

University of Groningen

Vernietiging en verjaring

Wissink, M.H.

Published in:
WR, tijdschrift voor huurrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Wissink, M. H. (2018). Vernietiging en verjaring: wanneer is een beroep op een vernietigingsgrond 'aanvallend' of 'verwerend'? *WR, tijdschrift voor huurrecht*, 2018(2), 67-80. [WR 2018/18].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Vernietiging en verjaring: wanneer is een beroep op een vernietigingsgrond ‘aanvallend’ of ‘verwerend’?

WR 2018/18

1. Inleiding

1.1 Sinds de uitspraken in *Stern/Gulf*² en *Singh/Centre Hotel*³ is er veel belangstelling voor de verjaring van rechtsvorderingen tot vernietiging van met het (semi)dwingende huurrecht strijdige bedingen in huurovereenkomsten voor 290-bedrijfsruimte. Uit *Stern/Gulf* volgt dat de huurder rekening moet houden met de mogelijkheid dat zijn (aanvallende) beroep op de vernietigbaarheid van het beding drie jaar na het sluiten van de huurovereenkomst is verjaard, zodat hij aan het beding gebonden is (art. 3:52 BW). Is vernietiging door de huurder nog wel mogelijk, dan heeft de verhuurder blijkens *Singh/Centre Hotel* een tweede kans, want hij kan – ook na vernietiging van het beding door de huurder – nog goedkeuring van het beding aan de rechter vragen. Er is meer evenwicht in de verhouding tussen partijen als er geen verjaring dreigt.⁴ Dan is van meet af aan duidelijk dat een beding in strijd met de wet alleen overleeft als de rechter het na een inhoudelijke beoordeling op voet van art. 7:291 BW goedkeurt. Dit evenwicht is er indien het beroep van de huurder op de vernietigbaarheid van het beding een verwerend beroep is. Een verwerend beroep kan immers te allen tijde worden gedaan (art. 3:51 lid 3 BW). Of een beroep op een vernietigingsgrond ‘aanvallend’ of ‘verwerend’ is, stelt de partijen voor een praktische vraag. Moet de huurder zekerheidshalve overgaan tot vernietiging van met de wet strijdige bedingen binnen drie jaar na het sluiten van de overeenkomst, ook al gaat het daarin om een materie (zoals prijsaanpassing of indeplaatsstelling) die pas later zal (kunnen) gaan spelen?⁵ Of mag hij wachten totdat de situatie waarop het beding ziet zich daadwerkelijk voordoet? Om partijen een handvat te bieden bij het bepalen van hun rechtspositie, is het nuttig op zoek te gaan naar een voor de rechtspraktijk hanteerbare maatstaf voor het onderscheid tussen een ‘aanvallend’ en een ‘verwerend’ beroep op een vernietigingsgrond. Om die maatstaf te vinden, moet worden teruggevallen op het algemene vermogensrecht.

1.2 Dit artikel is als volgt opgebouwd. Een eerste verkenning laat zien dat de afbakening tussen een aanvallend beroep en een verwerend beroep op een vernietigingsgrond vragen oproept. Anders dan men wellicht zou denken, kan voor het onderscheid tussen een aanvallend en een verwerend beroep op een vernietigingsgrond niet gewoon worden afgegaan op de rolverdeling van partijen in een procedure (eiser/verzoeker of verweerder) of op het stadium van de procedure (eis/verzoek, antwoord etc.) waarin het beroep op de vernietigingsgrond wordt gedaan (par. 2). Vervolgens wordt, vooral aan de hand van de parlementaire geschiedenis van art. 3:51 en 3:52 BW, nader ingegaan op gevallen waarin sprake is van een aanvallend beroep op een vernietigingsgrond (par. 3) respectievelijk een verwerend beroep op een vernietigingsgrond (par. 4). Daarbij komt ook de lastige verhouding tussen een aanvallend en een verwerend beroep aan de orde (par. 5). Aansluitend wordt bezien wat precies moet worden verstaan onder de ‘andere rechtsmaatregel’ als bedoeld in art. 3:51 lid 3 BW (par. 6). Aan de hand hiervan wordt een maatstaf voorgesteld om het onderscheid te maken tussen een aanvallend en een verwerend beroep op een vernietigingsgrond. Deze maatstaf wordt ontleend aan het materiële recht. Ook wordt een eventueel te hanteren nadere toets besproken, die als extra controle zou kunnen worden toegepast (par. 7). Vervolgens worden de bevindingen toegepast op het huurrecht voor bedrijfsruimten (par. 8), waarna de belangrijkste conclusies worden samengevat (par. 9).

2. Een eerste verkenning

2.1 De wettelijke regeling van het aanvallende en het verwerende beroep op vernietiging

2.1.1 De semi-dwingende bepalingen in afdeling 7.4.6 BW beschermen de huurder: partijen mogen er niet ten nadele van de huurder van afwijken (art. 7:291 lid 1 BW). Bedingen die ten nadele van de huurder afwijken, zijn daarom vernietigbaar (art. 3:40 lid 2 BW). De rechtsvordering tot vernietiging van een dergelijk beding verjaart: “drie jaren nadat de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen, aan degene aan wie deze bevoegdheid toekomt, ten dienste is komen te staan”, aldus art. 3:52 lid 1 onder d BW. Hetzelfde geldt voor de bevoegdheid om het beding buitengerechtelijk te vernietigen (art. 3:52 lid 2 BW). Met de woorden ‘ten dienste komen te staan’ heeft de wetgever bedoeld te bewerkstelligen dat de verjaring een aanvang neemt zodra de partij die een beroep op de vernietigbaarheid toekomt, die bevoegdheid daadwerkelijk kan uitoefenen. Deze regel leent zich voor flexibele toepassing.⁶ Zij berust op de gedachte dat wie daadwerkelijk van een vernietigingsbevoegdheid gebruik kan maken, dat binnen redelijke tijd

1 Hoogleraar privaatrecht RuG en A-G bij de Hoge Raad. Dit artikel is een be- en uitwerking van een bijdrage aan het congres van de VHA op 22 juni 2016.

2 HR 9 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9951, NJ 2013/557, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper, WR 2013/133, m.nt. J.M. Heikens, JHV 2013/159, m.nt. Ferment, JIN 2013/159, m.nt. L.F. Dröge (*Stern/Gulf*).

3 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:823, NJ 2015/412, TvHB 2015/9, m.nt. N. Amiel & A.W. Jongbloed, JHV 2015/89, m.nt. H. Sengers, WR 2015/80 (*Singh/Centre Hotel*). Zie daarover ook J.P. Heering, ‘Het afwijkend beding na *Singh/Centre Hotel*: hoe nietig is nietig?’, WR 2016/1.

4 Vgl. H. Sengers, JHV 2015/89.

5 Vgl. J.M. Heikens, noot onder *Stern/Gulf* in WR 2013/133; H.J. Moné, THvB 2013/5, p. 307; J.P. Heering, ‘Het afwijkend beding na *Singh/Centre Hotel*: hoe nietig is nietig?’, WR 2016/1.

6 HR 9 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9951 (*Stern/Gulf*), r.o. 3.5.2.

(hier: drie jaren) moet doen.⁷ In een voor de huurder ongunstig scenario kan dit betekenen dat de verjaringstermijn aanvangt de dag na het aangaan van de huurovereenkomst. Soms geeft de wet nader aan wanneer de verjaringstermijn aanvangt. Zo wordt in art. 3:52 lid 1 onder a-c BW gespecificeerd wanneer de termijn van drie jaren aanvangt bij de volgende vernietigingsgronden: onbekwaamheid, bedreiging, misbruik van omstandigheden, bedrog, dwaling en benadeling. Het gaat hier om uitwerkingen voor deze vernietigingsgronden van de algemene gedachte dat de termijn begint wanneer de bevoegdheid om de vernietigingsgrond in te roepen iemand 'ten dienste is komen te staan'. Een andere uitwerking van deze algemene gedachte is te vinden bij onredelijk bezwarende algemene voorwaarden en bij afwijkingen van dwingend arbeidsrecht. Voor die gevallen bepaalt de wet dat de verjaringstermijn aanvangt op de dag, volgende op die waarop een beroep op het beding is gedaan (art. 6:235 lid 4 en 7:614 BW).⁸ Art. 6:235 en 7:614 BW geven een duidelijke regel over het begin van de verjaringstermijn en voorkómen dat eventueel binnen drie jaar na het aangaan van het beding een beroep op de vernietigbaarheid ervan moet worden gedaan ook als er dan geen conflictsituatie is. Deze specifieke wettelijke invulling van het begrip 'ten dienste staan' leent zich volgens de Hoge Raad in zijn beschikking in Stern/Gulf echter niet voor categorische toepassing op andere terreinen, zoals het huurrecht. Voor de aanvang van de verjaringstermijn voor een beroep op de vernietigbaarheid van met de wet strijdige bedingen geldt dus de algemene bepaling van art. 3:52 lid 1 onder d BW.

2.1.2 De wet kent naast het aanvallende ook het verwerende beroep op een vernietigingsgrond:

“Een beroep in rechte op een vernietigingsgrond kan te allen tijde worden gedaan ter afwering van een op de rechtshandeling steunende vordering of andere rechtsmaatregel.” (art. 3:51 lid 3, eerste zin BW)

Hier is de ratio, dat zolang de wederpartij stilzit, de andere partij niet het initiatief tot vernietiging hoeft te nemen.⁹ De regel van art. 3:51 lid 3 BW kan bogen op een lange traditie.¹⁰ Art. 1490 (oud) BW bepaalde dat de in die bepaling genoemde tijd van vijf jaren voor het instellen van een rechtsvordering tot vernietiging niet toepasselijk is “op de nietigheid, bij wege van verdediging of exceptie voorgedragen, welke men steeds zal kunnen doen gelden”. De vernietigingsbevoegde partij was dus niet gedwongen een procedure te starten teneinde de rechter de nietigheid te laten uitspreken als de houding van de wederpartij hem daartoe

geen aanleiding gaf.¹¹ Naar huidig recht is in beginsel voor vernietiging geen procedure bij de rechter meer vereist. Vernietiging kan ook door het uitbrengen van een buitengerechtelijke verklaring (art. 3:50 BW). Om die reden is wel betoogd dat de termijn van drie jaar voor een aanvallend beroep op een vernietigingsgrond ook zou moeten gelden voor een verwerend beroep.¹² Die opvatting lijkt echter geen rekening te houden met de vraag of er voor de belanghebbende wel aanleiding is om in actie te komen. Bij stilzitten van de wederpartij hoeft de vernietigingsbevoegde partij niet (proactief) in actie te komen door zijnerzijds (preventief) een beroep op de vernietigingsgrond te doen – waarmee de relatie tussen partijen wellicht onnodig wordt belast of zelfs kan leiden tot een procedure over de gerechtvaardigdheid van de vernietiging terwijl de situatie die het beding regelt op dat moment nog niet actueel is. Bovendien kan de wederpartij die vreest voor de vernietiging aan onzekerheid op dat punt een einde maken door een standpuntbepaling van de vernietigingsbevoegde partij uit te lokken (art. 3:55 lid 2 BW).

2.1.3 Het onderscheid tussen een aanvallend en een verwerend beroep op een vernietigingsgrond lijkt op het eerste gezicht duidelijk. De vernietigingsbevoegde partij kan haar beroep op de vernietigingsgrond gebruiken als een zwaard (aanvallend) en als een schild (verwerend). Van een aanvallend beroep is sprake indien een rechtsvordering van de vernietigingsbevoegde partij strekt tot vernietiging van het beding, van een verwerend beroep als de vernietigingsbevoegde partij de vernietiging inzet ter afwering van een rechtsvordering van de wederpartij. Bij nadere beschouwing is het onderscheid tussen een aanvallend en een verwerend beroep echter niet steeds duidelijk. Er zijn meer gevallen waarin sprake is van een aanvallend beroep dan de in art. 3:52 lid 1 BW bedoelde rechtsvorderingen tot vernietiging. Zoals hierna nog zal worden uiteengezet, zijn ook alle rechtsvorderingen die noodzakelijkerwijs steunen op de vernietiging van de rechtshandeling als aanvallend aan te merken (zie bij 3.2). Er kan discussie zijn over de vraag wat hier nog onder valt. Voorts blijkt uit art. 3:51 lid 3 BW al, dat een verwerend beroep op een vernietigingsgrond niet alleen ziet op het verweer tegen een vordering van de wederpartij, maar ook op het verweer tegen een ‘andere rechtsmaatregel’ van die zijde. Hier rijst de vraag wat moet worden verstaan onder een dergelijke ‘andere rechtsmaatregel’. Kortom, het toepassingsbereik van art. 3:52 en 3:51 lid 3 BW is niet geheel duidelijk en moet dus nader worden onderzocht. Dat toepassingsbereik komt aan bod onder paragraaf 3 en verder. Maar eerst moet nader worden gezien hoe een beroep wordt gedaan op een vernietigingsgrond.

7 Nota van Wijzigingen, Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 235.

8 Bij bepaalde consumentenkredieten begint de termijn (van één jaar) nadat de kredietgever de consument schriftelijk heeft gewezen op de mogelijkheid een beroep te doen op de vernietigbaarheid (art. 6:230z lid 5 BW).

9 TM, Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 231; MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 238.

10 Zij berust op het adagium ‘quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum’. Zie Land/De Savornin Lohman, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, 1907, p. 503; S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht*, 1948, p. 347-348.

11 Zie bijvoorbeeld C.W. Opzoomer, *Het burgerlijk wetboek*, deel 7, 1881, p. 327; Land/De Savornin Lohman, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, 1907, p. 503; W.F. Lichtenauer, *De vernietigende verjaring en aanverwante rechtsfiguren* (diss. Leiden), 1932, p. 134; S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht*, 1948, p. 347-348.

12 Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), 1988, p. 160-161.

2.2 *Het beroep in rechte op een vernietigingsgrond*

2.2.1 Een vernietigbare rechtshandeling wordt vernietigd door een buitengerechtelijke verklaring of door een rechterlijke uitspraak (art. 3:49 BW). Een aanvallend beroep op een vernietigingsgrond kan in of buiten rechte plaatsvinden, een verwerend beroep geschiedt steeds in rechte (zie art. 3:51 lid 3 BW). De wet bepaalt dat een rechterlijke uitspraak een rechtshandeling vernietigt doordat zij 'een beroep in rechte op een vernietigingsgrond aanvaardt' (art. 3:51 lid 1 BW). Voor dit laatste is niet vereist dat het beroep in rechte op een vernietigingsgrond wordt gedaan door middel van een vordering in conventie of in reconventie. Een beroep in rechte op de vernietigbaarheid kan op allerlei manieren plaatsvinden, bijvoorbeeld in de vorm van een grief of van een verweer of besloten liggen in een reactie op een stelling van de wederpartij.¹³ Ook de aard van de procedure is niet bepalend. Zowel in vorderingsprocedures als in verzoekschriftprocedures kan een beroep op een vernietigingsgrond worden gedaan. Ik spreek in dit artikel gemakshalve verder van rechtsvorderingen, maar zal waar nodig ook aandacht besteden aan verzoekschriftprocedures (zie onder par. 8).

Bovendien kan het beroep op een vernietigingsgrond – met inachtneming van de regels van een goede procesorde – worden gedaan in elk stadium van de procedure.¹⁴ Hierbij moet wel bedacht worden dat dit in hoger beroep anders ligt, omdat dan – in verband met de concentratie van het debat in appel – de zogenaamde 'in beginsel strakke twee-conclusiesregel' geldt. Volgens die regel zal in hoger beroep een partij in beginsel bij eerste gelegenheid de vernietigbaarheid moeten aanvoeren, dus de appelland bij memorie van grieven en de geïntimeerde bij memorie van antwoord. Wie pas bij pleidooi in appel de vernietigbaarheid van een beding in de strijd werpt, is in beginsel te laat.¹⁵

2.2.2 Hieruit volgt dat het beroep op een vernietigingsgrond, zoals het beroep op de vernietigbaarheid van een beding in de huurovereenkomst wegens strijd met het semi-dwingende huurrecht, *in beginsel in elke vorm en in elk stadium van een procedure* kan worden gedaan. Deze regel heeft belangrijke gevolgen. Zij brengt in de eerste plaats mee dat het stadium van de procedure waarin dit beroep wordt gedaan, niet bepalend kan zijn voor de kwalificatie van het beroep als aanvallend of verwerend. Men kan dus niet zeggen dat een beroep aanvallend of verwerend is omdat het wordt gedaan in de procesinleiding, bij antwoord, repliek of dupliek, bij memorie van grieven of memorie van antwoord etc. Voorts biedt ook de rolverdeling tussen partijen – eiser/verzoeker, verweerder (al dan niet in reconventie) – geen betrouwbaar kompas. Zoals we zullen zien, hangt dit samen met de ruime opvatting van het begrip 'andere rechtsmaatregel' in art. 3:51 lid 3 BW (zie bij 6.1). Men kan dus ook niet

zeggen dat een beroep op de vernietigbaarheid van een beding aanvallend is, omdat het de vernietigingsbevoegde partij is die een vordering instelt. Daartoe zal nader moeten worden beoordeeld wat de vordering inhoudt.

2.2.3 In het navolgende wordt het onderscheid tussen een aanvallend en een verwerend beroep op een vernietigingsgrond nader besproken en toegelicht aan de hand van enige voorbeelden. Waar de wet spreekt van de vernietiging van een rechtshandeling (zoals een overeenkomst), is daarvoor ook te verstaan een deel daarvan (zoals een beding in een overeenkomst).

3. Een aanvallend beroep

3.1 *De rechtsvordering tot vernietiging*

3.1.1 In de eerste plaats is sprake van een aanvallend beroep op een vernietigingsgrond wanneer de rechtsvordering strekt tot vernietiging van een rechtshandeling. Dit is het geval dat met zoveel woorden door de verjaringsregel van art. 3:52 lid 1 onder d BW wordt genoemd.

Zoals eerder werd opgemerkt, kan na de verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging, de rechtshandeling niet meer op dezelfde grond buitengerechtelijk worden vernietigd (art. 3:52 lid 2 BW). Voor een aanvallend beroep op een vernietigingsgrond valt het doek dus op hetzelfde moment, of het nu gaat om een vernietiging door de rechter of door een partij zelf (art. 3:49 BW).¹⁶ Ik spreek in dit artikel gemakshalve verder van de verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging.

Bedacht zij, dat de rechtsvordering tot vernietiging en de buitengerechtelijke vernietiging niet in alle opzichten op één hoop kunnen worden gegooid. Omdat het instellen van de rechtsvordering de verjaring stuit (art. 3:316 lid 1 BW), zal de vraag of een rechtsvordering tot vernietiging is verjaard moeten worden beoordeeld naar het moment van instellen van de vordering, behoudens wanneer eerder buitengerechtelijk is gestuit. Indien een vordering ertoe strekt dat voor recht wordt verklaard dat de rechtshandeling buitengerechtelijk is vernietigd, zal moeten worden bezien of de verjaringstermijn reeds was verstreken op het moment dat buitengerechtelijk werd vernietigd. Zo geldt voor de vernietiging wegens dwaling een verjaringstermijn van drie jaren nadat de dwaling is ontdekt. Als de koper vijf jaar na het sluiten van de koopovereenkomst een rechtsvordering tot vernietiging wegens dwaling instelt, moet (behoudens stuiting) voor de verjaring worden bezien of de dwaling meer of minder dan drie jaren voor het instellen van de vordering is ontdekt. Als de koper vijf jaar na het sluiten van de koopovereenkomst een verklaring voor recht vordert dat hij de koopovereenkomst terecht buitengerechtelijk heeft vernietigd wegens dwaling, dan moet (behoudens stuiting) voor de verjaring worden bezien of de dwaling meer of minder

13 HR 25 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2182, NJ 1997/68; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 214/622; W.H. Heemskerk, *De eis in reconventie* (diss. Leiden), 1972, p. 207 e.v.

14 HR 25 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2182, NJ 1997/68.

15 Zie HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3032, NJ 2007/344 (Maclaine Pont/De Haan); Asser *Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2012/104-116.

16 Er wordt wel verdedigd dat, strikt gesproken, alleen de rechtsvordering tot vernietiging 'verjaart' (art. 3:52 lid 1 BW) en dat gelijktijdig de bevoegdheid tot buitengerechtelijke vernietiging 'vervalt' (art. 3:52 lid 2 BW). Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013/432. Vgl. echter ook Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), 1988, p. 161-162.

dan drie jaren voor het uitbrengen van de buitengerechtigde vernietigingsverklaring is ontdekt.

3.2 De rechtsvordering steunt op de vernietiging

3.2.1 In de tweede plaats is sprake van een aanvallend beroep op vernietiging van een rechtshandeling wanneer het beroep op de vernietigingsgrond wordt gedaan in het kader van een rechtsvordering die steunt op de vernietiging van de rechtshandeling. In de parlementaire geschiedenis van het latere art. 3:51 lid 3 BW wordt gesproken van "een eis (...), die de nietigheid der rechtshandeling tot voorwaarde heeft".¹⁷ Dat is een rechtsvordering van de vernietigingsbevoegde partij die (niet strekt tot vernietiging, maar) noodzakelijkerwijs steunt op de vernietiging van de rechtshandeling: zonder de vernietiging, kan de rechtsvordering niet worden toegewezen.

In de loop van de parlementaire behandeling is gezocht naar manieren om tot uitdrukking te brengen dat een aanvallend beroep op een vernietigingsgrond kan geschieden in de vorm van een rechtsvordering tot vernietiging en in de vorm van elk ander beroep in rechte op de vernietigingsgrond dat niet verwerend is in de zin van art. 3:51 lid 3 BW is. De uiteindelijk gekozen oplossing is te vinden in art. 3:52 BW waarvan het eerste lid spreekt van de 'rechtsvordering tot vernietiging' en het tweede lid de bevoegdheid tot buitengerechtigde vernietiging laat verdwijnen met de verjaring van de 'rechtsvordering tot vernietiging'. Een rechtsvordering die niet strekt tot vernietiging van de rechtshandeling (en dus zelf niet valt onder art. 3:52 lid 1 BW), kan als grondslag hebben dat de rechtshandeling is vernietigd. De (buitengerechtigde) vernietiging is echter alleen mogelijk binnen de door art. 3:52 BW bedoelde termijn.¹⁸ Is de vernietigingsmogelijkheid verjaard, dan ontvalt de grondslag aan elke rechtsvordering die noodzakelijkerwijs steunt op de vernietiging.

3.2.2 Vorderingen van de vernietigingsbevoegde partij die noodzakelijkerwijs steunen op de vernietiging van de rechtshandeling zijn bijvoorbeeld vorderingen die strekken tot ongedaanmaking van hetgeen op grond van een vernietigbare overeenkomst aan de wederpartij is betaald of gegeven (art. 6:203 BW) of tot waardevergoeding indien de aard van de prestatie ongedaanmaking onmogelijk maakt (art. 6:210 BW). Als partijen een overeenkomst hebben gesloten op grond waarvan de eiser aan de verweerder betalingen of andere prestaties heeft verricht, dan veronderstelt de vordering uit onverschuldigde betaling van de eiser dat deze overeenkomst is vernietigd. Zolang deze niet is vernietigd, is er immers niet onverschuldigd betaald. Indien bijvoorbeeld een koper zich beroept op dwaling en op basis daarvan vordert dat de rechter (a) de overeenkomst vernie-

tigt (art. 6:228 BW); en (b) de verkoper veroordeelt tot terugbetaling van de koopsom (art. 6:203 BW), is ten aanzien van beide vorderingen sprake van een aanvallend beroep op vernietiging van de overeenkomst. In het eerste geval in de vorm van een rechtsvordering tot vernietiging, in het tweede geval als deel van de feitelijke grondslag van de vordering uit onverschuldigde betaling.

Hetzelfde geldt als de verkoper met een beroep op dwaling revindicatie van de door hem geleverde zaak zou vorderen. Als de verkoper de zaak aan de koper heeft geleverd, is de koper door overdracht eigenaar van de zaak geworden (art. 3:84 BW). Zolang de koopovereenkomst niet wordt vernietigd, is de koper eigenaar. Wordt zij wel vernietigd, dan is de verkoper door de terugwerkende kracht van de vernietiging achteraf beschouwd altijd eigenaar gebleven (art. 3:53 BW). Ook in dit voorbeeld steunt de revindicatievordering van de verkoper noodzakelijkerwijs op de vernietiging van de koopovereenkomst.¹⁹ In deze gevallen moet dus rekening worden gehouden met de verjaring van de vernietigingsmogelijkheid op de voet van art. 3:52 BW en kan niet louter worden afgegaan op de termijnen die gelden voor verjaring van rechtsvorderingen uit onverschuldigde betaling (art. 3:309 BW) of revindicatie (art. 3:306 BW jo. art. 3:314 BW).

3.3 Voorbeelden

3.3.1 Eerder werd gezien dat voor een beroep op de vernietigingsgrond voldoende is dat dit 'in rechte' wordt gedaan en dat daarvoor geen vordering tot vernietiging is vereist. In het voorbeeld van een koper die zich beroept op dwaling zou de koper dus kunnen kiezen om een rechtsvordering tot vernietiging van de overeenkomst én een vordering uit onverschuldigde betaling van de koopprijs in te stellen, of alleen een vordering uit onverschuldigde betaling waaraan hij een beroep op vernietiging ten grondslag legt. Zo kan ook de verkoper die zich beroept op dwaling kiezen om vernietiging én revindicatie te vorderen of alleen revindicatie. Voorts werd al opgemerkt dat het moment waarop het beroep op de vernietigingsgrond wordt gedaan niet relevant is voor de kwalificatie van het beroep als aanvallend of verwerend (zie voor dit alles bij 2.2). Indien een en ander wordt gecombineerd, blijken er verschillende varianten te bestaan die allemaal op hetzelfde neerkomen als het gaat om de vraag of het beroep op de vernietigingsgrond aanvallend is. Dit laat zich illustreren aan de hand van het zojuist genoemde voorbeeld van de revindicatie, waarbij elk nummer een fase in het processuele debat aangeeft.

Voorbeeld 1

- (i) V vordert vernietiging van de koopovereenkomst wegens dwaling en vordert revindicatie van de zaak
- (ii) K verweert zich met beroep op verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging (art. 3:52 BW)

17 Zie TM, Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 231; P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:51 BW, aant. 6.

18 Vgl. MvA II Parl. Gesch. BW Boek 3, 1981, p. 224, 226 (met nog een referentie aan het later verlaten systeem waarin de bevoegdheid tot buitengerechtigde vernietiging niet kon verjaren) en 233; MvT Inv., Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3, 1990, p. 1155 en 1165. Zie Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), 1988, p. 158-160.

19 MvT Inv., Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3, 1990, p. 1155; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/622.

Voorbeeld 2

- (i) V vordert revindicatie van de zaak en legt daaraan ten grondslag zijn beroep op de vernietigingsgrond dwaling.²⁰
- (ii) K verweert zich met beroep op verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging (art. 3:52 BW)

Voorbeeld 3

- (i) V vordert revindicatie van de zaak
- (ii) K beroept zich op overdracht aan hem van de zaak op grond van de koopovereenkomst
- (iii) V beroept zich op de vernietigingsgrond dwaling
- (iv) K verweert zich met beroep op verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging (art. 3:52 BW)

Voorbeeld 4

- (i) V vordert revindicatie van de zaak
- (ii) K beroept zich op overdracht aan hem van de zaak op grond van de koopovereenkomst
- (iii) V beroept zich op de vernietigingsgrond dwaling en vermeerdert zijn eis met een vordering tot vernietiging van de koopovereenkomst
- (iv) K verweert zich met beroep op verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging (art. 3:52 BW)

In al deze gevallen doet verkoper V steeds een aanvallend beroep op de vernietiging van de koopovereenkomst wegens dwaling, dat koper K zou kunnen pareren met een beroep op verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging op basis van art. 3:52 BW. Of de eiser zijn beroep op de vernietigingsgrond meteen op tafel legt of niet, maakt niet uit voor de kwalificatie ervan als aanvallend. Zou het anders zijn, dan zou de vernietigingsbevoegde partij de kwalificatie van zijn beroep op vernietigbaarheid eenvoudig kunnen manipuleren door in zijn procesinleiding te zwijgen over de vernietigbaarheid en er pas over te beginnen als de reactie van de wederpartij daartoe aanleiding geeft. Waar het om gaat is of de eiser een vordering instelt die strekt tot, of steunt op, de vernietiging van de rechtshandeling c.q. het beding. In de voorbeelden 2 en 3 doet V wel in rechte een beroep op een vernietigingsgrond, maar vordert hij geen vernietiging. Dat is toegestaan. Een beroep in rechte op een vernietigingsgrond behoeft immers niet de vorm van een vordering tot vernietiging te hebben, maar kan ook in andere vorm worden gedaan (zie bij 2.2). Nu spreekt art. 3:52 BW van de verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging (lid 1) en van de buitengerechtelijke vernietiging (lid 2). Daarmee beoogt art. 3:52 BW kennelijk om alle vormen van een beroep op een vernietigingsgrond af te dekken. Daarom moet worden aangenomen dat de verjaringsregel van lid 1 niet alleen kan worden tegengeworpen aan vorderingen tot vernietiging, maar ook tegen andere vormen van een beroep in rechte op de vernietigingsgrond.

²⁰ V kan daartoe in rechte stellen dat hij zich terecht op deze vernietigingsgrond beroept, waarna de rechter dit beroep kan aanvaarden (zie bij 2.2). Een andere mogelijkheid is dat V zich erop beroept dat hij de koopovereenkomst zelf buitengerechtelijk heeft vernietigd en de rechter vraagt voor recht te verklaren dat hij dat terecht heeft gedaan.

4. Een verwerend beroep

4.1 Hoe zit het nu met een verwerend beroep op een vernietigingsgrond? Uit art. 3:51 lid 3 BW volgt dat een beroep in rechte op een vernietigingsgrond verwerend is, indien het wordt gedaan 'ter afwering van een op de rechtshandeling steunende vordering of andere rechtsmaatregel'. Het gaat er dus om dat (i) een partij zich met een beroep op de vernietigingsgrond verweert tegen; (ii) een rechtsvordering²¹ of rechtsmaatregel van zijn wederpartij die steunt op de vernietigbare rechtshandeling. Wat precies onder een 'andere rechtsmaatregel' moet worden verstaan, komt aan de orde onder paragraaf 6. Ik bespreek eerst in het algemeen de werking van een verwerend beroep op vernietiging. Ik illustreer dat aan de hand van verwerend beroep tegen een rechtsvordering; voor een verwerend beroep tegen een 'andere rechtsmaatregel' geldt echter hetzelfde.

4.2 Een voorbeeld van een verwerend beroep is het geval dat de verkoper nakoming van de overeenkomst vordert en de koper zich ter afwering van deze vordering beroept op dwaling bij het sluiten van de koopovereenkomst (art. 6:228 BW).²² Wanneer de verkoper wacht met zijn vordering tot betaling van de koopprijs, heeft de koper geen aanleiding om zich te beroepen op de vernietigingsgrond dwaling. Ook wanneer de verkoper met zijn vordering tot betaling van de koopprijs langer wacht dan de in art. 3:52 BW bedoelde termijn van drie jaar waarbinnen de koper een rechtsvordering tot vernietiging zou kunnen instellen,²³ kan de koper zich tegen de vordering tot betaling van de koopprijs nog verweren met een beroep op dwaling (art. 3:51 lid 3 BW).

Voorbeeld 5

- (i) V vordert betaling van de koopprijs (nadat de termijn van art. 3:52 BW is verstreken)
- (ii) K beroept zich op de vernietigingsgrond dwaling (art. 3:51 lid 3 BW)

Indien de rechter het beroep op vernietiging aanvaardt, wordt de vordering van V afgewezen. Het is niet nodig dat K ook in reconventie vernietiging vordert. Stel dat K toch in reconventie vernietiging vordert:

²¹ Of eventueel een verzoek.

²² HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*). Een ander voorbeeld is HR 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3876, NJ 2000/140 (*Breg/Asper*): de makelaar vordert courtage van zijn opdrachtgever op grond van de toepasselijke NVM-voorwaarden en de opdrachtgever beroept zich ter afwering van deze vordering op vernietigbaarheid van de NVM-voorwaarden omdat deze hem niet ter hand zijn gesteld (art. 6:233 sub b BW).

²³ Soms gelden andere termijnen. De nakomingsvordering van de verkoper verjaart in het algemeen na vijf jaren (art. 3:307 BW). Bij consumentenkoop verjaart de vordering tot betaling van de koopprijs echter al na twee jaren (art. 7:28 BW) zodat het voorbeeld in geval van consumentenkoop veronderstelt dat de verkoper de verjaring van zijn nakomingsvordering heeft gestuit. Voorts kan op de voet van art. 7:23 BW bij non-conformiteit een dwalingsberoep van de koper al eerder zijn verjaard dan volgt uit art. 3:52 BW.

Voorbeeld 6

- (i) V vordert betaling van de koopprijs (nadat de termijn van art. 3:52 BW is verstreken)
- (ii) K beroept zich (a) op de vernietigingsgrond dwaling (art. 3:51 lid 3 BW) en (b) vordert in reconventie vernietiging van de koopovereenkomst
- (iii) V verweert zich tegen de vordering in reconventie met beroep op verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging (art. 3:52 BW)

Indien de rechter het verwerende beroep op de vernietigingsgrond (a) aanvaardt, wordt daardoor de koopovereenkomst vernietigd (art. 3:51 lid 1 BW). De reconventionele vordering tot vernietiging; (b) is dus niet meer nodig om vernietiging te bewerkstelligen. K's reconventionele vordering tot vernietiging is overbodig en zou daarom bij gebrek aan belang afgewezen moeten worden. Aan het beroep van V op verjaring van de reconventionele rechtsvordering tot vernietiging wordt dan niet toegekomen.

Zou het verjaringsverweer van V desalniettemin toch door de rechter worden beoordeeld, dan zou dat op zichzelf meebrengen dat de reconventionele vordering (b) niet kan slagen. Voor het lot van de vordering van V tot betaling van de koopprijs maakt dit intussen geen verschil. De vordering van V stuit immers al af op het door de rechter aanvaarde verwerende beroep op vernietiging (a) van K.

5. De verhouding tussen een aanvallend en een verwerend beroep

5.1 Een aanvallend beroep en een verwerend beroep op een vernietigingsgrond moeten in beginsel onafhankelijk van elkaar worden beoordeeld. Wanneer een aanvallend beroep op een vernietigingsgrond niet meer mogelijk is omdat deze is verjaard, is een verwerend beroep op die grond dus nog gewoon mogelijk.²⁴ Dat is verklaarbaar, omdat de verjaring van een aanvallend beroep en de niet-verjaring van een verwerend beroep op een andere ratio berusten. Het ontbreken of mislukken van een aanvallend beroep op een vernietigingsgrond staat dus niet in de weg aan een succesvol verwerend beroep op die grond in rechte. Als het zwaard uit handen is geslagen (art. 3:52 BW), behoudt de vernietigingsbevoegde het schild (art. 3:51 lid 3 BW).

5.2 Bij duurovereenkomsten die verplichten tot periodieke prestaties of bij (andere) overeenkomsten die slechts gedeeltelijk zijn nagekomen, is denkbaar dat een aanvallend en een verwerend beroep op de vernietigingsgrond zich gelijktijdig voordoen. Stel dat de koper, die gedwaald heeft, een deel van de koopprijs vooraf heeft betaald (€ 500) en het restant van de koopprijs, dat eerst na levering verschuldigd zou worden, onbetaald heeft gelaten (€ 2000). De verkoper vordert, vier jaar nadat de koper de dwaling heeft ontdekt, betaling van het restant van de koopprijs. De verjaringstermijn voor een rechts-

vordering tot vernietiging wegens dwaling is dan al verstreken (art. 3:52 lid 1 onder c BW). De koper kan zich tegen de vordering tot betaling van de koopprijs bij conclusie van antwoord verweren met een beroep op de vernietigingsgrond dwaling (een reconventionele vordering tot vernietiging is daarvoor niet nodig). Het gaat om een verwerend beroep dat te allen tijde kan worden gedaan (art. 3:51 lid 3 BW).

Voorbeeld 7

- (i) V vordert betaling van de restant koopprijs ad € 2000 (nadat de termijn van art. 3:52 BW is verstreken)
- (ii) K beroept zich op de vernietigingsgrond dwaling (art. 3:51 lid 3 BW)

Slaagt het beroep op dwaling, dan moet de vordering van de verkoper tot betaling van de resterende € 2000 worden afgewezen. Dit voorbeeld is dus hetzelfde als voorbeeld 5.

5.3 De koper kan ervoor kiezen om het niet bij dit verweer te laten. Hij zou tevens in reconventie, verwijzend naar zijn beroep op dwaling, terugbetaling van de reeds betaalde € 500 uit hoofde van onverschuldigde betaling kunnen vorderen. Deze reconventionele vordering steunt op de vernietiging van de overeenkomst zodat sprake is van een aanvallend beroep op vernietiging waarop de verjaringsregel van art. 3:52 BW ziet. Bij deze vordering heeft de koper (anders dan bij een reconventionele vordering tot vernietiging van voorbeeld 6) wel voldoende belang.

Voorbeeld 8

- (i) V vordert betaling van de restant koopprijs ad € 2000 (nadat de termijn van art. 3:52 BW is verstreken)
- (ii) K beroept zich op de vernietigingsgrond dwaling (art. 3:51 lid 3 BW) en vordert in reconventie terugbetaling van de reeds betaalde € 500
- (iii) V verweert zich tegen de vordering in reconventie met beroep op verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging (art. 3:52 BW)

Als de rechter het (verwerende) beroep op de vernietigingsgrond aanvaardt, moet de vordering van V in conventie worden afgewezen. Wat is nu het lot van de vordering van K in reconventie als V in reconventie een beroep doet op verjaring? In de parlementaire geschiedenis wordt het volgende gezegd over deze gevallen van gedeeltelijke uitvoering van een overeenkomst:²⁵

“De ondergetekende wijst er voorts op, dat een beroep op vernietigbaarheid, dat op grond van het onderhavige artikel [3:51 lid 3 BW] wordt aanvaard, niet alleen leidt tot afwering van de op de rechtshandeling steunende vordering of andere rechtsmaatregel, maar bovendien tot vernietiging van de rechtshandeling in zijn geheel. Ingeval een rechtshandeling slechts ten dele is uitgevoerd en ook de in het gegeven geval toepasselijke van de termijnen van artikel [3:52 BW] is verlopen, zal hij die ook uitvoering van

24 Vgl. MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 237; H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen deel van Boek 3 van het nieuwe BW*, 1986, p. 175; Asser/*Hartkamp & Sieburgh 6-II** 2013/378; P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:51 BW, aant. 10.

25 MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 237.

het restant wenst, er dus rekening mee moeten houden, dat het nemen van rechtsmaatregelen daartoe ook het reeds uitgevoerde gedeelte van de rechtshandeling weer op losse schroeven kan zetten. Wanneer echter deze reeds ingetreden gevolgen bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden, zal de rechter wel gebruik kunnen maken van zijn bevoegdheid om de werking van de vernietiging te beperken op de voet van artikel [3:53 lid 2 BW].”

Aanvaarding van het – in dit geval: verwerende – beroep op vernietiging betekent dat tussen partijen met gezag van gewijsde komt vast te staan dat de overeenkomst wegens dwaling vernietigd is. Nu het beroep op de vernietiging in beginsel de gehele rechtshandeling zal betreffen, volgt uit de terugwerkende kracht van de vernietiging (art. 3:53 lid 1 BW) dat ook ‘al hetgeen reeds is gepresteerd weer op losse schroeven komt te staan’. Al hetgeen is gepresteerd blijkt onverschuldigd te zijn betaald en kan op de voet van art. 6:203 BW worden teruggevorderd.²⁶ Dit geldt blijkens de parlementaire geschiedenis ook wanneer de rechtsvordering tot vernietiging al was verjaard. In dit geval zou de koper dus wel zijn € 500 kunnen terugvorderen. Gezien de gevolgen van vernietiging in dergelijke gevallen, zou er behoefte kunnen bestaan aan correctiemechanismes. De parlementaire geschiedenis wijst op de toepassing van art. 3:53 lid 2 BW. Indien deze aanpak zou worden gevolgd, zouden in het huurrecht dergelijke complicaties kunnen gaan spelen als de verhuurder betalingen van de huurder vordert op grond van een (vernietigbaar) beding en de huurder daartegenover de vernietigbaarheid van het beding inroept en ongedaanmaking vordert van hetgeen aan de verhuurder krachtens het beding is voldaan. Ik laat dit punt verder rusten.²⁷

6. De ‘andere rechtsmaatregel’ als bedoeld in art. 3:51 lid 3 BW

6.1 Het arrest Van Etten/Kippersluis

6.1.1 Nu de werking van een verwerend beroep op een vernietigingsgrond is besproken, verdient nadere aandacht waartegen zo’n verwerend beroep kan worden ingezet. Wat moet worden verstaan onder de ‘andere rechtsmaatregel’ als bedoeld in art. 3:51 lid 3 BW? Als voorbeeld van zo’n rechtsmaatregel wordt in de parlementaire geschiedenis gewezen op de executie door een separatist of krachtens een

authentieke akte en op het derdenbeslag.²⁸ Schoordijk noemt voorts een beroep op verrekening een ‘andere rechtsmaatregel’ indien de vordering die aan het verrekeningsberoep ten grondslag ligt, voortvloeit uit een vernietigbare rechtshandeling.²⁹ De Hoge Raad heeft in het arrest *Van Etten/Kippersluis* het beroep op een ontbindende voorwaarde aangemerkt als een rechtsmaatregel in de zin van art. 3:51 lid 3 BW.³⁰ In deze zaak speelde het volgende. Van Etten vordert nakoming van een overeenkomst door (haar wederpartijen die ik verder aanduid als) Kippersluis. Als verweer daartegen beroept Kippersluis zich op het vervuld zijn van een ontbindende voorwaarde, zodat zij niet gehouden is tot nakoming. Van Etten beroept zich vervolgens op de vernietigbaarheid van de ontbindende voorwaarde wegens misbruik van omstandigheden. De Hoge Raad overweegt:

“Het beroep van Kippersluis c.s. op de ontbindende voorwaarde is erop gericht de rechtsgevolgen van de intentieovereenkomst (in het bijzonder de vrijwaringsverplichting) teniet te doen, en moet dan ook worden aangemerkt als een op de rechtshandeling (de ontbindende voorwaarde) steunende “rechtsmaatregel” als bedoeld in art. 3:51 lid 3 BW. Van Etten heeft zich op misbruik van omstandigheden bij de totstandkoming van de ontbindende voorwaarde beroepen ter afwering van deze rechtsmaatregel. Een zodanig beroep kan volgens art. 3:51 lid 3 “te allen tijde worden gedaan”, dat wil zeggen zonder dat daaraan verjaring kan worden tegengeworpen. Dat strookt met de ratio van deze bepaling dat, zolang de wederpartij stilzit en geen beroep doet op de (gebrekkige) rechtshandeling, de andere partij niet het initiatief tot vernietiging hoeft te nemen (Parl. Gesch. Boek 3, p. 232 en 238).”

Deze uitleg van het begrip ‘rechtsmaatregel’ berust op het effect van het beroep op een ontbindende voorwaarde, te weten het teniet doen van de rechtsgevolgen van de overeenkomst, en op de ratio van art. 3:51 lid 3 BW.

6.1.2 Uit het arrest *Van Etten/Kippersluis* volgt dat óók van een verwerend beroep op een vernietigingsgrond sprake kan zijn wanneer alleen de vernietigingsbevoegde partij een rechtsvordering heeft ingesteld. De in art. 3:51 lid 3 BW bedoelde rechtsmaatregel kan immers ook zijn een beroep op een (vernietigbare) rechtshandeling, die het rechtsgevolg teniet doet van de overeenkomst waarvan nakoming wordt gevorderd.

Voorbeeld 9 (situatie van het arrest Van Etten/Kippersluis)

- (i) Van Etten vordert nakoming
- (ii) Kippersluis beroept zich op de ontbindende voorwaarde (rechtsmaatregel)
- (iii) Van Etten beroept zich ten aanzien van de ontbindende voorwaarde op de vernietigingsgrond misbruik

26 Voor die vordering geldt de verjaringstermijn van art. 3:309 BW: vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de schuldeiser zowel met het bestaan van zijn vordering als met de persoon van de ontvanger bekend is geworden en in ieder geval twintig jaren nadat de vordering is ontstaan. Vgl. daarover onder meer HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1052, NJ 2016/358 (*De Leeuw/Pinoccio*).

27 Bij het beroep op vernietigbaarheid van effectenleaseovereenkomsten op grond van art. 1:88 en 1:89 BW (ontbreken toestemming andere echtgenoot) speelt dit overigens niet. De echtgenoot die de overeenkomst heeft gesloten wordt in rechte aangesproken, maar heeft zelf geen beroep op de vernietigingsgrond van art. 1:88 en 1:89 BW. De andere echtgenoot heeft wel het beroep op deze vernietigingsgrond, maar wordt niet in rechte aangesproken omdat zij/hij zelf geen contractant is. De andere echtgenoot die de overeenkomst wil vernietigen, moet daarom de termijn van art. 3:52 BW in acht nemen. Zie HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6506, NJ 2016/195, m.nt. C.E. de Perron.

28 MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 237.

29 H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen deel van Boek 3 van het nieuwe BW*, 1986, p. 175. Zie hierover ook i.v.m. art. 6:132 BW *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013/239.

30 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2640, NJ 2013/101.

van omstandigheden (dit is een verwerend beroep in de zin van art. 3:51 lid 3 BW)

Zoals eerder werd opgemerkt, kan het beroep op een vernietigingsgrond in beginsel in elke vorm en in elk stadium van de procedure worden gedaan. Van Etten zou ook hebben kunnen anticiperen op het beroep op de ontbindende voorwaarde door daar al meteen over te beginnen in zijn procesinleiding.

Voorbeeld 10

- (i) Van Etten vordert nakoming en, anticiperend op het verwachte beroep van Kippersluis op de ontbindende voorwaarde, beroept zich ten aanzien van de ontbindende voorwaarde op de vernietigingsgrond misbruik van omstandigheden
- (ii) Kippersluis beroept zich op de ontbindende voorwaarde (rechtsmaatregel)

Ook in dit geval is het beroep van Van Etten op de vernietiging van de ontbindende voorwaarde een verwerend beroep. Zelfs is denkbaar dat Van Etten anticipeert op het beroep op de ontbindende voorwaarde door een afzonderlijke vordering tot vernietiging van de ontbindende voorwaarde in te stellen:

Voorbeeld 11

- (i) Van Etten (a) vordert nakoming en, anticiperend op het verwachte beroep van Kippersluis op de ontbindende voorwaarde, beroept zich ten aanzien van de ontbindende voorwaarde op de vernietigingsgrond misbruik van omstandigheden en (b) vordert vernietiging van de ontbindende voorwaarde
- (ii) Kippersluis beroept zich op de ontbindende voorwaarde (rechtsmaatregel)

Bij voorbeeld 11 zou de rechter een onderscheid moeten maken tussen (a) de vordering tot nakoming; en (b) de vordering tot vernietiging. De vordering tot nakoming is als zodanig niet gericht op vernietiging van de ontbindende voorwaarde en – zoals nog wordt toegelicht onder paragraaf 7 – steunt in het geval *Van Etten/Kippersluis* ook niet noodzakelijkerwijs op de vernietiging van de ontbindende voorwaarde. In verband met de nakomingsvordering is het beroep op de vernietigbaarheid van de ontbindende voorwaarde aan te merken als een verwerend beroep (art. 3:51 lid 3 BW). De rechter zou de nakomingsvordering dus kunnen toewijzen.

De vordering (b) is aanvallend, omdat zij strekt tot vernietiging van de ontbindende voorwaarde. Deze vordering kan dus op de voet van art. 3:52 BW verjaard blijken te zijn en zal, na een geslaagd beroep op verjaring, moeten worden afgewezen. Maar ook hier zou de rechter kunnen oordelen dat er geen belang meer is bij de vordering tot vernietiging wanneer het verwerende beroep op vernietiging reeds is aanvaard. Dergelijke gevallen werden al onder paragraaf 4 besproken (zie onder voorbeeld 6).

6.1.3 Het arrest *Van Etten/Kippersluis* heeft navolging gekregen in de feitenrechtspraak in gevallen waarin een vordering tot nakoming van een overeenkomst werd gepareerd met een beroep op een nadere afspraak.

Hof 's-Hertogenbosch 3 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1744, betrof het volgende geval: (i) A vordert nakoming van een afbetalingsregeling ter zake van de prijs uit een koopovereenkomst; (ii) B verweert zich met de stelling dat bij latere overeenkomst is afgesproken dat er niets meer te vorderen is; (iii) A beroept zich op vernietigbaarheid van deze latere overeenkomst wegens bedreiging. Het hof oordeelt dat B zich ter bevrijding van de vordering van A heeft beroepen op de latere overeenkomst en dat dit beroep moet worden beschouwd als een rechtsmaatregel in de zin van art. 3:51 lid 3 BW.

Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2075, betrof het volgende geval: (i) A vordert betaling van een bedrag dat zij heeft uitgeleend; (ii) B verweert zich met de stelling dat de lening niet opeisbaar is door een achterstellingsovereenkomst tussen A en de bank die deel uitmaakt van een kredietfaciliteit die de bank aan B heeft verleend; (iii) A beroept zich op de vernietigbaarheid van de achterstellingsovereenkomst wegens misbruik van omstandigheden. Het hof oordeelt dat het beroep van B op de achterstellingsovereenkomst erop is gericht om een rechtsgevolg van de geldleningsovereenkomst (vooralsnog) teniet te doen, namelijk de opeisbaarheid van de verplichting tot terugbetaling van de geleende hoofdsom, en daarom moet worden aangemerkt als een op de rechtshandeling (de achterstellingsovereenkomst) steunende 'rechtsmaatregel' als bedoeld in art. 3:51 lid 3 BW. Het beroep van A op de vernietigingsgrond is daarom verwerend.

6.2 Analyse

6.2.1 In het arrest *Van Etten/Kippersluis* en in de genoemde arresten van het Hof 's-Hertogenbosch wordt onderscheid gemaakt, respectievelijk, tussen een overeenkomst en een daarin opgenomen ontbindende voorwaarde (*Van Etten/Kippersluis*), tussen een overeenkomst en een latere overeenkomst van dezelfde partijen (Hof 's-Hertogenbosch 3 mei 2016) en tussen een kredietovereenkomst en een achterstellingsovereenkomst van dezelfde partijen met een derde (Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2014). In deze gevallen worden dus twee rechtshandelingen geïdentificeerd of althans twee elementen van dezelfde rechtshandeling: (1) de rechtshandeling waarvan nakoming wordt gevorderd; en (2) (het element van) de rechtshandeling die aan die nakoming in de weg staat. De tweede rechtshandeling wordt aangemerkt als een 'rechtsmaatregel' in de zin van art. 3:51 lid 3 BW, omdat zij het rechtsgevolg van de eerste rechtshandeling teniet doet en omdat dit strookt met de ratio van art. 3:51 lid 3 BW. Daarom wordt de stelling dat de tweede rechtshandeling vernietigbaar is, aangemerkt als een verwerend beroep.

Zoals blijkt uit het arrest *Van Etten/Kippersluis* is niet vereist dat beide rechtshandelingen in afzonderlijke overeenkomsten zijn neergelegd. Het kan ook gaan om een beding (hier de ontbindende voorwaarde) in de overeenkomst waarvan

nakoming wordt gevorderd. Dat wordt gekeken naar het geheel van de rechtshandelingen dan wel naar elementen van een rechtshandeling maakt in wezen niet uit. De rechtsverhouding tussen partijen wordt immers uiteindelijk beheerst door het geheel van afspraken die zij met elkaar hebben gemaakt. Voor hetgeen rechtens tussen hen geldt, is niet doorslaggevend of die afspraken in een of meerdere overeenkomsten zijn neergelegd.³¹

6.2.2 Nu zou men het voorgaande ook kunnen omdraaien: als het uiteindelijk gaat om het geheel aan afspraken tussen partijen, waarom zou men daarin dan toch verschillende rechtshandelingen c.q. elementen gaan onderscheiden met het oog op de vraag of het beroep op de vernietigbaarheid van een rechtshandeling c.q. beding verwerend is in de zin van art. 3:51 lid 3 BW? Waarom wordt niet gewoon gezegd dat sprake is van één rechtshandeling, zeker in een geval als *Van Etten/Kippersluis*? En in het verlengde hiervan: waarom is het beroep van Van Etten op de vernietigbaarheid van de ontbindende voorwaarde niet een aanvallend beroep nu die voorwaarde in de weg staat aan toewijzing van zijn vordering tot nakoming van de overeenkomst met Kippersluis? Deze vragen maken duidelijk dat de bij nr. 6.2.1 bedoelde analyse nog onvolledig is. Het is niet voldoende om te constateren dat in *Van Etten/Kippersluis* en de andere rechtspraak een onderscheid wordt gemaakt tussen twee rechtshandelingen. Ook moet worden bezien waarop dat onderscheid berust.

7. De maatstaf voor het onderscheid tussen een aanvallend en een verwerend beroep op vernietigbaarheid

7.1 Maatstaf ontleend aan het materiële recht

7.1.1 Naar mijn mening berust het onderscheid dat in *Van Etten/Kippersluis* wordt gemaakt op de gedachte dat de nakomingsvordering van Van Etten kan worden toegewezen indien het bestaan van de overeenkomst, waarop Van Etten zich beroept, vaststaat. Het is dan aan Kippersluis om daartegenover aan te voeren dat een ontbindende voorwaarde, die in de weg staat aan toewijzing van de nakomingsvordering, is vervuld. Eenzelfde redenering ligt mijns inziens ten grondslag aan de door het Hof 's-Hertogenbosch berechte gevallen. De vordering tot betaling van de koopprijs moet worden toegewezen als er een koopovereenkomst is. Het is aan de koper om aan te voeren dat hem later kwijting is verleend. De kredietgever die betaling vordert moet aanvoeren dat er een geldlening is. De kredietnemer die zich verweert tegen de vordering tot terugbetaling moet aanvoeren dat de vordering nog niet opeisbaar is, omdat zij is achtergesteld. Het in *Van Etten/Kippersluis* en de arresten van het Hof 's-Hertogenbosch gemaakte onderscheid tussen de verschillende rechtshandelingen berust dus op een oordeel over wat het materiële recht vereist, wil de ingestelde vordering, gezien de daaraan ten grondslag gelegde feiten, kunnen wor-

den toegewezen. In deze gevallen zouden de nakomingsvorderingen door de rechter kunnen worden toegewezen, zonder dat wordt ingegaan op de vernietigbare rechtshandeling die aan die toewijzing in de weg zou kunnen staan en dus ook zonder dat vaststaat dat deze rechtshandeling is vernietigd. Anders gezegd, deze rechtsvorderingen steunen (anders dan de bij 3.2 besproken gevallen) *niet* noodzakelijkerwijs op de vernietiging van de rechtshandelingen die aan die toewijzing in de weg zouden staan. Hoewel de uitkomst een andere is, is de toets dezelfde. *Van Etten/Kippersluis* (en de Bossche zaken) en de bij de 3.2 besproken gevallen berusten alle op een beoordeling of een rechtsvordering van de vernietigingsbevoegde partij noodzakelijkerwijs steunt op de vernietiging van de rechtshandeling. De manier van beoordelen is dezelfde: wat vereist het materiële recht voor toewijzing van de ingestelde vordering, gezien de daaraan ten grondslag gelegde feiten?

7.1.2 Er zijn nu drie categorieën onderscheiden.

- (a) *Rechtsvorderingen*³² van de vernietigingsbevoegde partij die strekken tot, of noodzakelijkerwijs steunen op, de vernietiging van de rechtshandeling. Deze zijn aanvallend en hiervoor geldt art. 3:52 BW. De rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling is het prototype van het aanvallende beroep op een vernietigingsgrond. Ook vorderingen van de vernietigingsbevoegde partij die (weliswaar niet strekken tot, maar wel) noodzakelijkerwijs steunen op de vernietiging van de rechtshandeling zijn aanvallend (zie hiervoor bij 3.1 en 3.2). Of een vordering van de vernietigingsbevoegde partij noodzakelijkerwijs steunt op de vernietiging van de rechtshandeling kan worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf van, kort gezegd, het materiële recht.
- (b) *Andere rechtsvorderingen van de vernietigingsbevoegde partij*. Dat wil zeggen rechtsvorderingen die niet strekken tot, of noodzakelijkerwijs steunen op, de vernietiging van de rechtshandeling (zie hiervoor onder 6.1.2 t/m 6.2.1). Bij deze categorie is sprake van een vordering van de vernietigingsbevoegde partij, die geen aanvallend beroep op vernietiging impliceert. Als de wederpartij zo'n vordering vervolgens bestrijdt met een beroep op de vernietigbare rechtshandeling – een geval als hierna bedoeld bij (c) – dan is dat beroep een 'andere rechtsmaatregel' in de zin van art. 3:51 lid 3 BW. Daartegen kan de vernietigingsbevoegde partij zich te allen tijde met een beroep op de vernietigbaarheid van de rechtshandeling verweren.
- (c) *Rechtsvorderingen en andere rechtsmaatregelen van de wederpartij die zijn gebaseerd op de (vernietigbare) rechtshandeling*. De vernietigingsbevoegde partij kan deze te allen tijde pareren met een verwerend beroep op vernietigbaarheid (art. 3:51 lid 3 BW).

31 Al zal dit wel gevolg kunnen hebben voor de verdeling van de stelplicht en de bewijslast.

32 Waaraan in alle drie de categorieën is toe te voegen: of verzoeken. Zie bij 2.2 en 7.

7.2 Een nadere toets voor vorderingen in categorie (b)?

7.2.1 Intussen kan niet worden ontkend, dat de vernietigingsbevoegde partij met een vordering die valt in categorie (b) de vernietiging van de rechtshandeling kan uitlokken. Reagerend (of anticiperend) op het standpunt van de verweerder dat de rechtshandeling zich verzet tegen de toewijzing van zijn vordering, kan de vernietigingsbevoegde partij te allen tijde met de vernietigbaarheid van de rechtshandeling op de proppen komen. Is een dergelijke actie dan niet in wezen een verholde vernietiging?³³

Een dergelijke actie kan zeker een vernietiging impliceren, maar dat betekent naar mijn mening niet dat zij daarom – anders dan ik tot nu toe heb aangenomen – een 'aanvallend' beroep op vernietiging inhoudt. De termijn van art. 3:52 BW dient de rechtszekerheid, in het bijzonder het belang van de wederpartij van de vernietigingsbevoegde partij bij zekerheid over de vraag of een contract(sbeding) onaantastbaar is. De wet geeft echter niet steeds de voorkeur aan dit rechtszekerheidsbelang. Dit blijkt al uit het bestaan van de regel van art. 3:51 lid 3 BW. Daarom kan niet in het algemeen gezegd worden, dat het rechtszekerheidsbelang van de wederpartij steeds zwaarder zou moeten wegen dan het belang van de vernietigingsbevoegde partij. Het belang van de vernietigingsbevoegde partij is het belang dat de wet beoogt te beschermen door te bepalen dat een rechtshandeling soms vernietigbaar is wegens een wilsgebrek, wegens strijd met de semi-dwingende wet etc.³⁴

7.2.2 Om te bepalen of een vordering van de vernietigingsbevoegde partij valt in categorie (a) of (b) is tot nu toe het materiële recht als maatstaf voorgesteld. Dat biedt een relatief eenduidige maatstaf om te bepalen of sprake is van een aanvallend beroep op een vernietigingsgrond. Toepassing van deze maatstaf heeft de volgende consequentie. Voor de toewijsbaarheid van een op de wet gebaseerd(e) vordering vereist het materiële recht slechts dat is voldaan aan de voorwaarden die de wet stelt. Voor de toewijsbaarheid van zo'n vordering is de afwezigheid van een met de wet strijdige (en dus vernietigbare) rechtshandeling geen vereiste. Volgens deze maatstaf zal een op de wet steunende vordering steeds in categorie (b) vallen. Een beroep op de vernietigbaarheid van een beding dat afbreuk doet aan de rechten die een partij kan ontleen aan de semi-dwingende wet is dan steeds 'verwerend' en kan te allen tijde worden gedaan.

De vraag is wel gesteld of de aanpak van *Van Etten/Kippersluis* alleen toegepast kan worden op (vernietigbare) bedingen die de rechtsgevolgen van een overeenkomst teniet doen. Zij zou dan mogelijk niet zien op (vernietigbare) bedingen die de rechtsgevolgen van de semi-dwingende wet teniet doen.³⁵ Voor een dergelijke beperking zie ik geen goede

reden. De rechtsgevolgen van een overeenkomst omvatten volgens art. 6:248 lid 1 BW naast de door partijen gemaakte afspraken ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet voortvloeien. Bedingen die de rechtsgevolgen van de semi-dwingende wet teniet doen, zijn niet anders te beoordelen dan bedingen die de rechtsgevolgen van een uitdrukkelijke afspraak in de overeenkomst teniet doen. Dat de vernietigbaarheid in ene geval berust op strijd met de wet (art. 3:40 lid 2 BW) en in het ander geval op een wilsgebrek (zoals misbruik van omstandigheden en bedreiging in *Van Etten/Kippersluis* en de genoemde arresten van het Hof 's-Hertogenbosch) rechtvaardigt evenmin een verschil in behandeling. Voor de vraag of art. 3:52 BW dan wel art. 3:51 lid 3 BW van toepassing is, maakt de aard van de vernietigingsgrond geen verschil (art. 3:52 BW onderscheidt slechts met het oog op de aanvang van de termijn van een aanvallend beroep op vernietigbaarheid van een rechtshandeling tussen bepaalde vernietigingsgronden). De ingeroepen vernietigingsgrond bepaalt dus niet of een beroep op vernietigbaarheid van de rechtshandeling aanvallend dan wel verwerend is.

7.2.3 Desalniettemin bestaat er wellicht in bepaalde gevallen behoefte aan een nadere toets, zodat niet alle op de semi-dwingende wet steunende vorderingen van de vernietigingsbevoegde partij zich per definitie onttrekken aan de termijn van art. 3:52 BW. De gevallen waarop categorie (b) ziet, zijn mogelijk te veelsoortig om te kunnen zeggen dat aan de hand van de maatstaf van het materiële recht alleen, steeds een bevredigende uitkomst zal worden bereikt.

7.2.4 Ter illustratie kan worden gewezen op een voorbeeld in de sfeer van de algemene voorwaarden. Stel dat een opdrachtnemer diensten heeft geleverd onder toepassing van zijn algemene voorwaarden waarin een exoneratiebeding is opgenomen. De opdrachtgever stelt kort na levering dat de dienstverlening niet conform de overeenkomst is geweest en dat hij daardoor schade heeft geleden waarvan hij vergoeding wenst. De opdrachtnemer wijst aansprakelijkheid af met een beroep op de exoneratie. Vier jaar na deze afwijzing vordert de opdrachtgever alsnog in rechte vergoeding van de schade die hij heeft geleden als gevolg van een tekortkoming in de nakoming door de opdrachtnemer.

Voorbeeld 12

- (i) De opdrachtgever vordert schadevergoeding (art. 6:74 BW)
- (ii) De opdrachtnemer verweert zich tegen die vordering met een beroep op de exoneratie in de algemene voorwaarden
- (iii) De opdrachtgever roept de vernietigbaarheid van de exoneratie in omdat de exoneratie onredelijk bezwaarend is (art. 6:233 onder a BW)

Op het moment van instellen van de vordering tot schadevergoeding is de verjaringstermijn voor die vordering nog niet verstreken (vijf jaar, art. 3:310 BW). Art. 6:235 lid 4 BW

³³ Zie Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/566.

³⁴ Als de wet een rechtshandeling (niet met vernietigbaarheid, maar) met nietigheid van rechtswege bedreigt, speelt geen verjaring ten aanzien van het beroep op de nietigheid. Wel speelt dan de verjaring van eventuele vorderingen, bijvoorbeeld uit onverschuldigde betaling, die een partij zou willen instellen.

³⁵ Vgl. Huydecoper, NJ-noot sub 4 onder Stern/Gulf. In de conclusie sub 2.9.4-2.9.5 voor Stern/Gulf werd dit nog in het midden gelaten.

geeft voor de vernietiging van een beding in algemene voorwaarden op basis van art. 6:223 onder a BW aan wanneer de verjaringstermijn aanvangt. De termijn van drie jaren als bedoeld in art. 3:52 lid 1 onder d BW begint op de dag, volgende op die waarop een beroep op het beding is gedaan. Op het moment van instellen van de vordering tot schadevergoeding is de termijn van een aanvallend beroep op vernietiging van de exoneratie dus verstreken. In de rechtspraak is het beroep op art. 6:233 onder a BW in een dergelijke situatie wel als aanvallend aangemerkt.³⁶ De redenering in *Van Etten/Kippersluis* volgend, kan men echter zeggen dat de exoneratie het beroep op het wettelijke recht op schadevergoeding (geheel of gedeeltelijk) teniet doet. Het beroep op de exoneratie is volgens deze redenering dan een 'andere rechtsmaatregel' als bedoeld in art. 3:51 lid 3 BW. Ook kan men zeggen dat het beroep op de vernietigbaarheid van het exoneratiebeding in de algemene voorwaarden een 'verwerend' beroep is, nu de vordering tot schadevergoeding niet noodzakelijkerwijs steunt op de vernietiging van de exoneratie, maar steunt op de wet (art. 6:74 BW). Anderzijds is het oordeel wel invoelbaar dat de opdrachtgever, nadat het beding hem eenmaal buitengerechtelijk door de opdrachtnemer voor de voeten is geworpen, niet meer dan drie jaren mag laten verstrijken alvorens in actie te komen. Beide partijen weten immers vanaf dat moment waaraan zij toe zijn. Een complicatie hierbij is dat de regel van art. 6:235 lid 4 BW weliswaar ziet op het aanvallende beroep op vernietiging, maar in de kern raakt aan de ratio van art. 3:51 lid 3 BW.

7.2.5 Mocht er behoefte bestaan aan een nadere toets om te bezien of een vordering van de vernietigingsbevoegde partij die valt in categorie (b) inderdaad geen aanvallend beroep op vernietiging impliceert, dan zou deze toets kunnen worden gevonden in de ratio van art. 3:51 lid 3 BW. Ook in *Van Etten/Kippersluis* verwijst de Hoge Raad naar deze ratio. Deze ratio komt erop neer dat zolang de wederpartij stilzit en geen beroep doet op de (gebrekkige) rechtshandeling, de vernietigingsbevoegde partij niet het initiatief tot vernietiging behoeft te nemen.

De nadere toets zou dan zijn of, in de omstandigheden van het geval, van de vernietigingsbevoegde partij verwacht had kunnen worden om eerder tot vernietiging over te gaan dan op het moment dat de wederpartij zich in rechte op de (gebrekkige) rechtshandeling beroept. Indien het antwoord bevestigend is, zou gezegd kunnen worden dat de vordering wellicht toch een aanvallend beroep op de vernietiging van de rechtshandeling impliceert. Als het antwoord ontkennend is, bevestigt dat de uitkomst van de toets aan het materiële recht: een beroep op vernietiging zal verwerend zijn. Op deze manier zou binnen de hiervoor aangeduide ca-

tegorie (b) mogelijk een nader onderscheid kunnen worden gemaakt tussen aanvallende en verwerende beroepen op vernietiging van de rechtshandeling. Het introduceren van deze extra toets leidt wel tot meer complexiteit, maar het is, als gezegd, denkbaar dat er soms behoefte aan zal bestaan.

8. Aanvallend en verwerend: toepassingen in het huurrecht

8.1 *Stern/Gulf*

8.1.1 Wat betekent het voorgaande voor de gevallen die de aanleiding vormen voor deze beschouwingen? Doet de huurder die zich beroept op de vernietigbaarheid van een beding in de huurovereenkomst een aanvallend beroep of een verwerend beroep? De eerder (in nr. 4.1) gegeven omschrijving van een verwerend beroep op vernietigbaarheid van een beding luidt in de huurcontext: er is een verwerend beroep op de vernietigbaarheid van een beding in strijd met semi-dwingend huurrecht als (i) de huurder zich met dat beroep verweert tegen; (ii) een op het beding gebaseerde rechtsvordering of rechtsmaatregel van de verhuurder.

Het lijkt voor de hand te liggen om te concluderen dat wanneer de huurder *zelf* een vordering of verzoek indient *en* in dat verband de vernietiging van het beding inroept, er *dus* sprake is van een aanvallend beroep op de vernietigbaarheid van het beding. Nu huurder *Gulf* zelf een op art. 7:304 BW gebaseerd verzoek tot benoeming van een deskundige doet en zich daarbij beroept op de vernietigbaarheid van het beding in de huurovereenkomst dat aan toewijzing van dat verzoek in de weg staat, is – in deze redenering – sprake van een aanvallend beroep op de vernietigbaarheid van het met de wet strijdige beding in de huurovereenkomst.³⁷ Maar er wordt ook wel getwijfeld aan deze redenering.³⁸ Naar mijn mening is die twijfel terecht.

8.1.2 In een geval als *Stern/Gulf* kan de rechter het verzoek tot benoeming van een deskundige toewijzen indien, kort gezegd, sprake is van huur en aan de toepassingsvoorwaarden van art. 7:304 lid 2 BW is voldaan. De rechter hoeft zich niet af te vragen of er een van de semi-dwingende wet afwijkend beding in de huurovereenkomst staat. Zou de verhuurder geen beroep doen op dat beding, dan kan het verzoek worden toegewezen. Zoals eerder werd opgemerkt (nr. 6.2.1), kan hier een onderscheid worden gemaakt tussen

36 Het hof-arrest in de zaak die ten grondslag lag aan HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3032, NJ 2007/344 (*Maclaine Pont/De Haan*). Zie ook Rb. Arnhem 30 mei 2002, NJkorr 2003/5. NB: in HR 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3876, NJ 2000/140 (*Breg/Asper*) was het beroep van de opdrachtgever op de vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden van de opdrachtnemer/makelaar een verwerend beroep, omdat in die zaak de opdrachtnemer/makelaar een op zijn algemene voorwaarden gebaseerde rechtsvordering tot betaling van een bedrag aan courtage had ingesteld.

37 In deze zin Rb. Midden-Nederland (Ktr. Almere) ECLI:NL:RBMNE:2013:7733, WR 2014/27. Vgl. voorts (met meer of minder voorbehoud) E.D. den Engelsman & M.J. Terstegge, 'Mogelijkheden tot vernietiging van afwijkende bedingen', *TvHB* 2011, p. 65; H.J. Moné, *THvB* 2013/5, p. 307; J.M. Heikens, noot onder *Stern/Gulf* in WR 2013/133; A. Wijnans, *TvHB* 2017/3, p. 198. Zie voorts Heering, WR 2016/1 en Vrolijk, *GS Huurrecht*, art. 7:291 BW, aant. 2.2.3, met de nodige twijfel ten aanzien van de redenering dat sprake zou zijn van een verwerend beroep op vernietiging.

38 Vgl. (met meer of minder voorbehoud) S.V.M. Stevens, 'Verjaring van de vordering tot vernietiging en het semi-dwingende huurrecht', *TvHB* 2013/5, p. 286; J. Winter-Bossink, *VGR* 2014/2, p. 62; R.A. Veldman, *Bb* 2015/32; H.J. Rossel, *T&C Huurrecht* 2016, art. 7:291 BW, aant. 6; V.T. Acar, *HIP* 2017/66; J.P.H. Jacobs & E.H.H. Schelhaas, 'Bepalingen in het huurrecht: nietig of vernietigbaar en wat zijn de gevolgen?', *TvHB* 2017/3, p. 164 en 166. Het probleem wordt gesignaleerd door J.C.W. Rang, WR 2015/85; M.Y. Schaub, *Wilsgebreken (Mon. BW B3)* 2015/72 en M.Y. Schaub, *Wilsgebreken (Mon. BW B3)* 2015/74.

de huurovereenkomst als zodanig en het daarin opgenomen van de wet afwijkende beding.

Getoetst aan het materiële recht is de conclusie dat het verzoek van Gulf niet noodzakelijkerwijs steunt op de vernietiging van het beding. Het gaat dus om een verzoek dat past in de hierboven genoemde categorie (b). Het arrest *Van Etten/Kippersluis* parafraserend, is het beroep van de verhuurder op het van de wet afwijkende beding erop gericht de rechtsgevolgen die de wet verbindt aan het bestaan van een huurovereenkomst teniet te doen, en kan dit beroep worden aangemerkt als een op de rechtshandeling (het beding) steunende 'rechtsmaatregel' als bedoeld in art. 3:51 lid 3 BW. Het beroep van de huurder op de vernietigbaarheid van het beding is dan een verwerend beroep.

Hierbij maakt het geen verschil (zie bij 2.2) of de huurder (a) het verzoek doet en in zijn toelichting bij dat verzoek meteen al aangeeft dat het afwijkende beding vernietigbaar is (casus van Rb. Midden-Nederland (Ktr. Almere) ECLI:NL:RBMNE:2013:7733, *WR* 2014/27); dan wel (b) het verzoek doet, afwacht of verhuurder bij antwoord een beroep doet op het beding en daarop vervolgens reageert met een beroep op de vernietigingsgrond (casus van *Stern/Gulf*).

8.1.3 Het voorgaande leidt tot de 'ruime lezing' van art. 3:51 lid 3 BW die Huydecoper al noemde in zijn *NJ*-noot onder *Stern/Gulf*. Een tegenwerping tegen de 'ruime lezing' van art. 3:51 lid 3 BW is dat daarmee afbreuk zou worden gedaan aan art. 3:52 BW.³⁹ Deze kritiek lijkt ervan uit te gaan, dat de verjaringsregel voor een aanvallend beroep op een vernietigingsgrond van art. 3:52 BW een zeker toepassingsgebied moet hebben dat moet worden gerespecteerd door de regel over het verwerende beroep op een vernietigingsgrond van art. 3:51 lid 3 BW. Een dergelijke verhouding tussen het aanvallende en het verwerende beroep op een vernietigingsgrond bestaat echter niet. Men zou met een beroep op de rechtszekerheid kunnen betogen dat er reden is om het aantal gevallen waarin sprake is van een verwerend beroep op een vernietigingsgrond niet te groot te maken. Ook dit argument kan naar mijn mening niet automatisch de doorslag geven (zie nr. 7.2.2).

Voor de volledigheid pas ik ook de in nr. 7.2.5 bedoelde controletoeets toe: had in de omstandigheden van het geval van de vernietigingsbevoegde partij verwacht kunnen worden om eerder tot vernietiging over te gaan dan op het moment dat de wederpartij zich in rechte op de (gebrekige) rechtshandeling beroept? Naar mijn mening luidt het antwoord op die vraag ontkennend. De uitkomst dat het beroep van Gulf op de vernietigbaarheid verwerend is, strookt immers met de ratio van art. 3:51 lid 3 BW: de huurder kan wachten tot het moment dat de situatie van huurprijsaanpassing, waarop het beding ziet, actueel wordt. Van de huurder die zich in het kader van het verzoek van art. 7:304 lid 2 BW beroept op de vernietigbaarheid van de rechtshandeling, had m.i. niet verwacht kunnen worden om

eerder tot vernietiging over te gaan dan op het moment dat de verhuurder zich in rechte op het (vernietigbare) beding beroept. Het tegenargument dat de huurder wel eerder kon vernietigen, omdat het beroep op de vernietigbaarheid van het beding hem al eerder 'ten dienste stond' in de zin van art. 3:52 BW, overtuigt m.i. niet. Aangenomen dat kan worden uitgegaan van (mogelijke) vernietigbaarheid van het beding, is naar mijn mening de hier te stellen vraag niet of vernietiging van het beding eerder kon, maar of er voor de huurder eerder aanleiding bestond om tot vernietiging over te gaan.⁴⁰

Binnen de huurcontext kan voorts nog worden gewezen op het volgende. De conclusie dat sprake is van een verwerend beroep op vernietiging heeft verder als voordeel, dat de huurder niet voor alle zekerheid binnen drie jaar na het aangaan van de huurovereenkomst potentieel vernietigbare bedingen hoeft te vernietigen. Dit voorkomt een mogelijke valkuil voor huurders met minder juridische kennis en voorkomt discussie tussen partijen over de geldigheid van het beding op een moment dat de situatie waarop het beding ziet zich nog niet voordoet (en zich misschien in de toekomst ook niet zal gaan voordoen). Daarmee stel ik dan ook vast, dat de beslissing van de Hoge Raad in *Stern/Gulf* per saldo de positie van huurders ten opzichte van verhuurders niet slechter maakt. Om cassatietechnische redenen moest in die zaak het beroep van de huurder op de vernietigbaarheid van het beding als aanvallend worden aangemerkt (over het desbetreffende oordeel van het hof was in cassatie namelijk niet geklaagd). In andere zaken is met de naar mijn mening juiste kwalificatie van een dergelijk beroep als een verwerend beroep, de kou meteen uit de lucht.

8.2 Enige andere gevallen

8.2.1 Hof Amsterdam (nevenzittingsplaats Arnhem) 14 februari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:3857 (*Insinger/TBB*) ging over een huurovereenkomst uit 1999 voor een tankstation met het beding dat deze automatisch eindigt na 15 jaar. In 2010 verzoekt de verhuurder alsnog goedkeuring van het beding. De huurder vernietigt het beding buitengerechtelijk in 2011. Nu is die buitengerechtelijke vernietiging aanvallend en het hof beoordeelt terecht aan de hand van art. 3:52 BW of die vernietiging tijdig was geschied. Het gegeven dat de huurder te laat was met de aanvallende buitengerechtelijke vernietiging van het beding, staat er echter op zichzelf niet aan in de weg dat de huurder zich nog op de vernietigbaarheid ervan zou kunnen beroepen ter afwering van een op het beding steunende vordering of andere rechtsmaatregel van de verhuurder. Het verzoek van de verhuurder tot goed-

³⁹ Hierop wijzen onder meer Huydecoper in zijn *NJ*-noot onder *Stern/Gulf*; Heering, *WR* 2016/1; E.D. den Engelsman, 'De strategie bij goedkeuring, verjaring en vernietiging', *TvHB* 2017/1, p. 35; A. Wijnans, *TvHB* 2017/3, p. 199. Zie ook *Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II* 2017/566-568.

⁴⁰ In *Stern/Gulf* moest in cassatie worden uitgegaan van de toepasselijkheid van art. 3:52 lid 1 onder d BW. De Hoge Raad wijst in r.o. 3.5.3 op de relevantie van onder meer de vraag of huurder "Gulf zich ervan bewust was dat (Stern zich op het standpunt stelde dat) in de overeenkomst is afgeweken van art. 7:303 BW." Moest Gulf zich daarvan bewust zijn, zo begrijp ik de beschikking, dan is denkbaar dat de vernietigingsbevoegdheid de huurder al 'ten dienste staat' vóór het moment waarop de verhuurder zich op het beding beroept. Dit legt een ander accent dan vraag of er voor de huurder aanleiding is om van die bevoegdheid gebruik te maken (vgl. de conclusie sub 2.23, waarin de vraag wordt gesteld of van de vernietigingsbevoegdheid kan worden geveerd dat hij zich erop beroept dat het beding vernietigbaar is nog voordat de ander zich op het beding beroept).

keuring van het beding zou wellicht als een 'andere rechtsmaatregel' gezien kunnen worden. De huurder heeft echter geen belang bij zijn beroep op de vernietigbaarheid als de rechter het goedkeuringsverzoek toewijst. *Singh/Centre Hotel* maakt immers duidelijk dat het goedkeuringsverzoek nog kan worden toegewezen na vernietiging van het beding. Maar voor het geval de rechter het goedkeuringsverzoek afwijst, heeft het verwerende beroep op de vernietiging van het beding, indien de rechter dat aanvaardt, tot gevolg dat het beding is vernietigd (ook al was de termijn van art. 3:52 BW inmiddels verstreken).

8.2.2 Rb. Zeeland-West-Brabant (Ktr. Tilburg) 18 februari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:882, *WR* 2015/85, m.nt. J.C.W. Rang, *JHV* 2015/54, m.nt. H. Ferment, betrof een geval waarin de in 2002 gesloten huurovereenkomst een (in de omstandigheden van het geval: begrijpelijk) verbod van indeplaatsstelling bevatte. Dat verbod is echter in strijd met de wet. De huurder vordert op enig moment indeplaatsstelling en zegt daarbij het beding in 2013 buitengerechtelijk vernietigd te hebben. De verhuurder verweert zich met een beroep op het beding en stelt dat de vernietigingsmogelijkheid volgens art. 3:52 BW al vóór 2013 was verjaard, waarmee ook geen buitengerechtelijke vernietiging meer mogelijk was. De rechter honoreert dat verweer. De stelling dat het beroep op de vernietigbaarheid van het beding verwerend is voor zover het gaat om de vraag of de vordering tot indeplaatsstelling kan worden toegewezen, werd naar mijn mening ten onrechte verworpen met het argument dat de huurder zelf indeplaatsstelling vorderde.

8.2.3 Rb. Den Haag (Ktr. Leiden) 13 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4374, *WR* 2017/9, m.nt. Evers, betrof een geval waarin de huurovereenkomst, volgens de kantonrechter in strijd met art. 7:293 lid 1 BW, bepaalde dat de huurder bij beëindiging van de voor vijf jaar aangegane huurovereenkomst een schadevergoeding van € 125.000 aan de verhuurder verschuldigd was. De huurder vorderde in conventie onder meer een verklaring voor recht dat zij de huur geldig na vijf jaar had opgezegd en geen schadevergoeding verschuldigd was. De verhuurder vorderde in reconventie onder meer betaling van het in de huurovereenkomst afgesproken bedrag. Volgens de verhuurder was het beroep op de vernietigbaarheid van het beding inmiddels op de voet van art. 3:52 BW verjaard. De kantonrechter passeerde dat beroep op verjaring en oordeelde dat de verhuurder haar reconventionele vordering deed steunen op het van de wet afwijkende schadevergoedingsbeding en dat de huurder zich volgens art. 3:51 lid 3 BW daartegen te allen tijde kan verweren met een beroep op de vernietigbaarheid van dat beding. Daar is met betrekking tot de reconventionele vordering geen speld tussen te krijgen. Het vonnis oordeelt impliciet dat het beroep op verjaring van de verhuurder evenmin in de weg zou staan aan een toewijzing van de vorderingen in conventie. Dat zou met betrekking tot de door de huurder gevorderde verklaring voor recht dat geen schadevergoeding verschuldigd is na de opzegging in theorie nog afzonderlijk kunnen worden gezien, maar nu

de vorderingen in conventie en reconventie elkaars spiegelbeeld waren zou dat in dit geval praktisch geen verschil hebben gemaakt. Ook als de vordering in conventie van de huurder zou moeten worden afgewezen omdat dit een aanvallend beroep op vernietiging zou veronderstellen en dat beroep zou zijn verjaard (art. 3:52 BW), zou de verhuurder nog steeds geen veroordeling van de huurder tot betaling van het schadebedrag hebben kunnen krijgen nu de huurder daartegen te allen tijde de vernietiging van het beding kon inroepen (art. 3:51 lid 3 BW).

8.2.4 Hof Amsterdam 13 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5365, *TvHB* 2017/9, m.nt. A. Wijnans, *JOR* 2017/242, m.nt. J.K. Six-Hummel, *WR* 2017/129, betreft een geval waarin de curator van de gefailleerde huurder indeplaatsstelling vordert. Art. 8 van de huurovereenkomst beperkt de mogelijkheid van indeplaatsstelling. De curator beroept zich op de vernietigbaarheid van die bepaling. De verhuurder meent dat het beroep te laat is gedaan, omdat de mogelijkheid daartoe is verjaard. Onder verwijzing naar *Van Etten/Kippersluis* kwalificeert het hof het beroep op de vernietigbaarheid van het beding als een verwerend beroep. Het hof voegt daaraan toe dat een andere uitleg de huurder zou dwingen om, ook als er nog geen sprake is van een beroep van zijn verhuurder op het vernietigbare beding, een beroep op vernietigbaarheid van het beding te doen om op voorhand zijn rechten veilig te stellen. Aldus zou een huurder gedwongen worden om de verhouding met de verhuurder onder druk te zetten. Dit zou niet alleen kunnen leiden tot onnodige procedures, maar het zou ook tot ongewenst gevolg kunnen hebben dat huurders omwille van de goede verstandhouding met hun verhuurder afzien van het doen van een hun toekomstig beroep op vernietigbaarheid, met het gevolg dat zij de mogelijkheid van hun beroep op vernietigbaarheid verliezen, aldus het hof. Deze uitspraak strookt met wat hiervoor verdedigd is.

8.3 **Het vernietigbare beding staat in algemene huurvoorwaarden**

8.3.1 Indien het vernietigbare beding in algemene huurvoorwaarden is opgenomen, geldt nog het volgende. Een beding in algemene voorwaarden dat in strijd is met een semi-dwingende wetsbepaling – en niet door de rechter is goedgekeurd – kan ook onredelijk bezwarend zijn.⁴¹ 'Grote' huurders in de zin van art. 6:235 lid 1 BW kunnen zich op dat laatste niet beroepen, zodat voor hen alleen de in art. 7:291 lid 1 BW jo. art. 3:40 lid 2 BW bedoelde route naar vernietiging openstaat. Elke andere huurder kan de vernietigbaarheid van het beding inroepen op grond van art. 7:291 lid 1 BW jo. art. 3:40 lid 2 BW of op grond van art. 6:233 sub a BW. Baseert de huurder op die laatste grondslag een aanvallend beroep op vernietiging van het beding, in het bijzonder een rechtsoverdracht tot vernietiging van het beding, dan kan hij profiteren van het in art. 6:235 lid 4 BW genoemde (uitgestelde) aanvangsmoment van de verjaring van die rechtsoverdracht. Los daarvan zal de huurder (groot

41 Vgl. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, 2013, nr. 188.

of klein) steeds een verwerend beroep op de vernietigbaarheid van het beding kunnen doen.

Is de huurder een consument (waarmee het terrein van art. 7:290 BW wordt verlaten), dan geldt nog de bijzonderheid dat de rechter gehouden is om ambtshalve te onderzoeken of een beding in algemene voorwaarden oneerlijk in de zin van Richtlijn 1993/13/EG en daarmee onredelijk bezwarend is en zo nodig het beding ambtshalve moet vernietigen. Er wordt verschillend gedacht over de vraag of de plicht tot ambtshalve toetsing de verjaring van een aanvallend beroep op vernietiging doorkruist. Veelal zal deze verjaringskwesitie niet spelen. De ambtshalve toetsing geschiedt immers normaliter in gevallen waarin, zo de huurder zich op de vernietigbaarheid van het beding zou hebben beroepen, sprake zou zijn van een verwerend beroep in de zin van art. 3:51 lid 3 BW.⁴²

9. Conclusie

9.1 Het beroep op de vernietigbaarheid van een rechtshandeling c.q. beding kan in beginsel in elke vorm en in elk stadium van een procedure worden gedaan. Of een beroep op de vernietigingsgrond aanvallend of verwerend is, hangt in het algemeen niet af van de rolverdeling van partijen (eiser, verweerder) of van het stadium van de procedure waarin het beroep op de vernietigbaarheid wordt gedaan (eis/verzoek, antwoord, etc.).

Met het oog op de vraag of een beroep op vernietigbaarheid van een beding aanvallend of verwerend is, zijn drie categorieën onderscheiden:

- (a) Rechtsvorderingen of verzoeken van de *vernietigingsbevoegde partij* die strekken tot, of noodzakelijkerwijs steunen op, de vernietiging van de rechtshandeling. Deze zijn aanvallend en hiervoor geldt art. 3:52 BW.
- (b) Andere rechtsvorderingen en verzoeken van de *vernietigingsbevoegde partij*. Deze strekken niet tot vernietiging van de rechtshandeling noch steunen zij noodzakelijkerwijs op de vernietiging van de rechtshandeling.
- (c) Rechtsvorderingen en andere rechtsmaatregelen van de *wederpartij* die zijn gebaseerd op de (vernietigbare) rechtshandeling. De vernietigingsbevoegde partij kan deze te allen tijde pareren met een verwerend beroep op de vernietigingsgrond (art. 3:51 lid 3 BW).

Van een aanvallend beroep op de vernietigingsgrond dat verjaart op de voet van art. 3:52 BW is sprake indien een rechtsvordering van de vernietigingsbevoegde partij strekt tot, of noodzakelijkerwijs steunt op, de vernietiging van de rechtshandeling (categorie a). Of de vordering noodzakelijkerwijs steunt op de vernietiging van de rechtshandeling moet worden beoordeeld aan de hand van het materiële recht, dat bepaalt wat voor toewijzing van de vordering of het verzoek, gezien de daaraan ten grondslag gelegde feiten, nodig is.

Is volgens deze maatstaf geen sprake van een aanvallend beroep dan valt de vordering of het verzoek van de vernie-

tigingsbevoegde partij in categorie b. Indien de wederpartij zich vervolgens beroept op de vernietigbare rechtshandeling, dan is dat in beginsel aan te merken als een 'rechtsmaatregel' in de zin van art. 3:51 lid 3 BW waartegen de vernietigingsbevoegde partij te allen tijde een verwerend beroep op de vernietigingsgrond kan doen. De kwalificatie 'verwerend' geldt daarom niet alleen als de wederpartij een rechtsvordering of verzoek instelt, maar kan ook van toepassing zijn wanneer de vernietigingsbevoegde partij zelf een rechtsvordering of verzoek instelt.

Getoetst aan het materiële recht dient een beroep op de vernietigbaarheid van een beding dat afbreuk doet aan de rechten die een partij kan ontlenen aan de semi-dwingende wet, steeds als 'verwerend' te worden aangemerkt. In bepaalde gevallen bestaat wellicht behoefte aan een extra toets maatstaf om te controleren of deze conclusie inderdaad gerechtvaardigd is. In die gevallen zou de vraag gesteld kunnen worden of, in de omstandigheden van het geval, van de vernietigingsbevoegde partij verwacht had kunnen worden om eerder tot vernietiging over te gaan dan op het moment dat de wederpartij zich in rechte op het (vernietigbare) beding beroept. Zowel volgens de maatstaf van het materiële recht als (zo nodig) volgens de toets aan de ratio van art. 3:51 lid 3 BW is in een geval als *Stern/Gulf* sprake van een verwerend beroep van de huurder op de vernietigbaarheid van het beding dat afwijkt van afdeling 7.4.6 BW. Ten aanzien van door de huurder vernietigbare bedingen in huurovereenkomsten voor 290-bedrijfsruimte betekent dit het volgende. Aanvallend is een vordering van de huurder tot vernietiging van het beding. Ook een vordering tot ongedaanmaking van hetgeen aan de verhuurder krachtens het beding is voldaan, zal aanvallend zijn, maar hier kunnen complicaties spelen als de verhuurder zelf ook een vordering heeft ingesteld. Verwerend is een beroep op de vernietigbaarheid van het beding wanneer de huurder een verzoek doet tot benoeming van een deskundige (art. 7:304 BW), huurprijsaanpassing vordert (art. 7:303 BW) of indeplaatsstelling vordert (art. 7:307 BW), en de verhuurder het (vernietigbare) beding inroept om te betogen dat het verzoek of de vordering moet worden afgewezen. Het maakt daarbij geen verschil of de huurder meteen in zijn inleidende processtuk zich op het standpunt stelt dat het beding vernietigbaar is dan wel dat hij daarmee wacht totdat de verhuurder zich in de procedure op het beding heeft beroepen.

9.2 Afsluitend nog het volgende. De door mij beschreven manier om te onderscheiden tussen een aanvallend en een verwerend beroep op een vernietigingsgrond beoogt de rechtspraktijk een handvat te bieden. Afgewacht moet worden of de rechtspraak (ook in hoogste instantie) deze benadering hanteert. Voorshands blijft daarom voorzichtigheid geboden. Voor de huur van 290-bedrijfsruimte blijft een voor aanvang van de huur ingediend verzoek tot goedkeuring van een afwijkend beding een praktische manier om toekomstige discussies te vermijden over de vernietigbaarheid van een beding respectievelijk over de tijdigheid van een beroep op die vernietigbaarheid.

42 Zie de conclusie sub 10 voor HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, RvdW 2016/584 (*SEBA/Amsterdam*).