanceerd om te gaan met de nietigheid, het rechtsgevolg wordt dan toch bereikt bij conversie (3:42 BW), bevestiging (van een vernietigbare rechtshandeling; het gaat om bedreigde rechtshandelingen, dus in principe geldig, maar door te bevestigen vervalt het recht een beroep te doen op vernietiging), bekrachtiging (3:58 BW, hierin gaat het om nietige rechtshandelingen, waarbij een vereiste ontbreekt, door het vereiste te vervullen wordt de rechtshandeling alsnog geldig).

Opheffen van het nadeel:

Art. 3:54 BW; bij misbruik van omstandigheden kun je het nadeel opheffen en de rechtshandeling in stand te houden. Verschil met art. 3:53 BW is de andere situatie, dat is de ongedaan making. Verschillende prestaties worden dan ongedaan gemaakt, het is wel bezwaarlijk (je stuit op de grenzen van de wet). Bij art. 3:54 BW is er al een beroep gedaan op vernietiging, je kunt dan nog het nadeel wegnemen. Het begrip 'tijdig' wordt ruim opgevat. Op afdoende wijze opheffen, daar staat of valt het slagen van het opheffen van het nadeel mee. Als je vernietigt krijg je ook geen schadevergoeding, bij schadevergoeding blijft de overeenkomst in stand. Als je wel vernietigd moet je de weg van de onrechtmatige daad volgen. Bij bedrog/bedreiging wordt eigenlijk aangenomen dat het niet kan, maar via de onrechtmatige daad kan alsnog het nadeel worden vergoed. Er is bij 'erge wilsgebreken' in principe geen reden om de overeenkomst in stand te houden, een 'alomvattend nadeel' mag niet worden opgeheven. Alleen nadeel besloten in onevenwicht van de rechtshandeling, bijvoorbeeld de koopprijs. Ander nadeel moet via de weg van de onrechtmatige daad. Bij dwaling is er een specifiek artikel, art. 6:230 BW.

Lid 2: een partij kan ook verlangen dat het nadeel wordt opgeheven. Hierin is een discretionaire bevoegdheid van de rechter, die is daartoe niet verplicht en doet dit ook niet ambtshalve. Het ligt dus aan de bereidheid van de partijen.

Hoe stel je vast wat het nadeel is? Daarin heeft de rechter heel veel vrijheid. In 2 arresten¹ wordt dit aangehaald, deze zijn ter illustratie. In het laatste arrest wordt benoemd dat bij wederzijdse dwaling niet automatisch een 50-50 verdeling wordt toegepast.

Partiële nietigheid:

Art. 3:41 BW: is dus de tweede tussenoplossing tussen het ‘niets’ en het ‘alles’. Van belang is het arrest *Gratis mobieltjes I*²: als je de overeenkomst beschouwd als bestaand uit twee onderdelen, kan het telecommunicatiedeel blijft bestaan. Hierin wordt verwezen naar de voorwaarden van art. 3:41 BW. In deze uitspraak wordt ook verwezen naar het arrest ...

Nietigheid blijft hierbij beperkt tot een deel van de rechtshandeling. De toets is of het restant, gelet op de inhoud en strekking van de rechtshandeling, in onverbreekelijke verband met het nietige deel is. Moet je dit (overwegend) subjectief of (overwegend) objectief bepalen? Bij de subjectieve benadering moet je bekijken of de partijen de overeenkomst ook zonder het beding zouden hebben gesloten. Bij de super subjectieve benadering zou je aan partijen vragen wat zij vinden. Voor de objectieve benadering spreekt Hijma³: betreft het restant een voor partijen zinvolle, doelmatige regeling? Is de gedeeltelijke instandhouding van de rechtshandeling gerechtvaardigd gelet op de omstandigheden van het geval. Standaardarrest voor partiële nietigheid: Buena vista arrest: 50.000 euro wordt in de notariële akte vast gelegd, maar de prijs in de overeenkomst staat dat de koopprijs 65.000 euro is. Die overige 15.000 euro wordt buiten de notaris gehouden, omdat er anders te veel belasting betaald moet worden en dat kan de koper niet betalen. Zo'n zwart geld beding is in strijd met de belastingwet. In deze tijd werd er sterk vastgehouden aan de subjectieve benadering, dus partijen zouden de overeenkomst anders niet hebben gesloten. Daarmee is de gehele overeenkomst nietig. Bij de objectieve benadering zou de koop wel tot stand zijn gekomen, de belasting zou worden verdeeld. Brunner in de noot bij dit arrest: algehele nietigheid. “Ik zou menen, dat het er om gaat of de koop tussen deze pp. voor dezelfde prijs en op dezelfde voorwaarden zou zijn gesloten, met vermelding van de gehele koopsom in de akte.”⁴ In een andere zaak⁵ zijn er 2 overeenkomsten: de eerste overeenkomst betreft een pacht met laag bedrag, in de tweede overeenkomst wordt een bedragje erbovenop verzonden en een geheimhouding. Dit om het uit het oog van de belastingdienst te houden. De tweede prijs was marktconform, de eerste niet. Bepleit wordt om de geheimhoudingsclausule eruit te halen. De rechter heeft hier volledige nietigheid geconcludeerd, de geheimhouding betrof alle aspecten van de overeenkomst en plaatste de koper daarmee in een bijzonder nadelige situatie.

De partiële nietigheid kun je ook benaderen op het niveau van een beding. Kun je een contractsbepaling nog scheiden? Dit heet splitsing, partiële nietigheid op mininiveau. Arrest⁶: verkoop percelen grond door de gemeente ten behoeve van de woningbouw. Beding dat de aannemer verplicht was met de kopers een overeenkomst conform het GIW-model te sluiten. Doet hij niet, krijgt een boete. Beding verplicht tot sluiten van overeenkomsten op voorwaarden die verboden waren op grond van de Woningwet. Aannemer betaalt de boete niet, want het is dus in strijd met de Woningwet.

De gemeente stelt voor om het beding te splitsen. Volgens de aannemer is het hele beding nietig. De Hoge Raad: niet is gesteld of gebleken dat de verboden onderwerpen van ondergeschikte betekenis zijn. Dit is het criterium. Er wordt dus niet aangesloten bij art. 3:41 BW.

¹ NJ 2006/658 & NJ 2002/106

² ECLI:NL:HR:2014:1385

³ Jac. Hijma, “Nieuw nulliteitenrecht”, WPNR 2017/7133.

⁴ Slide 10 bij de PowerPoint

⁵ ECLI:NL:GHAMS:2007:BC1271

⁶ ECLI:NL:HR:2011:BQ1677

Wat zijn de vaste gezichtspunten van art. 3:41 BW? Blijkt uit het verplichte arrest *BP Europa SE/X*⁷: hierin stond het mededingingsrecht centraal. Afgesproken was dat er een exclusief afnamebeding in de overeenkomst zou worden afgenomen, dus X zou 20 jaar aan BP vastzitten. Dit was vrij standaard en niet als bedoeling om de mededinging te blokkeren. Kon de vaststelling uit de overeenkomst geknipt worden? De Hoge Raad legt het objectief uit: is de instandhouding van de rechtshandeling gerechtvaardigd gelet op: de aard, inhoud en strekking van de rechtshandeling, de aard, inhoud en strekking van de geschonden regel, de belangen van alle betrokken partijen en verdere omstandigheden van het geval. Wat betreft de strekking van de geschonden regel moet je kijken naar het belang van de regel en wat de regel probeert te beschermen. De belangen van de partijen: kijken naar wat er gebeurt als de hele regel komt te vervallen, is dit dan in zijn nadeel?

Dus of de rest van de overeenkomst mag blijven voortbestaan is mede afhankelijk van de strekking van de geschonden regel. Wat is beoogd met die regel? Welk doel wordt gefrustreerd? Daarnaast dus de belangen van de betrokken partijen. Bijvoorbeeld regels uit het arbeidsrecht, die bedoeld zijn om één partij te beschermen. Bij oneerlijke bedingen is dat duidelijk, maar wat betekent het voor de rest van de overeenkomst? Het betekent dan er bij volledige vernietiging niets overblijft. Zo NJ 1999/737; stakingsverbod in ruil voor winstdeling. Dit is in strijd met het Europees Handvest, dus met beschermende regels. Zo'n stakingsverbod zijn eigenlijk 2 bepalingen: je deelt mee met de winst met als voorwaarde dat je niet mag staken. Wat gaan we nu schrappen? De hele overeenkomst schrappen is in het nadeel van de werknemer, die zit dan zonder werk. Dat gaat dan niet samen met het doel van de beschermende bepaling. Het stakingsverbod en de winstdeling is met elkaar in verband, dus het geheel, of alleen het stakingsverbod schrappen want dat is verboden en de winstdeling in stand laten. Dit laatste is natuurlijk nog extra nadelig als straf voor de werkgever.

Een nieuwe casus, NJ 2000/273: werknemer krijgt loon dat hoger is dan het cao-norm, maar de overuren worden lager dan cao-norm betaald. Dit laatste mag niet. Er is hier wel sprake van een samenspel tussen werknemer en werkgever. Hier wederom niet de hele arbeidsovereenkomst schrappen, dat is nadelig voor de werknemer. Hoe ga je hiermee om? Converteren naar cao-loon? Alleen de overwerkvergoeding nietig verklaren, want die is in strijd met de cao-norm? Of het hele beding is nietig, maar tezamen compenseren ze elkaar wel (cherry-picking)? Op basis van het vorige arrest blijkt dat er moet worden gesplitst, dus het lagere loon verdwijnt en het hogere loon blijft. Hierop is wel kritiek geweest, want het zou moet worden vastgehouden met het geheel. Het opgetelde is niet in strijd met de cao-norm. Het is dus niet gemakkelijk. De doorslag geeft hier de beschermende strekking van de norm, dat gaat boven alles.

Bij kernbedingen is er een onverbreekelijk verband, daarin zitten de essentialia van de overeenkomst in en is partiële nietigheid dus niet mogelijk. Bijvoorbeeld de prijs, art. 7:4 BW geldt dan niet want het was wel een belangrijk onderdeel van de overeenkomst. Er is dan geen prijs... De objectieve uitleg staat volledig voor op: Het enkele afwijken van partiële nietigheid wanneer de overeenkomst zonder dat oneerlijke beding objectief gezien niet kan voortbestaan en dus niet wanneer uit een beoordeling achteraf blijkt dat een van de partijen de overeenkomst zonder beding niet zou hebben gesloten.⁸ Wat als partiële nietigheid wel mogelijk is, kun je dan de hele overeenkomst vernietigen? Als er dus geen onverbreekelijk verband bestaat? Ja, dit kan, gelet op de beschermingsimperatief. Maar hiermee moet je wel terughoudend zijn. De subjectieve benadering geeft te veel onzekerheid en is onwenselijk.⁹ Gehele nietigheid is niet ondenkbaar, wanneer blijkt dat dit de consument een betere bescherming biedt.

⁷ ECLI:NL:HR:2013:2123

⁸ Perenicova arrest (C-453/10)

⁹ Jörös-arrest (C-397/11), r.o. 47

Conversie:

Hiermee kun je toch de geldigheid van de rechtshandeling nastreven. Art. 3:42 BW (zie ook art. 3:85 BW). Je laat hiermee de nietigheid ‘verdampen’. Kan ook bij partiële nietigheid of splitsing. Het is een alternatieve weg, maar er zitten voorwaarden aan. Het moet gaan om een weg waar sprake is van een sterke gelijkenis qua strekking van de ongeldige rechtshandeling. Het moet niet gaan om een heel ander soort rechtshandeling dat een ander soort doel wil bereiken. Het vindt van rechtswege plaats, hoef je dus niet zelf te vorderen. De volgende vraag is: moet worden aangenomen dat die andere (wel geldige) rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de nietige rechtshandeling wegens haar ongeldigheid was afgezien? Dit wordt ook sterk geobjectiveerd, dit blijkt ook uit het andere verplichte arrest, LRS/Sint Willibrord.¹⁰ De ‘hypothetische alternatieve partijkeuze’ wordt dus objectief uitgelegd, naar omstandigheden van het geval en aard en strekking van de rechtshandelingen. LRS/Sint Willibrord: Er wordt een huurovereenkomst gesloten op de kunst in de kerk, maar er was sprake van natrekking. De huurovereenkomst kon dus niet, is dus nietig. Kun je dus converteren? De partijen beroepen zich op dat de rechter niet kan weten wat partijen anders zouden hebben gedaan, dus op geen ambtshalve toepassing. Wie zich op conversie beroept, behoeft niet te stellen naar welke overeenkomst moet worden geconverteerd, dus het mag ambtshalve worden toegepast. Beantwoordt de strekking van de nietige rechtshandeling in voldoende mate aan die van een andere vervangende rechtshandeling.¹¹ Eerst kijken naar de gelijkenis van de rechtshandeling, dan naar de ‘hypothetische alternatieve partijkeuze’, en tot slot naar de bescherming van partijen. Het subjectieve element bestaat wel, maar in het feit eerst de partijen aan het woord te laten: zou de rechtshandeling zijn verricht in de fictieve situatie? Lees hierbij ook zeker het reeds genoemde stuk van Hijma.

Banesto-arrest (C-618/10): iemand leent geld om een auto te kopen. Hierin stond een boetebeding, die opliep tot 29%. Dit is een heel hoog bedrag, en dus oneerlijk, onredelijk bezwarend. Wat gebeurt er dan met de overeenkomst? Opties: 1) De hele overeenkomst is nietig; 2) het boetebeding is nietig/geen conversie; 3) het boetebeding is nietig/conversie naar wettelijke rente. De rechter: geen conversie, je moet maar op de blaren gaan zitten. Het arrest moet je thuis nalezen. Dit komt volgende week ook weer ter sprake. Kun je dan subsidiair de wettelijke rente vorderen? Dan heb je immers zelf geen schade. Dit is niet wenselijk volgens het Hof.

Kásler-arrest (C-26/13): berekeningsbeding in algemene voorwaarden. De manier waarop de schuld werd berekend, het wisselkoersmechanisme was onredelijk bezwarend. Maar als het mechanisme wordt weggehaald, dan valt de schuld niet meer te berekenen. Wat nu? Partiële nietigheid is niet mogelijk. Hier kiest het Hof voor converteren, anders heeft de consument alsnog een groot nadeel. In principe wordt er niet geconverteerd, tenzij het voor de consument alsnog nadelig is.

Grenzen aan conversie: blijkt ook uit BP Europa SE/X voor het mededingingsrecht. Het is onverenigbaar met de doelstelling van de bepaling.

En een subsidiaire vordering? Is nog geen antwoord op te geven. In feite is het effect wel hetzelfde als de conversie. Matigen/Reduceren mag ook niet.

Aan bevestiging en bekrachtiging is ze niet toegekomen, maar er staan voorbeelden op de slides.

¹⁰ ECLI:NL:HR:2002:AE8185

¹¹ Slide 20 PowerPoint