

INHOUD

Praeadvies van Mr G. J. Scholten

Nr.	Blz.
1. Inleiding	151
2. De arresten van de H. R. van 1944, 1948 en 1952	151
3. Rechtsbron	155
4. Rechtsgrond	157
5. Is conversie au fond interpretatie?	159
6. De diepere grondslag	162
7. Geldend recht	165
8. Latere lagere jurisprudentie	168
9. Duits recht	170
10. Italiaans recht	174
11. Conversie niet afschaffen, maar opnemen in het nieuwe B. W.	175
12. Wat kan geconverteerd worden	177
13. Vernietigbare rechtshandelingen	180
14. Strijd met de goede zeden of openbare orde . . .	182
15. Onbekendheid met nietigheid niet vereist	184
16. De elementen van de geldige rechtshandeling die de nietige in zich moet bevatten	186
17. De hypothetische voorkeur van partijen	189
18. Een voorbeeld hoe te converteren. Aanbesteding met een ongeoorloofde opzet	191
19. Conversie alleen als de billijkheid erdoor wordt be- vorderd	194
20. Ontwerp wettekst	194
21. Het resultaat	195
22. Nog ruimer toepassingsgebied?	196

INHOUD

Praeadvies van Prof. Mr J. H. Beekhuis

Hoofdstuk I	<i>Algemene Beschouwingen</i>	199
1.	Inleiding.	199
2.	Betekenis van het begrip „conversie”	200
3.	Conversie alleen van rechtshandelingen	201
4.	Conversie alleen bij nietige rechtshandelingen.	201
5.	Geen conversie, wanneer nietigheid voorkomen kan worden door interpretatie	203
6.	Conversie krachtens partijbeding	203
7.	Wettelijke conversie.	204
8.	In welke gevallen van nietigheid is conversie mogelijk?	208
9.	Conversie en partiële nietigheid.	211
10.	Conversie in het publiek recht	217
Hoofdstuk II	<i>De Nederlandse Rechtspraak en Con- versie, 11</i>	219
12—14.	De conversie-arresten van de H. R.	219
15.	De overige jurisprudentie	226
Hoofdstuk III	<i>Grondslag voor de Conversie, 16—19</i>	230
Hoofdstuk IV	<i>Vereisten voor de Conversie, 20—22</i>	239
23—24.	Positie van de partij, ten behoeve van wie de conversie moet worden toegepast.	242
25.	Positie van de partij, aan wie de conversie door de rechter wordt opgelegd	244
26.	Conversie van eenzijdige rechtshandelingen	247
27.	Conversie van handelingen, die aan een bepaal- de vorm zijn gebonden.	248
Hoofdstuk V	<i>De taak van de Rechter bij Conversie, 28—28</i>	251
Hoofdstuk VI	<i>Slotbeschouwing, 30—33</i>	255
—		
De 80ste Algemene Vergadering		263
Bestuur		265
Regelingscommissie voor de Alg. Verg. te Arnhem		265
Vraagpunten		266

Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons B.W. gewenst?

Praeadvies van Mr G. J. Scholten

1. Inleiding.

In dit praeadvies moet ik trachten voorlichting te geven ter beantwoording van de vraag of conversie in onze wet geregeld moet worden en zo ja wat die regeling dan zal moeten behelzen. Het ligt voor de hand daartoe te beginnen met een onderzoek naar het op dit stuk geldende Nederlandse recht. Dit brengt echter eigenaardige moeilijkheden met zich doordat voor dit leerstuk wel enige belangrijke bouwstenen aanwezig zijn, maar van een naar alle zijden ook in de praktijk beproefd systeem nog geen sprake is.

De Hoge Raad wees twee wel-beredeneerde arresten in 1944 en 1948, waarbij hij het leerstuk der conversie in enkele lijnen aangaf, in het tweede ook zelf conversie toepaste. De litteratuur poogde het leerstuk nader te omschrijven, verschillende vraagtekens werden echter gesteld, zelfs naar het recht van de Hoge Raad om de conversie te erkennen.

Voorlopig wil ik die laatste vraag daar laten en mij op het standpunt stellen dat wat de Hoge Raad besliste inderdaad Nederlands recht is. Voor de practicus spreekt dit uitgangspunt van zelf, de theoreticus zal er geen bezwaar tegen maken wanneer het als voorlopig uitgangspunt wordt genomen.

2. De arresten van de H. R. van 1944, 1948 en 1952.

Het eerste arrest waarin de Hoge Raad het leerstuk van de conversie expressis verbis aan de orde stelde, is dat van 21 Januari 1944, 120, inzake van de Water, broeder van de erflater, tegen diens weduwe van de Water-van Hemme.

Het geval is bekend¹. De echtelieden waren gehuwd op huwelijkse voorwaarden, en wel in gemeenschap van winst en verlies onder de voorwaarde dat bij overlijden van de eerststervende hunner geen afkomeling uit hun huwelijk in leven zou zijn. Evenals Rechtbank en Hof acht de Hoge Raad dergelijke — vroeger gebruikelijke — huwelijkse voorwaarden in strijd met het beginsel van de *onveranderlijkheid*, voorgeschreven in art. 204 B.W. Het gewilde rechtsgevolg kan aan die huwelijkse voorwaarden niet worden toegekend, partijen zijn in gemeenschap van goederen gehuwd.

Dan komt de Hoge Raad met twee opmerkingen.

De eerste luidt:

„dat intusschen opmerking verdient in de eerste plaats,
„dat voormelde bedenkingen niet bestaan ten aanzien
„van een beding bij huwelijksche voorwaarden, inhoudende dat tusschen partijen zal bestaan algeheele gemeenschap van goederen, doch dat na de ontbinding der gemeenschap door overlijden zal worden afgerekend alsof er gemeenschap van winst en verlies ware geweest, indien bij dat overlijden geen kind uit het huwelijk in leven zal zijn;
„dat zoodanig beding den zakenrechtelijken toestand van de vermogensdeelen der echtgenooten niet raakt, immers alleen tusschen hen een verbintenis tot een bepaalde wijze van verrekening in het leven roept welke zonder bezwaar aan een voorwaarde kan worden gebonden”;

In de tweede opmerking geeft hij aan wanneer conversie kan plaats vinden en wijst op de mogelijkheid dat bij de verdeling van de algehele gemeenschap die nog komen moet, er reden voor conversie kan zijn.

Het tweede arrest is van 19 November 1948 N. J. 1949, 86 n. Ph. A. N. H. De werkgever heeft een werknemer ontslagen tegen 22 December. De toestemming van de Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau, vereist

¹ Zie Rb. 's-Hertogenbosch 23 Januari 1942, 854, Hof 's-Hertogenbosch 19 Januari 1943, 558 en de na het arrest van de H. R. volgende beslissingen omtrent de zwarigheden bij de boedelscheiding: Rb. 's-Hertogenbosch 16 April 1948, 321, Hof 's-Hertogenbosch 15 November 1949 N. J. 1950, 755.

krachtens het B. B. A., is pas op 29 December 1945 aan partijen bericht, eerst dan kan — zo beslist de Hoge Raad — de opzeggingstermijn beginnen te lopen. Vervolgens converteert hij de nietige opzegging in een rechtsgeldige, nl. die waarbij opgezegd wordt onder voorbehoud van het verkrijgen van een aangevraagde toestemming tegen de vroegst mogelijke datum. Op basis daarvan doet hij tenslotte, na vernietiging van het vonnis van de Rechtbank, ten principale recht.

Het is interessant de overwegingen omtrent de conversie van de beide arresten naast elkaar te zetten:

1944

„dat indien de met een rechtshandeling beoogde rechtsgevolgen wegens haar nietigheid niet bereikt kunnen worden en zij niettemin de bestanddelen van een andere rechtshandeling, voor welke geldigheid de vereischen wel aanwezig zijn, in zich bevat, een redelijke wetstoepassing medebrengt, dat de nietige rechtshandeling wordt omgezet (geconverteerd) in de geldigerechtshandeling, zooaannemelijk is, dat zij die handelen, ten tijde van de handeling, voor het geval het beoogde rechtsgevolg niet bereikbaar ware, het wél bereikbare zouden hebben gewild eer dan den toestand, welke het gevolg van nietigheid zonder meer zoude zijn;

dat toch de wettelijke bepalingen omtrent de nietigheid van rechtshandelingen geenszins vorderen dat partijen elkander niet, voorzoover hun opzet geoorloofd was, vermogen te houden aan hetgeen zij blijkens hun overeenkomst in economisch opzicht wilden bereiken”.

1948

„dat nu weliswaar een opzegging, waarbij de opzeggende partij . . . , nietig is en het met de opzegging beoogde rechtsgevolg niet kan bereiken,

doch een redelijke wetstoepassing mede brengt dat deze eenzijdige handeling wordt omgezet in de hierboven omschreven uit een oogpunt van het Besluit geldige rechtshandeling, daar aannemelijk is, dat de opzeggende partij ten tijde van die handeling, indien zij geweten had dat het beoogde rechtsgevolg niet bereikbaar ware, het wél bereikbare zou hebben gewild en de wederpartij zulks ook moest begrijpen”.

Conclusie:

Huwelijkse voorwaarden nietig, cassatie verworpen.

Conclusie:

Arbeidsovereenkomst beëindigd twee weken na 29 December 1945.

H. R. casseert en doet de zaak zelf af.

Bij vergelijking valt het volgende op:

Primo. De formulering in 1948 is meer op het concrete geval gericht („doch een redelijke wetstoepassing mede brengt dat *deze* . . . handeling wordt omgezet) dan die in 1944 die meer als een wetstekst luidt.

Dit verschil behoeft geen betekenis te hebben, omdat de Hoge Raad in het eerste geval nog niet zelf converteren kon. De H.R. kon toen nog niet meer doen dan een hint geven omtrent de mogelijkheid van conversie toe te passen bij de boedelscheiding. Deze was in 1944 nog niet aan de orde, zoals blijkt uit het oorspronkelijke petitum in die procedure: nietigverklaring van de huwelijkse voorwaarden, verklaring voor recht dat partijen in gemeenschap van goederen gehuwd waren en veroordeling tot scheiding en deling.

Secundo. In 1944 worden de volgende voorwaarden gesteld voor conversie:

1. er is een nietige rechtshandeling,
2. deze bevat de bestanddelen van een andere, geldige, rechtshandeling in zich,
3. aannemelijk moet zijn dat zij die handelden het wél bereikbare rechtsgevolg zouden hebben gewild, eer dan de toestand welke het gevolg van nietigheid zonder meer zou zijn,
4. dit moet beoordeeld worden naar het moment van de handeling.

De H. R. motiveert een en ander in 1944 als volgt:

- a. dit is *redelijke* wetstoepassing,
- b. de wettelijke bepalingen omtrent nietigheid van rechtshandelingen vorderen geenszins dat partijen elkander niet, voorzoveel hun opzet geoorloofd was, vermogen te houden aan hetgeen zij blijkens hun overeenkomst in economisch opzicht wilden bereiken.

Ik zie in de slotoverweging slechts motivering en niet het stellen van nog een extra vereiste, bijv. dat het doel van de

nieuwe geldige rechtshandeling bepaaldelijk in economisch opzicht hetzelfde of vrijwel hetzelfde zou moeten zijn als dat van de oorspronkelijke rechtshandeling. Dit volgt uit het: dat *toch* de wettelijke bepalingen . . .

In 1948 worden de vereisten 1, 3 en 4 vrijwel woordelijk herhaald, eveneens het motief *a* van de redelijke wettoepassing. Het weglaten in 1948 van het tweede vereiste zegt niet veel, immers toen ging het niet over een andere soort rechtshandeling: de nietige opzegging werd geconverteerd in een geldige opzegging. Hieruit mag alleen geconcludeerd worden dat voor conversie niet noodzakelijk is dat zij persé in een andere rechtsfiguur moet plaats vinden. In Duitsland is wel anders geoordeeld¹.

Tenslotte is motief *b* in 1948 niet vermeld. Ook hierin ligt een aanwijzing te meer dat de slotoverweging van 1944 slechts een motief behelst en niet een extra vereiste aan conversie stelt, met name dus niet dat het slechts zou kunnen gaan om wat partijen blijkens hun overeenkomst in *economisch opzicht* wilden bereiken. Het arrest van 1948 doet veronderstellen dat dat economisch doel slechts een criterium is (niet: *het* criterium) aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of de rechtsgevolgen van de nieuwe rechtshandeling wel voldoende gelijk zijn aan die van de beoogde rechtshandeling.

In 1948 heeft de H.R. ambtshalve conversie toegepast. Men mag niet zeggen dat dit in strijd is met het arrest van 1944, immers toen was de procedure voor al of niet conversie nog niet rijp. Deze kon immers pas ter sprake komen bij de boedelscheiding zelve.

In 1952 heeft de H. R. de beslissing van 1948 herhaald, hij behoefde toen niet ambtshalve zelf te converteren daar de lagere rechter dat al gedaan had².

3. Rechtsbron.

Tot zover over de vereisten die de H.R. voor conversie stelt, dus over de door de H.R. geformuleerde rechtsregel aangaande de conversie. Thans de vraag: waar vandaan haalde de Hoge Raad deze regel.

Voorop wil ik stellen dat beide gevallen zeer sterk voor zich zelf spreken. Het nietig verklaren van een type huwelijks-

¹ R. G. GRUCHOT 68, 542.

² H. R. 17 October 1952, N. J. 1953, 476.

voorwaarden, die vroeger vrij algemeen voor geldig werden gehouden¹ en niet ongebruikelijk waren, is een zeer ernstige ingreep, vooral omdat alle echtelieden die eenmaal onder die voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden getrouwd zijn, daaraan niets meer kunnen veranderen. Het ligt dus zeer voor de hand dat de H. R. zich bezon om de ingreep die hij rehtens geboden achtte zo veel mogelijk te ontdoen van zijn onaangename consequenties². Kennelijk heeft hij zich toen — al of niet dank zij het in 1942 gepubliceerde stuk van CLAVAREAU³ de regeling van het Duitse B. G. B., par. 140, te binnen gebracht en een soortgelijke regel voor Nederland opgesteld.

Dat het B. G. B. tot voorbeeld heeft gestrekt acht ik buiten twijfel⁴, men vergelijke met de geciteerde overwegingen de tekst van par. 140 B. G. B. luidende:

„Umdeutung. Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen „Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein „würde.”

Voorts lette men er op dat in de Protokolle over de voorbereiding van het B.G.B. gezegd wordt⁵ „dass vielmehr über die Aufrechterhaltung des statthaften Rechtsgeschäfts der auf den ökonomischen Erfolg gerichtete Wille der Parteien entscheide”.

Dit past dus wel merkwaardig op de slotmotivering. Trouwens ook de term „Conversie” wijst op Duitse invloed. Het woord „Konversion” is in de Duitse litteratuur heel gebruikelijk. Vanwaar zou de H.R. dit anders gehaald hebben dan uit de Duitse litteratuur?

In Frankrijk en Zwitserland is wel eens een enkele monographie over conversie geschreven, men kan echter niet zeggen dat het daar een levende rechtsfiguur is. Fransen en Zwitsers zullen het voorbeeld niet gegeven hebben.

¹ Vgl. H. R. 7 Januari 1881 W. 4594 en ASSER-SCHOLTEN, *Familie-recht*, 8^e druk, blz. 174—175, VAN APeldoorn, N. J. B. 1944 blz. 107 e.v.

² Vgl. DE GROOTH, W. P. N. R. 3873—3874, *Conversie van nietige rechtshandelingen*, onder 3 en EGGENS, *Transpositie en Conversie* W. P. N. R. 3951—3952.

³ W. P. N. R. 3779 *Het leerstuk der Conversie*.

⁴ Vgl. DE GROOTH l. c.

⁵ Blz. 127.

KAMPHUISEN moge nu wel beweren¹ dat de GROOTH niet heeft aangetoond dat de H.R. par. 140 B.G.B. volgt, maar wanneer men een en ander naast elkaar stelt, is niet te ontkennen, dat de H. R. zich aan par. 140 heeft georiënteerd.

4. Rechtsgrond van de Conversie.

In de rechtsgelcerde wereld heeft het arrest van 1944 veel stof doen opwaaien.

In het algemeen is het toegejuicht², al rees direct de vraag waar de Hoge Raad het recht vandaan haalde dit leerstuk in te voeren³, de vraag dus naar de rechtsgrond van de conversie.

Ondanks overtuigende verdediging door DE GROOTH, EGGENS en BERKHOUWER is deze twijfel blijven bestaan. HOUWING in zijn noot onder het arrest van 1948, en RUTTEN⁴ zien eigenlijk geen rechtsgrond.

Hun redenering komt hierop neer dat zij zeggen: de verbintenissen na conversie vloeien niet voort uit overeenkomst, want partijen hebben de nietige rechtshandeling gewild en niet de nieuwe; uit de wet vloeien zij ook niet voort, want onze wet bevat, anders dan de Duitse, geen regel omtrent conversie.

De Hoge Raad zegt er niet veel over. Het arrest van 1948 bevat nog maar één argument: het is redelijke wetstoepassing. Hierin valt op dat de Hoge Raad spreekt van *wetstoepassing*, niet van redelijk zonder meer of van de redelijke toepassing van een *rechtsregel*. Aan de toepassing van welke wettelijke regels denkt de Hoge Raad hier? Het kan niet zijn de regel van 1374 B.W.; ten eerste geldt die, zoals RUTTEN zegt, niet voor nietige rechtshandelingen en ten tweede heeft de H. R. tot nu toe de beperkende werking van de goede trouw nog niet toegelaten⁵.

Het kunnen ook niet zijn de wettelijke regels omtrent

¹ Nogmaals: de Hooge Raad aan het convertceren W. P. N. R. 3876.

² Vgl. DE GROOTH, HOOG N. J. B. 1944, 129, v. D. GRINTEN, N. J. B. 1944, 155, DUPUIS, N. J. B. 1944, 187, BERKHOUWER, *Conversie van nietige rechtshandelingen*, Ac. Pr. Amsterdam 1946 en N. J. B. 1944, 232.

³ KAMPHUISEN N. J. B. 1944, 65 en W. P. N. R. 3876, VAN BLOM-MESTEIN W. P. N. R. 3876.

⁴ ASSER-RUTTEN blz. 440—441.

⁵ Dit laatste argument zegt misschien niet zoveel, want de Hoge Raad kan zeer wel „om” zijn op dit punt. De vrijheid, die hij genomen heeft om de conversie toe te laten kan zelfs als een nieuw argument daarvoor worden aangevoerd. Evenzo BERKHOUWER 121.

uitlegging van overeenkomsten. Een zeer vrije interpretatie van de overeenkomst zou men nog een redelijke toepassing bijv. van de artikelen 1378, 1379 en 1380 kunnen noemen, maar dan zou de hele conversie overbodig zijn en zou de Hoge Raad zich waarschijnlijk hebben aangepast bij de woorden van art. 1380 B. W.

De vraag aan de toepassing van welke wettelijke regels de H. R. denkt als hij van redelijke wetstoepassing spreekt, kan moeilijk anders beantwoord worden dan zoals de GROOTH¹ en BERKHOUWER² deden: aan de nietigheidsregels. Men krijgt daaromtrent zekerheid als men de aanhef leest van de laatste overweging in het arrest van 1944: „dat toch de wettelijke bepalingen omtrent de nietigheid van rechts-handelingen geenszins vorderen . . .”

Deze nietigheidsregels worden beperkt in hun uitwerking; hun strekking moet geëerbiedigd blijven, maar hun sanctie kan beperkt worden als en voorzover hun strekking dat toelaat. Het is het verfijnen, op billijkheidsgronden van die regels.

Het is de vraag of hiermede alles is geëxpliceerd.

Wel expliciteert het dat de nietigheidsregels niet altijd volledige nietigheid behoeven te produceren, mits maar hun ratio zijn effect houdt. Dit stuk van het conversie-begrip, deze rechtsverfijning heeft dan ook niet zoveel weerstand gevonden. Dit soort heilzame werkzaamheid van rechtspraak en litteratuur is ons vertrouwd genoeg³ dan dat daartegen het verzet zo lang zou worden volgehouden. Maar expliciteert het ook dat nu andere rechten en verplichtingen in de plaats gesteld mogen worden van de oorspronkelijke?

De ratio van de nietigheidsregels verzet zich daar niet tegen. Maar moet men niet zeggen: meer ook niet. Met name kan ik tenminste moeilijk inzien dat de ratio van de nietigheidsregels meebrengt de bevoegdheid om de nieuwe rechts-betrekking het aanschijn te doen geven.

Blijkbaar vindt de Hoge Raad dat die bevoegdheid wel bestaat. Als en voorzover zij niet uit de nietigheidsregels

¹ W. P. N. R. 3874.

² Blz. 88: niet relatieve nietigheid, maar relativering van de nietigheid.

³ Denk bijv. aan Hoge Raad 11 December 1942 N. J. 1943, 36, toepassing van de goede trouw op art. 1296 B. W. en aan Hoge Raad 20 December 1946 N. J. 1947, 59, dat de verhouding tussen de deelgenoten in een nalatenschap door de goede trouw wordt be-keerd. Denk ook aan art. 2014 en de goede trouw.

of hun ratio voortvloeit rijst de vraag: wat kan dan de grondslag zijn, de billijkheid en de goede trouw, tesamen met min of meer stoutmoedige interpretatie of is hier een volkomen nieuwe regel ingevoerd door de H. R., die we recht mogen noemen alleen omdat de H. R. zo oordeelt en men algemeen van oordeel is dat ze tot billijke resultaten voert?

Prof. SCHOLTEN¹ spreekt van een open systeem van ons recht, open omdat de meermalen niet volledig logisch te verantwoorden beslissingen hun plaats in het systeem van levend recht krijgen, de rechtspraak in de handhaving van het recht toch altijd weer iets nieuws aan het bestaande toevoegt. Maar een bladzijde verder zegt hij: „Doch dit is toevoegen, niet meer. Gevolg is, dat hij (de rechter) niet willekeurig nieuwe dingen in het leven kan roepen, maar aansluiting moet zoeken aan het bestaande”.

Is deze grens overschreden?

5. Is conversie au fond interpretatie?

Conversie komt pas aan de orde wanneer met interpretatie en met art. 1380 B. W. niets meer te bereiken is. Aldus CLAVAREAU² en BERKHOUWER³.

DE GROOTH heeft betoogd dat rechtsverfijning, redelijke wetstoepassing, evengoed mag bij negatief-beschermende regelen (de nietigheidsvoorschriften) als bij positief-beschermende. Hij ziet in de conversie van par. 140 B. G. B. en dus ook in die van de Hoge Raad in wezen interpretatie. Hij wijst op het Duitse woord waarmee par. 140 B. G. B. betiteld is: Umdeutung. In dit woord zit het „deuten”, dat is interpreteren⁴ in juridische zin.

¹ Algemeen Deel blz. 102 e.v.

² W. P. N. R. 3779—3781 (jg. 1942!) sub I.

³ Blz. 14 e.v.

⁴ Typisch is dat SILLER, Archiv für die Civilistische Praxis dl. 138 (1934) blz. 149, juist daarom het woord Umdeutung afkeurt. Hij prefereert Umwandlung of Neugestaltung. VON STAUDINGER-RIEZLER, 10^e druk, 1936 deel I Anm. 2 ad par. 140 keert zich tegen de „Umwandlung” omdat het veel meer gaat „um eine Aufrechterhaltung der wahren Gestalt des Rechtsgeschäfts”. Dat is dus de zelfde gedachte als van EGGENS, die in W. P. N. R. 3952 heeft opgemerkt dat het eigenlijk niet juist is om van een *nietige* rechtshandeling te spreken, immers dank zij de conversie is de rechtshandeling juist niet nietig. Alleen als zij niet geconverteerd zou worden, zou zij nietig zijn. Dit brengt tot de conclusie dat eigenlijk niet de rechtshandeling geconverteerd wordt maar de rechtsbetrekking.

En waar interpreteren volgens DE GROOTH is de vaststelling van datgene waartoe een rechtshandeling verplicht, is conversie, aldus de GROOTH, niet anders dan interpretatie van een rechtshandeling in verband met een nietigheidsvoorschrift. Gelden blijven dus de rechtsgevolgen die wel geoorloofd zijn en die in het bedongene opgesloten liggen als het mindere in het meerdere.

MEYERS heeft ervoor gewaarschuwd om hier nog van interpretatie te spreken, zulks in tegenstelling tot het geval van partiële nietigheid. Hij¹ maakt een scherp onderscheid. Bij de partiële nietigheid is ook hij van mening dat het beperkte geoorloofde rechtsgevolg toch intreedt, voorzover als zeker kan worden aangenomen dat de handelende personen ook dit beperkte rechtsgevolg gewild zouden hebben, wanneer zij wisten, dat het verder strekkende niet te bereiken is. Beslissend is wat als bedoeling van partijen mag aangenomen worden.

Voor MEIJERS maakt het geen verschil of het geoorloofde bestanddeel met het ongeoorloofde te zamen als één rechtsbegrip met eigen benaming optreedt, als men maar een deel van het beoogde gevolg kan handhaven. MEIJERS geeft als voorbeeld dat partijen beoogd hebben een zakelijk recht te vestigen, bijv. een erfdiensbaarheid, maar dit niet toegestaan is, bijv. omdat het heersend en het dienend erf niet aan elkaar grenzen; deze verplichting kan nog als persoonlijke verbintenis worden gchandhaafd².

Maar MEIJERS ziet groot verschil tussen deze gevallen en die waarbij niet een deel van het beoogde gevolg gchandhaafd wordt maar waarbij het verboden beoogd rechtsgevolg vervangen wordt door een ander geoorloofd, hetwelk ook in staat is het doel en de strekking van de rechtshandeling geheel of gedeeltelijk te verwezenlijken³.

¹ De algemene begrippen van het burgerlijke recht, blz. 233 e.v.

² Anders: v. D. GRINTEN, *Conversie of aversie* N. J. 1944, 157 en BERKHOUWER blz. 116, die hierin juist een voorbeeld van conversie zien.

³ Daarom is het niet juist bijv. art. 1906 B. W. als voorbeeld van wettelijke conversie te geven, zoals CLAVAREAU W. P. N. R. 3780, DE GROOTH W. P. N. R. 3873, BERKHOUWER 117 en v. BRAKEL I § 342 doen. Wel juist: SUYLING I n^o. 270b. Een goed voorbeeld van wettelijke conversie is art. 12 Wet Collectieve Arbeidsovereenkomsten (BERKHOUWER 117). Ik ben overigens van mening dat de wet-

Hij ziet hierin daarom zulk een verschil omdat de wil van partijen gezien moet worden in haar gericht zijn op de rechtsgevolgen, niet op de economische gevolgen. MEIJERS zegt dat als eenmaal duidelijk is dat een bepaalde rechtsvorm overeengekomen is, men niet door interpretatie de overeengekomen rechtsfiguur door een ander kan vervangen.

Even daargelaten of er zulk een principiële onderscheiding is tussen partiële nietigheid en conversie of vervanging door een surrogaat, zoals MEIJERS het noemt, ben ik het met MEIJERS eens dat conversie iets anders is dan een gewone toepassing der uitleggingsregels¹.

In zoverre behoort een eventueel artikel over conversie eerder bij de artt. 1374 en 1375 dan bij 1380 en 1383 B. W.

Maar toch liggen beide begrippen zeer dicht bij elkaar en is het zeer wel te verstaan dat de Hoge Raad zelfs een geval als partiële nietigheid behandeld heeft, dat volgens MEIJERS een voorbeeld van conversie is².

Trouwens MEIJERS zegt zelf dat het vaak moeilijk is te weten of men met conversie of partiële nietigheid te doen heeft.

Waarom zit nu het verschil tussen de opvattingen van DE GROOTH en MEIJERS? Naar mijn gevoelen in de vraag wat interpretatie is.

MEIJERS eindigt zijn beschouwing als volgt:

„Het recht kan natuurlijk een dergelijke vervanging door een surrogaat voorschrijven, het is echter een wijze van rechtsvinding, waarbij de rechter andere beginselen volgt dan bij de uitlegging.”

MEIJERS heeft dus een engere opvatting van interpretatie dan DE GROOTH, immers die „andere wijze van rechtsvinding” is naar MEIJERS’ opvatting geen uitlegging. Het verschil zit niet in onderscheiden gebruik van de woorden interpretatie en uitlegging. Het is niet zo, dat MEIJERS uitlegging alleen gebruikt voor overeenkomsten of andere rechtshandelingen en interpretatie alleen voor rechtsregels, terwijl DE GROOTH beide begrippen door elkaar bezigt. Neen,

telijke voorbeelden van conversie volstrekt niet gebruikt mogen worden als argument voor de stelling dat ons recht het principe van conversie in het algemeen kent.

¹ Aldus wel erg eenvoudig VAN BRAKEL, *Verbintenissenrecht*, derde druk, § 342.

² Hoge Raad 18 April 1941, 940, zie hieronder n^o. 7.

MEIJERS gebruikt het woord „interpretatie” ook voor het uitleggen van overeenkomsten, zie de zin, die aan de geciteerde vooraf gaat:

„Zijn er wetboeken, die, gelijk het Duitse in par. 140 doet, bij nietigheid van de gekozen rechtsfiguren haar vervanging door een economisch bijna gelijkwaardige toelaten, dan is dit geen *interpreteren*¹ meer maar een vervanging van het overeengekomene door een surrogaat, hetgeen partijen vermoedelijk zouden gekozen hebben als zij ermede rekening gehouden hadden, dat het overeengekomene onbereikbaar was.”

Het verschil tussen MEIJERS en DE GROOTH zit dus niet in de terminologie. Zou MEIJERS wellicht het uitgangspunt van DE GROOTH dat interpretatie in juridische zin is de vaststelling van datgene waartoe een rechtshandeling verplicht niet volledig aanvaarden? Ik vermoed het. In DE GROOTH's systeem is het nog interpretatie als vastgesteld wordt dat het gebruik of de billijkheid of de goede trouw boven het overeengekomene nog een bepaalde verplichting meebrengen. Ik vermoed dat MEIJERS dit niet interpretatie wil noemen. Hij blijft meer in het systeem van de wet, die ook onderscheid maakt. Zo geeft art. 1383 een regel van uitlegging en art. 1375 niet, terwijl DE GROOTH de consequenties van 1375 ook nog onder uitlegging brengt.

6. De diepere grondslag.

De grond van MEIJERS' verzet tegen de opvatting dat conversie ten slotte interpretatie is — zoals de leer van de partiële nietigheid tenslotte volgens MEIJERS interpretatie is — ligt in zijn verwerping van de opvatting dat de wilsverklaring niet op rechtsgevolgen maar op iets anders nl. op economische gevolgen gericht zou zijn. Hij toont aan dat dat onderscheid geen zin heeft, elk verschil in rechtsgevolg geeft ook verschil in economisch gevolg.

Daarmede ben ik het eens, niet zo eens ben ik het echter met de gedachte dat de leer van de partiële nietigheid niet anders dan interpretatie — in de enge zin — is. De splitsing tussen het weggekapte ongeldige en het overblijvende gel-

¹ Cursivering van mij. G. J. S.

dige gedeelte wordt wel gemotiveerd met de wil van partijen, waaromtrent immers moet worden nagegaan of zij dit beperkte rechtsgevolg gewild zouden hebben als zij geweten hadden dat het verderstrekkende niet te bereiken was. Maar dit criterium is in oprechtheid eigenlijk meestal niet te hanteren, er is eenvoudig daaromtrent geen partijwil geweest, de wil die iemand zou hebben gehad is nu eenmaal niet gewild¹.

Wat men eigenlijk doet, is zich afvragen of het redelijk is partijen aan het mindere te houden. Of, zoals Prof. SCHOLTEN zei², daar voldoende rechtvaardigingsgrond voor is. Met andere woorden: met pure interpretatie, in de zin van vaststellen wat partijen bedoeld hebben, komt men er ook bij partiële nietigheid niet. Bij de vaststelling van het rechtsgevolg speelt ook daar een objectief element mede dat moeilijk nader te omschrijven is dan als billijkheid of objectieve goede trouw³.

Bij conversie ligt dit alleen nog maar wat scherper, daar is het nog duidelijker dat men er met het opsporen van de bedoeling van partijen alleen nimmer komt. Dat er dus altijd andere factoren mee moeten spreken, wil men in een gegeven geval tot conversie kunnen komen. Dat is dan ook weer de billijkheid of de goede trouw, zoals EGGENS zo duidelijk heeft getekend⁴. Waarbij men in het oog moet houden dat naar EGGENS' opvatting het begrip van de goede trouw het gehele recht zoveel mogelijk dient te doortrekken en dus geenszins beperkt is tot een begrip uit het contractenrecht.

¹ Vergelijk ook SUYLING I 3e druk no. 270 b, die art. 935 als voorbeeld van legale conversie geeft.

² Noot onder H. R. 20 Mei 1938 N. J. 1939, 94.

³ Merkwaardig in dit verband is het volgende. Par. 139 B. G. B. verklaart de gehele rechtshandeling nietig als een deel nietig is „wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde“. Dus een vermoeden tegen partiële nietigheid. Par. 140 B. G. B. betreffende de conversie behelst zulk een vermoeden niet. OERTMANN B. G. B. Allgemeiner Teil, 1927 ad par. 140 Anm. 2a verklaart dit verschil als volgt: „Diese günstigere Behandlung rechtfertigt sich innerlich dadurch, dass die teilweise Nichtigkeit den vollen Eintritt des beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolges zu hindern pflegt, während die Umdeutung dessen Möglichkeit unberührt lässt, an sich nur das juristische Mittel, nicht den Zweck des Geschäftes ändert.“

⁴ W. P. N. R. 4093.

Ik ga dus met MEIJERS — en ook met BERKHOUWER — mee als ik zeg dat conversie niet is interpretatie *zonder meer*, maar tegelijk ook met EGGENS als ik met hem aanneem dat de goede trouw en de billijkheid kunnen maken dat de rechtsfiguur die partijen gekozen hebben vanwege haar (anders) nietig zijn, hervormd wordt.

Wie zoveel moeite hebben met het erkennen van conversie leg ik de vraag voor: zoudt Gij dan eigenlijk ook niet grote moeite moeten hebben met de partiële nietigheid? Als Gij daarmee werkelijk geen moeite hebt, dan is het nog slechts een stap om de conversie als een goed instituut te erkennen.

Merkwaardig is in dit verband de historie van de conversie¹. Zij is wel degelijk uit echte interpretatie voortgesproten. De Romeinse gegevens, waarop de Duitse Pandektisten hebben voortgebouwd, betroffen gevallen waarin subsidiaire wilsverklaringen waren afgelegd. Later worden die verondersteld. En nog later wordt de rechtsregel zonder meer erkend omdat zij billijk is. Een ontwikkelingsgang die wel meer bekend is².

In Duitsland heeft men het instituut in par. 140 B. G. B. neergelegd. Daar berust het kennelijk niet — althans sinds de invocring van het B. G. B. niet meer — op interpretatie. Daarom is het des te merkwaardiger dat toen het Keulse Hof³ eens Frans recht moest toepassen en converteren wilde, het dit deed met de motivering dat het beginsel van de conversie te vinden is in art. 1156 Code, dat is ons art. 1379 B. W.: dus een regel van interpretatie.

MEIJERS' betoog geeft mij nog aanleiding op te merken dat wat hij aanvoert tegen de opvatting dat conversie interpretatie zou zijn, volstrekt niet betekent dat conversie niet geoorloofd zou zijn. Er zit geen argument in tegen conversie.

In dit verband wil ik nog een enkele opmerking plaatsen naar aanleiding van MEIJERS' betoog dat de inderdaad gekozen rechtsfiguur — als ware deze de harde kern van de wederkerige wilsverklaringen — niet weggeïnterpreteerd kan worden.

De argumenten, die daarvoor pleiten, spreken veel minder

¹ Vgl. daarover DE GROOTH W. P. N. R. 3897 en BERKHOUWER hoofdstuk III.

² Denk bijv. aan de ontwikkeling van de ontbinding bij wanprestatie uit (of eventueel mede uit) de *lex commissoria*.

³ Vgl. SILLER I. c. blz. 179.

als partijen tot een *nietige* rechtsfiguur zijn gekomen. Immers de kracht van de gekozen rechtsfiguur, welke figuur anders het patroon levert waarnaar de interpretatie zich richt, werkt in zulk een geval — als men niet zou willen converteren — slechts negatief en afbrekend. De gekozen figuur zou beletten dat ook maar een der vele beoogde rechtsgevolgen zou intreden. Dat is niet nodig, de ratio der nietigheidsregel vordert dat niet, maar dan moet men teruggrijpen dwars door de gekozen rechtsfiguur heen op de beoogde gevolgen. Daarna kan men nagaan welke van deze beoogde gevolgen geschrapt mochten worden en of het restant naar billijkheid de nieuwe (of: eigenlijke) rechtsbetrekking kan vormen.

Dit is niet gewoon interpreteren, het is veel meer analyseren en wel analyseren van de beoogde gevolgen. Het nagaan van de beoogde gevolgen kan men echter op zijn beurt weer uitlegging noemen.

Juist omdat de gekozen rechtsfiguur vanwege haar nietigheid eigenlijk geen rechtsfiguur, maar een on-rechtsfiguur is, is er alle aanleiding om wel „uit te leggen” wat de economische bedoelingen waren.

7. Geldend recht.

De hierboven in punt 4 gestelde vraag of de Hoge Raad willekeurig een nieuw ding in het leven groepen heeft en zich zodoende aan grensoverschrijding heeft schuldig gemaakt, kan nu beantwoord worden.

Naar mijn mening is dit niet het geval. Stellig is wel iets nieuws ingevoerd en de Hoge Raad heeft ons een rechtsregel doen kennen die wij in Nederland tot dan niet kenden, maar willekeurig was deze creatie volstrekt niet.

Dat blijkt uit de ontwikkeling van het leerstuk van de gedeeltelijke nietigheid.

Aanvankelijk¹ was de wil van partijen de werkelijke grondslag.

Het afkappen van het ongeoorloofde was maar een oppervlakkige ingreep, in art. 935 B. W. voor testamentaire beschikkingen reeds bekend.

¹ H. R. 14 Maart 1929, N. J. 1929, 1382 W. 11963 en H. R. 20 Mei 1938 N. J. 1939, 94. Vergelijk WESTEROUEN VAN MEETEREN, SCHOLTEN-bundel blz. 333 e.v.

Daarna wees Prof. SCHOLTEN erop dat men er met een nagaan van de wil van partijen niet komt.

Men wordt zich de fictie bewust. Er blijkt een figuur in ons recht aanwezig te zijn die de wet bepaald in zijn algemeenheid niet kende, waarvan het al niet gemakkelijk meer te zeggen is dat de verbintenis uit de wil van partijen voortspuit. Partijen hebben het zo beperkt immers *niet* gewild.

Toen kwam het arrest van de H. R. van 18 April 1941, 940. Overeengekomen was dat Sietske van der Molen een echtpaar zou verzorgen en verplegen en daartegenover na het overlijden van beide echtelieden als legaat het huis met de inboedel zou krijgen. Het legaat wordt in een testament vastgelegd, maar na een paar jaren wordt dit testament herroepen. Sietske van der Molen vordert na het overlijden der echtgenoten van de erven schadevergoeding voor huis en inboedel. Het Hof te Arnhem wijst de vordering af — evenals de Rechtbank te Zwolle — omdat de overeenkomst in strijd was met art. 1370 I. 2 B. W. De Hoge Raad casseerde dit arrest. Eerst stelt hij vast dat (blijkens de vaststelling van het Hof) inhoud en strekking der overeenkomst was dat Sietske van der Molen zich verplichtte tot het verrichten van diensten waartegenover erflater zich verbond als tegenprestatie na beider overlijden huis en inboedel te geven, terwijl daarbij nog overeengekomen werd dat de wijze van vervulling van de verplichting zou bestaan in het toekennen van een legaat. Dit laatste beding is nietig, ook volgens de Hoge Raad. Maar dat maakt alleen dan de hele overeenkomst nietig als aannemelijk zou zijn dat de overeenkomst zonder het nietige beding niet gesloten zou zijn. Dit hangt af ten eerste van de aard van het gesloten contract, die volgens de H. R. die gevolgtrekking niet wettigt en ten tweede van de feitelijke omstandigheden, maar die zijn daaromtrent niet gesteld.

Even daargelaten of dit een geval van conversie is, duidelijk is dat de Hoge Raad zelf het behandelt als een geval van gedeeltelijke nietigheid. De constructie bij conversie is bepaald anders, dan is er geen sprake van nietigheid van een beding en geldigheid van de rest; die splitsing is dan zo niet mogelijk.

MEIJERS erop wijzend dat de H. R. 1 Februari 1855 W. 1617 precies zo geoordeeld had, heeft dit arrest in zijn

noot becritiseerd. De splitsing in twee bedingen achtte hij in dat geval niet mogelijk. Dat schijnt mij juist, het geval is typisch geschikt voor conversie; in zijn boek van 1948 noemt MEIJERS¹ het daarvan een voorbeeld. Maar men mag ook zeggen: het leerstuk van de partiële nietigheid werd — ter wille van de billijkheid — uitgerekt. En dit uitgerekte leerstuk werd element van ons rechtssysteem, en zo voorloper van de conversie, die er eigenlijk al in zat.

En toen kwam in 1944 het geval dat conversie wel moest opdringen. In dat geval sprak de billijkheid zeer sterk aan. Wat de weduwe wilde bereiken was niet behoorlijk, immers zij wilde de helft van het vermogen van haar overleden man krachtens huwelijksgoederenrecht inpijken, zulks hoewel dat zeker niet de bedoeling van partijen was geweest toen zij hun huwelijksgoederenrecht bepaalden.

In zulk een geval moet de jurist zoeken naar de mogelijkheid om daar rechtens een stokje voor te steken.

Bovendien was daar het eminente belang van alle andere echtparen die nu eenmaal op gelijksoortige huwelijkse voorwaarden gehuwd waren.

En zo werd de conversie geboren.

En zij bleef in leven, zie de beslissing van 1948 en de latere lagere jurisprudentie hierna onder n^o. 8 besproken. Deze ontwikkeling is zo geleidelijk aan gegaan, van stap tot stap, dat men zeker kan zeggen dat de Hoge Raad de grens niet overschreden heeft en niet „willekeurig” iets nieuws heeft uitgevonden.

Houwning komt in zijn noot onder H. R. 1948 ook tot de conclusie dat de rechter nieuw recht geschapen heeft. Enerzijds geeft hij toe dat het resultaat in beide gevallen billijk is, maar anderzijds heeft hij daartegen een ernstig bezwaar: het schept rechtsonzekerheid.

Mijns inziens valt die onzekerheid best mee — zij is volstrekt niet groter dan in Duitsland waar conversie in de wet staat — en is het bovendien zo erg niet, lang zo erg niet als de onrecht-zekerheid, die al zeer evident het gevolg zou zijn geweest als het geval van 1944 niet op conversie was uitgelopen en velen thans met een huwelijksgoederenrecht zouden zitten dat zij volstrekt niet gewild hebben. Het zou de overlevenden voor de grote morele moeilijkheid hebben

¹ De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht, blz. 234, noot 1. Evenzo VAN DER GRINTEN l. c. en BERKHOUWER blz. 29 e.v.

gesteld of zij zich in redelijkheid wel op het rechtsstandpunt — dus: algehele gemeenschap sec — zouden mogen stellen.

Ik beschouw de geschetste ontwikkeling als een typisch — en zeer gelukkig — voorbeeld hoe de openheid van ons rechtssysteem functioneert.

In punt 1 heb ik de rechtspraak van de H. R. *voorlopig* als uitgangspunt omtrent het geldende Nederlandse recht aanvaard; dit „voorlopig” kan nu verder verdwijnen. De leer van de Hoge Raad is Nederlands recht.

8. Latere lagere jurisprudentie.

Het geval van opzegging van een arbeidscontract tegen te vroege datum heeft navolging gevonden:

Rb. Utrecht 13 April 1950, 798, opzegging van een arbeidscontract wegens dringende redenen tegen een dag vóór de aanzegging; dit ontslag wordt geconverteerd in een ontslag op staande voet. Overigens slechts subsidiair omdat daar door interpretatie reeds tot de juiste datum kon worden gekomen. Er was nl. kennelijk een vergissing begaan.

Rb. Leeuwarden 13 Maart 1952 (zie H. R. 17 October 1952 N. J. 1953, 476), conform H. R. 1948.

Ktg. Schiedam 25 April 1950 N. J. 1952, 244. Proeftijd bij arbeidsovereenkomst aangegaan voor 6 maanden nietig ex art. 1639¹ geconverteerd in een proeftijd van 2 maanden¹. Hiermee te vergelijken is:

Pres. Almelo 28 April 1949 N. J. 1950, 360. Een huuropzegging tegen 1 April was in strijd met art. 1616 B. W., zij moet „geacht worden” te zijn gedaan tegen 1 Mei. Hij zegt m. i. ten onrechte niets van conversie of omzetting.

Een voorbeeld van een ietwat gewaagde conversie, geeft Rb. Utrecht 15 Maart 1950 N. J. 1951, 317.

Een moeder en haar minderjarige dochter Maria zijn voor 7/8 en 1/8 gerechtigd in de nalatenschap van de overleden man en vader. De moeder sluit pro se en q. q. (tenminste dat vermoed ik) ten aanzien van een tot de nalatenschap behorende slachterij een huurovereenkomst met optierecht echter zonder de door art. 451 *oud* B. W. voorgeschreven machtiging van de kantonrechter. Maria doet een beroep op de nietigheid van het optiebeding.

De Rechtbank stelt eerst vast dat de optie-verlening inge-

¹ Vgl. v. D. GRINTEN, N. J. B. 1944, 155.

volge het beginsel dat aan art. 492 Rv. ten grondslag ligt, in zijn geheel, dus niet slechts voor 1/8, nietig is. Vervolgens converteert zij dit nietige beding in een geldige voorwaardelijke optieverlening, onder voorwaarde namelijk dat het de moeder door toebedeling bij scheiding of anderszins zou toevallen.

Zij overweegt:

„dat het echter wel aan de moeder geoorloofd was om „het haar toekomende 7/8 onverdeeld aandeel in het „perceel te verkopen en dus ook ten aanzien daarvan „een optierecht te verlenen als een toekomstige zaak, „derhalve voor het geval dat dat perceel haar bij schei- „ding toebedeeld wordt dan wel op andere wijze aan „haar toevalt;

„dat het door de moeder van partij van den Berg „aangegane optiebeding de bestanddelen van een derge- „lijke voorwaardelijke optierechtverlening in zich bevat; „dat de Rechtbank verder van oordeel is dat de con- „tractpartijen ten tijde van het aangaan der litigieuze „overeenkomst voor het geval het beoogde rechtsgevolg „niet bereikbaar ware het wel bereikbare zouden hebben „gewild, immers uit die overeenkomst blijkt dat partij „Zeggelaar het litigieuze perceel voor eigen rekening en „risico wilde restaureren en moderniseren om het tot „een model slachterij te kunnen inrichten en dat in ver- „band daarmee het optiebeding is gemaakt;

„dat de Rechtbank het daarom redelijk acht om de „nietige toekenning van het optierecht om te zetten in „een geldige voorwaardelijke verlening van dat recht”;

En dan zit Maria eraan vast . . . als erfgename van haar inmiddels overleden moeder.

Daargelaten of aan de voorwaarde dat aan de moeder het perceel geheel is toegevalen, wel voldaan is, ben ik ook niet zeker of de toegepaste conversie wel geoorloofd was. Wanneer de moeder — en dit ligt toch voor de hand — pro se en q. q. het perceel heeft verhuurd en het optierecht heeft verleend, dan heeft zij voor zich zelf dus slechts voor 7/8 onverdeeld gedeelte optierecht verleend. Maar dan bevat deze optierechtverlening niet in zich de voorwaardelijke optierechtverlening van het gehele perceel. Alleen wanneer zij pro se en onvoorwaardelijk volledig optierecht verleend heeft, ligt daarin een voorwaardelijke optierechtverlening

besloten. Maar dan is conversie nauwelijks nodig en kan men de optierechtverlening wel als dusdanig voorwaardelijk interpreteren, zoals men voor men van conversie wist, ook al deed¹. De Rechtbank volgt overigens de door de H. R. in 1944 opgestelde regel. De eis van het „redelijke” betreft zij op de hele conversiehandeling. Dit schijnt mij een klein amendement van de Utrechtse Rechtbank dat in het oog gehouden moet worden.

9. Duits recht.

In punt 3 heb ik aangetoond, dat de H. R. zich heeft georiënteerd aan het Duitse recht. Alvorens onze wensen ten aanzien van het jus constituendum te ontvouwen, schijnt het daarom gewenst kennis te nemen van de betekenis van par. 140 B. G. B., hoe dit artikel uitgelegd wordt, zijn voor- en zijn nadelen en tot welke voor ons interessante twijfelpunten het aanleiding geeft. De geschiedenis van par. 140 B. G. B. wil ik niet ophalen, men kan haar vinden bij DE GROOTH en BERKHOUWER.

De plaats in het B. G. B. Par. 140 komt voor in de tweede titel (over Willenserklärung) van de derde Abschnitt (over Rechtsgeschäfte) van het Allgemeiner Teil. Deze tweede titel bevat bepalingen over de verklaring (116—118), dwaling (119—122), bedrog en dwang (123—124), vormvoorschriften (125—129), het inwerking treden van de wilsverklaring (130—132), uitlegging (133), ontoelaatbare rechtshandelingen (134—138), nietigheid, waaronder partiële nietigheid (139), conversie (140), bevestiging (141) en tenslotte Anfechtung (142—144).

Volgens de commentaar van de Reichsgerichtsräte² is het zo mogelijk in stand houden van voorgenomen rechtshandelingen *de ratio* van par. 140, zowel als van par. 155 luidende:

„Haben sich die Parteien bei einem Verträge, den sie als geschlossen ansehen, über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in

¹ Vgl. ASSER-MEYERS derde druk blz. 296, SUYLING V n^o. 247, KLASSEN-EGGENS, zevende druk, 542.

² 10^e Auflage. 1953 ad par. 140 en 139.

„Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, „sofern an zu nehmen ist, dass der Vertrag auch ohne „eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein „würde.”

als van par. 139 over de partiële nietigheid¹.

Het Reichsgericht 22 Mei 1930 Bd. 129 S. 123, zei daarover:

„Zwar ist nicht zu verkennen, dass bei der gesetz- „lichen Regelung der Konversion der Gedanke mass- „gebend war, einerseits die Nichtigkeitsvorschriften zu „achten, anderseits aber den rechtsunkundigen Par- „teien zu helfen wenn sie sich zur Erreichung eines „wirtschaftlichen Zwecks in Unkenntnis des Gesetzes „lediglich in dem angewandten Mittel vergriffen und „ihrer Willen zu einem nichtigen Geschäft kundgege- „ben haben . . .”

Het B. G. B. regelt de conversie nu eenmaal voor nietige Rechtsgeschäfte. Dat brengt mee dat men haar daartoe ook beperkt en bijvoorbeeld niet conversie wil toepassen bij de z.g. *nachträgliche Leistungsunmöglichkeit*². Uitgaande van de onderscheiding, die volgens de Motive het spraakgebruik van het B. G. B. kenmerkt, nl. dat drie begrippen te onderscheiden zijn:

- a. de wilsverklaring,
- b. de gerichtheid van de wil op het rechtsgevolg en
- c. de wettelijke bepaling, die de verwerkelijking van dat

rechtsgevolg toelaat, betoogt SILLER (blz. 158) dat conversie niet kan plaats vinden als de wet de vereiste *wilsverklaring nietig* verklaart, bijv. bij een rechtshandeling van een handelingsonbekwame. Aan de geconverteerde rechtshandeling moet toch altijd nog een wilsverklaring ten grondslag liggen, de oorspronkelijke wilsverklaring; wanneer die vernietigd is, ontbreekt volgens SILLER de basis voor conversie. Hij beroept zich op R. G. 30 April 1912 Bd. 79, S. 309, waarin inderdaad staat — zonder dat het daar over zulk een geval ging — dat conversie niet mogelijk is bij anfechtbare Geschäfte.

Niettemin mogen wij deze opvatting niet zonder meer

¹ Zie hierover blz. 161 noot 3.

² SILLER 165.

voor Duits recht houden. OERTMANN¹ onder anderen oordeelt anders, bij definitieve Unwirksamkeit wil hij par. 140 niet uitsluiten.

Eens is men erover dat in ieder geval bij vernietigbare, maar nog niet vernietigde rechtshandelingen conversie niet kan plaats vinden².

Naar Duits recht mag het gevolg van conversie niet zijn een vermeerdering van rechten en plichten. Hoewel dit m. i. ook reeds ligt in de voorwaarde dat de nietige rechtshandeling de bestanddelen van de andere rechtshandeling in zich bevat, baseert men in Duitsland deze eis vooral op de voorwaarde van die hypothetische wil³.

Dit komt dus neer op het beginsel van de *reductie*.

Enige tijd heeft men in Duitsland wel gemeend dat conversie altijd in een ander soort rechtshandeling moest plaats vinden en niet geconverteerd mocht worden in een gelijksoortige rechtshandeling met enkel andere inhoud. Dat wordt echter tegenwoordig niet meer verdedigd⁴. Het „entsprechen” biedt veel mogelijkheden.

In het algemeen is men van oordeel dat het beoogde wertschaftliche gevolg beslissend is, als dit maar min of meer benaderd wordt⁵. SILLER (171) wijst er echter op dat het doel ook niet wirtschaftlich kan zijn. Hij komt tot de conclusie dat het het rechtliche Zweck is, dat zo dicht mogelijk door de nieuwe rechtshandeling benaderd moet worden.

¹ Grote Kommentar, 3^e druk, 1927 ad. par. 140 Anm. 3 (blz. 513) en Vorbem. 6 vor Par. 140 ss (blz. 320). EVENZO PALANDT-(DANCKELMANN), 11^e druk 1953 Anm. 1 ad par. 140.

² Zie ook VON STAUDINGER-RIEZLER, 13^e druk, 1936 Anm. 5 ad par. 140.

³ SILLER, 163, 184:

Die Hauptbedeutung der durch das besondere Willensmerkmal gezogenen Grenze zeigt sich nämlich darin, dass das andere Geschäft jedenfalls nicht dem Konversion-Gegner mehr Verpflichtungen auferlegen darf als das ursprünglich beabsichtigte Geschäft. Der Fall, dass das andere Geschäft die gleiche Rechtslage herstellt wie das beabsichtigte, ist kaum denkbar. Die Regel ist, dass es demjenigen der aus dem nichtigen Geschäft berechtigt werden sollte, eine Einbusse bringt.

Vgl. ook R. G. 30 Juni 1932 Bd. 137 S. 176 en OERTMANN Anm. 2b ad par. 140, PALANDT Anm. I ad par. 140.

⁴ Vgl. SILLER blz. 148, 156 en 169, OERTMANN Anm. 2 c ad par. 140 en R. G. 5 April 1924 Bd. 108 S. 149.

⁵ Vgl. OERTMANN l. c. Zo ook veel rechtspraak, zie bijv. R. G. 30 Juni 1932 Bd. 137 S. 176.

In Duitsland is men het oneens over de vraag of conversie ook de *persoon* kan betreffen. Voor zover mij bekend acht het Reichsgericht het onmogelijk¹. OERTMANN heeft het bestreden. Hij geeft een voor Nederland veel betekenend voorbeeld²:

een testamentaire beschikking ten behoeve van een niet-rechtspersoonlijkheid hebbende vereniging zou z. i. zeer wel te converteren zijn in een beschikking ten bate van de gezamenlijke leden. Dit denkbeeld biedt een belangrijk nieuw aspect voor de leer van de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid!

Wie de nietigheid kende toen hij de rechtshandeling verrichtte kan naar Duits recht de conversie niet inroepen. Wij moeten er echter op letten dat men dit in verband brengt met een wetbepaling, die wij niet kennen: par. 817 B. G. B. Dit artikel sluit namelijk in zulk een geval de *condictio* uit; waar deze uitsluiting naar men aanneemt het karakter van een straf heeft, kan deze straf niet door conversie ontgaan worden.

Dubieus is of de andere partij dan conversie kan verlangen. De rechtspraak meent meestal dat dit niet kan. SILLER³ vindt het zeer onbillijk en bestrijdt het, ten minste als het nietigheidsvoorschrift niet straf ten doel heeft. Wanneer dat wel zo is, bijv. bij de woekerbepalingen is conversie ook zijns inziens onmogelijk. Bij maximumprijsbepalingen hangt het ervan af hoe men deze voorschriften moet uitleggen, of zij de nietigheid van de gehele overeenkomst ten doel hebben of alleen het surplus beogen te vernietigen. Als dat laatste het geval is, komt men echter aan conversie niet toe. Tot gedeeltelijke nietigheid of tot conversie schijnt de Duitse rechtspraak wel geneigd, vgl. R. G., D. R. 1939, 163 en R. G. H. E. Z. (Höchststrichterliche Entscheidungen, Zivilsachen van na 1945) 1, 98. Zie ook O. L. G. Hamburg 23 Juni 1949 H. E. Z. 2 Bd. 5 S 307, waaruit een heel nieuw element ingevoerd blijkt, nl. het algemeen be-

¹ R. G. 3 Maart 1909 Bd. 70, S. 358. Vgl. ook R. G. 26 October 1940 Bd. 165 S. 129.

² Vgl. de DRUVENSTREYN-zaak. Prof. SCHOLTEN wilde dit resultaat door uitlegging bereiken, Asser I, 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon blz. 159.

³ Blz. 159 en 182.

lang bij het instandhouden van overeenkomsten betreffende voor de bevolking noodzakelijke goederen. Zo converteerde O. L. G. Hamburg een overeenkomst waarbij een motor voor een vissersvaartuig geruild zou worden tegen vis, hetgeen verboden was, in een koop van de motor.

Tenslotte merk ik op dat volgens SILLER (185) de Duitse rechter par. 140 niet ambtshalve kan toepassen. Conversie dient de belangen van partijen, daarom kan niet geconverteerd worden tegen de wil van degenen die erdoor geholpen zou worden. Dit neemt echter niet weg dat het beroep op conversie niet uitdrukkelijk gedaan behoeft te worden, maar soms geacht kan worden in de stellingen van een der partijen opgesloten te liggen. SILLER waarschuwt echter daarmee voorzichtig te zijn. Het kan zijn dat de partij die de rechter helpen wil, de gevolgen van volledige nietigheid preferceert.

10. Italiaans recht.

Het oude burgerlijke Wetboek van Italië kende de conversie niet, wel echter het nieuwe van 1942.

Art. 1424 Codice Civile luidt:

„(Conversione del contratto nullo) Il contratto nullo „può produrre gli effetti di un contratto diverso, del „quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, „qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle „parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se „avessero conosciuto la nullità.”

Ik meen dat dit als volgt kan worden vertaald:

„(Omzetting van het nietige contract). Het nietige „contract kan met zich brengen de gevolgen van een „ander contract, waarvan het de vereisten van inhoud „en vorm in zich bevat; wanneer, gelet op het doel door „partijen nagestreefd, moet worden aangenomen dat zij „het zouden hebben gewild als zij de nietigheid gekend „hadden.”

Het is duidelijk dat deze bepaling op het B. G. B. geïnspireerd is. Het meest opvallende verschil is dat het handelt over nietige contracten, niet over nietige rechtshandelingen.

Naar een vooraanstaand Italiaans advocaat mij berichtte moet daaraan niet te grote waarde gehecht worden. Het Italiaanse wetboek kent niet een „algemeen deel”, zoals het Duitse, vandaar dat men er daar licht toe kon komen regels die eigenlijk wel algemeen voor rechtshandelingen gesteld hadden kunnen worden, als contractsregels te formuleren.

De Italiaanse Codice Civile zegt uitdrukkelijk dat het oorspronkelijke contract de vereisten van inhoud *en vorm* van het andere in zich moet bevatten. Het B. G. B. spreekt niet over het vormverciste, dat neemt echter niet weg dat ook in Duitsland altijd is aangenomen, dat conversie in een andere rechtshandeling, waarvoor een bepaalde vorm is voorgeschreven, slechts mogelijk is als de oorspronkelijke rechtshandeling aan die vormeis ook voldoet¹. Het ligt in de aard van de zaak; wanneer men dat niet zou aannemen, zou de vormeis ernstig ondergraven zijn. Blijkbaar heeft de Italiaanse wetgever dit duidelijk willen doen uitkomen.

Voorts biedt de Italiaanse wet nog iets meer houvast door uitdrukkelijk als uitgangspunt voor de vraagstelling te noemen het „gelet op het doel door partijen nagestreefd.”

II. Conversie niet afschaffen, maar opnemen in het nieuwe B. W.

Thans wil ik het oog op de toekomst richten: hoe moet het nu met de conversie gaan?

Uit het voorgaande volgt naar mijn gevoelen dat het instituut — hoe breed of hoe smal het ook zal zijn — niet weer afgeschaft moet worden. De argumenten daarvoor liggen voor de hand.

Ten eerste is *continuïteit* van het recht een belang dat eigen gelding heeft. Op degeen die de conversie wil schrappen rust de bewijslast van de wenselijkheid der schrapping. Het argument, dat de wet, ons huidig B. W., conversie niet toelaat, zal hij — daargelaten of het juist is — niet mogen bezigen, want wij moeten ons thans stellen op het standpunt van de wetgever die de conversie zowel kan behouden als afschaffen.

Ten tweede bevordert conversie de *billijkheid*, het is weinig

¹ Vgl. SILLER 177.

bestreden en m. i. beslissend. Partijen wilden een rechtsverhouding, zij deden het fout, niettemin krijgen zij zoveel mogelijk de begeerde rechtsverhouding.

De ratio van de huidige conversie bestaat uit twee stukken, die beide het rechtsgevoel aanspreken.

Ten eerste het beginsel dat nietigheid niet meer effect behoeft te hebben dan haar ratio eist. Achter een nietigheidsvoorschrift zit altijd een positief beginsel, waarom het eigenlijk gaat. Als dat maar gehandhaafd wordt, dan kan men met de rest van de beoogde gevolgen meer consideratie hebben. BERKHOUWER¹ wijst erop dat toepassing van conversie in het nulliteitenrecht beschouwd kan worden als pendant van de toepassing van de Schutznorm bij de vordering uit onrechtmatige daad. In beide gevallen wordt de regel beperkt door haar ratio. Een dergelijke rechtsverfijning betekent beter recht.

Het tweede beginsel van de conversie is dat de totale nietigheid bepaald zeer onbillijke gevolgen kan hebben. Het is dus wenselijk om die gevolgen zoveel mogelijk te vermijden, hetgeen geschiedt door uit de wel geoorloofde beoogde rechtsgevolgen een nieuwe rechtsbetrekking te construeren. Men laat de mensen niet meer de dupe van hun fout worden dan noodzakelijk is.

Conversie van nietige rechtshandelingen geschiedt dus *a.* omdat de ratio van het nietigheidsvoorschrift het gedooft en *b.* de billijkheid het gebiedt².

EGGENS legt sterk de nadruk op het laatste motief, het lijkt wel of naar zijn gevoelen het eerste daarin opgaat. Daarom komt hij ook zo gemakkelijk tot de conclusie dat conversie niet tot nietige rechtshandelingen beperkt moet blijven, maar bijv. ook mogelijk behoort te zijn bij niet-meer-uit te voeren verbintenissen, bij overmacht dus. Onder n^o. 22 zal ik over dit punt nog iets zeggen. Hier wil ik slechts vaststellen dat wij de mogelijkheid van conversie van nietige rechtshandelingen niet moeten schrappen uit ons recht maar moeten behouden.

Dit betekent nog niet dat conversie in de wet geregeld moet worden, men kan ook verdedigen dat deze nog zo jonge en weinig beproefde figuur beter onder 's rechters

¹ Blz. 89.

² Vgl. Reichsgericht 22 Mei 1930 Bd. 129 S. 123, hierover onder n^o. 9.

hand gevormd kan worden dan door de wetgever¹. Als niet een nieuw B. W. op stapel stond, zou ik veel voor dit argument gevoelen, maar in een nieuw B. W. behoort m. i. een regeling van de conversie zeker thuis.

Ten eerste moeten wij ons realiseren dat de vraag of een nieuwe regeling in het B. W. opgenomen moet worden eerder bevestigend beantwoord dient te worden nu wij een geheel nieuw B. W. tegemoet gaan, dan toen wij voor de vraag stonden of de regeling in het oude B. W. moest worden opgenomen. Juist als het gaat om een instituut, dat theoretisch niet zo gemakkelijk te plaatsen is.

Ten tweede zie ik het gevaar dat men uit MEIJERS' Algemene Begrippen² zou kunnen afleiden dat volgens hem conversie slechts door de wet voorgeschreven kan worden, en daaruit concluderen dat wanneer het nieuwe B. W. daarover niets zou behelzen, de bedoeling van de wetgever was om conversie uit te sluiten.

Ten derde, en dit vind ik belangrijker, is een bepaling in het nieuwe B. W. gewenst met het oog op de rechtszekerheid. Men werpe mij niet tegen dat ik hierboven (n^o. 7) beoogd heb dat de Hoge Raad goed deed toen hij de conversie invoerde. Dat oordeel berustte vooral op een afwegen der onzekerheid tegenover het voordeel van de billijkheid. Gelukkig was het echter dat de H. R. tegelijkertijd de regel — als in een wettekst — stelde, waarnaar de lagere jurisprudentie zich kon richten. Als het mogelijk is de regel zo te formuleren dat zij de nodige vrijheid laat, maar toch enige gebondenheid en dus vastigheid geeft, dan is een wettelijke regel te prefereren. Ik meen dat dit mogelijk is.

12. Wat kan geconverteerd worden.

Op grond van de in het vorige punt uiteengezette redenen moet de conversie dus in het nieuwe B. W. een plaats vinden. De eerste kwestie, die daarbij opgelost moet worden, is de vraag welk gebied de conversie dient te bestrijken. Kunnen alleen nietige overeenkomsten geconverteerd worden, of ook nietige bedingen, of ook nietige rechtshandelin-

¹ Vgl. aldus BERKHOUWER blz. 111 en CLAVAREAU, althans toentertijd, toen zij hun beschouwingen schreven.

² Blz. 235 slot.

gen die niet een overeenkomst of beding zijn; verder moet beslist worden of ook vernietigbare overeenkomsten en overeenkomsten of rechtshandelingen nietig wegens strijd met de goede zeden geconverteerd moeten kunnen worden. Er zijn er die nog verder gaan.

Onder de Nederlandse schrijvers gaat EGGENS¹ het verst. Hij heeft betoogd dat niet overeenkomsten of rechtshandelingen geconverteerd worden maar de rechtsbetrekking, en dan niet een nietige rechtsbetrekking maar de rechtsbetrekking die nietig zou zijn als ze niet geconverteerd werd. Conversie is zijns inziens aanpassing, herschepping van evenwicht. EGGENS kon de beperking dan ook niet vinden in de aard van de rechtsbetrekking — de al of niet nietigheid — maar wil haar bij alle rechtsbetrekkingen erkennen als zij zich uit een oogpunt van billijkheid opdringt. Zo noemt hij als wettelijk voorbeeld het z.g. oncigenlijke vruchtgebruik. Art. 804 B. W. zet nutteloos vruchtgebruik van verbruikbare zaken om in eigendomsoverdracht van deze zaken plus verplichting tot teruggave van een gelijke hoeveelheid gelijksoortige zaken. Als art. 804 B. W. niet in de wet stond, zou de rechter volgens EGGENS het vruchtgebruik van verbruikbare zaken aldus moeten kunnen converteren. Als voorbeeld van conversie bij rechtsbetrekkingen „uit de wet” noemde EGGENS de mogelijkheid om in een bepaald geval waar volgens art. 1272 B. W. als schadevergoeding een geldsom verschuldigd is, deze verplichting om te zetten in een verplichting tot levering van een bepaalde zaak. Direct na de oorlog drong zich deze gedachte op bijv. in het geval van een aanrijding tussen twee fietsers. De fiets van de onschuldige rijder was volkomen vernietigd, de schuldige rijder behoorde er niet af te zijn met betaling van f 50,— of f 100,—, waarvoor de onschuldige gedupceerde rijder geen fiets kon kopen — op eerlijke wijze kon hij trouwens helemaal geen fiets krijgen —. Voor een aanspraak van hem op de fiets van zijn schuldenaar was toe uit een oogpunt van billijkheid alles te zeggen.

Au fond komt de leer van EGGENS neer op het laten doordringen van de billijkheid van het concrete geval over het gehele terrein van het recht. De enige beperking ligt dan hierin dat de conversie zich als vanzelfsprekend moet op-

¹ W. P. N. R. 3952.

dringen, de billijkheid ervan dus evident is. Ik geloof dat EGGENS later de grenzen weer iets nauwer heeft getrokken, in zijn artikel¹ in 1949 over het tweede arrest van de H. R. spreekt hij nog maar alleen over rechtshandelingen. Hij onderzocht toen speciaal de betekenis van de wilsverklaring, deze betekent wat zij *behoort* te betekenen.

Ik vind EGGENS' gedachtengang, zelfs de eerstgenoemde, buitengewoon aantrekkelijk, maar adviseer toch haar niet in de wet neer te leggen en daarin wel een beperkte regel te formuleren.

Zou men EGGENS' oorspronkelijke opvatting tot een wettelijke regel maken dan zou dat wel een heel grote stap zijn in de rechtsontwikkeling, te vergelijken met de overgang van het contracten-systeem, waarbij slechts bepaalde, met name genoemde contracten *bona fide* ten uitvoer gelegd moeten worden, tot een contractenrecht, waarbij dat voor alle overeenkomsten geldt.

Een stap echter waarover eeuwen gedaan is. Wij leven tegenwoordig zeer snel, maar de kunst van de rechtstoepassing moet beoefenbaar blijven voor een niet te klein aantal personen. Het recht mag niet zo fijn en volmaakt worden dat alleen zeer grote artisten het goed — en dan ook prachtig — zouden kunnen hanteren. Daarom alleen wijs ik af dat in de wet wordt bepaald dat als de billijkheid van het concrete geval dat kennelijk is, de onbillijke rechtsbetrekking omgezet wordt in de billijke. Bij welke afwijzing tegelijk de hoop en de verwachting wordt uitgesproken dat het de rechtstoepasser een héél enkele keer te bar wordt en hij toch onder de machtige drang van de billijkheid de rechtsregel voor een bepaald geval reguleert zó dat het resultaat niet zeer-onbillijk zijn zal, maar billijk.

Uit het voorgaande concludeer ik dat conversie in ieder geval moet kunnen plaats vinden bij nietige contracten en bedingen. Er is geen enkele reden om bedingen niet ook te noemen. Voorts ook bij ander soort nietige rechtshandelingen. Het B. G. B. en de H. R. hebben dit reeds aangenomen. De Italiaanse wetgever houdt zich nu eenmaal niet zo opzettelijk met rechtshandelingen bezig en blijkbaar is men in Italië geneigd een bepaling als art. 1424 Codice Civile, hoe wel over nietige contracten handelend, zo nodig ruimer uit

¹ W. P. N. R. 4093.

te leggen. Deze uitbreiding lijkt reeds direct nodig om bijv. een onrechtmatig ontslag te kunnen reguleren. Men kan toch moeilijk zeggen dat een ontslag een overeenkomst is of een beding, ook al is het een rechtshandeling op basis van een overeenkomst. Verder kan ik mij zeer wel voorstellen dat een uiterste wilsbeschikking geconverteerd wordt, in Duitsland zijn daarvan voorbeelden¹.

Ook het afstand doen van een recht is een rechtshandeling, waarvan conversie goede reden kan hebben². De conversie moet kunnen plaats vinden van het gebied der overeenkomsten in dat van uiterste wilsbeschikkingen, ook daarvan bestaan in de Duitse rechtspraak voorbeelden³.

Ik zou het volgend voorbeeld voor Nederlands recht willen geven: Een jonge man van 19 jaar sluit een notariële schenkingsovereenkomst. Hij overlijdt en zijn vader vordert nu nietigverklaring van deze overeenkomst wegens handelingsonbekwaamheid van de jonge man. Ik kan mij voorstellen dat de rechter de overeenkomst dan converteert in een uiterste wilsbeschikking, die de jonge man krachtens art. 944 B. W. mocht maken.

13. Vernietigbare rechtshandelingen.

Met dit voorbeeld spreek ik mij uit niet alleen voor de mogelijkheid van conversie van rechtshandelingen die niet zijn overeenkomsten en bedingen, maar tevens voor de mogelijkheid van conversie van vernietigbare rechtshandelingen. Ik zie geen goede grond om, wanneer op de nietigheid een beroep wordt gedaan, en de nietigheid op grond daarvan zeker uitgesproken zou worden, conversie principieel niet toe te laten. De eis dat op de nietigheid beroep wordt gedaan, mocht wel gesteld worden omdat degene die zich op de nietigheid kan beroepen, het recht heeft dit na te laten. Zolang mocht de rechtshandeling als een geldige beschouwd worden.

Zoals hierboven vermeld is er Duitse rechtspraak die van oordeel is dat als de wet de vereiste wilsverklaring nietig verklaart, conversie onmogelijk is. Ten aanzien van de handelingsbekwaamheid gaat dit m. i. niet op omdat iemand tot

¹ Zie bijv. Recht 1908, n^o. 234 (SILLER blz. 190).

² Zie voorbeelden bij SILLER 190.

³ Zie bijv. Kammergericht Bd. 28 U 18 (SILLER blz. 190).

de ene rechtshandeling wel bekwaam en tegelijkertijd tot de andere onbekwaam kan zijn, in welk geval conversie voor de hand kan liggen. Ik denk niet alleen aan de leeftijd van 18 jaar die voldoende is voor het maken van uiterste wilsbeschikkingen, maar bijv. ook aan degene die beperkte handlichting gekregen heeft. Verricht zo iemand daden waartoe hij niet bekwaam is, die dus zijn vader of na zijn meerderjarigheid hij zelf kan aantasten, dan dient overwogen te worden of de rechtshandeling niet geconverteerd kan worden in een minder verstrekkende waartoe hij wel bekwaam is¹.

Zolang de getrouwde vrouw nog niet ten volle handelingsbekwaam is, liggen hier voor haar en voor hen die met haar handelden perspectieven. Is zij buiten gemeenschap gehuwd, dan kan een verboden beschikkingsdaad wellicht geconverteerd worden in een geoorloofde beheersdaad. Ook bij algehele gemeenschap kan men zich conversie denken, bijv. wanneer de vrouw voor een feest een grote hoeveelheid zilveren vorken en lepels of een piano koopt. Deze koop zou indien de man haar wil laten nietig verklaren, geconverteerd kunnen worden in huur. Het huren van zulke zaken voor een feest kan men in bepaalde omstandigheden wel als een huishoudelijke uitgave beschouwen.

Anders ligt de zaak bij vernietigbaarheid wegens dwang, dwaling of bedrog. Dan is voor de gedachtengang dat de rechtshandeling in zijn kern, de wilsverklaring, is aangetast, veel te zeggen². De onder dwang gegeven wilsverklaring is zo weinig werkelijk wilsverklaring en dus zo zeer nietig, dat zij ook geen grondslag voor een geconverteerde rechtsbetrekking kan zijn. Bij dwaling zou ik mij nog kunnen indenken, dat bijv. de koper van een schilderij, dat hij en de verkoper ten onrechte voor een Rembrandt hielden, het namaak-schilderij toch wel, maar voor zeer veel lagere prijs, wil hebben. Dan rijst echter automatisch de onoverkomelijke vraag: voor welke prijs?

Het ziet er dus wel naar uit dat conversie ook bij dwaling

¹ Heeft BERKHOUWER, blz. 571, deze mogelijkheid over het hoofd gezien toen hij conversie van rechtshandelingen vernietigbaar wegens onbekwaamheid ongeoorloofd verklaarde, omdat die vernietigbaarheid door de publieke orde geboden is en deze niet gefrustreerd mag worden?

² Vgl. SUYLING I, 1, 3^e druk n^o. 270b en VAN DER GRINTEN, N. V. 1953 blz. 111.

niet kan plaats vinden. Deze conclusie vindt bevestiging als wij haar confronteren met de diepere grondslagen van de conversie, die wij hebben aangetroffen. De eerste was dat de nietigheid niet meer effect behoeft te hebben dan haar ratio cist; als men van deze gedachte uitgaat, moet men erkennen dat in de gevallen van dwang, dwaling en bedrog de nietigheid volstrekt is en geen geldig stuk overlaat.

En de andere grondslag, de billijkheid, dringt de conversie in die gevallen ook niet op. De billijkheid schijnt in het bijzonder gewaarborgd door de bepaling van art. 1489 B.W. dat degeen tegen wie de rechtsvordering tot nietigverklaring is toegewezen, indien daartoe gronden zijn, vergoeding van kosten, schaden en interessen kan vorderen.

De vraag is of deze onmogelijkheid tot converteren uit de door de H. R. gestelde regel volgt. Men kan natuurlijk zeggen dat in deze gevallen de rechtshandeling niet de vereisten van een andere rechtshandeling in zich bevat. Ik vind dat echter niet evident genoeg, naar mijn gevoelen is door deze formule niet gewaarborgd dat men bijv. niet zou converteren een overeenkomst waarbij gedwaald is, bijv. bij de koop van een paarden collier dat niet echt blijkt te zijn, in een andere koop van een ander collier. Daarom acht ik het gewenst in een nieuw artikel over conversie een lid op te nemen:

„Conversie kan niet plaats vinden als de rechtshandeling nietig is wegens dwang, dwaling of bedrog.”

14. Strijd met de goede zeden of openbare orde.

De Duitse rechtspraak wil in geval van nietigheid wegens strijd met de goede zeden niet converteren¹. De nietigheid wordt dan als absoluut gezien, zulk een rechtshandeling mag geen rechtsgevolgen hebben, ook niet door conversie. DE GROOTH oordeelt evenzo², het kernachtig uitdrukkelijk: geen enkel bestanddeel is dan niet zondig.

Naar mijn mening ligt dit punt niet zo principieel. Natuurlijk, als inderdaad geen enkel bestanddeel niet zondig is, is conversie onmogelijk. Maar is dat wel altijd het geval? Het is inderdaad moeilijk een voorbeeld te vinden. Ik zou

¹ Vgl. SILLER 182.

² W. P. N. R. 3874.

mij kunnen voorstellen dat een beding te ver gaat, in strijd met de goede zeden is, bijv. een beding tot uitsluiting van alle aansprakelijkheid bij een contract van bewaarneming of vervoer, en dat zulk een beding geconverteerd wordt in een beding waarbij aansprakelijkheid zoveel mogelijk wordt uitgesloten. In de praktijk spreekt men dan meestal niet over conversie maar geeft men een zekere uitlegging aan het beding, zó dat het geoorloofd is. Het niet-geoorloofde gedeelte wordt eenvoudig weggeïnterpreteerd. Of het beding wordt slechts in zoverre nietig verklaard. Niettemin zie ik geen reden om in zulk een geval niet van conversie te spreken. Het is conversie van een eenvoudige soort, te vergelijken met het geval van de nietige opzegging die in een geldige geconverteerd wordt, waarbij men ook wel eens een gelijk resultaat eenvoudig met interpreteren heeft bereikt.

Hetzelfde geldt bij strijd met de openbare orde. Ik zie geen reden waarom niet soms slechts een bepaald element van een rechtshandeling in strijd met de openbare orde zou zijn, welk element men converterend zou kunnen elimineren.

Ook al komt het niet veel voor, omdat de eis niet te handelen in strijd met de goede zeden of de openbare orde, vaak vrij gchanteerd kan worden zodat direct en juist alleen het ongeoorloofde onderdeel van de rechtshandeling geëlimineerd kan worden, nochtans zijn er goede redenen om juist geen principieel verschil te maken tussen nietigheid wegens strijd met de wet en nietigheid wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde.

Het schijnt mij namelijk ongewenst om te doen alsof er zo principieel verschil bestaat tussen handelen in strijd met de wet en handelen in strijd met de goede zeden of openbare orde. Vaak verbodt de wet wat toch al in strijd met de goede zeden of openbare orde was. En als de wet iets verbodt wat tot dan niet in strijd met de goede zeden of openbare orde geacht werd, zijn blijkbaar de meningen daarover veranderd of in ieder geval bezig te veranderen. Anders zou de wetgever het verbod niet uitgevaardigd hebben.

Het is zeer betreurenswaardig dat er mensen zijn die van bepaalde wettelijke verboden beweren of propageren dat het z.g. louter-wettelijke verboden zijn, waarvan overtreding niet slecht is. Normaliter verdient een wettelijke regel respect, in de eerste plaats omdat zij wet is en in de tweede

plaats — in Nederland — omdat wetten op democratische wijze tot stand komen.

Als juristen behoren wij het respect voor de wet te bevorderen, wij doen dat niet door het onderscheid tussen strijd met de wet en strijd met de goede zeden of openbare orde belangrijk te maken, vooral als dat niet noodzakelijk is.

Mijn conclusie is dat nietigheid wegens strijd met de goede zeden of openbare orde in de conversieregel niet moet worden uitgezonderd.

15. Onbekendheid met nietigheid niet vereist.

BERKHOUWER¹ meent dat men de nietige handeling te goeder trouw moet hebben verricht, d.w.z. onkundig van derzelver nietigheid. Wie haar kende toen hij handelde of zelfs haar kon en behoorde te kennen, heeft volgens hem geen recht op conversie. In de zelfde geest DE GROOTH² en DUPUIS³.

Ik betwijfel of dit terecht wordt geëist. Misschien is het Duitse invloed, maar de Duitse leer op dit punt is voor ons niet zo belangrijk omdat men aanneemt dat krachtens par. 817 B. G. B. de condictie bij nietige verbintenissen een straf is, waaruit men vervolgens afleidt dat het bewust zijn van onzedelijk te handelen daarvoor nodig is. Die straf mag men naar Duitse opvatting door conversie niet ontgaan⁴. Van daar dat in Duitsland bij bewustzijn van de nietigheid conversie onmogelijk is.

Bovendien was in het eerste geval van conversie in Nederland de goede trouw zo evident dat men er toen licht toe kon komen haar een voorwaarde voor conversie te achten.

Het tweede arrest van de H. R. maakt dit al minder aannemelijk. Er blijkt daar niets van dat de werkgever die de arbeider had opgezegd de nietigheid van de opzegging niet kon en behoorde te weten. Trouwens meestal zal men in geval van handelen in strijd met de wet moeten aannemen dat men dit kon en behoorde te weten. Maar het maken van onderscheid zo, dat wie de nietigheid kende niet, maar wie

¹ Blz. 110 e.v.

² W. P. N. R. 3899.

³ PII. B. DUPUIS, de Hoge Raad tussen SCYLLA en CHARIBDIS, N. J. B. blz. 187.

⁴ Vgl. PALANDT Anm. 2B ad par. 817 en SILLER 182.

haar kon en behoorde te kennen wel aanspraak op conversie kan maken, is weinig acceptabel.

Er zijn nog meer redenen om de wetenschap van nietigheid irrelevant te achten.

Wie de wetenschap van nietigheid heeft, heeft nog lang niet de bekwaamheid en het inzicht hoe hij dan wel moet handelen wil hij zijn doel bereiken. Men kan bijv. in het geval dat de H. R. in 1948 besliste, veronderstellen dat de arbeider op het vernemen van het ontslag onmiddellijk tegen de werkgever zegt: dat is nietig. Maar dan weet de werkgever nog niet hoe hij het nu wel moet inkleden.

Ook als beide partijen wisten dat de rechtshandeling nietig was, maar bijv. vertrouwden dat zij haar toch zouden nakomen, kan conversie billijk zijn. Ook hun rechtsbetrekking moet zo billijk mogelijk afgewikkeld worden. Zonder conversie kunnen de gevolgen soms zeer onbillijk zijn. Er is dan vaak geen enkele reden dat de een die in strijd met de wet gehandeld heeft, er zoveel gunstiger afkomt dan de ander, die dat eveneens gedaan heeft.

Misschien zal men hier tegen een beroep willen doen op de H. R. 1948 „indien zij geweten had dat het beoogde rechtsgevolg niet bereikbaar ware”.

De formule's van de H. R. zijn voor het *jus constituendum* niet beslissend, maar bovendien meen ik dat deze woorden ten onrechte zouden worden aangehaald tegen mijn stelling dat onbekendheid met de nietigheid geen voorwaarde voor conversie is. In de eerste plaats is onbereikbaarheid van het gevolg niet hetzelfde als nietigheid. De nietige rechtshandeling kan, als er geen verzet tegen gedaan wordt, ook tot het beoogde gevolg leiden. Maar bovendien zie ik in deze zinsnede van de H. R. met EGGENS¹ de voorwaarde dat conversie in de gegeven concrete omstandigheden redelijk en billijk moet zijn en in overeenstemming met de goede trouw.

In ieder geval is mijn conclusie voor het *jus constituendum* dat onbekendheid met de nietigheid niet als voorwaarde moet worden gesteld².

De vraag of men de nietigheid kende en vooral of men die

¹ W. P. N. R. 3952.

² Vermoedelijk evenzo v. D. GRINTEN, die een aantal conversiemogelijkheden noemt (bijv. verboden loonvormen), waarbij twijfel over de nietigheid ab initio uitgesloten is (N. J. B. 1944, 157). Vgl. DUPUIS N. J. B. 1944, 191.

niet had kunnen en behoren te kennen, behoeft dus niet gesteld te worden; zo voorkomt men tevens vele geschillen daarover.

16. De elementen van de geldige rechtshandeling, die de nietige in zich moet bevatten.

Het essentiële deel van de formule van de Hoge Raad heeft de meeste weerstand en bezwaren opgeroepen. Ik bedoel dat de nietige rechtshandeling *in zich bevat* de bestanddelen van de andere rechtshandeling voor welke geldigheid de vereisten wel aanwezig zijn.

Niet alleen KAMPHUISEN¹ heeft hiertegen ernstig bezwaar gemaakt, maar ook HOUWING² weet met dit deel der regel niet goed raad.

KAMPHUISEN beweert dat de H. R. in 1944 van het in zich bevatten overgesprongen is op het juist niet in zich bevatten; een ernstige fout tegen de logica dus.

Ik wil voorop zetten dat de formule van de H. R. minder belangrijk is dan de beslissing. De beslissing is het belangrijkste en zij is — zoals hierboven betoogd en algemeen aanvaard — goed. Dit wil echter niet zeggen dat de formule niet te verbeteren zou zijn.

De beslissing van de H. R. past bij een regel als par. 140 B. G. B. „Entspricht es den Erfordernissen” betekent: voldoet het aan de vereisten. De formule van de H. R. lijkt dus wel heel veel op die van het B. G. B. Critiek op de formule van de H. R. moet dus wel haast ook critiek op de formule van het B. G. B. inhouden.

Toch is wel duidelijk waar de moeilijkheden schuilen: de nieuwe rechtshandeling is beslist niet gewild, alle elementen die daarvoor noodzakelijk zijn, kunnen dus eigenlijk niet aanwezig zijn³. Zijn ze wel aanwezig, dan is er alleen maar de vraag of deze afgesplitst kunnen worden van de ongeldige rest en heeft men met partiële nietigheid te doen en de conversie niet van node. Te ver gaat de Hoge Raad dus met de woorden: „voor welke geldigheid de vereisten wel aanwezig zijn”. Anderzijds is een objectief verband tussen de oude,

¹ W. P. N. R. 3876.

² Noot onder H. R. 1948.

³ Vgl. ASSER-RUTTEN 440.

nietige en de nieuwe geldige rechtshandeling noodzakelijk wil men niet tot allerzonderlingste consequenties komen.

Kan deze critiek ook op de Italiaanse Codice worden uitgeoefend? Ik geloof het niet. Het komt mij voor dat de Italianen dit gebrek van de Duitse regel, die ze natuurlijk bestudeerd hebben — hun oude Codice bevatte geen regel over conversie — ook gezien hebben en de regel in dit opzicht hebben willen verbeteren en ook inderdaad verbeterd hebben. Zij immers spreken van *i requisiti di sostanza e di forma*, de vereisten van inhoud en vorm. De vormkwestie nu even daargelaten, er is verschil tussen de inhoud van een contract en het contract zelf. Onder de vereisten voor een contract neemt de wilsovereenstemming, de wil van beide handelende partijen de eerste plaats in. Maar onder de vereisten voor de inhoud valt zij niet. *De wil is op de inhoud gericht, de inhoud omvat niet de wil*. Als de Italianen dus spreken van de vereisten van inhoud en vorm, hebben zij het juist over datgene van de vervangende overeenkomst dat op een of andere manier in de oorspronkelijke, nietige overeenkomst aanwezig moet zijn wil men kunnen converteren.

Ik stel daarom voor in dit opzicht de Italiaanse wetgever te volgen. En ook hierin, dat duidelijk uitkomt dat het tenslotte toch de rechtshandeling van partijen is, waaruit de rechtsbetrekking voortspuit, ook al is die rechtshandeling op de wijze zoals zij gesteld is, nietig. Art. 1424 Codice Civile stelt zonder iets te verdoezelen: *Il contratto nullo può produrre gli effetti enz.*, het nietige contract kan met zich brengen de gevolgen. Zo is het, en daarom moeten wij m. i. deze opzet ook volgen.

De wijze waarop de inhoud van de vervangende geldige rechtshandeling in de nietige aanwezig moet zijn, is echter niet zo eenvoudig, juist omdat men door de gekozen rechtsfiguur mag heen zien en soms moet heen zien naar de economische of andersoortige maatschappelijke strekking.

Om een voorbeeld al van CLAVAREAU op te halen: een nietig arbitraal beding kan soms geconverteerd worden in een geldig bindend advies, of een Duits voorbeeld: een nietige belofte tot verschaffing van de eigendom van een Grundstück kan worden omgezet in een geldige belofte tot verschaffing van levenslang vruchtgebruik van dit Grundstück.

Men moet dus door de gekozen rechtsfiguur heen mogen zien. Naar mijn gevoelen wordt dat belemmerd wanneer men

zonder meer zegt dat de nietige rechtshandeling de vereisten van de inhoud van een andere, geldige in zich bevat.

M.i. dient men de nietige rechtshandeling *in haar strekking* te onderzoeken. Onderzocht moet worden wat men wilde bereiken.

Men zou het begin van de regel als volgt kunnen redigeren¹:

De nietige rechtshandeling kan met zich brengen de rechtsgevolgen van een andere, geldige rechtshandeling, wanneer de nietige, *naar haar strekking bezien*, de vereisten van inhoud en vorm van deze andere in zich bevat.

Het woord *strekking*, wordt in onze wetgeving wel meer n deze geest gebezigd. Ik wijs op de z.g. strekkingsartikelen: art. 1576^h lid 2 B. W.:

Alle overeenkomsten, welke dezelfde strekking hebben, hetzij als huur en verhuur, hetzij onder andere vorm of benaming aangegaan, worden als huurkoop aangemerkt.

En art. 1 lid 5 Pachtbesluit:

Alle overeenkomsten, welke de in het eerste lid omschreven strekking hebben, worden als pacht aangemerkt, in welke vorm en onder welke benaming zij ook mogen zijn aangegaan.

In deze beide artikelen wordt de strekking gesteld tegenover de vorm en benaming, ook daar met het doel om door het juridische uiterlijk heen te zien.

Het is merkwaardig dat de Codice Civile dit element ook laat meespelen maar pas in het tweede gedeelte dat over de hypothetische wil van partijen gaat. Naar mijn mening past het beter in dit eerste stuk dat over de inhoud van de vervangende rechtshandeling handelt.

De „andere” geldige rechtshandeling mag een andere rechtsfiguur hebben dan de nietige, noodzakelijk is dat echter niet. Vergelijk de H. R. in 1948 en ook de reeds ver-

¹ De tekst van een mogelijk wetsartikel wordt hierna nog nader geformuleerd. Ik formuleer hier dus slechts een werk-tekst om gemakkelijker te kunnen betogen.

melde nieuwere Duitse meningen. Als men die beperking zou aanbrengen, zou men maar kwesties scheppen over de vraag of de vervangende handeling nu wel of niet een gelijke figuur heeft als de nietige; de beide stukken van de ratio van de conversie gebieden een beperking in dier voege dat de rechtsfiguur bepaald een andere moet zijn, volstrekt niet.

Anders ligt het met de vorm in de zin van de vormvereisten, zoals geschrift, akte, notariële akte, voor de vervangende rechtshandeling voorgeschreven. Deze moet juist wel aanwezig zijn. Een nietige rechtshandeling kan nimmer geconverteerd worden in een geldige, waarvoor een bepaalde vorm is voorgeschreven, wanneer de nietige rechtshandeling niet voldoet aan de vormvereisten voor de geldige gesteld. Als dit anders zou zijn, zou de vormeis ondergraven worden. Ik zie echter geen bezwaar waarom een in een nietige notariële akte neergelegde rechtshandeling niet geconverteerd zou kunnen worden in een andere rechtshandeling waarvoor een notariële akte vereist is, of alleen maar een akte of slechts geschrift. De Hoge Raad heeft dat in 1944 ook goed gevonden.

Daarom lijkt het mij juist ook in dit opzicht de Italiaanse wetgever te volgen. Zonder het te bepalen zou de rechter wellicht tot een zelfde resultaat komen, maar dat is geen reden dit vereiste niet te vermelden.

17. De hypothetische voorkeur van partijen.

Hoofdzaak is dat de nietige rechtshandeling naar haar strekking de vereisten voor inhoud en vorm van de geldige in zich bevat. Dat is een zuivere rechtskwestie, die de rechter ambtshalve behoort te beoordelen¹.

De Hoge Raad heeft dit in 1948 a fortiori gedaan door volledig tot conversie te komen, zulks hoewel daartoe geen cassatiemiddel was geformuleerd. Ik zeg a fortiori omdat de Hoge Raad de vraag van het „in zich bevatten” toen helemaal niet gesteld heeft; ik neem aan omdat dit evident was waar de rechtsfiguur opzegging dezelfde bleef.

Opvallend echter is dat de Hoge Raad de kwestie van de hypothetische voorkeur van degenen die de dienstbetrekking

¹ Vgl. hierover Houwing in zijn noot onder H. R. 19 Nov. 1948 N. J. 1949, 86.

opgezegd had, ook zelfstandig beoordeelt. Strikt genomen zou dat niet mogen, want de vraag wat iemand bedoeld heeft of wat hij bedoeld zou hebben, is in principe een feitelijke vraag. Het antwoord lag in die zaak echter zo voor de hand dat best te begrijpen is dat de H. R. de zaak niet teruggevoerd heeft maar direct zelf heeft beslist wat de opzeggende partij gedaan zou hebben als hij de nietigheid gekend had en dat de ander dat heeft moeten begrijpen.

Het komt mij voor dat dit geen uitzondering is, maar normaal. Daarom ben ik van oordeel dat de formule omtrent de hypothetische voorkeur negatief geformuleerd behoort te worden. Als inhoud en vorm van de geldige rechtshandeling in de nietige besloten liggen, ligt het voor de hand dat er geconverteerd wordt, tenzij aannemelijk is dat de handelende persoon of personen de gevolgen van nietigheid geprefereerd zouden hebben boven die van de geldige rechtshandeling.

Zulk een negatieve formulering is reëler, ook omdat men een hypothetische wil moet vaststellen. Als daarvan niets blijkt, noch in de ene noch in de andere richting, dan zal toch ieder *uit de strekking* van de nietige rechtshandeling, dus alleen uit het abstracte gegeven, tot de aanwezigheid van die hypothetische wil besluiten¹. Hoe zeer dat het geval is, leert het arrest van de H. R. van 1948.

Als echter blijkt dat de handelende partijen de gevolgen van nietigheid zouden geprefereerd hebben boven die van de geldige rechtshandeling, dan is er geen bezwaar tegen niet te converteren. Het gaat trouwens niet aan om deggen die conversie niet wenst, deze toch op te dringen, als hij aannemelijk kan maken, dat hij haar niet gewild zou hebben toen hij de rechtshandeling verrichtte. De billijkheidseis, waarop de conversie mede gegrond is, eist dat ook niet.

De negatieve formule zou kunnen luiden:

„tenzij aannemelijk is dat de handelende partijen de toestand, welke het gevolg van nietigheid zonder meer is, zouden hebben verkozen boven het wel bereikbare „gevolg”.

¹ Vgl. SILLER 183: Wird durch das andere Geschäft der mit dem wichtigen verfolgte Zweck ganz oder teilweise erreicht, so wird man grundsätzlich davon ausgehen müssen dass der Ersatz des wichtigen durch das andere Geschäft dem Parteiwillen entspricht. Deshalb scheint es *zutreffend, wenn die Verneinung der noch besonders gestellten Willensfrage als Ausnahme betrachtet wird.*

Dat deze wil beoordeeld moet worden naar het moment waarop de rechtshandeling werd verricht, behoeft niet apart gezegd te worden, het volgt uit het „*zouden* hebben verkozen”. Een ander moment komt niet in aanmerking.

Het zal vaak moeilijk zijn deze preferentie aan te tonen. Ik wil een voorbeeld geven hoe dat in een bepaald geval, dat veel is voorgekomen, zou kunnen. Tegelijk blijkt uit dat voorbeeld de noodzaak van een dergelijke bepaling over de hypothetische voorkeur.

BERKHOUWER¹ heeft in 1944 gemeend dat het conversie-arrest zeer belangrijk zou kunnen zijn om prijsovertredingen te corrigeren. Men zou dan kunnen converteren in een koopcontract voor de maximumprijs. Hij wist toen nog niet hoe erg het een half jaar later zou worden. Want de echte „pikzwarte” koopcontracten zijn van dien aard geweest, dat het duidelijk was dat de verkoper *zeer bepaald* conversie niet wenste, tenminste als de geleverde waar nog teruggegeven kon worden². Als dat niet meer kan, komt conversie op hetzelfde neer als nietigheid en heeft dan dus geen betekenis.

Anders zou het liggen bij een koop in strijd met een prijsvoorschrift dat — bijv. door onwetendheid — slechts weinig is overtreden. Dan zou conversie wel passen, tenminste indien het nietigheidsvoorschrift dat toelaat.

Uit het bovengegeven voorbeeld kan men afleiden, dat als partijen op het moment van de rechtshandeling de nietigheid gekend hebben, die wetenschap aanleiding kan zijn aan te nemen dat zij de gevolgen van nietigheid zonder meer zouden hebben verkozen boven die van de geconverteerde rechtshandeling. Hierboven sub 15 heb ik betoogd dat wetenschap van de nietigheid niet per se conversie belet, hier zien we dat zij het toch vaak zal doen.

18. Een voorbeeld hoe te converteren. Aanbesteding met een ongeoorloofde opzet.

Als intermezzo en bij wijze van illustratie van het voorafgaande wil ik thans een conversievraag in een ietwat ingewikkeld geval onder ogen zien.

¹ N. J. B. 1944, 232.

² Vgl. in dezelfde geest HOFMANN-VAN OPSTALL, Verbintenissenrecht 1947, blz. 316 noot 1, VAN DER GRINTEN, N. V. 1953 blz. 107.

VAN DER GRINTEN heeft onlangs de gevolgen onderzocht van aannemingscontracten waarbij gehandeld is in strijd met het Prijsvormingsbesluit 1941¹. Zoals bekend heeft de H. R. 31 Maart 1953, 485 n. B. V. A. R. overtreding van art. 1 Prijsvormingsbesluit 1941 aangenomen in een geval waarin een tamelijk ingewikkelde procedure was gevolgd tussen de aspirant inschrijvers ter vaststelling van de opzet. Als zij eenvoudig en geoorloofd gehandeld hadden, dan zouden de deelnemers alleen maar afgesproken hebben het bedrag dat ieder hunner op de door hem berekende aannemingssom zou zetten ter vergoeding van de kosten van de plannen van degenen aan wie het werk niet gegund zou worden. Zo simpel echter handelden zij niet, zij hadden een regeling getroffen dat men in een onderlinge bespreking een bedrag, het „blankcijfer”, desgewenst lager dan het uitgerkende, zou mogen noemen, om een extra kans te hebben het werk gegund te krijgen; daartegenover stond dat, nadat eerst de normale opzet was aangebracht, de laagste inschrijver daar nog een tweede bedrag boven op mocht zetten, waarvan hij een derde gedeelte zou mogen behouden om voor zich tot het door hem gecalculerde noodzakelijke bedrag te komen. Aan de anderen zou hij het twee-derde gedeelte van die opzet moeten afstaan als een soort prijs voor de extra kans die men elkaar gaf om het werk te krijgen als men dat nu eenmaal bijzonder graag wilde. Het zou de betrokkene dus niets kosten (immers de aanbesteder zou alles betalen), behalve misschien zijn goede naam. De anderen zouden hun inschrijvingssommen zodanig verhogen dat hun volgorde gehandhaafd zou blijven.

Met VAN DER GRINTEN² ben ik van mening dat de aldus in strijd met het Prijsvormingsbesluit tot stand gekomen aanneming nietig is. Verder meent hij dat conversie mogelijk is. Ik meen dat conversie soms wel en soms niet mogelijk zal zijn.

Als geconverteerd wordt, moet natuurlijk geconverteerd worden in dezelfde aannemingsovereenkomst voor een andere prijs. Maar voor welke prijs? Het ongeoorloofde stuk moet uit de overeenkomst verdwijnen; dat is de prijs *zoals deze berekend is*. Ongoorloofd is wat degenen die het werk niet gegund kregen, uit de tweede opzet zouden krijgen. Maar

¹ De ongeoorloofde opzet, N. V. 1953 blz. 106.

² Hij vindt dit niet gelukkig, maar meent dat de Hoge Raad er toe dwingt.

met dit ongeoorloofd element hangt onverbreekbaar samen het systeem om een irreëel te laag blankcijfer te mogen nemen en de consequenties daarvan.

Een voorbeeld moge een en ander verduidelijken. Stel de echte berekende prijzen zijn: A 100, B 105, C 110, D 120. B. wilde het werk echter bijzonder graag hebben en gaf in de vergadering met zijn collega's als blankcijfer op 90; stel de anderen gaven hun werkelijke bedragen op. Stel de eerste opzet is $4 \times 1 = 4$. De tweede opzet is $3 \times (105 - 90) = 45$. B. schrijft dus als laagste in voor 139. A, C en D krijgen dan van B ieder $1 + \frac{1}{3} \times 30 = 11$.

Dit was echter ongeoorloofd. De tweede opzet bestemd voor A, C en D, samen 30, moet vervallen. Maar B. moet nog een veer laten, immers alleen door het ongeoorloofde gemanipuleer met een blankcijfer is hij uit de bus gekomen en niet A, die normaliter voor 104 zou hebben ingeschreven. Meer mag de prijs dus niet zijn¹.

Als men de prijs op 104 stelt, is het niet waarschijnlijk dat de aanbesteder ooit aannemelijk zou kunnen maken dat hij de gevolgen van nietigheid zonder meer geprefereerd zou hebben boven die van een aanneming voor 104.

Met de aannemer staat het in dit opzicht echter anders. Ten aanzien van hem is twijfelachtig of hij de gevolgen van nietigheid zonder meer niet geprefereerd zou hebben nu de nieuwe prijs 5 onder de door hem eigenlijk verlangde prijs ligt². Dit is een feitelijke kwestie, afhankelijk van de vraag of aannemelijk is dat hij het werk ook nog wel voor iets lager zou hebben willen aannemen of niet. Dit hangt af van allerlei omstandigheden, die niet in abstracto te beoordelen zijn. Als de aannemer conversie niet wil, zal het hem vermoedelijk in zulk een geval meestal niet zo moeilijk vallen aan te tonen dat hij dit niet zou hebben gewild. Hij zal er echter mee moeten rekenen dat hij dan de schade (als die geleden wordt, bijv. omdat A niet meer voor 100 of 104 wil inschrijven) zal moeten vergoeden, waarbij men er toch van zal dienen uit te gaan dat de prijs 104 geweest zou zijn.

¹ Het is niet geheel duidelijk hoe v. D. GRINTEN de nieuwe prijs uitrekent. Hij zegt: voor de maximumprijs. Als ik hem goed begrijp is dat volgens hem in ons voorbeeld 109.

² Dit behoeft niet altijd zo te zijn, het komt door ons voorbeeld. Als niet B, maar A, een blankcijfer van 90 genoemd had, zou er geen kwestie zijn.

19. Conversie alleen als de billijkheid erdoor wordt bevorderd.

Tenslotte rijst de vraag: moet altijd geconverteerd worden als aan de bovengenoemde voorwaarden is voldaan, of alleen wanneer de billijkheid in het concrete geval daardoor wordt bevorderd. Mij dunkt het laatste¹. Wij hebben gezien dat twee beginselen aan conversie ten grondslag liggen; ten eerste dat de nietigheidsregel niet meer effect behoeft te hebben dan haar ratio eist en ten tweede dat de billijkheid erdoor wordt bevorderd. Het is dus ook redelijk om wanneer dat laatste niet evident is, conversie niet te doen plaats hebben.

EGGENS² meent dat deze voorwaarde al ligt in het „zo aannemelijk is dat zij die handelden, ten tijde van de handeling, voor het geval het beoogde rechtsgevolg niet bereikbaar ware, het wel bereikbare zouden hebben gewild enz.” Ik vind dat daarin niet zo duidelijk uitgedrukt, wil in dit opzicht echter hetzelfde als EGGENS en acht het daarom gewenst het duidelijker te doen uitkomen. Conversie kan achterwege blijven als de gevolgen van volledige nietigheid de billijkheid reeds voldoende aan trek doen komen.

BERKHOUWER³ wil kennelijk hetzelfde als hij betoogt dat versterking van belangenevenwicht te vrezen moet zijn.

Vermoedelijk bepaalt de Italiaanse Codice hetzelfde als hij zegt: *Il contratto nullo può produrre enz.* Het lijkt mij echter duidelijker om zo goed mogelijk te bepalen wanneer nu conversie kan plaats vinden.⁴

20. Ontwerp wettekst.

Op grond van de voorafgaande beschouwingen kom ik tot het volgende ontwerp voor een artikel over omzetting:

1. De rechtshandeling die nietig is of nietig verklaard moet worden, zal met zich brengen de rechtsgevolgen

¹ *Evenzo* Rb. Utrecht 15 Maart 1950 N. J. 1951, 317 die conversie toen redelijk achtte. Zie hierboven n^o. 8.

² W. P. N. R. 3952.

³ Blz. 103—105, zie ook blz. 114.

⁴ De drukproeven waren reeds klaar toen F. M. J. Jansen in W. P. N. R. 4338—4339 een artikel publiceerde getiteld: „Een minder aanvaardbare versie der conversie”. Zijn bezwaren tegen conversie van eenzijdige rechtshandelingen kunnen opgevangen worden door de eis dat de billijkheid door conversie bevorderd moet worden.

van een andere geldige wanneer zij, naar haar strekking bezien, de vereisten voor inhoud en vorm van deze geldige rechtshandeling in zich bevat.

2. Deze omzetting zal alleen plaats vinden wanneer de billijkheid daardoor wordt bevorderd en niet aanneemelijk is dat de handelende partijen, de toestand, welke het gevolg van nietigheid zonder meer is, zouden hebben verkozen boven het wel bereikbare gevolg.
3. Omzetting zal niet plaats vinden bij nietigheid wegens dwang, dwaling of bedrog.
4. Het bepaalde in dit artikel geldt eveneens voor bedingen die nietig zijn of nietig verklaard moeten worden.

21. Het resultaat.

Het resultaat van de conversie kan niet zijn wat BERKHOUWER verhoogd rechtseffect noemt. Ik ben het eens met de schrijvers¹ die zeggen dat toch eigenlijk altijd iets minder bereikt wordt dan beoogd was. Het kan niet anders, het mindere kan toch het meerdere niet omvatten. In een bepaald geval kan men misschien dank zij de toevallige constellatie hetzelfde bereiken als beoogd was — vgl. het Utrechtse geval van 1950 — meer bereiken kan nooit. Dit is een dogmatisch geboden conclusie. BERKHOUWER² meent een voorbeeld van verhoogd rechtseffect gevonden te hebben: in de procedure tussen de oude en de jonge mevrouw Luden³ is een beding in een schenkingsovereenkomst wegens strijd met art. 1370 B. W. nietig verklaard. Als conversie billijk geweest was, zou volgens BERKHOUWER deze mogelijk geweest zijn in een droit de retour volgens art. 1709 B. W. En dat beding heeft zakelijke en dus verhoogde werking. Naar mijn mening mag dat niet en zou men niet verder mogen gaan dan zulk een droit de retour zonder zakelijke werking als die zakelijke werking niet ook al in het oorspronkelijke beding lag.

In zoverre vindt dus altijd min of meer reductie plaats bij conversie. Zij kan zich op zeer verschillende manier voordoen. In het geval van de voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden lag de reductie in het feit dat in het bijzonder der-

¹ Zie bijv. DE GROOTH W. P. N. R. 3873—3874, SILLER 163, 185.

² Blz. 114.

³ Zie H. R. 3 Maart 1944, 255.

den van enige gemeenschap van winst en verlies niets bemerkten. De ten opzichte van hen beoogde rechtsgevolgen treden niet in; evenmin de zakenrechtelijke gevolgen tussen partijen. In het geval van 1948 is daarentegen slechts het gevolg dat de werkgever zijn doel pas wat later bereikt dan hij beoogde.

22. Nog ruimer toepassingsgebied?

Tot slot wil ik de vraag onder ogen zien of conversie ook toegelaten moet worden in andere gevallen dan bij nietige rechtshandelingen. Volgens MEIJERS¹ is het zo dat als echte conversie mogelijk is en men dus het beoogde resultaat vervangen mag door een economisch ongeveer gelijkwaardig surrogaat, men zich op het terrein van uitlegging en inhoudsbepaling van rechtshandelingen bevindt, en dus de vraag of conversie mogelijk is niet tot nietige rechtshandelingen beperkt is, maar ook rijst bij rechtshandelingen die door later intredende omstandigheden haar beoogd rechtsgevolg niet meer kunnen hebben. RUTTEN² gaat nog verder, hij overweegt conversie niet alleen in dit geval, maar ook nog bij rechtsverhoudingen, die niet uit een rechtshandeling zijn voortgevloeid.

Dit laatste gaat te ver. Hier geldt wat ik in n^o. 12 al heb betoogd ten aanzien van EGGENS, wiens opvattingen — althans in 1946 — tot een te grote wijziging van het geldende recht zouden voeren. Veel beperkter is echter de vraag of conversie ook mogelijk moet zijn bij rechtshandelingen die door later intredende omstandigheden haar beoogd rechtsgevolg niet meer kunnen hebben.

Naar mijn mening kan een soort conversie daar ook zeer wel op haar plaats zijn. Men moet deze conversie echter niet over een kam scheren met de „klassieke” conversie van nietige rechtshandelingen. Als men daarmee zou beginnen zou de conversie een onbruikbare slokop worden, bijv. van grote delen van het schadevergoedingsrecht, waarbij ik denk aan omzetting van een verplichting tot nakoming in een tot schadevergoeding, en een tot betaling van een som gelds als schadevergoeding in een tot het presteren van iets anders dan geld.

Conversie is een instituut van de billijkheid dat op het

¹ Algemene Begrippen blz. 234.

² ASSER-RUTTEN blz. 437/38.

gebied van de nietige rechtshandelingen tot leven is gekomen. Wellicht is voor een gelijksoortig instituut ook op andere gebieden een toekomst weggelegd, dat neemt niet weg dat de uitwerking aan de bepaalde categorie gevallen gebonden is en telkens verschillend zou moeten zijn.

Volledige nietigheid van een rechtshandeling kan onbillijk zijn, conversie kan soms helpen. De gevolgen van een later intredende onmogelijkheid om een verbintenis na te komen, kunnen wellicht ook onbillijk zijn; ook dan zou een soort conversie misschien kunnen helpen.

Men moet deze vraag echter benaderen vanuit de gevolgen van nietigheid of vanuit die van het onmogelijk worden van een aangegane verbintenis. Het een is niet hetzelfde als het ander; dat blijkt al direct wanneer men bedenkt dat het bij conversie van nietige rechtshandelingen gaat om een *juridisch* surrogaat, terwijl het bij overmacht vooral om een *feitelijk* surrogaat zal gaan. Ik kan geen koffie meer leveren, moet ik nu een goed koffiesurrogaat leveren?

De conversie is een billijkheidsinstituut dat onbillijke gevolgen van andere rechtsregels soms kan verzachten. Die andere rechtsregels zijn primair, zij moeten het uitgangspunt voor een onderzoek zijn.

Een onderzoek hoe conversie van niet meer uit te voeren verbintenissen zou behoren te worden geregeld, leek mij hier niet op zijn plaats. Eerst zouden dan vragen van nog veel groter importantie moeten worden opgelost. Ik denk daarbij niet alleen aan de werking van overmacht, maar vooral aan de vraag naar de beperkende werking van de goede trouw. Wanneer deze zou worden erkend, zouden stellig vele van de bezwarende gevolgen van later intredende onmogelijkheid tot nakoming opgevangen kunnen worden. Als we de ontwikkeling van de Nederlandse rechtspraak en litteratuur nagaan, ligt het aanknopingspunt voor een goede regeling van de bezwarende gevolgen van gewijzigde omstandigheden ook eerder bij de beperkende werking van de goede trouw dan bij de conversie. Trouwens met een combinatie van beperkende en uitbreidende werking van de goede trouw kan men al dicht in de buurt van conversie komen.

Dat onderwerp schijnt mij thans echter niet aan de orde. De Italiaanse en Duitse wetgever beschouwen de conversie ook slechts als een regel omtrent nietigheid.

INHOUD

Nr.	Blz.
1. Inleiding	151
2. De arresten van de H. R. van 1944, 1948 en 1952	151
3. Rechtsbron	155
4. Rechtsgrond	157
5. Is conversie au fond interpretatie?	159
6. De diepere grondslag	162
7. Geldend recht	165
8. Latere lagere jurisprudentie	168
9. Duits recht	170
10. Italiaans recht	174
11. Conversie niet afschaffen, maar opnemen in het nieuwe B. W.	175
12. Wat kan geconverteerd worden	177
13. Vernietigbare rechtshandelingen	180
14. Strijd met de goede zeden of openbare orde . . .	182
15. Onbekendheid met nietigheid niet vereist	184
16. De elementen van de geldige rechtshandeling die de nietige in zich moet bevatten	186
17. De hypothetische voorkeur van partijen	189
18. Een voorbeeld hoe te converteren. Aanbesteding met een ongeoorloofde opzet	191
19. Conversie alleen als de billijkheid erdoor wordt be- vorderd	194
20. Ontwerp wettekst	194
21. Het resultaat	195
22. Nog ruimer toepassingsgebied?	196

Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons B.W. gewenst?

Praeadvies van Prof. Mr J. H. Beekhuis

HOOFDSTUK I. ALGEMENE BESCHOUWINGEN.

1. Inleiding.

Wanneer een geheel nieuw leerstuk of een nieuwe rechtsopvatting in een rechterlijke beslissing naar voren wordt gebracht, zullen deze over het algemeen zijn voorbereid door een uitgebreide rechtsliteratuur. Als gevolg van de neiging van de rechter zijn rechtscheppende functie zo veel mogelijk op de achtergrond te stellen¹, zal hij er in de regel voor terugschrikken een nieuwe rechtsopvatting te verkondigen, die van te voren niet door een groot deel van het juridisch publiek aanvaard is. Het getuigt daarom van grote durf, dat de H. R. in het arrest van de Water contra van Hemme het leerstuk van de conversie uit het Duitse recht in ons recht heeft overgeplant, terwijl dit tevoren in onze rechtsliteratuur nog slechts een zeer bescheiden plaats had ingenomen². Hoezeer ons hoogste rechtscollege de schrijvers hierdoor heeft opgeschrikt, blijkt wel uit de vloed van artikelen, die sindsdien op het arrest is gevolgd³. Critiek heeft anticritiek uitgelokt en zelfs de moeilijke omstandigheden in de laatste oorlogsjaren hebben de schrijvers er niet van weerhouden

¹ Zie DRUJMSA, De woorden der wet of de wil van de wetgever, door mij besproken in W. P. N. R. 4112.

² Het enige belangrijke artikel, dat vóór het arrest over conversie verschenen is, is van CLAVAREAU (W. P. N. R. 3779, zie ook Hulp-overeenk. p. 299 c. v.). ASSER-VAN GOUDOEVER wijdt er slechts 6 regels aan (p. 279). Zie verder v. HAMEL, De leer der nulliteiten, p. 151, EGGENS, Praeadvies 1936, Verz. Opstellen 417.

³ Zie de literatuur opgesomd in ASSER-RUTTEN, p. 436, waarbij nog te voegen KAMPHUISEN, W. P. N. R. 4156, 4157, 4221 en JANSEN, W. P. N. R. 4338 en 4339.

in de strijd partij te kiezen. En thans is de critiek op het arrest nog niet verstomd. Wel zijn de tegenstanders van de conversie geneigd te erkennen, dat de rechter in die gevallen, waarin zij tot dusver is toegepast, billijke resultaten ermee heeft weten te bereiken, maar zij achten het toch bedenkelijk, dat de H. R. het principe van conversie heeft erkend, zonder dat dit op de wet gegrond is, m. a. w. zij zien de in leer van de H. R. een nieuw voorbeeld van te grote rechterlijke vrijheid tegenover de wet. Anderen beschouwen daarentegen de conversie als een geheel overbodig leerstuk, omdat men, hetzij door interpretatie van de betreffende nietigheidsvoorschriften, hetzij door toepassing van de beginselen van de partiële nietigheid, dezelfde resultaten kan bereiken. Dit alles maakt het onderwerp voor een bespreking in een vergadering van de N. J. V. bijzonder aantrekkelijk.

Uiteraard zal hierbij het zwaartepunt moeten liggen bij het huidige recht. Is het mogelijk onder de gelding van het bestaande B. W. een grondslag voor de conversie te vinden? Op welk gebied en onder welke voorwaarden verdient zij toepassing te vinden? Eerst na beantwoording van deze vragen zal men zich kunnen bezinnen op de noodzaak van een toekomstige wettelijke erkenning en regeling van het instituut. Maar alvorens mij aan de beantwoording van al deze vragen te kunnen zetten, zal het nodig zijn een nauwkeurige begrenzing te geven van het begrip „conversie”, waardoor het onderwerp van dit praeadvies nader bepaald zal kunnen worden.

2. Betekenis van het begrip „conversie”.

Wanneer men zich met het onderwerp „conversie” gaat bezighouden, stuit men al dadelijk op de moeilijkheid, dat het begrip door de schrijvers in geheel verschillende betekenis wordt gebruikt. Naar de letter betekent conversie niets anders dan „omzetting” of „wijziging”. Men kan dus volhouden, dat in alle gevallen, waarin een bestaande rechtsbetrekking een andere inhoud verkrijgt dan zij tevoren bezat, conversie plaats vindt. Hierbij kan in het midden gelaten worden, of de wijziging intreedt als gevolg van veranderde omstandigheden (men denke b.v. aan overmacht), dan wel tengevolge van een wilsverklaring van een of meer

van de bij de rechtsverhouding betrokken partijen of als gevolg van een rechterlijk vonnis. Het zal duidelijk zijn, dat, wanneer het begrip in zo ruime zin zou worden genomen, een samenvattende behandeling, zeker in een *pracadvies*, niet mogelijk is. Het zal dus nodig zijn het begrip in verschillende opzichten nader te omgrenzen.

3. Conversie alleen van rechtshandelingen.

Blijkens de formulering van het onderwerp heeft het Bestuur alleen gedacht aan conversie van rechtshandelingen, of — misschien juister — van rechtsbetrekkingen, die uit rechtshandelingen zijn voortgevloeid. In dit opzicht heeft het Bestuur zich gesteld tegenover EGGENS, die het conversie-vraagstuk ook betreft op rechtsbetrekkingen, ontstaan uit andere oorzaak, b.v. bij verbintenissen uit onrechtmatige daad¹. Hij stelt het voorbeeld, dat een handelaar machines gekocht heeft, waarvan hij wist of behoorde te weten, dat zij van diefstal afkomstig zijn. Zijn deze machines door schuld teniet gegaan, dan acht hij het mogelijk, dat in bijzondere omstandigheden de verplichting tot schadevergoeding zou worden geconverteerd in een verplichting tot levering van soortgelijke machines, b.v. wanneer de handelaar deze voorradig mocht hebben. EGGENS wijst in dit verband op art. 23 van het Besluit Herstel Rechtsverkeer, dat de Raad voor het Rechtsherstel bevoegd verklaart tot wijziging van de tijdens de vijandelijke bezetting tot stand gekomen of gewijzigde rechtsbetrekkingen, zonder dat het hierbij verschil maakt, of de rechtsbetrekkingen al of niet zijn ontstaan als gevolg van rechtshandelingen van partijen. Ik wil in het midden laten of een dergelijke ruime rechterlijke bevoegdheid in het algemeen wenselijk zou zijn en of het aanbeveling zou verdienen ook bij wijziging van rechtsbetrekkingen, die niet uit een rechtshandeling zijn voortgevloeid, het woord „conversie” te bezigen. In ieder geval betreft het hier niet een vraag, die ik tot het terrein van mijn onderzoek behoef te rekenen.

4. Conversie alleen bij nietige rechtshandelingen.

Een andere belangrijke beperking blijkt niet direct uit de formulering van het onderwerp, maar mag m. i. wel voor-

¹ W. P. N. R. 3952.

ondersteld worden. Conversie in de meest gebruikelijke zin heeft alleen betrekking op nietige rechtshandelingen, d. w. z. rechtshandelingen, die i. v. m. de bepalingen van het positieve recht niet de door partijen beoogde rechtsgevolgen tot stand brengen. Ook in dit opzicht huldigt EGGENS een ruimere opvatting. Volgens hem zou men ook bij geldige rechtshandelingen van conversie kunnen spreken, wanneer op grond van de goede trouw wijziging van de gevolgen van deze rechtshandelingen geboden lijkt¹. Zou ik hierin met hem meegaan, dan zou ook dit tot een onafzienbare uitbreiding van het te bespreken onderwerp leiden. Ik zou mij dan b.v. niet kunnen onthouden van een bespreking van de vraag, in hoever de rechter de bevoegdheid moet toekomen verbintenissen uit overeenkomst op grond van de goede trouw te wijzigen of op te heffen, een vraag, die reeds enige malen het onderwerp van debat van de N. J. V. uitmaakte². Ik meen veilig te kunnen aannemen, dat dit niet de bedoeling geweest is van het Bestuur, en zal dus uitgaan van de gebruikelijke opvatting, die het begrip „conversie” beperkt tot nietige rechtshandelingen.

Dit verplaatst ons dadelijk in de problematiek. Want weliswaar spreekt het Bestuur van conversie van rechtshandelingen, maar het is duidelijk, dat de handeling op zichzelf — het feitelijk gebeuren — zich niet voor conversie — wijziging — leent. Bedoeld is dus conversie van de rechtsbetrekkingen, die uit de rechtshandelingen zijn voortgevloeid. Maar wanneer de rechtshandeling nietig is, vloeien er geen rechtsbetrekkingen — althans niet de beoogde rechtsbetrekkingen — uit voort. Wijziging van deze rechtsbetrekkingen is dus niet mogelijk. Wel kan men aannemen, dat de rechtshandeling in plaats van de rechtsbetrekkingen, die partijen beoogd hadden, andere in het leven heeft geroepen. Men wijzigt dan echter geen rechtsbetrekkingen, maar schept nieuwe. In wezen komt het er dus op neer, dat krachtens een fictie wordt aangenomen, dat de oorspronkelijke rechtshandeling een andere inhoud had dan de werke-

¹ Zie het door EGGENS genoemde voorbeeld. Een vennootschap onder firma, t. a. waarvan door de firmanten bepaald is, dat ze niet eindigt door de dood van een van de firmanten, zou na het overlijden van een hunner kunnen worden omgezet in een commanditaire vennootschap, wanneer zich onder de erfgenamen minderjarigen bevinden.

² N.J. in de jaren 1918 en 1936.

lijke. Deze opvatting is niet geheel zonder belang voor de gevolgen van de conversie. Zij brengt b.v. met zich mede, dat de conversie in principe terugwerkende kracht heeft. De rechtsverhouding tussen partijen, zoals deze later op grond van de gefingeerde rechtshandeling wordt vastgesteld, wordt geacht van het begin af aan bestaan te hebben. Wij zien hier een ander verschil met het probleem van wijziging van *geldige* contractuele verbintenissen op grond van de goede trouw. Ook al neemt men aan, dat de rechter hier toe bevoegd is, dan impliceert dit niet, dat, indien van deze bevoegdheid gebruik gemaakt wordt, de overeenkomst geacht wordt van het begin af aan een gewijzigde inhoud gehad te hebben.

5. Geen conversie, wanneer nietigheid voorkomen kan worden door interpretatie.

Wanneer men conversie beperkt tot nietige rechtshandelingen, volgt hieruit, dat er niet van conversie kan worden gesproken, wanneer het mogelijk is door interpretatie van de betreffende rechtshandeling aan de nietigheid te ontkomen. Ik denk hier meer in het bijzonder aan artikelen als 934 en 1380 B. W. In deze bepalingen is voorgescreven, dat, wanneer een beding voor tweeërlei uitleg vatbaar is, de rechter het bij voorkeur moet uitleggen in een zin, waardoor het enige uitwerking kan hebben. In dit geval is van toepassing van een fictie door de rechter geen sprake. Wanneer hij het betreffende beding een betekenis toekent, waardoor het geldig is, geschiedt dit, omdat deze betekenis nog geacht kan worden binnen de wilsverklaring van partijen te vallen. Dit neemt niet weg, dat de grens met de conversie soms moeilijk te trekken zal zijn, omdat het begrip „interpretatie”, zoals hieronder nog zal blijken, op zichzelf vele onzekerheden biedt.

6. Conversie krachtens partijbeding.

Van het geval, waarin door interpretatie van de betreffende rechtshandeling de nietigheid kan worden voorkomen, dient onderscheiden te worden dat, waarin partijen zelf met het oog op een eventuele nietigheid een vervangende regeling hebben getroffen. Ook in dit geval bevinden wij ons niet op het eigenlijk gebied van de conversie. De rechter, die

met een dergelijk geval te maken krijgt, heeft zich geheel te houden aan de wilsverklaringen van partijen. Evenzeer als dezen een vervangende clausule kunnen opnemen met het oog op de mogelijkheid, dat hetgeen zij met de rechtshandeling wilden bereiken op grond van feitelijke omstandigheden niet voor verwezenlijking vatbaar zou blijken te zijn, kunnen zij een surrogaat bedingen voor geval de rechtshandeling aan nietigheid zou lijden. Dit geldt ook voor eenzijdige rechtshandelingen. Wanneer b.v. een verhuurder eraan twijfelt, of hij bij een opzegging, die hij de huurder doet toekomen, een voldoende termijn in acht heeft genomen, kan hij eraan toevoegen, dat, wanneer de termijn — gegeven de wettelijke of contractuele bepalingen — te kort zou blijken te zijn, hij geacht wil worden opgezegd te hebben tegen de vroegst mogelijke datum.

7. Wettelijke conversie.

Behalve partijen zelf kan ook de wetgever een door partijen getroffen regeling, die hij ontoelaatbaar acht, vervangen door een andere, in plaats van haar nietig te verklaren. Men spreekt in dit geval wel van wettelijke conversie. Te bedenken valt hierbij, dat ook het begrip „wettelijke conversie” beperkt kan worden tot het geval, dat de wetgever met terugwerkende kracht een andere inhoud geeft aan de betrokken rechtshandeling. Gevallen van latere wijziging — hetzij door de wet zelf¹, hetzij door de rechter in opdracht van de wetgever² — behoeven hier dus niet in beschouwing te worden genomen. Intussen zijn de voorbeelden van wettelijke conversie, die de schrijvers geven, dikwijls niet gelukkig gekozen. BERKHOUWER noemt in de eerste plaats art. 1906 B. W. als een wettelijk aanknopingspunt voor de conversie. Het is echter niet moeilijk in te zien, dat de partij, die haar handtekening onder een nietige notariële akte plaatst, tegelijkertijd een onderhands geschrift ondertekent, zodat het artikel eigenlijk volkomen overbodig is en met conversie niets te maken heeft³. VAN

¹ Men denke aan de Huurwet, waarbij het bedrag van de verschuldigde huur door de wetgever zelf gewijzigd is vastgesteld.

² B.v. krachtens de wet van 1 Mei 1925 (Stb. n^o. 174), tot herziening in het algemeen belang van bij erfstelling of legaat gemaakte bedingen. Men verg. ook art. 38 Pachtbesluit.

³ Aldus ook Snyling I, 449.

BRAKEL¹ vermeldt art. 1040 B. W. als voorbeeld van wettelijke conversie. Indien een akte, die nietig is als testament, doch geldig als notariële akte, een herroeping van een vroeger testament bevat en hiernaast enkele beschikkingen opsomt, die ook reeds in de vorige uiterste wil waren vermeld, dan worden de laatste niet als herroepen beschouwd. Ook in deze bepaling kan men m. i. geen voorbeeld van conversie zien. Uit de herhaling van de reeds vroeger gemaakte beschikkingen blijkt, dat de bedoeling van de erflater was de vroegere uiterste wil slechts gedeeltelijk te herroepen. Waar een gedeeltelijke herroeping bij bijzondere notariële akte krachtens art. 1039 geldig is, spreekt het bepaalde in art. 1040 eigenlijk vanzelf. Terecht komt MEYERS² daarom tot de conclusie, dat de rechter niet anders zou moeten handelen, wanneer art. 1040 niet in de wet zou zijn opgenomen.

Evenmin kunnen m. i. de artikelen 1576, 2^e lid en 1576 $\frac{1}{2}$, 2^e lid B. W. als goede voorbeelden beschouwd worden. Krachtens deze bepalingen worden alle overeenkomsten, die de strekking hebben van koop en verkoop op afbetaling of van huurkoop, onder welke vorm of welke benaming zij ook zijn aangegaan, als koop en verkoop op afbetaling resp. als huurkoop aangemerkt. Een dergelijke z.g. strekkingsbepaling vinden wij ook bij pacht (art. 1, 5^e lid van het Pachtbesluit, overgenomen van art. 1, 3^e lid Pachtwet). Deze bepalingen zijn in het leven geroepen, omdat de wetgever zich wilde wapenen tegen manipulaties van partijen om zich aan de dwingende wettelijke bepalingen te onttrekken. Met behulp van de algemene leerstukken van simulatie en wetsontduiking zou men echter reeds het door de wetgever gewilde resultaat hebben kunnen bereiken, zodat ook deze bepalingen in wezen als overbodig kunnen worden beschouwd.

Het is echter niet moeilijk enige zuivere voorbeelden van wettelijke conversie te noemen. Ik denk hierbij b.v. aan de navolgende bepalingen:

art. 1637r B. W.: Wanneer het loon bij een arbeidsovereenkomst op ongeoorloofde wijze is vastgesteld, wordt het op een bedrag in geld gewaardeerd en geacht vastgesteld

¹ Leerboek Ned. Verb. recht, par. 342.

² ASSER IV, p. 223.

te zijn op het vijfvoud van dit bedrag met een zeker maximum.

art. 1638g, lid 2 B. W.: overdracht, in pandgeving of elke andere handeling, waardoor de arbeider enig recht op zijn loon aan een derde toekent, is slechts in zover geldig als beslag op zijn loon geldig zou zijn.

art. 1639i, lid 2 B. W.: houdt een arbeidsovereenkomst een langere opzeggingstermijn in dan wettelijk geoorloofd is, dan geldt de langst geoorloofde termijn.

art. 253 K: verzekering, welke het beloop van de waarde of het wezenlijk belang te boven gaat, is alleen geldig tot het beloop van hetzelfde.

art. 12 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomsten: bedingen in een individuele arbeidsovereenkomst, die in strijd zijn met de bepalingen van de C. A., zijn nietig en worden door laatstgenoemde bepalingen vervangen. Ditzelfde geldt ook, wanneer de bepalingen van een C. A. algemeen verbindend zijn verklaard (art. 3, lid 1 wet 1937), of wanneer arbeidsvoorwaarden zijn vastgesteld door het College van Rijksbemiddelaars (art. 12 B. B. A.).

art. 43 Pachtbesluit: wanneer de Grondkamer van oordeel is, dat een pachtovereenkomst niet voor goedkeuring in aanmerking komt, omdat zij niet voldoet aan de vereisten van art. 41 P. B., kan zij, in plaats van de overeenkomst nietig te verklaren, deze wijzigen. De gewijzigde overeenkomst heeft dan dezelfde rechtskracht als de tussen partijen aangegane overeenkomst. In dit geval geschiedt de conversie dus niet van rechtswege, maar door tussenkomst van een administratief orgaan.

art. 2 Huurwet: ter zake van huur- en verhuur gelden de prijzen in de wet bepaald, voorzover partijen niet na de inwerkingtreding van de wet lagere prijzen zijn overeengekomen. Met een beding, waarbij de huurprijs op een hoger bedrag is vastgesteld, wordt dus geen rekening gehouden; in plaats daarvan geldt de wettelijke huur (zie ook art. 29).

art. 29 Wet Vervreemding Landbouwgronden: wanneer boven de door de Grondkamer of door de Centrale Grondkamer goedgekeurde tegenprestatie of vastgestelde maximumprijs een betaling is gedaan, behoudt de overeenkomst (d. w. z. de door de Grondkamer goedgekeurde overeenkomst ¹⁾ haar

¹ Zie blz. 207, noot 4.

rechtskracht, maar dan ten belope van de prijs, die de Grondkamer of de Centrale Grondkamer geoorloofd acht ¹.

Uit de gegeven voorbeelden blijkt wel duidelijk, dat het verschijnsel van wettelijke conversie nauw samenhangt met de door de Overheid gedurende de laatste decennia gevolgde politiek van geleide economie. Wanneer de Regering het nodig acht t. a. v. bepaalde categorieën van contracten prijsvoorschriften te geven, kan zij veelal er niet mee volstaan de contracten, waarin deze prijsvoorschriften niet in acht genomen zijn, met nietigheid te bedreigen. Enerzijds werkt de nietigheidssanctie dikwijls onvoldoende, doordat na de uitvoering van het contract geen der partijen er meer belang bij heeft zich op de nietigheid te beroepen, anderzijds leidt de nietigheid ook dikwijls tot onbillijke resultaten i. v. m. het feit, dat een volledige restitutio in integrum teveel indruist tegen de belangen van de partij, die de prijsvoorschriften beoogden te beschermen ². Dit is b.v. de reden geweest, waarom het Pachtbesluit in 1941 de mogelijkheid van wijziging van de pachtcontracten door de Grondkamers heeft opengesteld. In de wet Vervreemding Landbouwgronden heeft men zover niet willen gaan: wanneer de Grondkamer aan een overeenkomst als bedoeld in art. 3 haar goedkeuring onthoudt, kan zij deze slechts nietig verklaren. Zij is dus niet bevoegd partijen tegen haar zin een wijziging op te dringen. Toch heeft men ook in deze wet van wettelijke conversie gebruik gemaakt, maar alleen in het geval, dat boven de goedgekeurde maximumprijs een zwarte prijs was bedongen. Het contract is dan niet nietig, zoals dit onder vigueur van het Vervreemdingsbesluit Ontoerende Zaken werd aangenomen ³, maar de overeenkomst behoudt haar rechtskracht ten belope van de maximumprijs (art. 29) ⁴.

¹ De genoemde voorbeelden kunnen gemakkelijk worden uitgebreid. De navolgende wettelijke bepalingen houden alle min of meer met het conversieprincipe verband: 857, 950, 972, 2^e lid, 1576j, 3^e lid B. W.; 47b, 63, 262, 373, 455, 790, 926K; 572K (oud); 524, 2^e lid Rv. Hieronder reken ik dus ook de artikelen, krachtens welke iemand, die als onbevoegd vertegenwoordiger van een ander is opgetreden, geacht wordt voor zichzelf gecontracteerd te hebben.

² Zie mijn rectorale rede „Contract en contractsvrijheid”, p. 10.

³ Zie H. R. 30 Nov. 1945, N. J. 46, 49.

⁴ Geheel zeker is dit echter niet. Zie VAN NISPEN TOT SEVENAER, „De Pacht” 1953, blz. 258, Hand. Tweede Kamer 1952—53, blz. 3665 c. v.

Een belangrijke vraag, waartoe deze gevallen van wettelijke conversie aanleiding geven, betreft de mate, waarin zij inbreuk maken op het beginsel van de contractsvrijheid. Mogen partijen onderling afspreken, dat, wanneer hetgeen door hen beoogd wordt in strijd met de wet mocht zijn, geen wettelijke conversie zal intreden, maar in plaats daarvan het contract nietig zal zijn? Een algemeen antwoord is op deze vraag niet te geven. De Centrale Grondkamer heeft als haar mening uitgesproken, dat een verpachter niet met een pachter mag afspreken, dat het pachtcontract slechts zal gelden onder de voorwaarde, dat de Grondkamer het contract zal goedkeuren¹. Ik zou echter niet graag hetzelfde verdedigen voor huur. Wanneer het bedrag van de geoorloofde huurprijs niet vaststaat, moet het m. i. mogelijk zijn voor de verhuurder om te bedingen, dat de huurovereenkomst alleen zal gelden onder de voorwaarde, dat de door partijen vastgestelde huur geoorloofd is. Is echter het huurgenot reeds aangevangen, dan dient de oplossing anders te luiden: door de overeenkomst uit te voeren geeft de verhuurder blijk zich aan de wettelijke huurprijs te willen onderwerpen².

8. In welke gevallen van nietigheid is conversie mogelijk?

Het voorgaande leidde tot het resultaat, dat van conversie in de zin van dit praeadvies slechts gesproken kan worden, wanneer een rechtshandeling nietig is en noch de partijen, noch de wetgever een regeling hebben gegeven, die het primair door partijen gewilde rechtsgevolg kan vervangen. Thans rijst de vraag, in welke gevallen van nietigheid er van conversie sprake kan zijn. Zoals bekend bestaan er vele vormen van nietigheid. Naast de klassieke onderschei-

¹ Zie C. G. 7 Febr. 1949 „De Pacht”, n^o. 1061, N. J. 50, 207. Zie ook C. G. 24 Dec. 1952 „De Pacht” n^o. 1477, voor het geval, dat bedoelde voorwaarde als ontbindende voorwaarde is opgenomen. Verg. verder art. 51 Voorontwerp Pachtwet.

² Zie over de vraag, of de huurder zich op het bestaan van een huurovereenkomst met de wettelijke huurprijs mag beroepen, wanneer hij zelf op onbehoorlijke wijze het afsluiten van een ongeoorloofd huurcontract heeft uitgelokt H. R. 27 Jan. 1950, N. J. 50, 559, waarover DE GROOTH W. P. N. R. 4214 en mijn rectorale rede blz. 12. M. i. kan er in zo'n geval sprake zijn van misbruik van recht.

dingen nietigheid - vernietigbaarheid en absolute - relatieve nietigheid heeft zich in het moderne recht ook nog het begrip „inopposabilité” ontwikkeld. De grote meerderheid der schrijvers is nu van mening, dat alleen de (absoluut) nietige handelingen voor conversie vatbaar zijn. Zoals KAMPHUISEN terecht opmerkt¹, zou deze opvatting ons echter in grote moeilijkheden brengen. Immers van een scherpe tegenstelling tussen nietigheid en vernietigbaarheid (relatieve nietigheid) is geen sprake; hoe langer hoe meer ontwikkelen zich in ons recht tussenvormen, terwijl de wetgever zelf zich dikwijls zeer onduidelijk uitspreekt over de vorm, die hij op het oog heeft². Hier komt bij, dat ook bij absolute nietigheid conversie niet steeds mogelijk is: een wegens overtreding van een vormvoorschrift nietige schenking kan — zoals later zal blijken — niet worden geconverteerd in een voorovereenkomst tot schenking. Dit zou volgens KAMPHUISEN tot de conclusie moeten voeren, dat het onderzoek naar de mogelijkheid van conversie slechts casuïstisch — voor ieder geval van nietigheid afzonderlijk — zou kunnen plaats vinden.

Met deze negatieve conclusie kan ik mij echter niet verenigen. Er is m. i. wel degelijk een algemeen criterium te geven, waarnaar men kan beoordelen, of in een gegeven geval conversie in principe mogelijk is, nl. de vraag, of het gebrek, waaraan de rechtshandeling lijdt, door een wijziging van de inhoud daarvan zou kunnen worden opgeheven. Dit sluit b.v. van de mogelijkheid van conversie uit de gevallen, waarin het gebrek, dat de rechtshandeling aankleeft, voortvloeit uit onbekwaamheid van partijen of uit een wilsgebrek. De rechtshandeling vertoont dan een gebrek in haar ontstaan, dat door de wijziging van de inhoud nimmer kan worden weggenomen³. Daarentegen kan conversie wel toepassing vinden in die gevallen, waarin de nietigheid voortvloeit uit de inhoud, die partijen aan de rechtshandeling hebben gegeven, en ook bij nietigheid wegens strijd met een vormvoorschrift is conversie niet uitgesloten, wanneer men door de inhoud van de rechtshandeling te veranderen aan de toepassing van het vormvoorschrift zou kunnen ontkomen.

Het voorgaande brengt mee, dat de tegenstellingen nietig-

¹ W. P. N. R. 4156.

² Zie over vormen van nietigheid EGGENS, Praeadvies voor de Broed. van Cand. Not. 1947.

³ SILLER, Arch. civ. Praxis 138, 158.

heid-vernietigbaarheid en absolute-relatieve nietigheid in wezen voor de mogelijkheid van conversie niet van essentieel belang kunnen zijn. Immers deze tegenstellingen betreffen slechts de vraag, onder welke voorwaarden het recht de nietigheid doet intreden. Zoals EGGENS terecht opmerkt¹, is relatieve nietigheid (vernietigbaarheid) niets anders dan voorwaardelijke nietigheid, nl. nietigheid, die eerst intreedt na een wilsverklaring van een der partijen, al of niet gevolgd door rechterlijk vonnis. Het is nu zeer goed denkbaar, dat de rechtshandeling een gebrek vertoont, dat door wijziging van de inhoud kan worden opgeheven, terwijl de wetgever toch slechts aan een der partijen de bevoegdheid heeft gegeven door zijn wilsverklaring de nietigheid in het leven te roepen, b.v. wanneer voorschriften omtrent de inhoud van bepaalde overeenkomsten zijn gegeven om uitbuiting van één der betrokken partijen te voorkomen². Het is dan niet a priori uitgesloten, dat, wanneer de gedupeerde partij zich op de nietigheid van de overeenkomst beroept, de rechter termen aanwezig acht om de overeenkomst een zodanige inhoud te geven, dat zij aan de wettelijke vereisten voldoet, en daarna de eis tot nietigverklaring ontzegt. M. a. w. wanneer de overeenkomst een gebrek heeft, dat door wijziging van de inhoud opgeheven kan worden, dan is het onverschillig, of het gebrek de overeenkomst van rechtswege krachteloos maakt, dan wel de nietigheid eerst intreedt na beroep van één der partijen, al of niet gevolgd door een rechterlijk vonnis³. Intussen dient toegegeven te worden, dat, waar deze gevallen in het recht zeer zelden voorkomen, conversie van vernietigbare rechtshandelingen een grote uitzondering zal blijven.

Wat tenslotte de inopposabilité betreft, deze heeft met het conversie-vraagstuk niets te maken. Zij raakt slechts de vraag, in hoever een tussen partijen geldige rechtshande-

¹ T. a. p. blz. 9.

² Men verg. art. 2 van de Ned. Indische Woekerordonnantie 1938, S. 38—524. In dit geval heeft de wetgever de rechter de keuze gelaten tussen nietigheid en conversie.

³ Anders BERKHOUWER, Proefschrift blz. 24. Zie verder in dit verband het (overigens m.i. onjuiste) vonnis van de Rb. te Utrecht van 15 Maart 1950, N. J. 51, 317, waarover v. d. PLOEG, W. P. N. R. 4240. Zie ook WARNEYER, Kommentar I, ad par. 140, II; ENNECCERUS I, 519; anders dan de tekst: SOERGEL I, ad par. 140, sub 1; SILLER, Arch. civ. Praxis 138, 159 R. G. 79, 310.

ling aan derden kan worden tegengeworpen. De conversie speelt zich daarentegen af in de sfeer van partijen: een rechtshandeling, die tussen partijen niet de bedoelde werking heeft, wordt geacht een andere inhoud te hebben dan de werkelijke om haar voor nietigheid tussen partijen te behoeden.

9. Conversie en partiële nietigheid.

In nauw verband met het conversie-vraagstuk staat de leer van de gedeeltelijke nietigheid. Ogenschijnlijk lijkt de grens tussen beide leerstukken niet moeilijk te trekken. Van gedeeltelijke nietigheid is sprake, wanneer een overeenkomst of andere rechtshandeling een bestanddeel of beding bevat, dat strijdig is met wet of goede zeden en op grond hiervan voor niet geschreven wordt gehouden, terwijl de rechtshandeling voor het overige in stand blijft ¹. Bij gedeeltelijke nietigheid wordt er dus iets uit de rechtshandeling geschrapt, bij conversie daarentegen wordt de inhoud van de rechtshandeling gewijzigd. Het is dus begrijpelijk, dat men bij de totstandkoming van het B. G. B. beide leerstukken in verschillende bepalingen heeft ondergebracht (§ 139 en § 140 B. G. B.). Wanneer wij echter de moeite nemen ons in de tegenstelling te verdiepen, blijkt deze veel gecompliceerder te zijn, dan men aanvankelijk zou vermoeden. Weglating van een deel van de rechtshandeling is immers in wezen ook wijziging: een overeenkomst, waaruit een bepaald beding geschrapt wordt, is niet meer de overeenkomst, zoals partijen die op het oog hadden. Wanneer men de rechtshandeling gedeeltelijk in stand laat, kan dit daarom niet geschieden op grond van de wilsverklaringen van partijen. Het is dan ook geen wonder, dat men van het begin af aan met het probleem van het onderscheid geworsteld heeft. En ook thans is men nog geenszins op dit punt tot klaarheid gekomen.

De meeste schrijvers drukken het verschil tussen conversie en partiële nietigheid aldus uit, dat er bij conversie een kwalitatieve verandering van de rechtshandeling zou

¹ Van gedeeltelijke nietigheid kan sprake zijn zowel wanneer meerdere rechtshandelingen, die ook op zichzelf zouden kunnen staan en waarvan één nietig is, verenigd zijn tot één rechtshandeling (b.v. koop van een zaak, gecombineerd met huur van een andere), als wanneer een rechtshandeling een ondergeschikt beding bevat, dat nietig is.

plaats vinden, bij gedeeltelijke nietigheid slechts een kwantitatieve, doordat een gedeelte van de door partijen beoogde rechtsgevolgen komt te vervallen. Hoe verwarrend de term „kwantitatieve vermindering van rechtsgevolgen” werkt, blijkt echter, wanneer we het geval stellen, dat een bijkomend beding de strekking heeft om in een bijzonder geval de rechtswerking, die de rechtshandeling onder normale omstandigheden heeft, te beperken of uit te sluiten. Schrapping van dit bijkomende beding zou dan leiden tot vermeerdering van rechtsgevolgen. Toch zal men gewoonlijk niet aarzelen ook dit geval te brengen onder de gedeeltelijke nietigheid.

Het is daarom begrijpelijk, dat de aanhangers van deze leer tot de meest verschillende resultaten komen, wanneer het erom gaat uit te maken, hoever de leer der gedeeltelijke nietigheid zich uitstrekt. Zo is BERKHOUWER van oordeel¹, dat men ook de gevallen, waarin de rechter een vermindering aanbrengt in de hoofdprestatie, die voor één der partijen uit een contract voortvloeit, dient te beschouwen als gevallen van gedeeltelijke nietigheid, b.v. wanneer de rechter bij overtreding van prijsvoorschriften de prijs terugbrengt tot het geoorloofde maximum. Andere schrijvers zien hierin juist een geval van conversie, omdat de rechter niet iets uit de overeenkomst schrapt, maar deze fundamenteel wijzigt².

Ook MEYERS³ ziet in de partiële nietigheid een geval van beperking van rechtsgevolgen. Hij maakt hierbij verder onderscheid naar gelang het door het recht verboden gedeelte van de rechtshandeling een op zichzelf staande beschikking is, dan wel een nadere kwaliteit van een geoorloofde beschikking. Wanneer een arbeider voor zijn leven een dienstbetrekking aangaat of wanneer de lastgever aan de lasthebber een onherroepelijke opdracht geeft, heeft het recht geen bezwaar tegen de dienstbetrekking en de lastgeving op zichzelf, maar wel, dat deze zal bestaan voor het leven of zonder mogelijkheid van herroeping. Neemt men aan, dat de dienstbetrekking voortduurt, zolang als geoorloofd is, of dat de lastgeving als een herroepelijke volmacht geldt, dan zouden ook hiermee gevallen van gedeelte-

¹ Proefschrift blz. 24.

² DE GROOTH, W. P. N. R. 3899, noot 62. DE GROOTH acht echter in dit geval conversie in principe uitgesloten, omdat de prijs een essentieel onderdeel van de overeenkomst vormt.

³ Meyers, Algemene begrippen, blz. 232 e. v.

lijke nietigheid gegeven zijn en niet gevallen van zuivere conversie.

Hiernaast geeft MEYERS nog een andere belangrijke uitbreiding aan het begrip „partiële nietigheid”. Het maakt volgens hem nl. geen verschil, of het verboden gedeelte van de rechtshandeling in een aparte clause is opgenomen, dan wel voortvloeit uit het feit, dat partijen de door hen beoogde rechtsgevolgen hebben willen bereiken door gebruik te maken van één rechtsbegrip, waaruit het geoorloofde en het ongeoorloofde bestanddeel beide voortvloeien. Wanneer b.v. partijen een verplichting ten behoeve van een heersend erf als zakelijk recht hebben willen vestigen, welke de wet als zakelijk recht niet toelaat, en men aan zou nemen, dat deze verplichting toch nog als persoonlijke verbintenis gehandhaafd zou kunnen worden, zou ook hierin een geval van partiële nietigheid gezien kunnen worden. Anderen — zoals DE GROOTH — beschouwen dit geval daarentegen weer als een typisch voorbeeld van conversie.

Ook uit de jurisprudentie van de H. R. blijkt de onzekerheid, die bestaat over de afgrenzing van de begrippen conversie en gedeeltelijke nietigheid. In het arrest van 14 Maart 1929, N. J. 29, 1382 (de Vries contra Mechanicus) ging het om de vraag of, wanneer een beding van bindend advies een — volgens de H. R. ongeldige — clause inhoudt, dat partijen onvoorwaardelijk aan het bindend advies gebonden zullen zijn (d. w. z. zelfs, wanneer het niet voldoet aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, die men er aan kan stellen), dit tengevolge heeft, dat de gehele opdracht tot het geven van een uitspraak vervalt, dan wel enkel de verboden clause wegvalt. Inderdaad zou men in dit geval kunnen volhouden, dat wegschrapping van de bewuste clause leidt tot vermindering van rechtsgevolgen (nl. het niet-gebonden zijn aan het bindend advies in gevallen, waarin men anders wel gebonden zou zijn). Dit geldt daarentegen niet voor het tweede arrest (H. R. 20 Mei 1938, N. J. 39, 94; naam van partijen onbekend). In casu was sprake van een echtscheidingsovereenkomst, welke een clause bevatte, dat de vrouw als moeder-voogdes verplicht zou zijn haar kind op een R. K. school te plaatsen. Zou de vrouw deze verplichting niet nakomen, dan zou als gevolg daarvan de verplichting van de man tot het doen van uitkeringen aan zijn vrouw vervallen. De H. R. achtte de aan de vrouw

opgelegde verplichting en de daaraan verbonden sanctie in strijd met de goede zeden. Hierop rees de vraag, of dit tengevolge had, dat de gehele overeenkomst omtrent het onderhoud nietig was. De H. R. beschouwde dit als een feitelijke vraag. Uit het feit, dat partijen uitdrukkelijk hadden bepaald, dat het niet-nakomen van de verplichting van de vrouw het vervallen van de onderhoudsplicht tengevolge zou hebben, volgde nog niet met zekerheid, dat partijen, wanneer zij zich van de nietigheid van de aan de vrouw opgelegde verplichting bewust waren geweest, in het geheel geen overeenkomst zouden hebben aangegaan. De nietigheid van het voormeld beding en de daaraan verbonden sanctie bracht dus nog niet vanzelf mee de nietigheid van de gehele overeenkomst. Toch kan men in het besproken geval niet volhouden, dat wegschrapping van de bewuste clause leidde tot een vermindering van rechtsgevolgen, althans aan de zijde van de man. Deze was immers tengevolge van het wegvallen van de clause verplicht uitkeringen te doen in een geval, waarin hij dit anders niet geweest was (nl. wanneer de vrouw het kind niet op een R. K. school plaatste).

Evenmin heeft de H. R. zich aan het criterium „vermindering van rechtsgevolgen” gehouden in het 3^e arrest (H. R. 18 April 1941, N. J. 41, n^o. 940; v. d. Molen contra de erven de Lange Klaasz). De erfater van verweerders had aan eiseres een toezegging gedaan om ter beloning van de door deze aan hem en zijn vrouw bewezen diensten aan haar bij testament een zekere bevoordeling te doen toekomen. De H. R. achtte deze toezegging in strijd met art. 1370 B. W., maar dit had niet tengevolge, dat de toezegging in haar geheel door het college onwettig werd geacht. De H. R. meende nl. de toezegging te kunnen splitsen in een geldig en een nietig deel, waarvan het eerste na verval van het laatste kon blijven bestaan. Geldig was de toezegging eiseres een beloning te doen toekomen, uit te keren na overlijden; daarentegen was niet geldig de toevoeging, dat de beloning zou dienen te geschieden door toekenning van een legaat. Ook hier spreekt de H. R. dus van partiële nietigheid, hoewel van een kwantitatieve vermindering van rechtsgevolgen geen sprake is. Uit de noot van MEYERS onder het arrest blijkt, dat deze in dit geval zou willen spreken van conversie. Het toezeggen van een beloning bij wijze van een legaat vormt één beding en kan niet in twee bedingen gesplitst

worden. Het legaat was immers niet slechts een modaliteit van de beloning, die ook buiten het legaat als toegezegd en verschuldigd moest worden beschouwd, maar het legaat zou volgens de overeenkomst de titel of rechtsgrond van de vordering moeten vormen. Dit leidt echter tot nieuwe vragen: wanneer kan een bepaalde toevoeging als modaliteit van een zekere verplichting beschouwd worden, wanneer maakt zij er een ondeelbaar geheel van uit?

M. i. blijkt uit het bovenstaande voldoende, dat KAMP-HUISEN gelijk heeft, wanneer hij zegt, dat het onderscheid tussen kwantitatieve en kwalitatieve veranderingen ons in deze niets verder kan brengen: de rechtshandeling zonder het nietige beding is iets anders dan die met het beding; hoogstens is laatstgenoemde iets gecompliceerder dan eerstgenoemde¹. KAMPHUISEN wil echter wel het onderscheid tussen partiële nietigheid en conversie handhaven, omdat men in het eerste geval nog op het gebied van de interpretatie zou zijn, terwijl dit bij conversie niet het geval is². Ook dit onderscheid kan ik echter niet aanvaarden. Of men de partiële nietigheid als een uitvloeisel wil zien van interpretatie, hangt af van de betekenis, die men toekent aan het begrip „interpretatie”³. Wanneer men echter het handhaven van een gedeelte van een rechtshandeling baseert op interpretatie, bestaat er geen enkele reden, dit bij conversie niet te doen. In beide gevallen staat vast, dat partijen de rechtshandeling, zoals deze hun wordt opgelegd, niet hebben gewild; in beide gevallen gaat het hoogstens om de vraag, of

¹ W. P. N. R. 4157.

² Aldus ook MEYERS t. a. p. Zie ook SILLER, Arch. für civil. Praxis, 1934, 145.

³ De wetgever heeft gemeend een principiële tegenstelling te kunnen maken tussen uitlegging van een overeenkomst (d. w. z. vaststelling van de gevolgen op grond van de bedoeling van partijen) en aanvulling van een overeenkomst op grond van wet, gebruik, of billijkheid. Door velen wordt thans echter aangenomen, dat uitlegging en vaststelling van de inhoud door de rechter niet te scheiden zijn. Zie b.v. EGGENS, Uitleg v. uiterste wilsbesch. blz. 79 e. v.; concl. bij H. R. 30 Nov. 1951, N. J. 53, 76; Scholten onder H. R. 4 Juni 1937, N. J. 37, 979; BREGSTEIN, W. P. N. R. 4193; DE GROOTH, W. P. N. R. 3898. EGGENS wil daarom het begrip „interpretatie” gebruiken in de ruime zin van het vaststellen van de gevolgen van een rechtshandeling. M. i. dient men echter steeds te bedenken, dat er een functioneel verschil bestaat tussen het vaststellen van hetgeen men zelf billijk acht, en het zich onderwerpen aan wat op grond van

zij de gewijzigde rechtshandeling gewild zouden hebben, wanneer zij van de nietigheid kennis gedragen zouden hebben¹.

Intussen zou ik ook zelf — anders dan b.v. VAN BRAKEL² — het onderscheid tussen conversie en gedeeltelijke nietigheid willen handhaven, maar om een ander motief dan KAMPHUISEN. Bij gedeeltelijke nietigheid heeft men te doen met een geval, waarin een gedeelte van een rechtshandeling dat in verband met de objectieve strekking van de handeling niet een essentieel element ervan vormt, rechtens nietig is. Het ligt voor de hand, dat in dat geval de rechtshandeling voor het overige wordt gehandhaafd, tenzij mocht blijken, dat partijen zelf het bewuste element wel als essentieel hebben beschouwd. Bij conversie raakt de nietigheid echter de wezenlijke bestanddelen van de rechtshandeling, die desondanks in gewijzigde vorm wordt gehandhaafd³. Hieruit volgt, dat ik — anders dan BERKHOUWER — het geval van het terug brengen van een te hoge koopprijs tot het geoorloofde maximum beschouw als een geval van conversie en eveneens het door MEYERS gegeven voorbeeld van het omzetten van een zakelijk recht in een obligatoire rechtsverhouding. Ook het arrest van de H. R. van 1941 zie ik als een voorbeeld van conversie, omdat de toezegging, dat de beloning in de vorm van een legaat zou geschieden, hier zonder twijfel een essentieel element van de overeenkomst betrof. Practisch is dit van belang, omdat de gedeeltelijke

afgelegde verklaringen of andere gedragingen als de bedoeling kan gelden van anderen. In het eerste geval is het oordeel autonoom, in het tweede heteronoom. Ik geef echter gaarne toe, dat practisch in vrijwel ieder oordeel van de rechter beide functies — zij het in verschillende dosering — samengaan. Zodra de spanning tussen hetgeen de rechter vaststelt en hetgeen op grond van de omstandigheden als de bedoeling van partijen mag worden aangemerkt te groot wordt, dient men echter het begrip „interpretatie” te vermijden.

¹ Ik zou er — op grond van hetgeen ik in de vorige noot heb gezegd — intussen de voorkeur aan geven in deze gevallen niet van interpretatie te spreken. Ook andere gevallen, waarin een rechter een overeenkomst aanvult op grond van zijn oordeel, wat partijen bedongen zouden hebben, wanneer zij aan bepaalde omstandigheden gedacht zouden hebben, pleegt men buiten het begrip interpretatie te plaatsen. Zie BREGSTEIN, Praeadvies N. J. V., 1936, blz. 45.

² Leerboek Ned. Verb. Recht par. 342.

³ Men kan echter ook spreken van conversie van een bepaald beding, wanneer de nietigheid betrekking heeft op een onderdeel van de rechtshandeling en aan dit onderdeel een andere inhoud wordt gegeven om aan de nietigheidssanctie te ontkomen.

nietigheid een algemeen aanvaard leerstuk is¹, terwijl conversie — zoals nader zal blijken — slechts onder zeer bijzondere voorwaarden kan plaats vinden.

10. Conversie in het publiek recht.

Evenzeer als andere problemen, die in het privaatrecht i. v. m. de nietigheid van rechtshandelingen zijn gerezen, in het publiekrecht hun pendant vinden, speelt ook de vraag naar de mogelijkheid van conversie in het publiekrecht een rol. VAN DER WEL wijdt in zijn proefschrift over administratiefrechtelijke nulliteiten hieraan een beschouwing. Hij acht conversie van publiekrechtelijke handelingen in principe niet uitgesloten², dit in tegenstelling tot MEYERS, die in een bespreking van het z.g. noodrecht tot de conclusie was gekomen, dat conversie in het publiekrecht als ontoelaatbaar moet worden beschouwd, zodat een wettelijke regeling, die zich uitstrekt over een langere periode dan wettelijk is geoorloofd, niet geconverteerd kan worden in een regeling geldig gedurende het geoorloofde tijdvak³. Wat verordeningen en andere algemeen verbindende voorschriften betreft, is aan de opvatting van v. d. Wel enige steun gegeven door het arrest van de H. R. van 31 Maart 1953, N. J. 53, 532, waarin de z.g. leer van de onsplitsbare wilsverklaring, althans i. v. m. art. 19 Gemeentewet, welbewust is verlaten⁴. Intussen is het probleem van de conversie op publiekrechtelijk terrein nog zo in de kinderschoenen, dat het ogenblik nog niet aangebroken lijkt er een principiële beschouwing aan te wijden. Dit zou bovendien leiden tot een belangrijke

¹ Merkwaardig is in dit opzicht de opvatting van SUYLING, die de gedeeltelijke nietigheid beschouwt als een geval van legale conversie (I, blz. 449). In de wet zelf is de leer der gedeeltelijke nietigheid echter niet uitgewerkt.

² Blz. 66. Zie ook DONNER, Ned. Bestuursrecht I, 228, en voor Duitsl. SOERGEL I, ad § 140; Kommentar von Reichsgerichtsräten ad § 140; SILLER, t.a.p. bl. 157.

³ Noot onder H. R. 30 October 1946, W. P. N. R. 3968.

⁴ Zie ook H. R. 7 Juni 1937, N. J. 37, 1073 en 22 April 1952, N. J. 52, 679. Verg. verder over de leer van de onsplitsbare wilsverklaring HUART, R. M. 1929, 461; v. d. BERGH, N. J. B. 1948, 25; 1954, 5; VEGTING, N. J. B. 1948, 177; Bestuurswet 1948, 85 e. v. Voor Frankrijk DUEZ-DEBYE, *Traité de droit adm.* p. 401 („si les dispositions légales et illégales d'un même acte formaient un tout indivisible, l'annulation partielle aboutirait à une réformation; pour éviter ce résultat le Conseil d'Etat devra annuler la totalité de l'acte").

uitbreiding van het onderwerp van het praeadvies, waardoor dit de normale omvang verre te buiten zou moeten gaan. Om deze redenen heb ik gemeend mij van een bespreking van de mogelijkheid van conversie van publiekrechtelijke rechtshandelingen te moeten onthouden, hoe interessant dit onderwerp op zichzelf ook moge zijn.

HOOFDSTUK II. DE NEDERLANDSE RECHT- SPRAAK EN CONVERSIE.

11. In het vorige hoofdstuk kwamen wij tot de conclusie, dat van conversie in de zin van dit praeadvies kan worden gesproken, wanneer de rechter aan een rechtshandeling een andere inhoud geeft dan uit de wilsverklaringen van partijen valt af te leiden, ten einde hierdoor de rechtshandeling voor algehele nietigheid te behoeden. Wij zullen thans hebben te onderzoeken, in welke gevallen de Nederlandse rechter het tot dusver nodig heeft geacht de conversie in toepassing te brengen.

12. De conversie-arresten van de H. R.

Voorop dient hier natuurlijk genoemd te worden het standaardarrest in zake van de Water contra van Hemme (21 Jan. 1944, N. J. 1944, 120). Het arrest is reeds vele malen uitvoerig besproken en geanalyseerd. Desniettegenstaande acht ik het nodig er ook in dit praeadvies nog een korte beschouwing aan te wijden, omdat het in de problemen, die wij gaan bespreken, een centrale plaats inneemt.

De feiten van het arrest zullen vele lezers bekend zijn. Het echtpaar van de Water-van Hemme was gehuwd onder huwelijkse voorwaarden, die een bepaling bevatten, dat tussen hen gemeenschap van winst en verlies zou bestaan onder de opschortende voorwaarde, dat bij overlijden van de eerst stervende hunner geen nakomeling uit het huwelijk aanwezig zou zijn. Toen de man in 1941 stierf, bleek aan deze voorwaarde voldaan te zijn, zodat volgens de huwelijkse voorwaarden de echtgenoten geacht zouden moeten worden in gemeenschap van winst en verlies gehuwd te zijn. De weduwe, die zelf een veel geringer vermogen had aangebracht dan haar overleden echtgenoot, stelde zich echter op het standpunt, dat het beding, dat tussen de echtgenoten

een voorwaardelijke gemeenschap van winst en verlies zou bestaan, nietig was, zodat tussen haar en haar man algehele gemeenschap bestaan had. Zij sprak daarom de erfgenaam van haar man aan tot scheiding en deling der *algehele* gemeenschap.

De voornaamste vraag, waarvoor de rechter in deze zaak kwam te staan, was dus, of het huwelijksstatuut, dat de echtgenoten in de huwelijkse voorwaarden vaststellen, van een voorwaarde afhankelijk mag worden gesteld. De H. R. beantwoordde deze vraag, in strijd met zijn vroegere jurisprudentie¹, ontkennend² en hiermee scheen de weduwe van haar zegepraal verzekerd te mogen zijn. Maar dit onbillijke resultaat stuitte de H. R. blijkbaar zozeer tegen de borst, dat het college het nodig achtte enkele — formeel geheel overbodige — beschouwingen aan het arrest toe te voegen, waardoor de kans op uiteindelijk succes voor de weduwe vrijwel in het niet verdween. In de eerste plaats stelde de H. R. vast, dat al mogen partijen in hun huwelijkse voorwaarden niet een gemeenschap van winst en verlies bedingen, die van een voorwaarde afhankelijk is, dit niet belet, dat zij een voorwaardelijk beding mogen maken, dat na de ontbinding der algehele gemeenschap door hen zal worden afgerekend, alsof tussen hen gemeenschap van winst en verlies was bedongen. Een dergelijk beding heeft slechts obligatoire werking, en kan daardoor b.v. de rechtspositie van derden, die tijdens het huwelijk met de echtgenoten handelen, niet in gevaar brengen. Verder besliste de H. R., dat, wanneer de met een rechtshandeling beoogde rechtsgevolgen wegens haar nietigheid niet bereikt kunnen worden, terwijl zij niettemin de bestanddelen van een andere rechtshandeling, voor welke geldigheid de vereisten wel aanwezig zijn, bevat, een redelijke wetstoepassing meebrengt, dat de nietige rechtshandeling wordt geconverteerd in de geldige rechtshandeling, zo slechts aannemelijk is, dat partijen ten tijde van de handeling de geldige rechtshandeling verkozen zouden hebben boven de toestand, welke het gevolg zou zijn van de nietigheid zonder meer.

Voorzien van deze wenken van de H. R. konden partijen vervolgens overgaan tot scheiding en deling en het is geen

¹ Zie H. R. 7 Jan. 1881, W. 4594.

² Zie over deze kwestie KLAASSENS-EGGENS, 7^e druk, blz. 60 e. v. en de aldaar vermelde literatuur.

wonder, dat de vrouw zich hierbij nog niet dadelijk gewonnen wilde geven. Zij stelde zich op het standpunt, dat zij en haar man wanneer ze zich van de nietigheid van de door hen vastgestelde huwelijkse voorwaarden bewust waren geweest, zeker niet gehuwd zouden zijn onder de voorwaarden, die men hun thans trachtte op te dringen, te weten algehele gemeenschap, gepaard gaande met een voorwaardelijk verrekeningsbeding. Zij beriep zich hiervoor op het feit, dat de man voor het geval tussen hen de gemeenschap van winst en verlies zou blijken te bestaan, aan haar een lijfrente had vermaakt, welke beschikking later evenwel door hem was herroepen. Hieruit volgde dus, dat haar man bij het aangaan van het huwelijk niet wilde, dat zij na zijn overlijden enkel de door haar aangebrachte goederen, eventueel vermeerderd met de halve winst, zou ontvangen. Terecht waren Rechtbank en Hof te den Bosch echter van oordeel, dat deze omstandigheid eerder in het nadeel van de vrouw pleitte, aangezien het bestaan van het testament voor haar juist een reden geweest zou zijn, zich niet tegen de opnemng van een voorwaardelijk verrekeningsbeding in de huwelijkse voorwaarden te verzetten. Gebruik makend van de aanwijzingen, door de H. R. verstrekt, beslisten beide colleges daarom, dat in casu inderdaad mocht worden aangenomen, dat de echtgenoten een voorwaardelijk verrekeningsbeding verkozen zouden hebben boven algehele nietigheid van de door hen vastgestelde huwelijkse voorwaarden, zodat ondanks de bestaande algehele gemeenschap de scheiding en deling diende plaats te vinden, alsof de echtgenoten in gemeenschap van winst en verlies gehuwd geweest waren¹.

Bij lezing van de uitspraken van Rechtbank en Hof in deze zaak valt op, dat van de twee vereisten, die de H. R. in zijn aan de conversie gewijde overweging voor de toepassing hiervan stelt, slechts één naar voren wordt gebracht, n.l. het vereiste, dat partijen ten tijde van de handeling de geconverteerde vorm hiervan verkozen zouden hebben boven de algehele nietigheid van de handeling. Aan het andere door de H. R. gestelde vereiste, dat de nietige handeling de bestanddelen van de andere handeling moet bevatten, wordt

¹ Rb. den Bosch 16 April 1948, N. J. 48, 321; Hof den Bosch 15 Nov. 1949, N. J. 50, 755.

zeer weinig aandacht besteed. Inderdaad is het niet geheel duidelijk — vele schrijvers hebben dit reeds eerder opgemerkt¹ — wat de H. R. met dit vereiste bedoeld heeft. Het wekt zekere associaties met de leer van de gedeeltelijke nietigheid, alsof b.v. de H. R. van mening zou zijn geweest, dat de door partijen bedoelde gemeenschap van winst en verlies alleen hierin verschilde van de toestand van algehele gemeenschap, gepaard gaande met een verrekeningsbeding, dat de rechtsgevolgen van het beding van gemeenschap van winst en verlies zich verder zouden uitstrekken. Ook KAMPHUISEN zocht de oplossing in die richting². Volgens hem kan men het verbod van voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden zo interpreteren, dat de ongeldigheid zich alleen uitstrekt tot derden. Tussen partijen zou het beding van voorwaardelijke gemeenschap van winst en verlies dus toepassing kunnen blijven vinden, zodat er een zekere gelijkenis zou bestaan met het geval, dat de echtgenoten de huwelijkse voorwaarden niet hebben gepubliceerd (art. 207 B. W.). Deze opvatting lijkt mij echter niet juist en ook in strijd met de bedoeling van de H. R. Wanneer de echtgenoten inderdaad een voorwaardelijke gemeenschap van winst en verlies zouden kunnen bedingen, die niet tegenover derden zou werken, dan zou de onzekerheid, die voor de H. R. aanleiding is geweest het bedingen van een voorwaarde in dit geval niet mogelijk te achten, in genen dele worden opgeheven. Immers wie zouden in dit verband als derden moeten worden beschouwd? Zouden hier ook voorhuwelijkse schuldeisers onder vallen³, of omgekeerd schuldeisers, die na de ontbinding van het huwelijk, maar vóór de scheiding en deling met de echtgenoten gehandeld hebben? Hoe staat het verder met de crediteuren ter zake van een verbintenis uit de wet⁴? Bovendien zouden in de opvatting van KAMPHUISEN na de ontbinding van het huwelijk tussen de echtgenoten de regels van de gemeenschap van winst en verlies moeten gelden, zodat ieder als eigenaar beschouwd zou moe-

¹ Zie BERKHOUWER, diss. blz. 112, die erop wijst, dat de door de H. R. gebruikte terminologie ontleend is aan een oud Duits ontwerp (het z.g. Dresdener Ontwerp van 1866). Zie verder o. a. DE GROOTH, W. P. N. R. 3873 o. v.

² W. P. N. R. 4157.

³ Zie i. v. m. art. 207 H. R. 17 Juni 1881, W. 4650, KLAASSENS-EGGENS, blz. 65.

⁴ Zie H. R. 18 Juni 1952, *Ars Aequi* II, 81; N. J. 53, 530.

ten worden van het door hem aangebrachte vermogen. Uit de beslissing van de H. R. volgt echter, dat ook tussen de echtgenoten zelf na de vervulling van de voorwaarde de regels van algehele gemeenschap blijven gelden. Slechts de obligatoire afrekening tussen hen moet plaats vinden in die zin, dat ieder de waarde van het door hem aangebrachte of aangeërfde vermogen krijgt met verrekening van winst en verlies tijdens het huwelijk¹. Dit brengt dus b.v. mee, dat de vrouw de door haar aangebrachte goederen ook na de vervulling van de voorwaarden niet als haar eigendom kan revindiceren van de erfgenaam van de man. Duidelijk blijkt hieruit, dat in casu tengevolge van de conversie niet enkel sprake is van vermindering van de door partijen beoogde rechtsgevolgen, maar wel degelijk van wijziging daarvan, zodat moeilijk kan worden volgehouden, dat de nietige handeling de bestanddelen van de handeling in geconverteerde vorm in zich bevatte.

13. Na het arrest van de Water contra van Hemme heeft het ruim 4 jaar geduurd, eer de H. R. opnieuw voor het conversieprobleem werd gesteld. Deze tweede zaak (de Kock contra van Heyst en Co, H. R. 19 Nov. 1948, N. J. 49, n^o. 86) had echter niet betrekking op een tweezijdige rechtshandeling, maar zij betrof een nietige opzegging van een arbeidscontract. Eiser de Kock had gesteld, dat hij met ingang van 23 Dec. 1945 door zijn werkgever, van Heyst en Co, was ontslagen, zonder dat de Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau hiertoe zijn toestemming had gegeven. Op grond hiervan was hij van mening, dat de dienstbetrekking was blijven voortduren, zodat hij het achterstallige loon vorderde, vermeerderd met de normale verhogingen. Tegen deze vordering voerde van Heyst aan, dat zij vóór het ontslag de vereiste toestemming van het G. A. had aangevraagd, en dat deze toestemming na het ontslag met terugwerkende kracht was verleend. De eerste vraag, die zich nu voordeed,

¹ Ook dit kan nog tot onzekerheid aanleiding geven. Wat geldt b.v., wanneer de man tijdens het huwelijk zonder toestemming van de vrouw een door haar aangebracht onroerend goed verkocht heeft? Krachtens art. 179 B. W. was hij daartoe bevoegd, nu er tussen partijen algehele gemeenschap van goederen bestond. Is hij nu na de ontbinding toch tegenover de vrouw aansprakelijk, omdat hij, indien er gemeenschap van winst en verlies was geweest, tot verkoop niet bevoegd zou zijn geweest?

was deze, of de Directeur van het G. A. bevoegd was zijn toestemming op deze wijze te geven. De H. R. beantwoordde deze vraag ontkennend: in het algemeen werkt een beschikking van een overheidsorgaan eerst na openbaarmaking, welke meestal zal geschieden door mededeling van de genomen beslissing aan de belanghebbenden, en er bestaat volgens de H. R. geen reden in gevallen als het onderhavige van deze regel af te wijken. Maar dit leidde volgens het College nog niet tot de conclusie, dat de dienstbetrekking was blijven voortduren. Want weliswaar was het verleende ontslag zonder voorafgaande goedkeuring nietig, maar deze nietige rechtshandeling kon volgens de H. R. worden geconverteerd in een opzegging, onder voorbehoud van het verkrijgen van de aangevraagde toestemming, tegen de vroegst mogelijke datum, waarop een na het ontvangen der toestemming geschiede opzegging toelaatbaar zou zijn, nu aannemelijk was „dat de opzeggende partij ten tijde van die handeling, indien zij geweten had, dat het beoogde rechtsgevolg niet bereikbaar ware, het wél bereikbare zou hebben gewild en de wederpartij zulks ook moest begrijpen”.

Vergelijkt men nu dit arrest met dat gewezen in de zaak van de Water contra van Hemme, dan zijn er vooral twee punten, die opvallen. In de eerste plaats gewaagt de H. R. in het arrest van 1948 niet meer van het vereiste, dat de nietige rechtshandeling de handeling in geconverteerde vorm in zich moet bevatten. Kennelijk heeft de H. R. zich niet aan de invloed van de critiek, die van verschillende zijden op dit vereiste is uitgeoefend, kunnen onttrekken¹. Aan de andere kant geeft de H. R. in het nieuwe arrest een niet onbelangrijke aanvulling van het vorige. Het komt volgens de H. R. er niet enkel op aan, wat de partij, die de opzegging verrichtte, zelf gewild heeft, maar mede op wat de wederpartij onder de gegeven omstandigheden moest begrijpen. Dit betekent, dat zelfs wanneer de werkgever aannemelijk kon maken, dat hij op het moment van de opzegging in ieder geval aan de dienstbetrekking — tegen welke datum dan ook — een einde wenste te maken, hij zich hier niet op

¹ Anders HOUWING in zijn noot onder het arrest, die het niet waarschijnlijk acht, dat de H. R. het vereiste heeft laten vallen. Zie verder EGGENS, W. P. N. R. 4093; DE GROOTH, W. P. N. R. 4137; KAMPHUISEN W. P. N. R. 4156; Rb. Groningen 12 Nov. 1948, N. J. 49, 302, waarover v. d. PLOEG, W. P. N. R. 4126.

zou kunnen beroepen, wanneer de wederpartij dit niet behoefde te begrijpen. Deze nieuwe toepassing van de vertrouwensleer is niet zonder belang voor de beoordeling van het conversieprobleem. Immers ze verplaatst dit laatste van de feitelijke naar de normatieve sfeer. Niet van belang is in de eerste plaats, wat partijen feitelijk gewild zouden hebben, wanneer zij van de nietigheid hadden kennis gedragen, maar wat ieder van hen mocht aannemen, dat de wederpartij gewild zou hebben, en wel gewild zou hebben als redelijk mens. De brug met het goede trouw-principe, over welks invloed op de conversie in het volgend hoofdstuk uitvoerig gehandeld zal worden, is hierdoor gelegd¹.

14. Op het arrest van 1948 is nog een derde arrest gevolgd, dat met zijn voorganger een zeer grote gelijkenis vertoont (Heddema contra de vennootschap onder firma Kylstra, H. R. 17 Oct. 1952, N. J. 53, n^o. 476). Ook in casu ging het om een opzegging van een arbeidscontract, die nietig was, omdat de Directeur van het G. A. er geen toestemming toe had gegeven. Dit laatste was niet geschied, omdat de Directeur — toen hem toestemming werd gevraagd — te kennen had gegeven van mening te zijn, dat de dienstbetrekking door de arbeidster zelf reeds was verbroken, zodat er van een later ontslag niet meer gesproken kon worden. De Kantonrechter besliste hierop, dat deze mening weliswaar onjuist was, maar dat het ontslag toch geldig was, omdat in de beslissing van de Directeur, dat geen toestemming nodig was, lag opgesloten een toestemming voor het geval deze wel nodig zou zijn. Dit bracht volgens de Kantonrechter mee, dat de dienstbetrekking was geëindigd op de dag van de beslissing van de Directeur, hoewel deze dag lag na de datum, waartegen het ontslag was gegeven.

De Rechtbank verenigde zich met de uitspraak van de Kantonrechter voorzover het betrof de betekenis, die deze had toegekend aan de beslissing van de Directeur, maar hield zich overigens aan de uitspraak van de H. R., dat de toe-

¹ Overigens moge hier opgemerkt worden, dat het hier betrof een opzegging ter uitvoering van een geldige overeenkomst, zodat de rechtspositie van partijen krachtens het beginsel van art. 1374, 3^e lid B. W. door de goede trouw beheerst werd. Bij een ongeldige opzegging diende daarom ook al krachtens de genoemde bepaling tussen partijen datgene te gelden, wat, gezien de omstandigheden, de redelijkheid meebracht.

stemming vóór het ingaan van het ontslag gegeven diende te worden. Het ontslag was dus nietig, maar kon volgens de rechtbank worden geconverteerd in een ontslag, ingaande op de eerste dag, waarop dit na het afkomen van de toestemming van de Directeur mogelijk geweest zou zijn. Deze datum werd vervolgens zonder nadere motivering door de rechtbank vastgesteld, hoewel omtrent dit punt niets door partijen was gesteld of ten processe was gebleken.

Na ingesteld cassatieberoep maakte de H. R. uit, dat de rechtbank ten onrechte had aangenomen, dat de Directeur op het verzoek om toestemming slechts een toestemmend of weigerend antwoord mocht geven (hetgeen voor de Rechtbank aanleiding was geweest het ontwijkend antwoord van de Directeur te interpreteren alsof toestemming gegeven was). Volgens de H. R. mocht de Directeur zich ook onbevoegd verklaren, in welk geval de toestemming in principe niet geacht kon worden verleend te zijn. Overigens verenigde de H. R. zich met de door de rechtbank toegepaste conversie, daarbij beslissende, dat deze niet verplicht was geweest nader te motiveren, welke de vroegst mogelijke datum was, waartegen in casu had kunnen zijn opgezegd. De H. R. heeft zich waarschijnlijk tot deze zeker niet vanzelf sprekende beslissing¹ laten leiden door het arrest van 1948, omdat immers in dat geval deze dag ambtshalve door de H. R. zelf was vastgesteld. Aan de andere kant heeft het arrest van 1952 niet tot hetzelfde bevredigende resultaat geleid als dat van 1948. Tenzij de werkgever zo verstandig is geweest tijdens de procedure alsnog de toestemming van de Directeur aan te vragen, zal hij genoodzaakt zijn de arbeidster gedurende de gehele loop van de procedure loon uit te betalen²!

15. De overige jurisprudentie.

Bij de lagere colleges is het conversieprobleem vooral gezien i. v. m. opzegging bij huur, pacht of arbeidsovereenkomst, waarbij de vereiste opzeggingstermijn niet in

¹ Zie bl. 252, noot 3.

² Na het arrest van 1952 is nog gevolgd een arrest van 27 Nov. 1953, N. j. 54, 129. In dit arrest heeft de H. R. zich echter niet over de conversie behoeven uit te spreken, omdat in casu sprake was van een aanzegging, die volgens het Hof in het geheel niet als opzegging (in de zin van art. 779 B. W.) kon worden beschouwd.

acht was genomen. Gewoonlijk is in dergelijke gevallen aangenomen, dat het doel van de opzegging in de eerste plaats is een eind aan het contract te maken, en dat de vermelding van de datum, waarop de beëindiging zal intreden, slechts bijzaak is. Op deze grond moet volgens verschillende uitspraken — gewezen reeds lang vóór het conversiearrest — opzegging tegen de te vroege datum redelijkerwijs door de tegenpartij worden opgevat als opzegging tegen een latere datum¹. Het hier besproken geval vertoont veel overeenkomst met dat, waarin een ingebrekestelling met een te korte termijn is uitgebracht. Ook dan wordt tegenwoordig aangenomen, dat de ingebrekestelling niet ongeldig is, maar geacht wordt een langere termijn te bevatten, zonder dat men zich hiervoor op het leerstuk van de conversie pleegt te beroepen².

Ook in een ander geval is reeds vóór het conversiearrest door de lagere jurisprudentie van conversie gebruik gemaakt, n.l. wanneer bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst een proeftijd is bedongen voor een langere termijn, dan ingevolge art. 1639/ B. W. geoorloofd is³. De H. R. heeft echter hieraan een einde gemaakt door in 1930 te beslissen, dat in dat geval het gehele beding betreffende de proeftijd nietig is⁴. Het is geen wonder, dat na het conversiearrest de andere mening in de jurisprudentie weer naar voren komt, volgens welke de proeftijd kan worden teruggebracht tot de wettelijke termijn⁵.

¹ Zie jurisprudentie en literatuur bij Houwing in zijn noot onder het arrest van 19 Nov. 1948 (N. J. 49, 86). Zie verder nog Rb. Haarlem 11 Mei 1948, N. J. 49, 345; Pres. Almelo 28 April 1949, N. J. 50, 360; Hof Arnhem (Pachthof) 27 Juni 1949, N. J. 49, 650; Rb. Arnhem 6 Febr. 1950, N. J. 51, 33; Rb. Maastricht, 12 Dec. 1949, N. J. 51, 206; Rb. Utrecht 13 April 1950, N. J. 50, 798. Anders Ktgr. Breda 8 Mei 1935, N. J. 36, 599; Ktgr. Leiden 12 Febr. 1947, N. J. 47, 732.

² PITLO, *Vorberecht*, blz. 60; in het veelal in dit verband aangehaalde arr. van de H. R. van 18 Maart 1926, W. 11487, is deze kwestie niet beslist (verg. ASSER-LOSECAAT VERMEER, blz. 180).

³ Ktgr. Amsterdam 15 April 1930, N. J. 31, 134 en het vonnis van Rb. Rotterdam, dat gecasseerd is door de H. R. bij arr. 27 Febr. 1930, (N. J. 30, 977). Anders ktgr. Breda, 30 Nov. 1927, N. J. 29, 243; Rb. Haarlem 3 Juni 1930, N. J. 31, 136.

⁴ Zie H. R. 27 Febr. 1930, N. J. 30, 977. Zie ook v. D. GRINTEN, *Arbeidsovereenkomsten*, blz. 100.

⁵ Ktgr. Schiedam, 25 April 1950, N. J. 52, 244; ktgr. Haarlem 6 Maart 1953, N. J. 53, 712 (alleen conversie in het geval van overtre-

Een derde geval, waarin de vraag naar de mogelijkheid van conversie is gerezen, betreft de wijziging van een nietig arbitraal beding in een overeenkomst van bindend advies. Bij verschillende gelegenheden heeft de rechter zich aan die vraag weten te onttrekken door toepassing van art. 1380 B. W. Door uitlegging van de betrokken overeenkomst was het dan mogelijk tot de conclusie te komen, dat partijen het verkrijgen van een bindend advies op het oog hadden gehad¹. Slechts wanneer feitelijk wordt vastgesteld, dat dit laatste niet het geval is, m. a. w. dat partijen werkelijk bedoeld hebben een (nietig) arbitraal beding te sluiten, kan van conversie sprake zijn, n.l. wanneer de rechter het aan nemelijk zou achten, dat partijen, indien zij zich van de nietigheid bewust waren geweest, genoeg hadden genomen met een overeenkomst van bindend advies². Ook is het denkbaar, dat in plaats van de overeenkomst van partijen de beslissing van arbiters wordt geconverteerd van een arbitrale beslissing in een bindend advies, n.l. wanneer arbiters bedoeld hebben een arbitrale beslissing te geven, maar hiertoe niet bevoegd waren³.

Een interessant voorbeeld van conversie kan men verder aantreffen in een arrest van het Hof te Arnhem van 29 Dec. 1951, dat echter is vernietigd door de H. R. bij arrest van 30 Jan 1953, N. J. 53, 578. Het ging hier om de geldigheid van een cessie tot zekerheid en een fiduciaire eigendomsoverdracht van roerend goed aan een bank voor al hetgeen deze in de toekomst uit welken hoofde ook van de wederpartij te vorderen zou hebben. Het Hof achtte in tegenstelling tot de H. R. een dergelijke overdracht ongeldig wegens te grote onbepaaldheid, maar maakte uit, dat de betrokken overdrachten konden worden geconverteerd in handelingen van een meer beperkte strekking, n.l. in overdrachten tot zekerheid van de schuldvorderingen, die uit de verhouding van bank en cliënt voortvloeiden.

ding van de termijn van art. 1639/ B. W., niet bij overtreding van de termijn van een proeftijd, vastgesteld in een Coll. Arbeidsovereenkomst).

¹ Zie Hof Amsterdam 25 Febr. 1928, W. 11349; Hof den Haag 6 Febr. 1922, W. 10916; Rb. Rotterdam 5 Oct. 1933, N. J. 34, 1099; SANDERS, Aantasting van arbitrale vonnissen, blz. 203; v. ROSSEM-CLEVERINGA, aant. 3 op art. 621 Rv.

² Geen conversie werd toegepast door Hof den Bosch, 19 Dec. 1939, N. J. 40, 547.

³ Rb. Utrecht 18 April 1951, N. J. 52, 395.

Tenslotte wil ik nog melding maken van een zeer bijzonder geval van conversie uit de Ned. Indische rechtspraak, waarop gewezen is door BERKHOUWER in zijn dissertatie¹. Een gehuwde vrouw had met bijstand van haar man een op haar naam staand onroerend goed verkocht en geleverd. Na enige tijd stelde de man een vordering in tegen de koper, waarin hij een declaratoir dictum vroeg, dat hij eigenaar van het goed was, omdat dit tijdens de verkoop niet aan zijn vrouw maar aan hemzelf had toebehoord. Het Hooggerichtshof achtte de man niet ontvankelijk, omdat de verkoop door de vrouw, nu de man haar bijstand had verleend, beschouwd zou mogen worden als een verkoop door de man zelf. Ook hier dus conversie, maar in een zeer bijzondere vorm, omdat ze niet betrekking had op de inhoud van het contract, maar op de partijen, die erdoor gebonden waren. Zou men naar een aanrakingspunt in de wet willen zoeken, dan zou men kunnen wijzen op bepalingen als de art. 47b en 63 K., krachtens welke handelingen, verricht door een onbevoegd vertegenwoordiger, geacht worden door deze te eigen name te zijn aangegaan².

¹ Zie blz. 91. Het geval was eerder besproken door EGGENS, W. P. N. R. 3506, die echter een oplossing ervoor gezocht geeft buiten het leerstuk der conversie om.

² Geen melding heb ik in het bovenstaande gemaakt van de vonnissen van de Rb. te Groningen van 12 Nov. 1948 (N. J. 49, 302) en van de Rb. te Utrecht van 15 Maart 1950 (N. J. 51, 317). In het eerste geval had men te maken met een overeenkomst, krachtens welke de ene partij na het overlijden van de andere partij haar nalatenschap (althans delen daaruit) zou ontvangen als beloning voor bepaalde uitgaven, die zij in het belang van de ander had gedaan. De Rb. achtte de overeenkomst nietig als beschikking ter zake des doods en weigerde de gevraagde conversie, waardoor de rechtsverhouding zou worden omgezet in een verbintenis uit geldlening. Zie over dit vonnis v. d. PLOEG, W. P. N. R. 4126, die wijst op het verband met het reeds besproken arrest van de H. R. van 18 April 1941, N. J. 41, 940. In het geval, berecht door de Rb. te Utrecht, werd wel conversie toegepast, maar het betrof hier in wezen niet een nietige overeenkomst. Zie v. d. PLOEG, W. P. N. R. 4240; DE GROOTH, W. P. N. R. 4262. CLAVAREAU (W. P. N. R. 3779) noemt verder nog H. R. 11 April 1845, W. 615 (een ongeldig testament kan geldig zijn als akte, bedoeld in art. 982 B. W., zodat de beschikkingen, die volgens laatstgenoemd artikel gemaakt kunnen worden, van kracht blijven). Men behoeft hiervoor m. i. niet zijn toevlucht te nemen tot de leer der conversie; er is hier in werkelijkheid slechts sprake van gedeeltelijke nietigheid.

HOOFDSTUK III. GRONDSLAG VOOR DE CONVERSIE

16. Uit de voorbeelden, die in het vorige hoofdstuk zijn besproken, is wel gebleken, dat de conversie tot dusver in onze jurisprudentie slechts een bescheiden plaats heeft ingenomen. Ik zal mij nu gaan bezighouden met de vraag, op welke wijze de besproken beslissingen in ons positieve recht kunnen worden ingepast. Moet men de conversie zien als een eigen trouvaille van de H. R., die in het bestaande recht geen steun vindt, of kan men haar verklaren uit algemene beginselen, die alleen niet in een bijzonder wetsartikel zijn uitgewerkt?

Wanneer men zich ter beantwoording van deze vraag zet aan de bestudering van de schrijvers, die zich met het conversieprobleem hebben beziggehouden, dan blijkt het, dat velen getracht hebben de conversie vast te knopen aan de stilzwijgende bedoeling van partijen. Bij nietige rechtshandelingen zou veelal kunnen worden aangenomen, dat de wil van partijen subsidiair — nl. voor het geval de rechtshandeling nietig mocht zijn — op iets anders gericht is geweest¹. Aldus b.v. nog SUYLING², die onderscheid maakt tussen legale conversie (waartoe hij — naar wij zagen — ook rekent de gedeeltelijke nietigheid) en de stilzwijgend bedongen conversie.

Het is geen wonder, dat men bedoelde opvatting (die ik verder de subjectieve zal noemen) vooral tegenkomt bij de schrijvers uit de vorige eeuw, toen men geneigd was aan te nemen, dat alle uit een rechtshandeling voortvloeiende gevolgen in beginsel moeten worden herleid tot de wil van de bij de rechtshandeling betrokken partijen. Deze opvatting heeft zich echter op den duur niet kunnen handhaven. Bij

¹ Zie vooral de Duitse schrijvers, besproken door DE GROOTH, W. P. N. R. 3897 e.v. en door BERKHOUWER, diss. blz. 48 e.v.

² I, n^o. 270c.

het bepalen van de gevolgen van een rechtshandeling zal het objectieve recht aan de individuele wil van partijen wel een zekere betekenis kunnen toekennen, maar alleen in afweging met andere — objectieve — factoren van rechtsvorming (wet, gebruik en billijkheid). Dit inzicht heeft aan de subjectieve leer haar grondslag ontnomen. Zoals wij reeds zagen, is het zeer wel mogelijk, dat partijen, wanneer zij met de eventuele nietigheid van de rechtshandeling rekening houden, subsidiair iets anders vaststellen. Maar in dat geval heeft men aan een apart leerstuk van conversie geen behoefte. De gewone interpretatievoorschriften kunnen dan toepassing vinden. En in die gevallen, waarin partijen de nietigheid niet gekend hebben, berust het aannemen van een subsidiaire wil op een fictie, die uit wetenschappelijk oogpunt niet verantwoord is. Met uitzondering van SUYLING hebben de moderne Nederlandse schrijvers dan ook allen de subjectieve leer de rug toegekeerd¹.

Het is echter merkwaardig, dat deze leer op meer beperkt terrein toch nog telkens invloed blijkt uit te oefenen. Zo wil b.v. KAMPHUISEN het geval, waarin een opzegging zonder inachtneming van de door wet of overeenkomst gestelde vereisten wordt omgezet in een geldige opzegging, niet beschouwen als een geval van conversie, maar als een kwestie van interpretatie². Volgens hem komt het in zo'n geval aan op het vaststellen van de bedoeling van degenen, van wie de opzegging is uitgegaan, althans op de wijze, waarop de wederpartij deze bedoeling mocht opvatten. Normaal is het immers, dat een verhuurder, die opzegt, in ieder geval de huurovereenkomst wil verbreken, terwijl het moment, waarop de beëindiging ingaat, voor hem slechts bijzaak is. Toch gebruikt men ook in dit geval een fictie, wanneer men aannemt, dat de verhuurder subsidiair de beëindiging op een later tijdstip heeft gewild. Er bestaat altijd een kans, dat wanneer hij geweten had, dat hij een bepaalde termijn of voorwaarde in acht moest nemen, hij de opzegging achterwege zou hebben gelaten. Hoogstens kan men vaststellen, dat hij met zeer grote waarschijnlijkheid gewild zou hebben,

¹ Zie DE GROOTH, t.a.p.; BERKHOUWER t.a.p. 103; ASSER-RUTTEN blz. 438; EGGENS W. P. N. R. 3952 noot 19.

² W. P. N. R. 4157. KAMPHUISEN rekent hieronder ook het geval, dat een onvoorwaardelijke opzegging wordt geconverteerd in een voorwaardelijke, zoals geschiedde in het arrest van de H. R. van 1948.

wanneer hij zich van de ongeldigheid van de gedane opzegging bewust was geweest, en ook de tegenpartij kan uit de verklaring van de verhuurder niets anders afleiden. Nu kan men dit misschien ook interpretatie noemen¹, maar in ieder geval is er geen reden in dit opzicht een principieel verschil te maken met de andere gevallen van conversie.

17. Wanneer het niet mogelijk is de conversie af te leiden uit de stilzwijgende bedoeling van partijen, zal men naar een objectieve grondslag ervoor moeten zoeken. Bij het stilzwijgen van de wet kan deze geen andere zijn dan het ongeschreven recht. Velen zoeken daarom verband met het goede-trouw-beginsel, zoals dat voor overeenkomsten is uitgewerkt in de artt. 1374, 3^e lid en 1375 B. W.² Men vindt het heel gewoon, wanneer de rechter een overeenkomst aanvult, omdat zich feitelijke omstandigheden hebben voorgedaan, waarmee partijen, toen ze het contract aangingen, geen rekening hebben gehouden. Bij deze aanvulling zal de rechter zich dan gewoonlijk laten leiden door zijn mening omtrent wat partijen bedongen zouden hebben, wanneer zij zelf de moeilijkheid hadden voorzien³. Zou het nu bij nietige overeenkomsten heel veel anders zijn? Zal ook de nietigheid niet dikwijls een omstandigheid zijn, waarmee partijen geen rekening hebben gehouden, zij het dat deze omstandigheid van juridische, en niet van feitelijke aard is? En bestaat er dus ook in dat geval geen reden om de goede trouw te laten goedmaken, wat de wetgever voor partijen bederft, zodat partijen geacht worden gebonden te zijn aan wat zij bedongen zouden hebben, wanneer zij aan de nietigheid hadden gedacht? Natuurlijk kan men tegen deze opvatting aanvoeren, dat onze wetgever zich op het standpunt heeft gesteld, dat een nietige overeenkomst als niet-bestaanbaar moet worden beschouwd (zie het opschrift boven art. 1356 B. W.). De artikelen 1374 en 1375 B. W. zijn dus kennelijk niet voor ongeldige overeenkomsten bedoeld. Maar de leer, dat „nietig” synoniem is met „niet bestaand” (door VAN OVEN genoemd: de leer van de mechanische nietigheid) wordt tegenwoordig alge-

¹ Zie Hoofdstuk I, blz. 215 noot 3 en blz. 216 noot 1.

² Zie DE GROOTH, W. P. N. R. 3899 onder 16; BERKHOUWER t.a.p. blz. 111.

³ Dit geldt niet alleen voor obligatoire overeenkomsten. Zie H. R. 11 April 1940, N. J. 1940, 649 (i.v.m. een erfdienstbaarheid). Zie verder BREGSTEIN, *Pracadvies* N. J. V. 1936, 30.

meen verworpen¹. Er bestaat dus geen enkele reden om principieel de mogelijkheid uit te schakelen, dat ook nietige overeenkomsten verbinden tot wat de goede trouw in de gegeven omstandigheden vordert. Ook de rechtspraak van de H. R. beweegt zich in deze richting. Het College heeft reeds enige malen uitgemaakt, dat overeenkomsten, waarvan de geldigheid afhankelijk is van een latere ontheffing of goedkeuring van de zijde van de Overheid, reeds van de aanvang af zekere verbintenissen in het leven kunnen roepen, waarvan de omvang bepaald wordt door de goede trouw². Zou hetzelfde, dat uitgemaakt is voor nog-niet-geldige overeenkomsten, nu niet ook behoren te gelden bij ongeldige overeenkomsten? En ook voor andere rechtshandelingen dan overeenkomsten lijkt de weg naar de mogelijkheid van conversie geëffend, doordat de H. R. — in de arresten van 20 Dec. 1946, N. J. 47, 59 en 9 Mei 1952, N. J. 53, 563 — art. 1374, 3^e lid heeft verheven tot een algemeen rechtsbeginsel, dat ook de gevolgen van andere rechtshandelingen dan overeenkomsten kan beheersen.

18. In de hierboven ontwikkelde gedachtengang zou men tot de conclusie moeten komen, dat de conversie berust op de gedachte, dat in geval van nietigheid van een rechtshandeling de door partijen beoogde rechtsgevolgen onder zekere voorwaarden vervangen mogen worden door hetgeen de billijkheid vordert. Echter, hoe overtuigend de aangevoerde argumenten ook mogen lijken, toch voel ik ernstige bezwaren tegen deze leer bij mij opkomen, omdat ze de schaal te veel doet doorslaan naar de billijkheid. Het is waar, dat men in het moderne recht het beginsel „lex dura, sed lex” vrijwel over de gehele linie heeft losgelaten. In die gevallen, waarin letterlijke toepassing van de wet teveel tegen het rechtsgevoel van de rechter zou indruisen, weet deze door toepassing van algemeene leerstukken, die zich buiten de wet om hebben ontwikkeld, zoals b.v. dat van misbruik van recht, een hem niet bevredigende uitspraak te vermijden.

¹ Zie meer in het bijzonder VAN OVEN, Praeadvies N. J. V. 1937, blz. 4 e.v.; EGGENS, Praeadvies Broed. Cand.-Not. 1947, blz. 4 (een nietige rechtshandeling is niet een niet-bestaande rechtshandeling, maar een rechtshandeling, die het Recht niet aldus wil doen gelden, als de handelende partijen dit willen).

² H. R. 12 April 1946, N. J. 1946, 509; 23 Mei 1947, N. J. 1948, 143, besproken door Houwing in W. P. N. R. 4068 en 4069.

Maar een beroep op misbruik van recht biedt slechts hulp in gevallen van kennelijk onrecht. Het gaat dus veel minder ver dan een beroep op het goede-trouw-beginsel in het algemeen. Hier komt nog iets anders bij. Wat de goede trouw vordert, wordt bepaald door de afweging van de belangen der partijen en het zedelijkheidsoordeel van de rechter over hun gedragingen¹. Het algemeen belang komt hierbij niet te pas. Daarentegen wordt de vraag, in welke mate nietige handelingen rechtsgevolgen dienen te hebben, in sterke mate beheerst door het algemeen belang². De nietigheidssanctie is immers één van de middelen, waardoor de wetgever het algemeen belang boven dat van partijen kan laten prevaleren³. Hieruit kan men m.i. de gevolgtrekking maken, dat men aan de goede trouw bij het bepalen van de gevolgen van nietige overeenkomsten een geringere betekenis dient toe te kennen dan wanneer het gaat om geldige overeenkomsten. Door conversie dient slechts onmogelijk te worden gemaakt, dat de nietigheid tot werkelijk onrecht zou leiden, en om dit te onderstrepen zou ik in plaats van de positieve formule, dat de gevolgen van een nietige overeenkomst worden bepaald door de goede trouw, liever gebruik maken van de negatieve formulering, dat misbruik van recht (in de zin van onbetamelijke uitoefening van recht) is uitgesloten⁴. Dit heeft het voordeel, dat de vraag of art.

¹ Zie WIARDA, Inaug. rede Groningen 1947, blz. 17; mijn artikel over het rechtsherstel in Rechtskundig Weekblad 1947, blz. 404.

² Zie ASSER-RUTTEN blz. 429.

³ Zie hierover mijn rectorale rede blz. 8.

⁴ Om dezelfde reden heeft de 2^e Kamer vraag 21 betreffende het nieuwe B. W. (moet de wet bepalen, dat de goede trouw niet alleen de uit overeenkomst en wet voortvloeiende verbintenissen kan aanvullen, maar deze ook onder bijzondere omstandigheden kan doen vervallen of buiten toepassing stellen?) niet zonder meer in laatstgenoemde zin willen beantwoorden, maar de restrictie gemaakt, dat het beroep op het overeengekomene of op het door de wet bepaalde onder de gegeven omstandigheden onbetamelijk moet zijn (of — zoals de Minister het had willen uitdrukken — misbruik van recht moet opleveren).

Anders VAN OVEN in W. P. N. R. 4279, die m.i. ten onrechte aan de goede trouw bij besnoeiing van het uitdrukkelijk bepaalde dezelfde rol wil toedelen als bij aanvulling van het bepaalde. Hij beroept er zich hiervoor op, dat het opzij zetten van het overeengekomene ten voordele strekt van de debiteur en het aanvullen van het bedongene ten voordele van de crediteur. Het zou daarom volgens hem onjuist zijn in het eerste geval strengere eisen te stellen dan in het laatste,

1374, 3^e lid op nietige overeenkomsten van toepassing is, haar betekenis verliest. Dat misbruik van recht wordt gekeerd, vloeit immers voort uit een algemeen rechtsbeginsel, zonder dat het nodig is hiervoor op een bepaald wetsartikel een beroep te doen.

Hetzelfde, wat gezegd is voor nietige overeenkomsten, geldt a fortiori voor andere rechtshandelingen, die nietig zijn. Ook al zou men met de H. R. van oordeel zijn, dat het goetrouw-beginsel mag worden uitgebreid tot andere rechtshandelingen dan overeenkomsten, dan brengt dit nog geenszins mee, dat dit beginsel ook de gevolgen van deze handelingen zou moeten beheersen, wanneer ze nietig zijn. De H. R. heeft in het conversie-arrest van de Water contra van Hemme dan ook geen verband gelegd met het goetrouw-beginsel. Men zou uit dit arrest dus zeker niet mogen afleiden, dat de H. R. van oordeel is, dat de gevolgen van nietige huwelijksvoorwaarden bepaald worden door de goede trouw.

19. Ik ben hiermee gekomen tot wat volgens mij in ons recht de grondslag van de conversie zou kunnen vormen. Wel dient men de opvatting te verwerpen, dat een rechtshandeling, die nietig is, in het algemeen toch die rechtsgevolgen meebrengt, welke door de goede trouw worden gevorderd. Maar dat neemt niet weg, dat het beroep op nietigheid voor de rechter onder zodanige omstandigheden kan plaats vinden, dat de rechter het als misbruik van recht kan wraken¹. En de houding van de partij, die de nietigheid inroept, maar deze zou kunnen opheffen door toe te stemmen in een wijziging van de rechtshandeling, die haar principiële strekking onaangetast laat, is m. i. als misbruik van recht te kwalificeren. Dit geeft de verklaring, waarom de rechter bevoegd is onder zekere omstandigheden de wijziging van de rechtshandeling aan de betrokken partij op te leggen. Nu kan men deze bevoegdheid natuurlijk wel afleiden uit de goede trouw, maar deze heeft dan een veel beperkter werking, dan in de door mij verworpen leer. Zij brengt dan

.....
omdat een dergelijke discriminatie uitsluitend zou werken ten voordele van de crediteur. M.i. kan echter het terzijde stellen van het overeengekomene evenals de aanvulling ervan zowel strekken ten voordele van de crediteur als van de debiteur.

¹ Zie voor een voorbeeld Rb. Groningen, 5 Dec. 1952, N. J. 1953, 421.

slechts mee, dat de betrokkene zich een wijziging van de inhoud van de rechtshandeling moet laten welgevallen ten einde de rechter niet in de noodzaak te stellen de nietigheid van de handeling uit te spreken¹, en dit nog alleen in de meest sprekende gevallen. Er is dus geen sprake van, dat de rechtshandeling, die nietig is, van de aanvang af die rechtsgevolgen heeft, die door de goede trouw worden gevorderd. Duidelijk blijkt dit uit het feit, dat in de door mij verdedigde opvatting partijen bevoegd blijven de handeling als nietig te beschouwen. Slechts wanneer zij in der minne een nieuwe rechtshandeling aangaan, waarin het gebrek van de nietige handeling — voorzover mogelijk met terugwerkende kracht — wordt weggenomen², of wanneer de rechter de wijziging aan een van hen oplegt, valt de nietigheid weg. Maar in alle andere gevallen blijft zij bestaan. Dit is vooral van belang met het oog op rechten van derden. Gesteld, dat in het geval van de Water contra van Hemme de erfgenaam besloten had de nietigheid van de huwelijks voorwaarden te aanvaarden en dus met de halve gemeenschap genoeg te nemen, dan zou de fiscus niet het recht gehad hebben successierechten te berekenen op een basis, alsof er wel conversie had plaats gehad. M.a.w. wanneer partijen zelf de voorkeur geven aan nietigheid, dan kan conversie niet plaats vinden op verzoek van derden.

Intussen is de door mij verdedigde opvatting ook van invloed bij de beantwoording van andere vragen, die men i.v.m. de conversie kan stellen. Ik denk hierbij in de eerste plaats aan de vraag, welke omstandigheden voor de toepas-

¹ Door deze formulering wordt ook in het geval voorzien, dat de rechter conversie moet toepassen ten einde aan het ambtshalve uitspreken van de nietigheid te ontkomen. In dat geval kan niet van misbruik van recht gesproken worden, omdat geen beroep op de nietigheid is gedaan. Desniettemin spreekt het vanzelf, dat de rechter niet genoodzaakt kan worden ambtshalve iets te doen, wat hij niet had mogen doen op verzoek van een der partijen.

² Zie SILLER, Arch. civ. Praxis 138, 157. In het Duitse recht wordt aangenomen, dat de z.g. „Bestätigung“ van nietige rechtshandelingen, geregeld in par. 141 B.G.B., hoogstens terugwerkende kracht kan hebben, voorzover het betreft de obligatoire rechtsbetrekkingen, die uit de handeling voortvloeien. Bij ons is aan de „Bestätigung“ tot dusver weinig aandacht besteed. Men zou haar het beste kunnen vergelijken met een vaststellingsovereenkomst. Bij deze laatste gaat het echter om het wegnemen van een onzekerheid in de rechtspositie van partijen, terwijl zij bij „Bestätigung“ de nietigheid van een voorafgaande rechtshandeling willen opheffen.

sing van de conversie een rol spelen. In de verworpen leer zou de mogelijkheid van conversie beoordeeld moeten worden naar het moment, waarop de rechtshandeling tot stand is gekomen. In de door mij verdedigde opvatting dient men echter mede te letten op de omstandigheden, die aanwezig zijn op het tijdstip, waarop een beroep op de nietigheid wordt gedaan¹. Het kan zeer goed voorkomen, dat aanvankelijk voor de toepassing van de conversie geen enkele reden zou bestaan, en dat zich eerst later omstandigheden voordoen, die tot conversie aanleiding kunnen geven. Een voorbeeld vindt men in het geval, berecht door het Hof te Arnhem bij arrest van 29 Dec. 1951, boven reeds besproken². Conversie van de door het Hof als nietig beschouwde overdrachten tot zekerheid in handelingen van meer beperkte omvang werd hier alleen gerechtvaardigd door de omstandigheid, dat de Bank, vertrouwend op de gestelde zekerheid, inmiddels gelden aan de wederpartij had voorgeschooten. De nietigheid van de overeenkomsten zou daarom leiden tot een onredelijke benadeling van de Bank, die door conversie voorkomen kon worden. Eerder zal echter het omgekeerde voorkomen, n.l. dat er in de aanvang wel voldoende redenen aanwezig waren om de rechtshandeling te converteren, maar de rechter na verloop van zekere tijd de voorkeur eraan geeft de nietigheid te handhaven. Want hoe langer één der partijen wacht met zich tegenover de ander op de rechtshandeling te beroepen, hoe minder redenen er zullen zijn om hem tegenover een beroep op nietigheid van de wederpartij in bescherming te nemen.

Een andere belangrijke consequentie van mijn opvatting over de conversie is hierin gelegen, dat conversie slechts mogelijk is bij die nietige rechtshandelingen, die zich voor verbetering door partijen lenen. Dit is niet met alle vermogensrechtelijke handelingen het geval. Ik noem als voorbeeld het testament. De inhoud hiervan wordt door de erf-later bepaald. Dit heeft tengevolge, dat na diens overlijden

¹ In de literatuur heeft men dit laatste wel eens trachten te verklaren door te zeggen, dat de rechter tot conversie bevoegd is, maar niet verplicht. Zie KAMPHUISEN, W. P. N. R. 4156. Deze opvatting wekt echter de schijn alsof conversie een gunst is, die door de rechter wordt verleend. Dit is evenwel geenszins het geval. Zoals wij later zullen zien, is het vonnis van de rechter, waarbij conversie wordt toegepast, declaratief en niet constitutief.

² Zie biz. 228.

het voor belanghebbenden niet mogelijk is een rectificatie er in aan te brengen. Nietigheid van een beschikking van de erfflater kan daarom niet door conversie worden opgeheven. Hetzelfde moet in principe ook worden aangenomen voor huwelijkse voorwaarden. Na het sluiten van het huwelijk kunnen hierin immers door partijen geen veranderingen meer worden aangebracht. Dat in het geval van de Water contra van Hemme anders beslist is, is dan ook alleen hieraan toe te schrijven, dat het hier betrof de werking van de huwelijkse voorwaarden na ontbinding van het huwelijk, nl. de wijze waarop de gemeenschap tussen partijen behoorde te worden verdeeld. Zodra het huwelijk ontbonden is, zijn partijen of hun rechthebbenden weer bevoegd een overeenkomst tot verbetering van de huwelijkse voorwaarden aan te gaan, voorzover deze op de verdeling betrekking hebben. En weigert een der partijen hierin toe te stemmen, terwijl de omstandigheden op misbruik van recht wijzen, dan kan de rechter ingrijpen.

Eveneens leent een ongeldige opzegging zich in principe voor een latere correctie, wanneer de wederpartij hierin toestemt. Dit geldt ook voor de gevallen van opzegging van een arbeidscontract zonder toestemming van de Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau. De toestemming van de Directeur is immers niet nodig, wanneer partijen het over de beëindiging van het contract eens zijn (art. 6 B.B.A.). Dit brengt mee, dat zij, wanneer de opzegging nietig is, gezamenlijk aan de opzegging het nietigheids-element kunnen ontnemen. En ook hier geldt, dat wanneer één der partijen zonder gegronde redenen weigert haar medewerking tot de correctie te geven, de rechter deze kan aanbrengen tegen haar zin.

Tenslotte volgt nog uit mijn zienswijze over de conversie, dat deze slechts dient te worden toegepast, wanneer het handhaven van de nietigheid tot onrecht zou leiden. Het is niet voldoende, dat de rechter het billijk acht de partij, die zich op de nietigheid beroept, aan de gewijzigde handeling te binden. De omstandigheden moeten zodanig zijn, dat een der partijen door de nietigheid ernstig gedupeerd zou worden.

Het is duidelijk, dat dit vereiste nog nadere uitwerking behoeft. Deze uitwerking zal worden gegeven in het volgende hoofdstuk, waarin de vereisten voor het toepassen van de conversie nader zullen worden behandeld.

HOOFDSTUK IV. VEREISTEN VOOR DE CONVERSIE

20. Hierboven heb ik de stelling verdedigd dat onder bepaalde omstandigheden de goede trouw kan meebrengen, dat een bij een rechtshandeling betrokken partij, tegenover wie daarop een beroep gedaan wordt, in plaats van de nietigheid van de handeling te kunnen invoeren, deze in gewijzigde vorm tegen zich moet laten gelden. Het is thans nodig deze omstandigheden zoveel mogelijk nader te preciseren. Het zal duidelijk zijn, dat het hier niet alleen gaat om een of meer bepaalde vereisten, maar dat de gezamenlijke omstandigheden van het geval zodanig moeten zijn, dat zij de rechter tot de conclusie brengen, dat het niet toepassen van de conversie kennelijk onrecht zou zijn. Bepaalde factoren treden daarbij echter zozeer op de voorgrond, dat zij hier afzonderlijk naar voren moeten worden gebracht.

21. In navolging van het Duitse Wetboek heeft de H. R. in het arrest van de Water-van Hemme de mogelijkheid van conversie afhankelijk gesteld van de opvatting van de rechter over wat partijen gewild zouden hebben, wanneer ze zich van de nietigheid van de door hen aangegane rechtshandeling bewust waren geweest¹. Zouden zij in dit geval een andere — geldige — rechtshandeling hebben afgesloten, en zo ja, wat zou hiervan dan de inhoud zijn geweest, zo behoort de rechter te vragen. Nu is het duidelijk, dat nooit met volstrekte zekerheid valt vast te stellen, wat partijen onder zekere omstandigheden, die zich in werkelijkheid niet hebben voorgedaan, gewild of gedaan zouden hebben². De rechter kan hier enkel een waarschijnlijkheidsoordeel vellen, d.w.z. hij kan globaal een zeker kanspercentage vaststellen, waarin de waarschijnlijkheidsfactor wordt uitgedrukt. Hoe hoger

¹ Zie over het vereiste, dat de nietige handeling de bestanddelen van de andere handeling moet bevatten, hierboven blz. 222 e. v.

² Zie SCHOLTEN onder H. R. 20 Mei 1938, N. J. 39, 94 (i.v.m. gedeeltelijke nietigheid).

dit percentage ligt, des te meer reden zal er bestaan om conversie toe te passen. Vraagt men nu, waarvan de hoeveelheid kans afhangt, dan is dit in de eerste plaats van de economische en maatschappelijke strekking van de z.g. vervangende rechtshandeling¹ vergeleken met die, welke partijen op het oog hadden. Wanneer deze strekking — afgezien van theoretisch-juridische verschillen — vrijwel de zelfde was, is de waarschijnlijkheid groot, dat partijen bij kennis van de nietigheid tot die vervangende handeling hun toevlucht hadden genomen. Het is dus begrijpelijk, dat men allereerst de eis moet stellen, dat de strekking van de vervangende handeling in principe gelijk is aan die van de oorspronkelijke handeling². Maar hiernaast is de berekening van het percentage kans ook nog van iets anders afhankelijk: hoe meer mogelijkheden er voor partijen bestonden om op geldige wijze hun bedoelingen te verwezenlijken, d.w.z. hoe ruimer de keuze was tussen handelingen, die de nietige zouden kunnen vervangen, des te geringer is de kans, dat partijen juist die vervangende rechtshandeling gekozen zouden hebben, die de rechter zou willen laten gelden. Dit is de reden, waarom, uitgaande van het vereiste van de H. R., de conversie in de zaak de Kock contra van Heyst veel meer voor de hand ligt dan in de zaak van de Water contra van Hemme. In het eerste geval bestond er voor van Heyst geen andere mogelijkheid om het door hem gewilde resultaat — de beëindiging van de arbeidsverhouding — te bereiken dan door een opzegging, ingaande na de toestemming van het Gewestelijk Arbeidsbureau. In het geval van de nietige huwelijks voorwaarden bestonden er daarentegen voor partijen nog andere mogelijkheden dan gemeenschap met een voorwaardelijk verrekeningsbeding, b.v. uitsluiting van

¹ Meestal wordt alleen aandacht gewijd aan de vraag, of de vervangende handeling in *economische* zin dezelfde strekking had als de nietige handeling. Terecht merkt SILLER, Arch. civ. Praxis 138, blz. 159, echter op, dat niet elke rechtshandeling een doel behoeft te hebben, dat op economisch terrein ligt. Ik spreek daarom liever van economische en *maatschappelijke* strekking.

² Hieruit volgt, dat de mogelijkheid van conversie ook beïnvloed wordt door de ratio van de wettelijke bepaling, waaruit de nietigheid voortvloeit. Het is denkbaar, dat juist de algemene strekking van de handeling door de wet gewraakt wordt, zodat het niet mogelijk is een vervangende rechtshandeling te vinden, waarvan de strekking met de nietige handeling overeenstemt, en die toch als geldig zou kunnen worden beschouwd. Zie JANSSEN, W. P. N. R. 4338.

gemeenschap, gepaard gaande met een schenking van een gedeelte van de nalatenschap of een testamentaire bevoordeling onder de voorwaarde, dat er kinderen geboren zouden worden ¹.

22. Intussen valt het te bezien, of — afgezien van de eis, dat de vervangende handeling in strekking met de oorspronkelijke handeling moet overeenstemmen — overneming van de beginselen van het Duitsch recht in deze materie verhelderend heeft gewerkt. Dit geldt zeker, wanneer men mijn opvatting over de grondslag van de conversie zou aanvaarden. De vraag, wat onder bepaalde omstandigheden door de goede trouw gevorderd wordt, is afhankelijk van een normatief oordeel. Het vaststellen van een waarschijnlijkheidsoordeel door de rechter geschiedt daarentegen door het toepassen van menselijke ervaringsregels op als vaststaand aangenomen feiten, die de basis van de kansberckening vormen. Het vormen van een normatief oordeel komt hierbij niet te pas. Het is daarom geen wonder, dat men gepoogd heeft het vereiste van het B.G.B. zo te formuleren, dat het binnen de normatieve sfeer zou komen te vallen. Zo zegt DE GROOTH, dat het niet gaat om wat partijen gewild zouden hebben, indien ze zich van de nietigheid bewust waren geweest, maar om wat zij als redelijke mensen behoorden te willen ². En ook de H. R. heeft — zoals wij reeds zagen ³ — in het arrest de Kock contra van Heyst een normatief element in de formule opgenomen. Door deze formuleringen wordt de aanpassing aan de hierboven verdedigde opvatting echter niet verkregen. Want volgens die opvatting is niet van belang, wat partijen behoorden te willen op het ogenblik van de tot standkoming van de nietige rechtshandeling, maar wat zij behoren te willen op het moment, dat de conversie moet worden toegepast ⁴.

¹ Zie Rb. den Bosch 16 April 1948, N. J. 48, 321 inzake van de Water contra van Hemme, in welk vonnis twee mogelijkheden worden genoemd.

² W. P. N. R. 3899, n^o. 17.

³ blz. 224.

⁴ Aldus ook EGGENS, W. P. N. R. 3952 noot 19. Zie ook BREGSTEIN, *Pracadvies* N. J. V. 1936, blz. 30, i.v.m. de vraag, of wijziging van een overeenkomst mogelijk is op grond van het intreden van door partijen niet voorzien omstandigheden. Ook in dit geval is niet beslissend wat partijen zouden hebben afgesproken, wanneer ze met die omstandigheden hadden rekening gehouden.

Hiernaast bestaat er nog een ander bezwaar tegen de klakkeloze overneming van het vereiste van het B.G.B. Wanneer men de vraag stelt, wat beide partijen gewild zouden hebben, wanneer zij van de nietigheid op de hoogte waren geweest, wordt de schijn gewekt, alsof de positie van partijen i.v.m. de mogelijkheid van conversie geheel dezelfde is. In werkelijkheid bestaat er daarentegen een belangrijk verschil tussen de positie van de partij, ten behoeve van wie de conversie moet worden toegepast, en die van de wederpartij, aan wie de conversie moet worden opgelegd¹. De vereisten, die aan de één gesteld kunnen worden, behoeven niet ook te gelden voor de ander. Om één voorbeeld te noemen: wanneer men de eis stelt, dat partijen van de nietigheid niet op de hoogte zijn geweest, heeft dit zin voor degenen, die van de conversie zal profiteren, maar niet voor de andere partij. Immers wanneer de partij, die de nietigheid inroept, van het begin af aan hiervan op de hoogte is geweest, bestaat er nog meer reden de wederpartij in bescherming te nemen, dan wanneer hij de nietigheid niet gekend heeft. Dit brengt mee, dat het m. i. juist is bij het uitwerken van de omstandigheden, die voor de mogelijkheid van conversie van belang zijn, tussen beide partijen verschil te maken. Ik zal mij daarom eerst gaan bezig houden met de positie van degenen, ten behoeve van wie de rechter de conversie zou willen toepassen, en daarna met die van de wederpartij, terwijl ik mij voorlopig zal beperken tot conversie van meerzijdige rechtshandelingen.

23. Positie van de partij, ten behoeve van wie de conversie moet worden toegepast.

Wil er van een conversie sprake zijn, dan is het in de eerste plaats noodzakelijk, dat één van de partijen tegenover

¹ De belangen van partijen staan dus t.a.v. de mogelijkheid van conversie steeds tegenover elkaar. Het is daarom niet juist het zo voor te stellen, dat de rechter door toepassing van conversie de rechtshandeling sauveert ten behoeve van beide partijen. Toch komt men in de literatuur herhaaldelijk deze voorstelling tegen. Zie b.v. DUPUIS, N. J. B. 1944, 192; JANSSEN, W. P. N. R. 4339 (conversie van een wederkerige overeenkomst geschiedt „om daardoor de wil van beide partijen tot zijn recht en effect te doen komen”).

de ander bepaalde rechtsgevolgen inroept, die volgens hem uit de rechtshandeling voortvloeien. Hij kan dit doen, omdat hij zich op de geldigheid van de oorspronkelijke handeling meent te kunnen beroepen, maar het is ook mogelijk, dat hij, de nietigheid van de handeling erkennende, meent, dat er aanleiding bestaat voor conversie. In ieder geval zal echter uit het processuele standpunt, dat hij inneemt, moeten kunnen worden afgeleid, dat hij zich met de inhoud van de vervangende handeling, zoals de rechter die zou willen vaststellen, kan verenigen. De rechter kan hem dus niet — zoals aan zijn tegenpartij — de conversie tegen zijn zin opdringen. Dit laatste impliceert echter niet, dat hij uitdrukkelijk op de conversie een beroep moet doen. De vraag, of conversie ambtshalve door de rechter mag worden toegepast, zal in het volgend hoofdstuk worden behandeld. Hier is het voldoende vast te stellen, dat uit de processuele houding van degeen, ten behoeve van wie de rechter zou willen converteren, moet blijken, dat hij zich met de inhoud van de vervangende handeling zou kunnen verenigen.

Is hiernaast nodig, dat hij aannemelijk maakt, dat hij ook reeds op het moment, dat de rechtshandeling plaats vond, aan de geconverteerde handeling de voorkeur gegeven zou hebben boven de toestand, die zou intreden bij nietigheid, terwijl dit voor de wederpartij ook kenbaar was? Zoals we gezien hebben, ligt dit vereiste in de leer van de H. R. opgesloten. Inderdaad valt aan te nemen, dat, wanneer het niet aannemelijk is, dat de betrokken partij bij het tot stand komen van de rechtshandeling de vervangende handeling geprefereerd zou hebben boven de nietigheid, het in het algemeen onredelijk zou zijn, wanneer hij zich naderhand toch nog op conversie zou kunnen beroepen. Zodra de wederpartij de nietigheid bemerkte, kon en mocht hij aannemen, dat ook zijn partner de handeling als nietig zou willen beschouwen. Maar in de door mij verdedigde opvatting, waarin het voor alles erop aankomt, of de betrokken partij tengevolge van de nietigheid onrechtvaardig benadeeld zou worden, kunnen er omstandigheden zijn, die een andere oplossing rechtvaardigen, b.v. wanneer de nietigheid voor de betrokken partij een groot nadeel zou betekenen, terwijl dit aanvankelijk niet het geval was. In dat geval kan de billijkheid vorderen, dat men de wederpartij een surrogaat-overeenkomst oplegt, die mis-

schien niet afgesloten zou zijn, wanneer partijen zich dadelijk van de nietigheid bewust waren geweest ¹.

24. Conversie wordt toegepast ter bescherming tegen rechtsmisbruik, althans tegen onredelijke wetstoepassing. Dit brengt mee, dat degeen, die beschermd wordt, die bescherming ook moet verdienen. Wanneer de partij, ten behoeve van wie geconverteerd moet worden, van de nietigheid van de overeenkomst bij het aangaan ervan reeds op de hoogte was, bestaat er geen reden voor bescherming. Door welbewust een overeenkomst aan te gaan, die door de wet is verboden, heeft de betrokken partij in principe icder recht op conversie verbeurd. Verder zal conversie gewoonlijk ook zijn uitgesloten bij handelingen in strijd met de goede zeden. Toch is het ook in dit verband gevaarlijk een algemene regel op te stellen. Waar het op aankomt, is, of de betrokken partij door in de overeenkomst toe te stemmen zedelijk laakbaar heeft gehandeld. Zo zal bij een woekerovereenkomst, die in strijd met de goede zeden wordt geacht, wel degelijk conversie kunnen plaats vinden, maar alleen ten behoeve van de partij, die door de overeenkomst is uitgebuit, en niet ten behoeve van de wederpartij ².

25. Positie van de partij, aan wie de conversie door de rechter wordt opgelegd.

De grote tegenstand, die de conversie tot dusver bij onze schrijvers heeft ontmoet, is vooral hieraan toe te schrijven, dat zij tengevolge heeft, dat iemand gebonden wordt geacht aan een overeenkomst, waarin hij niet heeft toegestemd.

¹ Verg. het geval, berecht door het Hof te Arnhem, besproken op blz. 228 en 237. Ook wanneer een nietige erfdienstbaarheid wordt geconverteerd in een obligatoire rechtsbetrekking, zal de situatie dikwijls wel zo zijn, dat het als hoogst onwaarschijnlijk moet worden beschouwd, dat de bedinger van het servituut in de handeling zou hebben toegestemd, wanneer hij geweten had slechts een persoonlijk recht te zullen krijgen.

² Zie BREGSTEIN, Praeadvies N.J.V. 1936, blz. 77; v. OVEN, Praeadvies N.J.V. 1937, blz. 17. Laatstgenoemde acht conversie echter alleen op haar plaats, wanneer de overeenkomst van een van beide zijden is uitgevoerd, en wel omdat dan het principe, dat gedane zaken geen keer hebben, een rol gaat spelen.

„Naar ons recht vloeien verbintenissen voort uit overeenkomst of uit de wet. Conversie van een overeenkomst houdt echter in, dat men in de plaats van de door partijen gesloten overeenkomst een andere stelt, waaromtrent tussen partijen geen wilsovereenstemming bestaat”, aldus HOUWING in zijn noot onder het arrest de Kock contra van Heyst. De juistheid van deze opmerking moet worden toegegeven. Inderdaad berust de gebondenheid aan de vervangende overeenkomst niet op de toestemming van beide partijen; zij geldt immers onverschillig de toestemming van de partij, tegen wie de conversie wordt toegepast. De goede trouw schept voor deze dus niet alleen een obligatoire verplichting om in de wijziging van de rechtshandeling toe te stemmen, maar naar zijn toestemming tot die wijziging wordt in het geheel niet gevraagd. Wij behoeven echter daaruit nog niet de conclusie te trekken, dat conversie een figuur is, die in ons recht niet past. De rechtsontwikkeling heeft nu eenmaal mee gebracht, dat het begrip „toestemming” als basis van de overeenkomst steeds meer gedenatureerd is. Door de wet gefingeerde overeenkomsten komen wij tegenwoordig alom tegen¹. En ook buiten de wet vinden wij figuren, waarbij de plicht tot toestemming als zo stringent wordt aan gevoeld, dat zij geacht wordt met de toestemming zelve gelijk te staan. Men denke b.v. aan de gebondenheid aan een aanbod, vooral wanneer deze steunt op een voorafgaande afspraak, in welk geval de overeenkomst door een éézijdige verklaring van degeen, tot wie het aanbod gericht was, tot stand kan komen². Wel volgt echter uit het bovenstaande, dat de rechter slechts bij hoge uitzondering van conversie gebruik mag maken, nl. wanneer de omstandigheden zodanig zijn, dat het zich onttrekken aan de gewijzigde overeenkomst door de betrokken partij als werkelijk onrecht moet worden beschouwd.

Wanneer men zich dit voor ogen houdt, is het begrijpelijk, dat door de H. R. de eis gesteld wordt, dat uit de houding van de partij, aan wie de conversie wordt opgelegd, valt

¹ Zie mijn rede „Contract en contractsvrijheid”; DURAND, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, Revue trim. de dr. civ. 1944, blz. 73.

² Zie hierover laatstelijk EGGENS, W. P. N. R. 4294, in zijn bespreking van ASSER-RUTTEN. Verg. ook PITLO, Het binden van den wil in verband met de verkrijging van roerend goed, W. P. N. R. 3691.

af te leiden, dat hij naar alle waarschijnlijkheid, gelet op de economische en maatschappelijke strekking van de vervangende rechtshandeling vergeleken met die van de oorspronkelijke handeling, tegen eerstgenoemde geen bezwaar zou hebben gemaakt, indien hij de nietigheid van de oorspronkelijke overeenkomst gekend had. Zodra dit het geval is, kan er geen grote onbillijkheid in liggen hem ook later aan de gewijzigde handeling te houden. Toch acht ik ook in dit verband de formule van de H. R. niet geheel beslissend. In de eerste plaats is voor het vereiste geen plaats, wanneer de betrokken partij bij het aangaan van de overeenkomst de nietigheid gekend heeft, terwijl dit bij de wederpartij niet het geval was. Zoals wij reeds zagen zal de rechter dan eerder tot conversie kunnen besluiten, dan wanneer beiden de overeenkomst voor geldig hielden. Aan de andere kant gaat de eis van de H. R. m.i. niet altijd ver genoeg. Ik kom hier even terug op het verband, dat ik in het vorige hoofdstuk heb gelegd tussen de begrippen „conversie” en misbruik van recht”. Zoals bekend, speelt voor het aannemen van misbruik van recht de afweging van de belangen van partijen een grote rol¹. Slechts wanneer bij deze afweging een grote onevenredigheid aan de dag komt, is een beroep op misbruik van recht geoorloofd. Hetzelfde dient nu ook voor conversie te gelden, hetgeen meebrengt, dat als gevolg van de toepassing van de conversie de positie van de partij, ten nadele van wie zij moet plaats vinden, niet teveel bezwaard mag worden. In principe — behoudens b.v. in gevallen van kwade trouw — mag zij niet ongunstiger worden dan de positie, waarin hij verkeerd zou hebben, wanneer de oorspronkelijke handeling geldig geweest was. Dit geeft de verklaring, waarom in de regel ten behoeve van de koper geen conversie mogelijk is van een koopovereenkomst, waarbij de koopprijs boven het wettelijk maximum is gesteld. Men kan de verkoper niet dwingen met een lagere koopprijs genoegen te nemen dan die, welke hij oorspronkelijk had bedongen. Anders wordt daarentegen de oplossing in het omgekeerde geval, wanneer de conversie moet worden toegepast ten behoeve van de verkoper. Wanneer dus de koper zich op de nietigheid beroept, terwijl de verkoper zich dadelijk, nadat hij de nietigheid ontdekt had, bereid heeft

¹ MEIJERS, *Annalen van Rechtsgel. en Staatswet.* (Leuven) 1937.

verklaard met een mindere koopprijs genoeg te nemen, is conversie wel op haar plaats, omdat de positie van de koper hierdoor niet ongunstiger zou worden, dan wanneer de koopovereenkomst geldig was geweest.

26. Conversie van eenzijdige rechtshandelingen.

Zoals reeds eerder is gebleken, heeft de H. R. in de arresten de Kock contra van Heyst en Heddema contra Kijlstra de leer der conversie ook toegepast op eenzijdige rechtshandelingen. Opzeggingen, die niet aan de wettelijke vereisten voldoen, kunnen worden geconverteerd ten voordele van degeen, van wie de opzegging is uitgegaan. Ook in deze gevallen is de grondslag van de conversie hierin te zoeken, dat de betreffende arbeider op grond van de goede trouw verplicht is met een wijziging van de inhoud van de opzeggingshandeling genoeg te nemen. Hij kan uitdrukkelijk met de werkgever afspreken, dat de opzegging geacht zal worden een voorwaardelijke opzegging geweest te zijn (nl. een opzegging onder voorbehoud van de goedkeuring van de Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau). Maar wanneer hij in plaats hiervan zich in een proces op de nietigheid van de opzegging beroept, kan de rechter hem de correctie tegen zijn zin opleggen¹. Het feit, dat het hier een eenzijdige rechtshandeling betreft, is slechts in zover van belang, dat de vraag, of ten tijde van de opzegging aan de vervangende handeling waarschijnlijk de voorkeur zou zijn gegeven boven de gevolgen van nietigheid, alleen maar gesteld behoeft te worden met betrekking tot de werkgever, die heeft opgezegd. Dit onderzoek heeft voor de arbeider geen zin, omdat deze niet in de opzegging behoefde toe te stem-

¹ Anders JANSEN, W. P. N. R. 4339, die i.v.m. de mogelijkheid van conversie een principieel verschil wil maken tussen eenzijdige rechtshandelingen en overeenkomsten. Terwijl bij overeenkomsten de ratio van de conversie gelegen zou zijn in het verlangen de wil van beide partijen zoveel mogelijk te respecteren, zou men bij conversie van eenzijdige rechtshandelingen de wil van één der partijen doen praevaleren ten koste van de rechten van de tegenpartij. In de door mij verdedigde opvatting over conversie past die tegenstelling niet. Overigens zij opgemerkt, dat juist bij eenzijdige rechtshandelingen de behoefte aan conversie zich het eerst heeft gemanifesteerd (zie blz. 226 e.v.).

men. Voor het overige zijn dezelfde omstandigheden van belang als bij de conversie van meerszijdige rechtshandelingen. De rechter moet dus nagaan, of uit de processuele houding van de werkgever kan worden afgeleid, dat hij conversie zou verkiezen boven nietigheid, en verder of de positie van de arbeider tengevolge van de conversie niet slechter wordt, dan wanneer de opzegging geldig zou zijn geweest. In de gevallen, die de H. R. te beoordelen kreeg, was aan deze beide vereisten voldaan: de werkgever behoefde tengevolge van de conversie alleen maar minder loon te betalen, dan wanneer de opzegging nietig was geweest, en wat de arbeider betreft, deze zou bij geldigheid van de opzegging er slechter aan toe geweest zijn, dan na de toepassing van de conversie.

De enige vraag, die in dit verband nog zou kunnen rijzen, is, of conversie van eenzijdige rechtshandelingen ook mogelijk is ten behoeve van de wederpartij van degen, die de handeling heeft verricht. De werkgever, die heeft opgezegd, krijgt b.v. hiervan later spijt en beroept zich nu op de nietigheid van de opzegging, terwijl de arbeider — de nietigheid niet kennende — inmiddels een andere betrekking heeft opgezocht. M.i. bestaat er alle reden ook dan conversie toe te passen, omdat de arbeider mocht aannemen, dat de werkgever, wanneer hij met de wettelijke bepalingen had rekening gehouden, toch had opgezegd, maar met een langere opzeggingstermijn. De conversie wordt in dit geval dus opgelegd aan de partij, van wie de opzegging is uitgegaan¹.

27. Conversie van handelingen, die aan een bepaalde vorm zijn gebonden.

Een bijzondere beschouwing dient nog te worden gewijd aan rechtshandelingen, die aan een bepaalde vorm mochten voldoen. Op zichzelf is conversie hiervan zeker niet uitgesloten, omdat het dikwijls zal voorkomen, dat men door een wijziging van de inhoud van de handeling deze aan de

¹ Dit alles vloeit ook reeds voort uit art. 1374, 3^e lid B. W., dat in casu rechtstreeks van toepassing is. Zie blz. 225, noot 1.

toepasselijkheid van het vormvoorschrift kan onttrekken¹. Zo is een van de standaardvoorbeelden van conversie het omzetten van een ongeldig servituut in een obligatoire rechtsverhouding, die alleen in zover van het servituut verschilt, dat ze niet tegen derden werkt. Het is hierbij onverschillig, of de ongeldigheid een gevolg is van de inhoud van het servituut (het betreft b.v. een last om iets te doen) dan wel van de wijze van totstandkoming (er heeft b.v. geen overschrijving in de registers plaats gevonden).

Veel moeilijker is echter de vraag, of conversie ook mogelijk is in een vervangende handeling, die partijen zelf slechts met inachtneming van een bepaalde vorm hadden kunnen aangaan. Kan b.v. een schenking, die nietig is, omdat zij betrekking heeft op een niet opengevallen nalatenschap, worden geconverteerd in een schenking met rechtsgeldige inhoud? Ik zou geneigd zijn deze vraag ontkennend te beantwoorden, omdat correctie door partijen zelf in dit geval slechts door middel van een notariële akte zou kunnen geschieden². Dit brengt mee, dat een nietige schenking ook niet kan worden geconverteerd in een vóórovereenkomst tot schenking³. Aan de vormvereisten van schenking ligt immers — naar vrij algemeen wordt aangenomen — de gedachte ten grondslag, dat partijen, en speciaal de schenker, tegen overijling moeten worden beschermd. Wanneer men deze bedoeling in het oog houdt, behoren dezelfde vereisten gesteld te worden voor een vóórovereenkomst tot schenking. Anders ligt de zaak echter, wanneer het vormvoorschrift niet voortspuit uit de gedachte, dat partijen tegen overijling moeten worden beschermd, maar samenhangt met een streven van de wetgever om de handeling tegenover derden meer nadruk te geven of om haar voor goedkeuring of autorisatie door de Overheid vatbaar te maken. Zo is b.v. een mondelinge overeenkomst, waarbij wijziging gebracht wordt in een bestaande pachtverhouding, krachtens art. 46 P.B. nietig. Dit neemt echter niet weg, dat er in dit geval redenen kunnen bestaan de wijzigingsovereenkomst te con-

¹ Het is ook mogelijk, dat de conversie betrekking heeft op bijkomstige bedingen, die zelf niet aan het vormvereiste behoeven te voldoen.

² Aldus ook SILLER, t. a. p. blz. 176 e. v.

³ Zie ASSER-KAMPHUISEN blz. 559; LIBOUREL, W. P. N. R. 3731 e. v.

verteren in een vóórovereenkomst, krachtens welke partijen verplicht zijn de wijziging op schrift te brengen en goedkeuring van de Grondkamer ervoor aan te vragen. De mogelijkheid van conversie van rechtshandelingen, die aan een bepaalde vorm moeten voldoen, in een vóórovereenkomst is dus afhankelijk van de motieven, die aan het vormvoorschrift ten grondslag hebben gelegen.

HOOFDSTUK V. DE TAAK VAN DE RECHTER BIJ CONVERSIE

28. Wanneer men conversie beschouwt als een uitvloeisel van de gedachte, dat één van de bij een rechtshandeling betrokken partijen zich onder zekere omstandigheden een wijziging van de handeling moet laten welgevalen ten einde deze voor nietigheid te behoeden, rijst de vraag, welke functie de rechter bij deze wijziging vervult. Waar de inhoud van de rechtshandeling uiteindelijk in het vonnis wordt bepaald, zou men misschien geneigd kunnen zijn aan de beslissing van de rechter een constitutief karakter toe te kennen. Deze opvatting stuit echter dadelijk op het bezwaar, dat de rechter geen constitutief vonnis mag wijzen, wanneer hem de bevoegdheid hiertoe niet uitdrukkelijk door de wetgever is toegekend. Ook in andere gevallen, waarin de rechter geroepen wordt op grond van de goede trouw de inhoud van een rechtshandeling tussen partijen te bepalen, wordt daarom aangenomen, dat in het vonnis slechts geconstateerd wordt wat partijen zelf op grond van de goede trouw hadden behoren te verrichten. Ik moge dit aan de hand van een voorbeeld toelichten. Zoals bekend, is voor de beantwoording van de vraag, of partijen een verbintenis afhankelijk hebben gesteld van een voorwaarde of van een tijdsbepaling, beslissend, of partijen zelf de toekomstige gebeurtenis als zeker of als onzeker hebben beschouwd¹. Wanneer nu het eerste het geval is geweest, terwijl de gebeurtenis toch achterwege is gebleven, zal de rechter in geval van geschil geroepen zijn met inachtneming van de goede trouw het moment van de opeisbaarheid vast te stellen. Men kan dan echter niet zeggen, dat de verbintenis opeisbaar wordt door de beslissing van de rechter, maar in het vonnis wordt slechts geconstateerd, dat op grond van de goede trouw (het ongeschreven recht) een zekere dag door partijen

¹ Zie H. R. 21 Juni 1918, W. 10301.

als vervalldag behoorde te zijn aangemerkt. Geheel hetzelfde speelt zich nu af bij de conversie. De rechter constateert, dat op grond van de goede trouw één der partijen het recht heeft de handeling met een gewijzigde inhoud tegenover de ander te doen gelden. Deze inhoud wordt echter niet geacht voort te vloeien uit de beslissing van de rechter, maar uit de regels van ongeschreven recht, zodat het vonnis een declaratief karakter draagt.

29. Het voorgaande is tevens van belang voor de vraag, of de rechter de conversie ambtshalve mag toepassen¹. Wanneer men deze doet steunen op een subsidiaire partijwil, zou deze vraag zeker ontkennend beantwoord moeten worden. Het constateren van een stilzwijgende wilsverklaring van partijen is een feitelijke beslissing, waarbij de rechter afhankelijk is van hetgeen partijen gesteld hebben. Maar in de door mij verdedigde opvatting betreft de vaststelling van de gewijzigde inhoud van de rechtshandeling door de rechter een rechtsvraag, die hij ambtshalve kan beslissen². Ik kan mij dan ook volkomen verenigen met het standpunt van de H. R., die tot tweemaal toe heeft uitgemaakt, dat conversie ambtshalve kan plaats vinden³, en hierdoor

¹ In Duitsland bestaat over deze vraag geen eensgezindheid. Zie *Kommentar Reichsgerichtsräten* I ad par. 140 (conversie wel ambtshalve); *contra* SILLER, Arch. civ. Praxis, blz. 185; SOERGEL I ad par. 140 sub 1.

² Aldus ook EGGENS, W. P. N. R. 4093. *Anders* BERKHOUWER, diss. blz. 121; JANSSEN, W. P. N. R. 4338.

³ In de arresten van 19 Nov. 1948, N. J. 48, 86 en van 17 October 1952, N. J. 53, 476. In het eerste arrest paste de H. R. zelf de conversie ambtshalve toe, waartoe het College gelegenheid kreeg, omdat het het ingestelde cassatiemiddel gegrond achtte, en diensgevolge krachtens art. 423 Rv. de zaak kon beslissen op de wijze, waarop de lagere rechter dit had behoren te doen (dit in tegenstelling tot het arrest van de Water contra van Hemme, waarin het cassatieberoep werd verworpen). In het arrest van 1952 leidde de H. R. uit de omstandigheid, dat conversie ambtshalve moest plaatsvinden, af, dat de Rechtbank niet had behoeven te motiveren, op welke datum de dienstbetrekking na conversie van de opzegging had kunnen eindigen. Deze beslissing gaat m.i. te ver. De Rechtbank kon wel ambtshalve vaststellen, dat de nietige opzegging werd geconverteerd in een voorwaardelijke opzegging, ingaande op de eerste dag, waarop dit na het afkomen van de toestemming van de Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau mogelijk geweest zou zijn. Maar welke deze dag was, kon alleen met behulp van feitelijke gegevens (o.a. de inhoud van de betrokken arbeidsovereenkomst) worden vastgesteld.

implicite partij heeft gekozen tegen de subjectieve leer over de conversie. Intussen is in het 4^e hoofdstuk al gebleken, dat men de vraag of conversie ambtshalve door de rechter moet worden toegepast niet — zoals veelal gebeurt — mag verwarren met de vraag, of zij aan de partij, ten behoeve van wie zij plaats vindt, tegen zijn zin kan worden opgedrongen. Om dit duidelijk te kunnen maken moet ik even ingaan op de feiten van de arresten van 1948 en 1952. Zoals men zich zal herinneren, stond de H. R. in beide zaken voor het geval, dat door een arbeider werd beweerde, dat een arbeidscontract — ondanks de opzegging van de zijde van de werkgever — had voortgeduurd, op welke grond door hem betaling van achterstallig loon werd gevorderd. Hiertegen voerde de werkgever aan, dat door hem geen loonverschuldigd was, omdat het contract door opzegging op rechts-geldige wijze was beëindigd. De conversie van de opzegging ten behoeve van de werkgever had nu in deze gevallen enkel ten gevolge, dat de verhouding geacht werd op een later moment verbroken te zijn dan de werkgever gesteld had. Dit bracht mee, dat terwijl zonder conversie de vordering van de arbeider voor het geheel had moeten worden toegewezen, zij thans slechts voor een gedeelte voor toewijzing in aanmerking kwam. Door de conversie toe te passen kon de rechter dus niet iets aan de werkgever opdringen, waarmee hij niet accoord zou kunnen gaan. Hetzelfde geldt, wanneer door een verkoper de nietigheid van een koopovereenkomst wordt ingeroepen, omdat de koopprijs boven het wettelijk maximum is gelegen. Wanneer in zo'n geval de rechter de koopovereenkomst ten behoeve van de koper zou willen converteren in een overeenkomst met een lagere prijs — waartoe hij overigens, naar wij hierboven¹ reeds zagen, slechts bij hoge uitzondering bevoegd is — mag hij aannemen, dat in het processuele standpunt van de koper, die zich op de geldigheid van de overeenkomst had beroepen, toestemming tot conversie ligt besloten. De koper behoeft immers tengevolge van de conversie alleen maar minder te betalen dan hijzelf gesteld had. Maar anders wordt de oplossing in het omgekeerde geval, wanneer de verkoper betaling heeft gevorderd en de nietigheid van de koop wordt ingeroepen door de koper. In dat geval zou conversie betekenen, dat de verkoper met minder genoeg moet nemen, dan waarop

¹ Zie blz. 246.

hij zelf gerekend had. Het zou nu mogelijk kunnen zijn, dat hij aan algehele nietigheid van de overeenkomst de voorkeur zou geven boven geldigheid van de koop met een verlaagde koopprijs. Daarom zou in dit geval conversie alleen maar toegepast kunnen worden, wanneer de verkoper tevoren blijk had gegeven er geen bezwaar tegen te hebben. Ik kom dus tot de conclusie, dat het weliswaar niet noodzakelijk is, dat de partij, ten behoeve van wie conversie moet plaats vinden, aan de rechter uitdrukkelijk heeft verzocht de nietige rechtshandeling te vervangen door een andere, waarvan de inhoud door hem al dan niet is aangegeven, maar dat in de regel toch wel zijn toestemming voor de conversie noodzakelijk zal zijn, welke — i. v. m. de wijziging van art. 134 Rv. — ook tijdens het proces kan worden gegeven. Slechts in die gevallen, waarin de conversie niet zou leiden tot verhoging of wijziging van zijn verplichtingen of tot vermindering van zijn rechten, kan zijn toestemming voorondersteld worden.

HOOFDSTUK VI. SLOTBESCHOUWING

30. Uit het bovenstaande is gebleken, dat ik de mogelijkheid van conversie voor het bestaande recht niet wil verworpen. Zij past m.i. bij de ontwikkeling, die het recht sinds het begin van deze eeuw heeft doorgemaakt. Aan de ene kant valt te constateren, dat de sociale en economische wetgeving tot een enorme vermeerdering van het aantal nietigheidsgronden heeft geleid. Terwijl in de vorige eeuw uit het feit, dat een contract onwettig was, meestal kon worden afgeleid, dat het ook een onzedelijke inhoud had, is dit thans niet langer het geval. Het afsluiten van een door de wetgever verboden contract behoeft daarom op de daarbij betrokken partijen niet steeds een morele blaam te werpen¹. En zo ontstaat de behoefte tot bescherming van personen, die, van het verbod onkundig, er de dupe van dreigen te worden. Aan de andere kant heeft met het terugwijken van het individualisme het verlangen naar rechtszekerheid aan betekenis ingeboet. De rechter voelt zich in zover vrij van de wet, dat hij weigert beslissingen te geven, die volgens hem als kennelijk onrecht beschouwd moeten worden. Dit heeft onvermijdelijk tengevolge, dat het subjectieve recht aan betekenis verliest en zich ontwikkelt in de richting van sociale functie. En wat voor andere subjectieve rechten reeds lang erkend is, dient ook te gelden voor het recht de nietigheid van een rechtshandeling in te roepen. Geschiedt het beroep op de nietigheid onder omstandigheden, die dit ongepast maken, dan moet het afgewezen kunnen worden, zelfs wanneer dit gepaard zou moeten gaan met een wijziging van de inhoud van de rechtshandeling, welke aan een beroep op nietigheid bloot staat. Het is waar, dat hierdoor aan de partij, ten nadele van wie de conversie geschiedt, een rechts-

¹ Zie mijn rede „Contract en Contractsvrijheid”, blz. 8.

positie wordt opgedrongen, waarin hij niet heeft toegestemd. Maar waar ook bij geldige rechtshandelingen aan partijen talrijke verbintenissen worden opgelegd, die niet tot hun wil zijn te herleiden, behoeft dit geen principieel bezwaar tegen de conversie op te leveren. Men kan het natuurlijk betreuren, dat voor dit alles geen wettelijke basis bestaat, maar zolang de vrijheid, die de rechter zich in deze permitteert, tot de uitzonderingsgevallen beperkt blijft, heeft men haar m.i. te aanvaarden. Zij is nu eenmaal een onvermijdelijk gevolg van het achterblijven van onze codificatie bij de ontwikkeling van onze tijd.

31. Dit alles brengt tevens mee, dat de rechter bij de toepassing van het conversiebeginsel grote terughoudendheid heeft te betrachten. Zoals ik hierboven heb trachten duidelijk te maken, mag hij zich alleen van conversie bedienen in die gevallen, waarin doorvoering van de nietigheid tot werkelijk onrecht zou leiden. Hier ligt de vergelijking voor de hand met het geval, dat de rechter verzocht wordt op grond van onvoorziene omstandigheden een wijziging te brengen in het door partijen overeengekomene. Een dergelijke ingreep in de contractuele verhoudingen van partijen wenst men slechts toe te staan, wanneer een der partijen onbehoorlijk zou handelen door zich op het bedongene te beroepen¹. Hetzelfde geldt voor conversie: de wijziging van de rechtshandeling is slechts geoorloofd, wanneer het beroep op nietigheid door een der partijen onbehoorlijk is — gegeven de mogelijkheid om de rechtshandeling door een onbelangrijke wijziging van de inhoud, die de strekking onaangetast laat, geldig te maken. Wanneer we ons nu afvragen, of de Nederlandse rechter zich tot dusver naar dit principe heeft gedragen, dan zou ik deze vraag zonder voorbehoud bevestigend willen beantwoorden. In het geval van de Water contra van Hemme stond het vast, dat de man niet gewild had, dat de vrouw krachtens huwelijksgoederenrecht een gedeelte van zijn vermogen zou ontvangen, wanneer er geen kinderen geboren zouden worden. Door na het overlijden van de man toch op de helft van diens boedel aanspraak te maken, zich verschuilend achter de nietigheid van de huwelijkse voorwaarden, han-

¹ Zie de conclusies naar aanleiding van de door de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer voorgelegde vraagpunten (nº. 21 en 21a).

delde de vrouw m. i. niet behoorlijk, gegeven de ongerechtvaardigde verrijking, die er van haar kant als gevolg van de nietigheid zou plaats vinden. Evenzeer bestond er reden voor conversie in het arrest van 18 April 1941, N. J. 41, 940 (door de H. R. beschouwd als een geval van gedeeltelijke nietigheid). Waar de toezegging van een testamentaire bevoordeling geschied was als contraprestatie van te bewijzen diensten, zou ook in dit geval de nietigheid zonder meer tot onredelijke resultaten geleid hebben¹. Tenslotte was ook de conversie van de opzegging zonder toestemming van de Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau naar mijn mening gemotiveerd, omdat de volstreckte ongeldigheid van de opzegging zou leiden tot een ongemotiveerde bevoordeling van de arbeider. Door JANSSEN is dit onlangs bestreden². Volgens hem strookt de door de H. R. gegeven oplossing wel met de vermoedelijke bedoeling van de werkgever, die heeft opgezegd, maar de arbeider zou door de mogelijkheid van conversie in een zwevende positie komen te verkeren. Want wil hij van zijn recht om doorbetaling van loon te verlangen gebruik maken, dan zal hij zich beschikbaar moeten houden voor het verrichten van zijn vroegere werkzaamheden. Heeft hij dit inderdaad gedaan, dan is het niet redelijk dat de rechter de opzegging achteraf zou converteren. En heeft hij het niet gedaan, dan loopt hij de kans, dat hij uit wanprestatie wordt aangesproken, omdat de werkgever zelf de opzegging als nietig beschouwt. — Naar aanleiding hiervan kan worden opgemerkt, dat wanneer de arbeider zich inderdaad beschikbaar heeft gehouden, dit zeker een reden zal kunnen zijn om niet tot conversie over te gaan. Uit het arrest van 1948 blijkt echter niet, dat hierover iets gesteld was, terwijl in de procedure van 1952 juist het tegendeel was komen vast te staan. Bovendien vergeet JANSSEN, dat wanneer de arbeider zich op het standpunt stelt, dat de dienstbetrekking verbroken is, en de werkgever naderhand het tegendeel zou beweren, conversie ook ten behoeve van de arbeider kan plaats vinden. Ik ben daarom van mening,

¹ KAMPHUISEN, W. P. N. R. 4157, acht in deze gevallen de oplossing gelegen in het instellen van een *condictio indebiti*. Deze oplossing kan echter tot zeer willekeurige uitkomsten leiden, wanneer er nl. een groot verschil in waarde is tusschen de bewezen diensten en de tegenprestatie. Door middel van conversie kan de bedoeling van partijen daarom meer benaderd worden.

² W. P. N. R. 4339.

dat dit geval niet veel anders ligt dan wanneer bij de opzegging een te korte termijn in acht is genomen. In dat geval kunnen zelfs de meest geharnaste tegenstanders van het conversieprincipe zich met de toepassing ervan verenigen, zij het, dat zij hiervoor het woord „interpretatie” gebruiken ¹.

32. Ook in Duitsland wordt de behoefte aan conversie algemeen erkend, zodat § 140 B.G.B. geen dode letter is gebleven. In het handboek van SOERGEL van 1952 worden meer dan 40 gevallen genoemd, waarin door de Duitse rechter van het conversiebeginsel gebruik is gemaakt. Wanneer men van de aard van deze beslissingen kennis neemt, krijgt men de indruk, dat de vereisten, die § 140 voor de toepassing van de conversie noemt (de nietige rechtshandeling moet „den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entsprechen”; verder is conversie slechts mogelijk „wenn an zu nehmen ist, dass die Geltung — des anderen Rechtsgeschäfts — bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde”), in de rechtspraak geen belangrijke rol spelen. Het komt er hoofdzakelijk op neer, dat de billijkheid moet vorderen, dat de ene partij tegenover zich een surrogaat-rechtshandeling moet laten gelden, die de nietige rechtshandeling kan vervangen. Om enkele voorbeelden te noemen: een nietige overdracht van vruchtgebruik kan volgens de Duitse rechter worden geconverteerd in de overdracht van de uitoefening van het vruchtgebruik; een nietig „Erbbaurecht” in een langdurig pachtcontract; een nietige toezegging van een perceel van een vader aan zijn dochter als huwelijks-gift in een toezegging tot overdracht van levenslang vruchtgebruik; een nietige verplichting om eigendom over te dragen in een bindend aanbod; een nietige overdracht tot zekerheid in een overeenkomst tot hypotheekstelling; een nietig pandrecht in een (bedongen) retentierecht; een voorbehoud van de eigendom van een kelder door de verkoper van een perceel in een z.g. „Erbbaurecht”; een nietig „Erbvertrag” in een testament, mits aan de vormvereisten hiervoor is voldaan; een nietige ruilvereenkomst van zaken, waarvan de tegenwaarde door partijen in geld is vastgesteld ²,

¹ Zie KAMPHUISEN, W. P. N. R. 4157.

² Zie over de aard van dergelijke „Kompensationsgeschäfte” HEDEMANN, Schuldrecht p. 179, sub VII; ENNECERUS-LEHNMAN, Schuldrecht, p. 466.

in een koopovereenkomst; een ongeldige verpanding in een machtiging tot inning¹. — Veelal was de nietigheid in de genoemde gevallen een gevolg van het niet inacht nemen van vormvoorschriften. Het werd dan als billijk beschouwd, dat de handeling vervangen werd door een surrogaat, dat niet aan deze vormvoorschriften behoefde te voldoen, maar of in werkelijkheid er veel kans zou hebben bestaan, dat partijen deze surrogaat-handeling zouden zijn aangegaan, wanneer ze met de nietigheid rekening hadden gehouden, wordt gewoonlijk niet onderzocht. Zo zien wij, dat ook in Duitsland de natuur sterker is dan de leer, al wil ik hier direct aan toevoegen, dat de Duitse rechter soms wel verder is gegaan dan ik voor ons recht gerechtvaardigd zou achten.

33. En zo ben ik dan tenslotte toegekomen aan de vraag, die mij is voorgelegd. Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons B. W. gewenst? Zonder twijfel zou ik deze vraag bevestigend willen beantwoorden en ik word hierin gesterkt door het feit, dat verschillende landen, die in deze eeuw tot invoering of herziening van een codificatie zijn overgegaan, de bepaling van het Duitse Wetboek, al of niet in gewijzigde vorm, hebben overgenomen². Zelfs het opnemen van een algemene bepaling van verbod van misbruik van recht zou m.i. een artikel over conversie niet overbodig maken. Immers de conversie vertoont in één opzicht toch altijd nog een bijzonder aspect, nl. dat het misbruik van recht in de gevallen, waarin conversie wenselijk is, slechts kan worden tegengegaan door partijen een andere rechtshandeling in de schoenen te schuiven dan die, welke zij in werkelijkheid hebben aangegaan³. Intussen zal na het voorgaande wel duidelijk zijn,

¹ Men vindt deze gevallen vermeld in de handboeken over het B. G. B. i. v. m. par. 140. Zie ook SILLER, t. a. p. blz. 188 e. v.

² Zie art. 112 van het Chinese Wetboek van 1929/1930; art. 182 van het Griekse Wetboek van 1940; art. 1424 van het Italiaanse Wetboek van 1942 (alleen van overeenkomsten); art. 1012 van het Hongaarse Ontwerp van 1938 (alleen van overeenkomsten).

Geen regeling van conversie bevatten het Japanse Wetboek van 1898, het Zwitserse Wetboek van 1912; het Russische van 1923; het Braziliaanse van 1916; het Wetboek van Mexico van 1928; het Wetboek van Letland van 1937; dat van Peru van 1936 en dat van de Philippijnen van 1949 (in de meeste van deze wetboeken treft men daarentegen wel een regeling aan van de gedeeltelijke nietigheid).

³ Bovendien kan conversie ook nodig zijn in die gevallen, waarin op de nietigheid geen beroep is gedaan. Zie blz. 236, noot 1.

dat ik voor Nederland een klakkeloze overneming van § 140 B.G.B. niet zou willen bepleiten. In de bepaling van het B.G.B. wordt ten onrechte te grote nadruk gelegd op de partijbedoelingen. In werkelijkheid beslist vooral de objectieve billijkheid over de toepassing van de conversie. Ik wil daarom mijn praeadvies beëindigen met de formulering van een wetsbepaling, die in het toekomstige B. W. m.i. de basis van de conversie zou kunnen vormen. Deze wetsbepaling zou dan moeten luiden:

„Indien in rechte een beroep wordt gedaan op een nietige rechtshandeling of een nietig beding¹, terwijl de nietigheid zou kunnen worden opgeheven door een wijziging van de inhoud, die — in aanmerking genomen de bedoeling van partijen — de algemene strekking ervan onaangetast zou laten, is de rechter bevoegd in plaats van de nietigheid uit te spreken te bepalen, dat de rechtshandeling of het beding geacht wordt die gewijzigde inhoud gehad te hebben. Hij maakt van deze bevoegdheid echter alleen gebruik in die gevallen, waarin een beroep op nietigheid door één der partijen in de omstandigheden van het geval onbetamelijk zou zijn”.

¹ Nietigheid zou in dit verband vernietigbaarheid kunnen omvatten. Zie blz. 210.

INHOUD

Hoofdstuk I	<i>Algemene Beschouwingen</i>	199
1.	Inleidings.	199
2.	Betekenis van het begrip „conversie”	200
3.	Conversie alleen van rechtshandelingen	201
4.	Conversie alleen bij nietige rechtshandelingen.	201
5.	Gecn conversie, wanneer nietigheid voorkomen kan worden door interpretatie	203
6.	Conversie krachtens partijbeding	203
7.	Wettelijke conversie.	204
8.	In welke gevallen van nietigheid is conversie mogelijk?	208
9.	Conversie en partiële nietigheid.	211
10.	Conversie in het publiek recht	217
Hoofdstuk II	<i>De Nederlandse Rechtspraak en Con- versie, II</i>	219
12—14.	De conversie-arresten van de H. R.	219
15.	De overige jurisprudentie	226
Hoofdstuk III	<i>Grondslag voor de Conversie, 16—19</i>	230
Hoofdstuk IV	<i>Vereisten voor de Conversie, 20—22</i>	239
23—24.	Positie van de partij, ten behoeve van wie de conversie moet worden toegepast.	242
25.	Positie van de partij, aan wie de conversie door de rechter wordt opgelegd	244
26.	Conversie van eenzijdige rechtshandelingen	247
27.	Conversie van handelingen, die aan een bepaal- de vorm zijn gebonden.	248
Hoofdstuk V	<i>De taak van de Rechter bij Conversie, 28—28</i>	251
Hoofdstuk VI	<i>Slotheschouwing, 30—33</i>	255