

De NOM-clausule en het lot van de daarmee strijdige rechtshandeling

Citation for published version (APA):

Hafez, Y. (2023). De NOM-clausule en het lot van de daarmee strijdige rechtshandeling. *Contracteren*, 2023(2), 45-52. <https://doi.org/10.5553/Contr/156608932023025002003>

DOI:

[10.5553/Contr/156608932023025002003](https://doi.org/10.5553/Contr/156608932023025002003)

Document status and date:

Published: 01/01/2023

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

<https://www.ou.nl/taverne-agreement>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 10 Oct. 2024

Open Universiteit
www.ou.nl



Artikel

De NOM-clausule en het lot van de daarmee strijdige rechtshandeling

Mr. Y. Hafez*

1. Inleiding

In de literatuur is enkele keren de vraag aan de orde gesteld wat het lot is van de rechtshandeling die in strijd met een *no oral modification clause* (NOM-clausule) is verricht. Een dergelijke clausule wordt door partijen zelf overeengekomen en houdt in de regel in dat toekomstige rechtshandelingen aan een schriftelijke vorm gebonden zijn voor zover die rechtshandelingen de strekking hebben de overeenkomst tussen partijen te wijzigen. Een rechtshandeling die niet in de door partijen voorgescreven vorm is verricht, wordt volgens de NOM-clausule geacht nietig te zijn.

Veelal wordt ten aanzien van dit laatste opgemerkt dat nietigheden niet kunnen worden 'in-gecontracteerd' en dat nietigheid bovendien niet zou kunnen volgen uit artikel 3:39 Burgerlijk Wetboek (BW).¹ Dit artikel zou enkel zien op *wettelijke* vormvoorschriften; *contractuele* vormvoorschriften (op grond van artikel 3:37 lid 1 BW) zouden niet onder de werking van dat artikel kunnen vallen. De route van artikel 3:39 BW is daarmee dus afgesneden, om welke reden in de literatuur andere benaderingswijzen zijn voorgesteld om het lot van de met de NOM-clausule strijdige rechtshandeling te duiden.

In deze bijdrage wordt betoogd dat een rechtshandeling in strijd met een contractueel vormvoorschrift wel degelijk gesanctioneerd zou kunnen worden door artikel 3:39

BW. Daarnaast is onderzocht wat daarvan de rechtsgevolgen zijn. Aangevangen wordt met een korte bespreking van de huidige zienswijzen in de literatuur.

2. Benaderingswijzen in de literatuur

Van Wechem en Schelhaas gaan er met kracht van argumenten van uit dat een rechtshandeling in strijd met een overeengekomen vormvoorschrift in beginsel rechtsgeldig geacht kan worden.² De rechtsverhouding tussen partijen dient beoordeeld te worden aan de hand van het bepaalde in de artikelen 3:33 BW en 3:35 BW. Het gaat er in die zienswijze dan om of de partij aan wie de rechtshandeling was gericht, gerechtvaardigd op de geldigheid van die rechtshandeling mocht vertrouwen. De aanwezigheid van een NOM-clausule is in die zienswijze inkleurend voor dat vertrouwen, waarbij verwezen kan worden naar enkele arresten van de Hoge Raad.³ De gedachte daarbij is bovendien dat partijen vormvrij kunnen terugkomen op een vormvoorschrift,⁴ en dus ook op een NOM-clausule.⁵ Om een NOM-clausule 'dicht te timmeren' is wel geopperd om de clausule zo te formu-

* Mr. Y. Hafez is docent-onderzoeker bij de faculteit Rechtswetenschappen van de Open Universiteit.

1 Art. 3:39 BW luidt als volgt: 'Tenzij uit de wet anders voortvloeit, zijn rechtshandelingen die niet in de voorgeschreven vorm zijn verricht, nietig.'

2 T.H.M. van Wechem & H.N. Schelhaas, Yes or no to no oral modification clauses?, *Contracteren* 2017/2, p. 47-52; H.N. Schelhaas, Het Engelse Supreme Court over het wijzigingsbeding in commerciële contracten, *Contracteren* 2019/1, p. 32-40.

3 Verderop in deze bijdrage wordt een andere duiding gegeven aan de arresten van de Hoge Raad die hierover gaan, te weten: HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2049, NJ 2014/144, m.nt. J.W. Zwemmer (Staat/Van Gelder); HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:819 (Opzegging VOF).

4 C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2022./281.

5 Dat laatste is mijns inziens intern tegenstrijdig, ik kom erop terug in par. 4.

leren dat die tevens kwalificeert als een bewijsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 lid 3 BW en artikel 153 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).⁶ Dit heeft als gevolg dat enkel schriftelijk bewijs kan worden toegelaten om een wijziging van de overeenkomst te bewijzen.

Een andere benadering is dat, afgezien van de vraag of de met het voorschrift strijdige rechtshandeling al dan niet geldig is, het beoordelingscriterium verschuift naar artikel 6:248 lid 2 BW, aan de hand waarvan wordt beoordeeld of een beroep op het vormvoorschrift naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht kan worden, en de rechtshandeling derhalve niet met een beroep op dat vormvoorschrift kan worden aangetast.⁷

Tjittes wijst er onder verwijzing naar lagere rechtspraak⁸ op dat een rechtshandeling die is verricht in strijd met een contractueel vormvoorschrift, *niet* rechtsgeldig is, daar zij in beginsel afstuit op dat vormvoorschrift.⁹ Daarbij zij aangetekend dat de juridische grondslag waarop een rechtshandeling ongeldig wordt geacht, niet uit die rechtspraak blijkt. Ook Hijma wijst erop dat een bedongen vormvoorschrift nietigheid van de met het vormvoorschrift strijdige rechtshandeling teweegbrengt; de grondslag van die nietigheid volgt in dat geval uit de uitleg van de overeenkomst en niet uit artikel 3:39 BW.¹⁰ Tot slot zou een rechtshandeling in strijd met een overeengekomen vormvoorschrift getoetst kunnen worden aan artikel 3:39 BW (al dan niet middels analoge toepassing¹¹), op grond waarvan die rechtshandeling in beginsel nietig is.¹² Op deze variant wordt hieronder nader ingegaan.

3. De verhouding tussen artikel 3:39 BW en artikel 3:37 lid 1 BW

3.1 Wat is de reikwijdte van artikel 3:39 BW?

Artikel 3:39 BW luidt als volgt: ‘Tenzij uit de wet anders voortvloeit, zijn rechtshandelingen die niet in de voorgeschreven vorm zijn verricht, nietig.’ Dit artikel ziet in ieder geval op wettelijke vormvoorschriften (bijvoorbeeld artikel 7:2 lid 1 BW). In de literatuur is aangegeven dat artikel 3:39 BW echter niet zou zien op *contractuele* vormvoorschriften die partijen ingevolge artikel 3:37 lid 1 BW kunnen overeenkomen, maar enkel zou zien op *wettelijke* vormvoorschriften.¹³ De wettekst zelf kan die zienswijze echter niet onderbouwen, simpelweg omdat het er niet staat. Bovendien wordt zowel in artikel 3:37 lid 1 BW als in artikel 3:39 BW gebruikgemaakt van het woord ‘vorm’. Dat levert een (meer wetssystematisch) argument op dat ook rechtshandelingen die zijn verricht in strijd met een (op grond van artikel 3:37 lid 1 BW) contractueel overeengekomen vormvoorschrift, gesanctioneerd zouden kunnen worden door artikel 3:39 BW. Ik laat ook andere interpretatiemethoden de revue passen om de strekking van laatstgenoemd artikel te duiden.¹⁴

3.2 Taalkundige interpretatie

Sommige auteurs menen dat uit *de aanhef* van artikel 3:39 BW – ‘tenzij uit de wet anders voortvloeit’ – zou blijken dat alleen wettelijke vormvoorschriften daaronder vallen.¹⁵ Dat is taalkundig gezien onjuist, omdat de zinsnede ‘tenzij uit de wet anders voortvloeit’ niet op het vormvoorschrift zelf ziet, maar op de sanctie voor het schenden van het vormvoorschrift. In beginsel is dat nietigheid, maar dat kan ook vernietigbaarheid zijn. Dat een andere sanctie dan nietigheid mogelijk is, volgt overigens niet uit de wettekst, maar uit de toelichting Meijers. Daarin werd als volgt overwogen:

‘(...) Natuurlijk kan de wet in bijzondere gevallen een andere sanctie op het niet-naleven van vormvoorschriften stellen.’¹⁶

En in de nota van wijzigingen werd door Snijders de volgende toelichting gegeven:

‘(...) Een vormvoorschrift kan duidelijk in het belang van één van beide partijen zijn en niet in het belang

6 R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht. Deel I: totstandkoming en inhoud*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 465-466; M. Uijen, *Münchhausen revisited: de bewijsovereenkomst als instrument voor contractenmakers*, *Contracteren* 2017/1, p. 17-21. Op de bewijsovereenkomst ga ik in deze bijdrage niet nader in.

7 Asser/Sieburgh 6-III 2022/281.

8 Tjittes (2022) verwijst op p. 462 (voetnoot 614) naar de volgende jurisprudentie: Rb. Rotterdam 13 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2672, r.o. 4.6; Hof Amsterdam 1 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP7025, r.o. 3.8; Rb. Den Haag 26 november 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG9246, r.o. 4.16; Rb. Arnhem 6 april 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ2564, r.o. 4.10.

9 Tjittes 2022, p. 462. Tjittes nuanceert dit overigens wel op p. 463 e.v.

10 Jac. Hijma, *T&C Burgerlijk Wetboek*, commentaar op art. 3:39 BW, aantekening a. Dat roept de vraag overigens op hoe deze zienswijze zich verhoudt tot de gedachte dat nietigheden niet kunnen worden ‘in-gecontracteerd’.

11 M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden* (Recht en Praktijk nr. 173) (dissertatie Utrecht), Deventer: Kluwer 2009, p. 36.

12 Vgl. L.C.A. Verstappen, *Vormvereiste aanwijzing stemgerechtigde bij gemeenschap van een appartementsrecht*, WPNR 7307, p. 932.

13 Asser/Sieburgh 6-III 2022/281; Tjittes 2022, p. 462, voetnoot 614; Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020. 2020/47; Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst* (SBR 3), 2022/139 e.v.; Van Wechem & Schelhaas 2017, p. 47-52.

14 I. Giesen, *Rechtsvorming* (Mon. BW nr. A3), 2020/24, 25 en 28.

15 Hijma, *T&C Burgerlijk Wetboek*, commentaar op art. 3:39 BW, par. 2, onder a (online bijgewerkt t/m 15 februari 2023); H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:39 BW, aant. 5.1 (online bijgewerkt t/m 15 februari 2019).

16 C.J. van Zeven, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 188.

van de andere. In de regel dient dan de wederpartij zich niet op het vormvoorschrift te kunnen beroepen om te betogen, dat de rechtshandeling nietig is. De rechtshandeling behoort dan bijvoorbeeld slechts vernietigbaar te zijn. (...)’¹⁷

Uit deze overwegingen blijkt dat de sanctie bij het schenden van een vormvoorschrift in de zin van artikel 3:39 BW een andere kan zijn dan nietigheid.¹⁸ De ‘tenzij-aanhef’ van het artikel zegt derhalve niets over de aard van het te schenden vormvoorschrift, en sluit een contractueel vormvoorschrift geenszins uit. Van Dam onderkent dat de sanctie ook vernietigbaarheid kan zijn, maar voegt daaraan toe dat het gebruik van het woord ‘wet’ zou zien op zowel de tenzij-sanctie, als op de regel zélf.¹⁹ Niet alleen een andere sanctie dan nietigheid, maar ook het vormvoorschrift zou in dat geval uit de wet moeten voortvloeien. Deze zienswijze vindt echter geen steun in de parlementaire geschiedenis.²⁰

3.3 Teleologische interpretatie: het dwingende karakter

Een ander argument dat in stelling wordt gebracht om te betogen dat artikel 3:39 BW enkel zou zien op wettelijke vormvoorschriften, wordt herleid uit een andere passage van de parlementaire geschiedenis:²¹ ‘Vormvoorschriften dragen een dwingend karakter.’²² Het feit dat wordt gesproken van een ‘dwingend karakter’ zou dan moeten meebrengen dat het dús gaat om wetsoepalingen. Voorgaande passage kan echter ook anders worden geïnterpreteerd; dat vormvoorschriften een dwingend karakter dragen, betekent enkel dat het schenden ervan in beginsel nietigheid meebrengt. Zoals hiervoor is aangegeven, is vernietigbaarheid van de rechtshandeling onder omstandigheden meer geëigend dan nietigheid. Het dwingende karakter is daarmee dus iets minder dwingend geworden doordat vernietigbaarheid (of geldigheid) van de rechtshandeling eveneens tot de mogelijkheden behoort. Het dwingende karakter zegt mijns inziens niets over de oorsprong van het vormvoorschrift,

maar over de gevolgen van het schenden ervan. Dat is iets anders.

3.4 Teleologische interpretatie: de achtergrond van artikel 3:37 lid 1 BW

Zoals aangegeven, kunnen partijen overeenkomen dat een toekomstige rechtshandeling aan een bepaalde vorm gebonden is. Uit artikel 3:37 lid 1 BW volgt dat rechtshandelingen vormvrij kunnen geschieden,²³ ‘tenzij anders is bepaald’. Aanvankelijk stond er in het wetsvoorstel ‘tenzij *de wet anders bepaalt*’, maar dat heeft de wetgever gewijzigd. Daarbij werd als volgt overwogen:

‘Voorts is in het eerste lid de zinsnede “tenzij de wet anders bepaalt” vervangen door “tenzij anders is bepaald”. Door deze wijziging is tot uiting gebracht dat het in lid 1 bepaalde niet van dwingend recht is. Derhalve kan b.v. rechtsgeldig worden bedongen dat een bepaalde verklaring, wil zij haar werking hebben, schriftelijk zal moeten geschieden. Men denke hier ook aan de in de praktijk niet ongebruikelijke clausule in een tot een ander gericht aanbod, dat dit niet anders dan schriftelijk zal kunnen worden aanvaard, (...). *Het is gewenst dat de geldigheid van dergelijke bedingen buiten twijfel is* [cursivering toegevoegd; YH].’²⁴

En in de parlementaire geschiedenis bij artikel 6.5.2.6:²⁵

‘Evenmin is een zodanige bepaling vereist om te doen vaststaan dat uit overeenkomst of gewoonte of uit het aanbod zelf kan voortvloeien dat de aanvaarding op een bepaalde wijze moet plaatsvinden, bijv. in een bepaalde vorm of bij een tot een ander dan de aanbieder gerichte verklaring. *Deze mogelijkheid vloeit immers reeds voort uit de aanhef van artikel 3.2.4 lid 1* [thans art. 3:37 lid 1 BW; cursivering toegevoegd; YH].’²⁶

Hieruit blijkt dat de wetgever uitdrukkelijk heeft beoogd dat partijen zélf een vorm kunnen overeenkomen waaraan een rechtshandeling gebonden is. Gesteld dat aan het schenden van een vormvoorschrift geen sancties (zoals nietigheid of vernietigbaarheid) zouden worden verbonden, dan zou dat afbreuk doen aan de doelstelling van de wetgever. Het overeenkomen van een vormvoorschrift heeft immers geen nut indien daaraan geen rechtsgevolgen kunnen worden toebedeeld. Die rechtsgevolgen zijn mijns inziens dezelfde als die bij het schenden van wettelijke vormvoorschriften; er is zoals ik het zie geen enkele reden om ter zake een categori-

17 Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 189.

18 Aldus ook Asser/Sieburgh 6-III 2022/276; Van Kooten, GS Vermogensrecht, art. 3:39 BW, aant. 6; H.J. Snijders, Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren, WPNR (2003) 6547, p. 703. Vgl. conclusie A-G Wissink 16 augustus 2021, ECLI:NL:PHR:2021:758, r.o. 5.16.1 (voor het arrest HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677): ‘Volgens art. 3:39 BW zijn rechtshandelingen die niet in de voorgeschreven vorm zijn verricht nietig, tenzij uit de wet anders voortvloeit. Dit laatste kan inhouden dat de rechtshandeling slechts vernietigbaar is, bijvoorbeeld omdat het vormvoorschrift ertoe strekt slechts één partij te beschermen, of geldig is.’

19 Hijma e.a. (2022/140).

20 In Hijma e.a. (2022/139) wordt aangegeven dat art. 3:39 BW enkel ziet op wettelijke vormvoorschriften en niet de contractuele. Deze zienswijze wordt onderbouwd met enkele voorbeelden die voorzien zijn van een verwijzing naar parlementaire geschiedenis (voetnoot 45 en 46). De aldaar gegeven voorbeelden volgen echter geenszins uit de parlementaire geschiedenis waarnaar wordt verwezen.

21 Asser/Sieburgh 6-III 2022/281: ‘Op deze bij rechtshandeling gestelde vormvereisten is art. 3:39 BW niet van toepassing. Art. 3:39 BW geldt, zoals opgemerkt, slechts voor dwingende voorschriften, dat wil zeggen voor vormvereisten die zijn gesteld bij de wet in formele zin (...)’

22 Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 188.

23 Art. 3:37 lid 1 BW luidt als volgt: ‘Tenzij anders is bepaald, kunnen verklaringen, met inbegrip van mededelingen, in iedere vorm geschieden, en kunnen zij in een of meer gedragingen besloten liggen.’

24 Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 183 (nr. 3).

25 C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer 1981, p. 889. Het voorgestelde art. 6.5.2.6 werd uiteindelijk overbodig bevonden en niet in het BW opgenomen. Het artikel luidde als volgt: ‘Tenzij uit overeenkomst of gewoonte of uit het aanbod zelf iets anders voortvloeit, wordt de verklaring, houdende aanvaarding van een aanbod, gericht tot de aanbieder.’

26 Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 890.

sche uitzondering te maken. Verstappen verwoordt het voorgaande treffend: ‘Zo gezien zijn art. 3:37 lid 1 BW en 3:39 BW twee zijden van dezelfde munt. Zonder art. 3:37 lid 1 BW heeft art. 3:39 BW een onduidelijk toepassingsbereik. Zonder art. 3:39 BW blijft het schenden van art. 3:37 lid 1 BW zonder gevolgen.’²⁷

3.5 Afronding

Uit het voorgaande volgt dat de parlementaire geschiedenis zich anders laat uitleggen dan thans werd gedaan, en dat daardoor de in de literatuur gebezigde argumenten aan kracht inboeten. Bovendien wijst zowel een taalkundige benadering als een teleologische benadering erop dat artikel 3:39 BW juist wel betrekking heeft op contractuele vormvoorschriften.²⁸ Een rechtshandeling die in strijd is verricht met een tussen partijen overeengekomen vormvoorschrift, waaronder een NOM-clausule, kan derhalve getoetst worden aan artikel 3:39 BW en zal in het verlengde daarvan gesanctioneerd kunnen worden met nietigheid of vernietigbaarheid. Op de gepaste sanctie kom ik terug in paragraaf 5. Eerst ga ik in op de vraag of een contractueel vormvoorschrift met een latere rechtshandeling terzijde gesteld kan worden.

4. Het vormvrij terzijde stellen van een vormvoorschrift of NOM-clausule

4.1 Het vormvrij terzijde stellen van een vormvoorschrift

In de literatuur wordt erop gewezen dat een vormvoorschrift vormvrij terzijde kan worden gesteld.²⁹ Veelal wordt in deze context verwezen naar het volgende citaat van Sieburgh uit de Asser-serie:³⁰

‘Uit de aard van het bedongen vormvereiste vloeit immers voort dat het door een nadere afspraak van partijen ongedaan kan worden gemaakt. Op deze nadere afspraak is art. 3:37 lid 1 BW wederom van toepassing: zij kan in elke vorm worden getroffen en ook uit het gedrag van partijen (bijvoorbeeld de uitvoering van de rechtshandeling) worden afgeleid.’³¹

Dit rijmt met de toelichting van de wetgever, waarin als volgt werd overwogen: ‘Het ligt voor de hand dat uit een overeenkomst tussen partijen kan volgen dat de verkla-

ring van aanvaarding aan een bepaalde vorm gebonden zal zijn, (...). Men lette er echter op dat een dergelijke overeenkomst door een nadere overeenkomst, ook vormloos, kan worden opzij gezet.’³²

Ik geef een voorbeeld om het voorgaande te duiden. Gesteld dat twee partijen een distributieovereenkomst hebben gesloten en daarin hebben afgesproken dat alle *koopovereenkomsten* die zij in de toekomst met elkaar zullen sluiten, enkel schriftelijk kunnen worden gesloten. Er geldt in dat geval een vormvoorschrift dat betrekking heeft op de te sluiten koopovereenkomsten. Dat vormvoorschrift geldt echter geenszins voor het *wijzigen* van de distributieovereenkomst. Wijzigingen in de distributieovereenkomst zijn in die zin vormvrij, en partijen kunnen vormvrij (bijvoorbeeld mondeling) in hun distributieovereenkomst afspreken dat koopovereenkomsten met ingang van datum X niet meer schriftelijk hoeven worden aangegaan. Mochten partijen mondeling een afwijkende afspraak maken, dan geldt het vormvoorschrift ten aanzien van de koopovereenkomsten dus niet meer en kunnen die ook gewoon mondeling worden aangegaan.³³

Het wijzigen van de distributieovereenkomst is dus niet aan vorm gebonden, en kan in het voorbeeld vormvrij geschieden (overeenkomstig artikel 3:37 lid 1 BW). Dit sluit aan bij de opmerking van de wetgever: ‘Men lette er echter op dat een dergelijke overeenkomst door een nadere overeenkomst, ook vormloos, kan worden opzij gezet.’³⁴ Uiteraard geldt ten aanzien van de wijziging van de overeenkomst – die dus in elke vorm kan geschieden – de toets van de artikelen 3:33 en 3:35 BW inzake het gerechtvaardigd vertrouwen.

4.2 Het vormvrij terzijde stellen van een NOM-clausule

Volgens verschillende auteurs geldt voorgaande zienswijze eveneens ten aanzien van de NOM-clausule, waardoor het derhalve mogelijk zou zijn om deze clausule *mondeling* terzijde te stellen.³⁵ Die zienswijze deel ik niet, omdat de NOM-clausule een andere strekking heeft dan het vormvoorschrift uit het hiervoor gegeven voorbeeld en, zoals ik het zie, een andere strekking heeft dan met het aangehaalde citaat van de wetgever is beoogd. Waar het vormvoorschrift in het hiervoor gegeven voorbeeld een vormvereiste stelt voor het aangaan van een andere overeenkomst, stelt de NOM-clausule een vormvereiste aan het wijzigen van de overeenkomst waarin die clausule is opgenomen zélf. Dat is wezenlijk

27 Verstappen, WPNR 7307, p. 932.

28 Mocht er overigens wel van worden uitgegaan dat art. 3:39 BW enkel zou zien op wettelijke vormvoorschriften, dan geldt bovendien dat art. 3:37 lid 1 BW ook dé *wettelijke* basis biedt om aan art. 3:39 BW toe te komen. De mogelijkheid om een vorm overeen te komen vloeit immers voort uit de wet.

29 Tjittes 2022, p. 463; Asser/Sieburgh 6-III 2022/281; M. Uijen, Boilerplate-clausules: Ketelbinkie in contractenland?, *Contracteren* 2010/4, p. 136.

30 Vgl. conclusie A-G Lückers, ECLI:NL:PHR:2019:890, r.o. 2.4; conclusie A-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2013:879, r.o. 2.10 voor respectievelijk HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1937 en HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2049.

31 Asser/Sieburgh 6-III 2022/281.

32 Van Zeven, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 889.

33 Bewijstechnische aspecten laat ik hier gemakshalve buiten beschouwing.

34 Van Zeven, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 889. Het volledige citaat is als volgt: ‘Het ligt voor de hand dat uit een overeenkomst tussen partijen kan volgen dat de verklaring van aanvaarding aan een bepaalde vorm gebonden zal zijn, (...). Men lette er echter op dat een dergelijke overeenkomst door een nadere overeenkomst, ook vormloos, kan worden opzij gezet.’

35 D.J. Beenders & J.J. Valk, *Verrassingen voorkomen bij commercieel contracteren*, MvV 2021/7/8, p. 252; Van Wechem & Schelhaas 2017, p. 47-52; Schelhaas 2019, p. 38; Uijen 2010, p. 136 (waar het gaat over een schriftelijk wijzigingsbeding, dat in die zin vergelijkbaar is met de NOM-clausule).

iets anders. Een rechtshandeling waarmee wordt teruggekomen op een NOM-clausule is derhalve aan vorm gebonden; zolang niet aan die vorm is voldaan, is de rechtshandeling in beginsel niet geldig.

De zienswijze dat op een reeds overeengekomen vormvoorschrift vormvrij kan worden teruggekomen, is dus juist, maar moet mijns inziens genuanceerd worden: de zienswijze is juist voor zover het een *andere* rechtshandeling betreft dan de rechtshandeling waarop het vormvoorschrift betrekking heeft.

5. De sanctie voor de met de NOM-clausule strijdige rechtshandeling

5.1 Nietigheid als uitgangspunt

Zoals aangegeven, valt artikel 3:37 lid 1 BW onder het bereik van artikel 3:39 BW. Indien partijen in strijd met een NOM-clausule mondeling afspraken maken, dan volgt uit artikel 3:39 BW dat die rechtshandeling (in beginsel) wordt gesanctioneerd met nietigheid. Opmerking verdient dat partijen daarbij geen nietigheid ‘in-contracteren’, maar dat zij uitvoering geven aan een door de wetgever in het leven geroepen mogelijkheid om een vormvoorschrift overeen te komen, dat in beginsel wordt gesanctioneerd met nietigheid. Buiten de mogelijkheid van artikel 3:37 lid 1 BW kunnen partijen geen omstandigheden overeenkomen die met een ‘in-gecontracteerde’ nietigheid worden gesanctioneerd. Nietigheid van rechtswege is nogal wat. Een schriftelijke overeenkomst met een NOM-clausule zal immers niet zelden in een bureaula verdwijnen, waarna partijen er niet meer naar omkijken. Indien alle afspraken die partijen vervolgens mondeling hebben gesloten gesanctioneerd zouden worden met nietigheid, dan heeft dat als gevolg dat de juridische realiteit niet meer aansluit bij de werkelijkheid en de praktijk van alledag. Dat zal de rechtszekerheid niet ten goede komen. In die zin is de in de literatuur verdedigde benadering van artikel 3:35 BW een stuk mooier, omdat de rechter daarmee tot maatwerk kan komen.³⁶ Tegelijkertijd meen ik dat de benadering van artikel 3:35 BW weliswaar uitgaat van het gerechtvaardigd vertrouwen, maar niet ingaat op de geldigheid en de werking van het vormvoorschrift zélf, en op het verband met artikel 3:39 BW. Echter biedt ook dat artikel een route voor maatwerk.

Ten aanzien van de sanctie die op basis van artikel 3:39 BW aan de orde is, kan gewezen worden op de overweging van de wetgever waarin is vermeld dat niet in alle gevallen nietigheid aan de orde is, maar soms ook ver-

nietigbaarheid (of geldigheid).³⁷ Het dwingende karakter van artikel 3:39 BW dat Meijers voor ogen had,³⁸ is later genuanceerd, in die zin dat de aanhef van artikel 3:39 BW is gewijzigd van ‘tenzij de wet anders *bepaalt*’ naar ‘tenzij uit de wet anders *voortvloeit*’. Nietigheid en vernietigbaarheid (en dus ook geldigheid!) hoeven niet expliciet uit de wet te blijken, maar kunnen ook impliciet uit de wet voortvloeien. Ik noem twee uitgangspunten die in het kader van nietigheden van belang zijn: (1) de ratio van de NOM-clausule, en (2) het door de NOM-clausule beschermde belang.

5.2 De ratio van de NOM-clausule

Een uitgangspunt binnen het wettelijk systeem is dat nietigheden (en dus ook die door een partij moeten worden ingeroepen) niet verder dienen te reiken dan door de ratio wordt gerechtvaardigd. Als reden voor het gebruik van een NOM-clausule wordt door Tjittes (onder verwijzing naar rechtspraak³⁹), aangegeven: ‘Een NOM-clausule beoogt kostbare en tijdrovende bewijsperikelen over het bestaan van een mondelinge afspraak, die afwijkt van de schriftelijke overeenkomst, te voorkomen.’⁴⁰ Indien partijen mondeling duidelijke afspraken hebben gemaakt en het volstrekt met elkaar eens zouden zijn (en er dus geen onenigheid is), dan verzet de ratio van de NOM-clausule zich ertegen dat die afspraken nietig zouden zijn. In die zin zouden mondelinge afspraken (in strijd met de NOM-clausule) geldig geacht kunnen worden.

Het probleem doet zich eigenlijk pas voor zodra er onverhoopt alsnog een onduidelijkheid is. Een onduidelijkheid zou dan de NOM-clausule ‘triggeren’, met als gevolg dat een afspraak die ter discussie staat ineens nietig is op grond van de NOM-clausule (en artikel 3:39 BW). Een dergelijk ‘zwaard van Damocles’ dat partijen telkens boven het hoofd hangt, zal de rechtszekerheid niet ten goede komen. Ook in die zin zou vernietigbaarheid meer geëigend zijn.

36 Vgl. in die zin ook C.E. Drion, De ‘No Oral Modification Clause’ (op het snijvlak van vormvrijheid en contractsvrijheid), NJB 2018/996, p. 1417: ‘Het moet maatwerk zijn en dus primair, wat mij betreft, een uitlegkwestie (...)’ Zie ook Schelhaas 2019, p. 39; zij noemt aldaar verschillende factoren die inkleurend zijn voor het gerechtvaardigd vertrouwen.

37 Van Zeven, Du Pon & Olthof (red.), Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 189: ‘(...) Een vormvoorschrift kan duidelijk in het belang van één van beide partijen zijn en niet in het belang van de andere. In de regel dient dan de wederpartij zich niet op het vormvoorschrift te kunnen beroepen om te betogen, dat de rechtshandeling nietig is. De rechtshandeling behoort dan bijvoorbeeld slechts vernietigbaar te zijn. (...)’

38 Van Zeven, Du Pon & Olthof (red.), Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 188: ‘Vormvoorschriften dragen een dwingend karakter. Daar bovendien, wanneer de vorm niet in acht is genomen, het gebrek alleen te helen is door, zo dit nog mogelijk is, alsnog aan het vormvereiste te voldoen, is het normale gevolg van het ontbreken van die vorm absolute nietigheid.’

39 Rb. Rotterdam 13 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2672, r.o. 4.6.

40 Tjittes 2022, p. 462. Geopperd is daarom ook wel dat een NOM-clausule versterkt kan worden met een bewijsbeding. Vgl. Uijen 2017, p. 17-21. Opgemerkt zij dat een NOM-clausule veelal een aanvulling is op een zogenoemde *entire agreement clause*. Partijen beogen met deze bepalingen te bewerkstelligen dat alle afspraken op papier staan, enerzijds ten aanzien van datgene wat zich in de precontractuele fase heeft voorgedaan (alle afspraken staan op papier), anderzijds – door middel van de NOM-clausule – ten aanzien van nader te maken afspraken, die aldus ook ‘op papier’ komen te staan.

5.3 Het door de NOM-clausule beschermde belang

In lijn met voorgaande ratio dient gewezen te worden op een ander uitgangspunt binnen het wettelijk systeem, namelijk dat bepalingen die de strekking hebben slechts een van de partijen te beschermen, geen nietigheid meebrengen, maar vernietigbaarheid.⁴¹ Of een NOM-clausule de strekking heeft een van de partijen te beschermen, dan wel allebei, is een kwestie van uitleg. Wel wordt verdedigd dat de sanctie van nietigheid minder voor de hand ligt bij vormvoorschriften die beogen 'een der partijen tegen de ander of tegen zichzelf, of beiden tegen elkaar, te beschermen'.⁴² In de praktijk zou zich voornamelijk de situatie voordoen dat een van de partijen zich beroept op de mondelinge afspraak, en de andere partij meent dat die afspraak niet geldig is wegens strijd met de NOM-clausule. De NOM-clausule beschermt in dat geval alleen die laatste partij, aangezien de eerste partij daaraan geen rechten kan ontleen.⁴³ In dat geval zou de mondelinge rechtshandeling wegens strijd met de NOM-clausule vernietigbaar zijn (artikel 3:37 lid 1 BW jo. artikel 3:39 BW) en dus rechtsgeldig zolang geen vernietiging heeft plaatsgevonden.

De vervolgvraag is of de beschermde partij mag vernietigen. Dit is een 'geldig/vernietigbaar, tenzij'-constructie. Vernietiging van de mondelinge rechtshandeling is dan mogelijk, tenzij degene die aan de mondelinge afspraak wil vasthouden argumenten heeft op grond waarvan de ander de rechtshandeling niet zou mogen vernietigen. Enerzijds zou ter onderbouwing dan het standpunt betrokken kunnen worden dat zich omstandigheden voordoen op basis waarvan een beroep op de vernietigbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 6:248 lid 2 BW).⁴⁴ Anderzijds zou het standpunt betrokken kunnen worden dat het vernietigen van de mondelinge rechtshandeling onder omstandigheden in strijd is met artikel 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid). Met name lid 2 is dan relevant, waaruit volgt dat van misbruik van bevoegdheid kan worden gesproken indien de bevoegdheid wordt uitgeoefend, terwijl degene die de bevoegdheid uitoefende in redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen, mede gelet op de wederzijdse be-

langen van partijen.⁴⁵ Deze benadering doet recht aan de partijafspraken, biedt tegelijkertijd een escape voor maatwerk, en is om die reden alleszins verdedigbaar.

Deze gedachte kan ook dienst doen voor de NOM-clausule met bewijsbeding. Ten aanzien daarvan geldt dat het bewijs van een wijziging in de overeenkomst enkel schriftelijk kan worden geleverd. Een beroep op een (NOM-clausule met) bewijsbeding kan echter ook afstuiten op artikel 6:248 lid 2 BW, hetgeen dan meebrengt dat ander bewijs kan worden toegelaten. Ook een artikel 6:248 lid 2 BW-toets dus, zij het dat het een spiegelbeeldige variant is, namelijk: de rechtshandeling is 'niet geldig, tenzij'. Gesteld echter dat een beroep op *het bewijsbeding* uit de NOM-clausule onaanvaardbaar is (artikel 6:248 lid 2 BW), dan zijn partijen in wezen weer terug bij af, in die zin dat alsnog de vraag aan de orde komt welk juridisch kader toegepast moet worden, en of de mondelinge afspraken rechtsgeldig zijn. Ook in dat kader kan de in deze bijdrage voorgestelde route (de mondelinge rechtshandeling is 'geldig, tenzij') dienst doen.

6. Jurisprudentie van de Hoge Raad

Zoals in paragraaf 2 is aangegeven, gaat een aantal auteurs ervan uit dat de rechtshandeling in strijd met het vormvoorschrift rechtsgeldig is.⁴⁶ De rechtsverhouding tussen partijen dient in die zienswijze beoordeeld te worden aan de hand van het bepaalde in de artikelen 3:33 en 3:35 BW, waarbij de aanwezigheid van een vormvoorschrift inkleurend is voor het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen. Zoals hiervoor aangegeven, zijn van belang onder andere de ratio van de NOM-clausule en het te beschermen belang; op grond van artikel 3:39 BW is de met de NOM-clausule strijdige rechtshandeling vernietigbaar, en daarmee in eerste instantie gewoon geldig. In dat kader is een benadering conform de artikelen 3:33 en 3:35 BW juist, zij het dat daarin geen oordeel is betrokken ten aanzien van eventuele nietigheid/vernietigbaarheid.

Ook de Hoge Raad heeft enkele keren geoordeeld dat het schenden van een vormvoorschrift een omstandigheid is die meeweegt in een oordeel over het gerechtvaardigd vertrouwen.⁴⁷ Echter meen ik dat uit deze rechtspraak niet valt af te leiden dat het gerechtvaardigd vertrouwen tot rechtsgevolg kan leiden, indien nietigheid van de met het vormvoorschrift strijdige rechtshandeling (al dan niet als gevolg van vernietiging) in rechte zou hebben vastgestaan. Hieronder wordt kort ingegaan op twee arresten van de Hoge Raad, waarbij het overigens niet ging om een NOM-clausule, maar om andere vormvoorschriften.

41 Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 188-189.

42 C.G. Breedveld-De Voogd, Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 50 (met verwijzing naar Hartkamp). Vgl. HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, r.o. 3.8, NJ 2013/273, m.nt. Jac. Hijma, waar het ging om een mondeling gesloten koopovereenkomst met betrekking tot een voor bewoning bestemde onroerende zaak. Dat moet schriftelijk op grond van art. 7:2 lid 2 BW; ook de verkoper kon er een beroep op doen dat aan het schriftelijkheidsvereiste niet was voldaan.

43 Vgl. Ruygvoorn 2009, p. 36: 'Ten aanzien van contractueel bedongen vormvereisten meen ik dat deze ofwel tot vernietigbaarheid moeten leiden van de consensueel tot stand gekomen afspraken (indien de vorm evident alleen in het belang van één van partijen is overeengekomen), ofwel, maar dan afhankelijk van hun ratio, moeten leiden tot nietigheid (onder analoge toepassing van art. 3:39 BW) van de gemaakte afspraken of juist tot afdwingbaarheid daarvan.'

44 Deze constructie sluit aan bij HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, r.o. 3.8-3.10, NJ 2013/273, m.nt. Jac. Hijma.

45 Gedacht kan bovendien worden aan rechtsverwerking, zie Tjittes 2022, p. 466.

46 Van Wechem & Schelhaas 2017, p. 47-52; Schelhaas 2019, p. 32-40.

47 Daarover ook T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinke, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2018/1866, p. 2589.

6.1 Het arrest Staat/Van Gelder

In de casus die leidde tot het arrest Staat/Van Gelder⁴⁸ waren partijen in een mediationovereenkomst overeengekomen dat tussentijdse afspraken partijen enkel zouden binden indien die afspraken (1) schriftelijk waren vastgelegd, (2) daarin zou staan dat die afspraken hen juridisch zouden binden, en (3) dat de mediator de overeenkomst ‘voor gezien’ zou hebben ondertekend. Gelet op de vrijblijvendheid van mediation, zijn partijen hiermee uitdrukkelijk voorwaarden overeengekomen die het *omslagmoment* duiden tussen het moment waarbij afspraken geen juridisch bindende werking hebben, en het moment waarop dat wel het geval is. In casu hadden partijen afspraken gemaakt in een schriftelijke overeenkomst, maar was naar de letter niet voldaan aan hetgeen hiervoor is vermeld onder 2 en 3. Het hof stelde vast dat uit de overeenkomst echter wél bleek dat partijen beoogd hadden dat die overeenkomst hen juridisch zou binden, en dat de mediator op de hoogte was van de afspraken en bovendien met die afspraken had ingestemd.⁴⁹ Aan de vormvereisten kon derhalve volgens het hof voorbij worden gegaan. De Hoge Raad casseert, overwegende dat partijen ‘aan een tijdens de mediation gemaakte afspraak in beginsel niet *het vertrouwen* mogen ontlenen dat die afspraak hen na beëindiging van de mediation juridisch blijft binden, zolang niet is voldaan aan de daartoe in de mediationovereenkomst overeengekomen *vormvereisten* [cursivering toegevoegd; YH]’.⁵⁰ Het feit dat niet voldaan was aan de vormvereisten, is daarmee inkleurend voor het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen.⁵¹

6.2 Het arrest Opzegging VOF

In een andere casus die leidde tot het arrest Opzegging VOF⁵² had een vennoot de vennootschap mondeling opgezegd in plaats van schriftelijk, hetgeen in strijd was met het tussen partijen overeengekomen vormvoorschrift. Het partijdebat richtte zich vervolgens op de vraag of de andere vennoot – ondanks het schriftelijkheidsvereiste voor opzegging – gerechtvaardigd op de geldigheid van die mondelinge uitlating mocht vertrouwen. Het hof stelde samengevat weergegeven vast dat de mondelinge opzegging in niet voor misverstand vatbare bewoordingen had plaatsgevonden, en dat de wederpartij dit derhalve mocht opvatten als opzegging.⁵³ Het feit dat partijen een vormvoorschrift waren overeengekomen, deed daaraan volgens het hof niet af, zolang maar de bewoordingen voldoende duidelijk waren en de we-

derpartij daadwerkelijk hadden bereikt (waarbij werd verwezen naar de artikelen 3:33 en 3:35 BW).⁵⁴ In cassatie werd in onderdeel 2.2.1 onder andere geklaagd dat het hof niet zomaar aan het schriftelijkheidsvereiste voorbij had mogen gaan.⁵⁵ De Hoge Raad stelt vervolgens voorop dat de mondelinge uitlating moet worden uitgelegd aan de hand van de artikelen 3:33 en 3:35 BW, waarbij alle omstandigheden van het geval van belang zijn.⁵⁶ Vervolgens overwoog de Hoge Raad als volgt:

‘3.4.2 Ook de hiervoor weergegeven klachten van onderdeel 2.2.1 (...) treffen doel. Dat partijen in art. 10 lid 1 van de vennootschapsakte zijn overeengekomen dat een vennoot die de vennootschap wil doen eindigen, *dat schriftelijk of bij deurwaardersexploot aan de andere vennoot kenbaar moet maken*, is een omstandigheid die van belang kan zijn bij de beantwoording van de vraag of de telefonische uitlating van [eiser 2] *redelijkerwijs door [verweerder] mocht worden opgevat als opzegging* (zie hiervoor in 3.3.2).

Als het hof van oordeel was dat aan hetgeen partijen in art. 10 lid 1 van de vennootschapsakte zijn overeengekomen geen betekenis kan toekomen bij de beantwoording van de vraag of [eiseres 1] de vof op 9 november 2011 bij monde van [eiser 2] heeft opgezegd, *is dat onjuist*. Als het hof de bedoelde omstandigheid wel heeft meegewogen, is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd.p [cursiveringen toegevoegd; YH].⁵⁷

6.3 De in deze jurisprudentie onbeantwoorde vraag

Voorgaande arresten roepen de vraag op of daaruit valt af te leiden dat artikelen 3:33 en 3:35 BW hét juridisch kader vormen om te beoordelen of een rechtshandeling die niet in de voorgeschreven vorm is verricht, rechtsgevolg kan hebben, zelfs indien de rechtshandeling (ver) nietig(d) zou zijn.⁵⁸ In beide procedures heeft immers geen der partijen zich beroepen op de nietigheid (of vernietigbaarheid) van de rechtshandeling.⁵⁹ Wat nu indien

48 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2049, NJ 2014/144, m.nt. J.W. Zwemmer (Staat/Van Gelder).

49 Hof Den Haag 24 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX8352, r.o. 3.4.

50 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2049, NJ 2014/144, r.o. 3.5.2, m.nt. J.W. Zwemmer (Staat/Van Gelder).

51 Opgemerkt zij dat de Hoge Raad niet spreekt van vormvoorschrift, maar van vormvereisten. Het is mij niet bekend of het gebruik van die terminologie door de Hoge Raad wijst op een andere betekenis.

52 HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:819. Zie over dit arrest ook H. Boom, Geldigheid mondelinge opzegging ondanks overeengekomen schriftelijkheidsvereiste: alle omstandigheden van het geval, *Bedrijfsjuridische Berichten* 2018/64, p. 237-238.

53 Hof Amsterdam 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4020, r.o. 3.5.

54 Hof Amsterdam 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4020. r.o. 3.6.

55 Volledig: HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:819, r.o. 3.4.1. ‘Onderdeel 2.2 klaagt dat het hof in rov. 3.6 ten onrechte heeft overwogen dat het vereiste in art. 10 lid 1 van de vennootschapsakte niet in de weg staat aan een niet voorgeschreven en dus onregelmatige wijze van opzegging, zolang, zoals hier het geval is, de bewoordingen maar voldoende duidelijk zijn en de wederpartij hebben bereikt. Onderdeel 2.2.1 klaagt onder meer dat hof daarmee heeft miskend dat een voorschrift voor een bepaalde vorm voor het aangaan en opzeggen van een samenwerking, zoals in dit geval een vof, nu juist ervoor is bedoeld discussies als de onderhavige zoveel mogelijk te vermijden, althans dat het oordeel van het hof dat aan het schriftelijkheidsvereiste voorbij kan worden gegaan, ontoereikend is gemotiveerd.’

56 HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:819, r.o. 3.3.2, met verwijzing door de Hoge Raad naar HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:315, r.o. 3.3.2.

57 HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:819, r.o. 3.4.2. Overigens: ook op rechtspraak.nl staat wel eens een typefout als gevolg van, zo lijkt het, ‘copy-paste’.

58 Daarbij zij opgemerkt dat een nietigheid of vernietigbaarheid ook niet (al-tijd) ambtshalve hoeft te worden vastgesteld.

59 Dat geldt voor HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:819; conclusie A-G. Wesseling-Van Gent 16 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:164; Hof Amsterdam 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4020. Dat geldt eveneens voor HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2049, NJ 2014/144, r.o.

de staat de tussenafspraken uitdrukkelijk zou hebben vernietigd omdat deze niet aan de overeengekomen vormvereisten voldeed? Of indien de vennoot die de vennootschapsovereenkomst mondeling in plaats van schriftelijk had opgezegd, zijn eigen rechtshandeling zou hebben vernietigd wegens strijd met het vormvoorschrift?⁶⁰ Ik kan mij voorstellen dat partijen geen beroep op de nietigheid/vernietigbaarheid hebben gedaan, juist omdat er al tijden vanuit wordt gegaan dat dit niet mogelijk is (volgens de heersende inzichten in de literatuur zou artikel 3:39 BW immers niet zien op contractuele vormvoorschriften).⁶¹ In lijn daarmee kan ik mij eveneens voorstellen dat het partijdebat zich toespitste op het gerechtvaardigd vertrouwen: mocht Van Gelder erop vertrouwen dat tussen hem en de staat een bindende tussenafpraak gold, en mocht in de vof-zaak de niet-opzeggende vennoot er gerechtvaardigd op vertrouwen dat de opzegging van de andere vennoot daadwerkelijk een ‘opzegging’ was?

Het partijdebat richtte zich in beide zaken (zowel in appèl als in cassatie) dus uitdrukkelijk op het gerechtvaardigd vertrouwen en de artikelen 3:33 en 3:35 BW. Over de *rechts(on)geldigheid* van de rechtshandeling an sich is nimmer geoordeeld, ook niet door de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft enkel vastgesteld dat als een rechter de wilsvertrouwensleer toepast, er niet voorbij gegaan mag worden aan een overeengekomen vormvoorschrift. Gesteld dat de nietigheid in rechte zou hebben vastgestaan (al dan niet als gevolg van de vernietiging van de rechtshandeling), dan is het nog steeds de vraag of aan de wilsvertrouwensleer mocht worden toegekomen en, zo ja, of een nietigheid daarmee geheel had kunnen worden. Zowel het arrest Opzegging VOF als het arrest Staat/Van Gelder laat voorgaande vragen echter onbeantwoord. Mijns inziens betekent dit dat genoemde jurisprudentie geen onderbouwing vormt voor de gedachte dat de Hoge Raad *nietigheden* in de sleutel van artikel 3:35 BW zou plaatsen, en een nietige rechtshandeling dus via artikel 3:35 BW alsnog rechtsgeldig zou kunnen worden geacht. Ik betwijfel daarom of formele vereisten het daadwerkelijk zouden afleggen tegen het gerechtvaardigd vertrouwen.⁶² Gesteld dat vernietiging overeenkomstig artikel 3:39 BW de inzet van de procedure(s) zou zijn geweest, dan denk ik dat de discussie zich uiteindelijk niet zou hebben toegespitst op de wilsvertrou-

wensleer, maar op artikel 6:248 lid 2 BW en/of artikel 3:13 BW.⁶³

7. Afronding

Met dit artikel heb ik de gedachtevorming rondom artikel 3:39 BW in de context van de NOM-clausule willen aanscherpen. Zoals ik het zie, is artikel 3:39 BW blijkens de parlementaire geschiedenis eveneens van toepassing op contractuele vormvoorschriften; rechtshandelingen die daarmee strijdig zijn, zijn in beginsel nietig. Dat geldt zowel voor de NOM-clausule als voor andere vormvoorschriften. De nuance op de vergaande consequentie van nietigheid is te vinden in de wetsgeschiedenis van artikel 3:39 BW: er kunnen zich omstandigheden voordoen op grond waarvan *vernietigbaarheid* meer geëigend is dan nietigheid van rechtswege, onder andere wanneer de bepaling strekt tot bescherming van een van de partijen, of van beiden tegen elkaar. Dat is bij de NOM-clausule het geval. Rechtshandelingen die verricht worden in strijd met een overeengekomen NOM-clausule zijn dus in beginsel gewoon rechtsgeldig, tenzij ze vernietigd worden. Of vernietiging toelaatbaar is, dient vervolgens afgemeten te worden aan artikel 6:248 lid 2 BW of artikel 3:13 BW. Aldus levert de toepassing van artikel 3:39 BW een ‘geldig/vernietigbaar, tenzij’-constructie op, op grond waarvan de met de NOM-clausule strijdige rechtshandeling geldig is zolang die niet vernietigd is, en waarbij enig maatwerk mogelijk is.

3.5.2, m.nt. J.W. Zwemmer (Staat/Van Gelder); conclusie A-G Langemeijer 20 september 2013, ECLI:NL:PHR:2013:879; Hof Den Haag 24 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX8352; Rb. Den Haag 26 januari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ6155.

60 Kanttekening: de partij die de overeenkomst tussentijds – in emotionele toestand – heeft opgezegd, moest volgens de overeenkomst € 75.000 betalen. Zie 3.1 van het arrest: ‘(...) c. Indien de vennootschap binnen vijf jaren na aanvang van de vennootschap is geëindigd op grond van artikel 10 lid 1 (...) is de vennoot die heeft opgezegd een direct opeisbare boete verschuldigd van € 75.000 aan de vennoot die niet heeft opgezegd.’

61 Dat uitgangspunt is terug te zien in conclusie A-G Langemeijer 20 september 2013, ECLI:NL:PHR:2013:879, r.o. 2.10, voor HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2049, NJ 2014/144, m.nt. J.W. Zwemmer (Staat/Van Gelder).

62 Schelhaas 2019, p. 38.

63 Gesteld bovendien dat de ene partij op grond van art. 3:35 BW op de inhoud van de mondelinge rechtshandeling mocht vertrouwen, zou dan vervolgens de andere partij geen beroep meer toekomen op vernietigbaarheid ex art. 3:39 BW? Dat zou ik meer zien als een art. 6:248 lid 2 BW beoordeling, waarbij alle omstandigheden *ex nunc* kunnen worden meegewogen. Dat sluit overigens aan bij de constructie die wordt gehanteerd in HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, r.o. 3.10, NJ 2013/273, m.nt. Jac. Hijma, zij het dat het in dat arrest een andersoortige situatie en andere rechtsvraag betrof.