

## Vormvoorschriften als voorbehouden; een lastige vorm

Bb 2014/24

*Belangrijke uitspraak over de geldigheid van contractueel overeengekomen vormvoorschriften en het rechtsgevolg indien daaraan niet wordt voldaan*

### Inleiding

In de rechtspraak wordt veelvuldig gebruikgemaakt van vormvoorschriften om een voorbehoud te maken. Onder die vormvoorschriften is het voorbehoud van het bereiken van *schriftelijke* overeenstemming wel het meest voorkomende. Soms schrijft de wet de schriftelijke vorm voor. Zijn de rechtsgevolgen van het niet-voldoen aan wettelijk voorgeschreven vormvereisten betrekkelijk helder, bij vrijwillig, contractueel overeengekomen vormvereisten is dat bepaald niet het geval. In deze bijdrage wordt nader ingegaan op de juridische complicaties bij vrijwillig contractueel overeengekomen vormvoorschriften.

### Uitgangspunt: consensualisme

Ons wettelijk uitgangspunt, zoals dat is neergelegd in art. 6:219 BW, is dat overeenkomsten vormvrij tot stand komen (consensualisme). Dit artikel is van regelend recht, hetgeen dus betekent dat partijen ervan kunnen afwijken. Dat laatste gebeurt ook zeer regelmatig, met name in de onderhandelingsfase. Partijen komen bijvoorbeeld in een intentieovereenkomst overeen dat tussen hen pas juridische binding zal ontstaan op het moment dat al hetgeen zij tussen hen beogen te regelen, schriftelijk zal zijn vastgelegd. In de Angelsaksische rechtspraak wordt dit ook wel aangeduid met de term 'subject to contract' of, wanneer daaraan wordt toegevoegd dat de juridische binding pas ontstaat bij ondertekening van een schriftelijke overeenkomst, 'subject to signature'. Op het uitgangspunt dat overeenkomsten vormvrij tot stand komen, bestaan twee uitzonderingen: voor de totstandkoming van sommige overeenkomsten schrijft de wet een bepaalde vorm voor en partijen kunnen dus zelf een bepaalde vorm overeenkomen.

### Wettelijke vormvereisten

Op diverse plekken in ons Burgerlijk Wetboek wordt een bepaalde vorm voorgeschreven. Bekende voorbeelden zijn de (onderhandse) akte bij de koop van een voor particulier gebruik bestemde woning, de notariële akte bij levering van registergoederen, de notariële akte bij de overdracht van aandelen, et cetera. Volgens Breedveld-de Voogt (C.G. Breedveld-de Voogt, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische

uitgevers 2007) zijn er in grote lijnen voor de wetgever twee verschillende redenen te onderscheiden om een vormvoorschrift voor te schrijven: ter waarborging van de rechtszekerheid en ter bevordering van een goede wilsvorming bij partijen. Ter zake van de vormvereisten die het oog hebben op de rechtszekerheid onderscheidt zij nader de vormvoorschriften die *probationis causa* (ter wille van het bewijs) zijn voorgeschreven en die *solemnitatis causa* (ter wille van de vorm) zijn voorgeschreven. Het verschil is dat bij vormvoorschriften die *solemnitatis causa* met het oog op de rechtszekerheid zijn voorgeschreven de geldigheid van de rechtshandeling als zodanig in het geding is en niet alleen de vraag op welke wijze het bestaan of de inhoud hiervan moet worden bewezen. In de categorie van vormvoorschriften die *solemnitatis causa* met het oog op de rechtszekerheid wordt voorgeschreven wordt weer onderscheid gemaakt tussen het waarborgen van de rechtszekerheid in het belang van partijen en in het belang van een derde.

Voor wat betreft de ratio die ziet op het bevorderen van een goede wilsvorming bij partijen kan allereerst gedacht worden aan de functie van een vormvoorschrift als bescherming van een partij tegen zichzelf, tegen zijn eigen onberadenheid en overijling. Dit wordt ook wel de waarschuwingfunctie genoemd. In de tweede plaats valt onder laatstbedoelde ratio van een goede wilsvorming de bescherming van één der partijen tegen de ander of van beide partijen tegen elkaar. Vormvoorschriften die om deze reden worden voorgeschreven zijn bijvoorbeeld vaak te vinden in de wettelijke regelingen van overeenkomsten, waarbij ervan wordt uitgegaan dat partijen in het sociaaleconomisch verkeer een ongelijke machtspositie hebben. Voorbeelden waarbij de ene partij tegen de andere partij wordt beschermd zijn bijvoorbeeld art. 24 Colportagewet, art. 7:650 lid 2 BW (boetebeding en arbeidsovereenkomst), art. 7:652 lid 2 BW (proeftijd in arbeidsovereenkomst) et cetera. In de derde plaats onderkent Breedveld-de Voogt onder de ratio van de goede wilsvorming de functie die een vormvoorschrift kan hebben met het oog op het door partijen voorzien van de consequentie van een voorgenomen rechtshandeling en het voorkomen van een onjuiste voorstelling van zaken. Met name wanneer het vormvoorschrift de inschakeling van een deskundige impliceert zal, aldus Breedveld-de Voogt, deze laatste functie van bijzondere betekenis zijn.

Voor wat betreft het niet-voldoen aan wettelijke vormvoorschriften zijn twee wettelijke bepalingen meer in het bijzonder van belang. Allereerst bepaalt art. 3:39 BW dat, tenzij uit de wet anders voortvloeit, rechtshandelingen die niet in de voorgeschreven vorm zijn verricht, nietig zijn. Daarnaast bepaalt art. 6:226 BW dat indien de wet voor de totstandkoming van een overeenkomst een vormvereiste stelt, dit voorschrift van overeenkomstige toepassing is op een overeenkomst waarbij een partij in wier belang het strekt, zich tot het aangaan van een zodanige overeenkomst verbindt, tenzij uit de strekking van het voorschrift anders

<sup>1</sup> Mr. dr. M.R. Ruygvoorn is advocaat bij Van Benthem & Keulen te Utrecht.

voortvloeit, of, anders gezegd: de toezegging om aan een bepaalde, wettelijk voorgeschreven vorm te gaan voldoen, is pas geldig als die toezegging in dezelfde vorm is gedaan. Tot zover een kort uitstapje naar de wettelijke vormvereisten. Hoe is het gesteld met het niet-voldoen aan contractueel bedongen vormvereisten? Art. 3:39 en 6:226 BW zijn daarop in beginsel niet van toepassing, nu deze artikelen expliciet refereren aan *wettelijke* vormvoorschriften.

### Contractueel bedongen vormvoorschriften

Juist omdat een wettelijk kader, anders dan bij wettelijke vormvoorschriften, bij contractueel overeengekomen vormvoorschriften ontbreekt, bestaat omtrent de rechtsgevolgen van het niet-voldoen aan een contractueel vastgelegde vormonzekerheid. Op zich staat het, zoals aangegeven, ter vrije bepaling van partijen om een bepaalde vorm af te spreken als voorwaarde voor juridische gebondenheid, maar met name leerstukken als afstand van recht (meer in het bijzonder in combinatie met de wils-/vertrouwenstheorie van art. 3:35 BW) en rechtsverwerking (art. 6:2 BW) creëren onzekerheid. Wat bijvoorbeeld te denken van een situatie dat partijen in een intentieovereenkomst hebben afgesproken dat tussen hen pas juridisch binding zal bestaan op het moment dat zij hun onderhandelingsresultaten in schriftelijke vorm zullen hebben vastgelegd, maar vervolgens op alle punten mondelinge overeenstemming bereiken en het bereikte resultaat met een feestelijk diner vieren. In hoeverre staat het één van partijen dan de volgende ochtend vrij om een beroep te doen op het overeengekomen voorbehoud van schriftelijkheid? Licht in de omstandigheid dat partijen elkaar een hand hebben gegeven en hebben gefeliciteerd met het bereikte resultaat en in de aanvullende omstandigheid dat zij de bereikte overeenstemming vervolgens uitbundig hebben gevierd niet besloten dat partijen (impliciet) over en weer hebben kenbaar gemaakt dat zij elkaar niet aan het schriftelijkheidsvereiste meer zullen houden? En zo van afstand van recht geen sprake is, heeft de partij die zich vervolgens op het schriftelijkheidsvereiste beroept, dat recht niet inmiddels verwerkt door de hiervoor omschreven gedragingen?

Over deze problematiek gaat de uitspraak van HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2049, *Bb* 2014/24.1. De casus die aan deze uitspraak ten grondslag lag, laat zich als volgt samenvatten.

Tussen verweerder en de Inspecteur van de Belastingdienst was een geschil ontstaan over de hoogte van een navorderingsaanslag inkomstenbelasting op basis van een door de Inspecteur gehanteerde waarde van een appartement. Omtrent dit geschil waren partijen mediation overeengekomen. De mediationovereenkomst bevatte een bepaling die verwees naar de onverplichtheid van de mediation en refererde aan het feit dat partijen vrijuit mondeling en schriftelijk voorstellen kunnen doen en standpunten kunnen innemen zonder dat zij daarmee verplichtingen aangaan. Met betrekking tot de totstandkoming van afspraken bevatte de mediationovereenkomst de volgende bepalingen:

- Wanneer sprake is van tussentijdse afspraken worden partijen daardoor alleen gebonden indien deze afspra-

ken schriftelijk worden vastgelegd, en daarbij staat vermeld dat partijen aan deze afspraak juridisch worden gebonden, ofwel pas tegelijk met de eindovereenkomst, ofwel ook al eerder. De mediator dient in dat geval 'voor gezien' mee te tekenen.

- Wanneer de mediation eindigt met een overeenstemming wordt het resultaat schriftelijk vastgelegd. De mediator verstrekt partijen de nodige inlichtingen over het karakter van deze afspraken (bijvoorbeeld of sprake is van een vaststellingsovereenkomst).

Partijen kwamen, hangende de mediation, overeen dat een onafhankelijke derde een nieuwe taxatie uit zou gaan brengen en dat, wanneer die taxatie lager zou uitvallen dan het bedrag waarvan de Inspecteur was uitgegaan, een nieuwe aanslag zou worden vastgesteld op basis van die lagere waarde. Deze afspraak wordt vervolgens vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst, maar zonder dat daarin is vermeld dat partijen aan de afspraak juridisch worden gebonden en zonder dat de mediator 'voor gezien' de vaststellingsovereenkomst heeft meegetekend. Aldus is aan twee van de drie contractueel overeengekomen vormvoorschriften niet voldaan.

Toen bleek dat de getaxeerde waarde inderdaad lager was dan de waarde waar de Inspecteur aanvankelijk van was uitgegaan, weigerde deze vervolgens uitvoering te geven aan de in de vaststellingsovereenkomst gemaakte afspraken. De verweerder vorderde vervolgens nakoming van die afspraken. De rechtbank wees de vordering af, maar het hof wees haar toe. Het hof heeft daarbij de Staat ook veroordeeld om de naheffingsaanslag vast te stellen overeenkomstig de taxatie, op straffe van een dwangsom.

In cassatie gaat het vervolgens om de vraag of de Inspecteur gebonden is aan de taxatie die tijdens het mediationtraject heeft plaatsgevonden, een en ander zoals weergegeven in de vaststellingsovereenkomst. De Staat was van mening dat er geen gebondenheid bestond omdat aan twee van de drie contractueel overeengekomen vormvereisten niet was voldaan. De stellingen van verweerder kwamen er - zakelijk weergegeven - op neer dat de Staat geacht moest worden, met het sluiten van de betreffende vaststellingsovereenkomst, afstand te hebben gedaan van de (overige) overeengekomen vormvereisten, althans om het recht om zich daarop te beroepen, te hebben verwerkt. Het hof had het betoog van de Staat onder meer verworpen door te overwegen dat de afspraak met betrekking tot de hertaxatie, anders dan de Staat had betoogd, niet was bedoeld als 'proefballon' en dat het enkele feit dat de afspraak niet was meegetekend door de mediator daaraan niet kon afdoen, nu de mediator van de afspraak wel op de hoogte was en daarmee kennelijk had ingestemd.

De Hoge Raad casseert het arrest van het hof echter. Daartoe wijst de Hoge Raad er allereerst op dat in de mediationovereenkomst met zoveel woorden was vastgelegd dat eventuele afspraken die in het kader van de mediation zijn gemaakt, niet bindend zijn, tenzij is voldaan aan de nadrukkelijk tussen partijen afgesproken vormvereisten. Dat sluit aan, aldus de Hoge Raad, bij het niet verplichtende en vrijblijvende karakter van mediation. Binnen een mediation geldt immers dat partijen van de door hen gedane voorstellen, standpun-

ten, mededelingen of toezeggingen kunnen terugkomen zolang zij niet op de wijze als in de mediationovereenkomst is afgesproken, een bindende afspraak hebben bereikt en vastgelegd. De Hoge Raad overweegt letterlijk:

“Die vormvereisten strekken ertoe voor partijen buiten twijfel te stellen dat, in afwijking van het niet verplichte en vrijblijvende karakter van de mediation, sprake is van een hen bindende tussentijdse afspraak. In dit licht zijn de vereisten dat de mediator de schriftelijke vastlegging van een bindende tussentijdse afspraak ‘voor gezien’ mee ondertekent en dat in die schriftelijke vastlegging wordt vermeld dat partijen aan de afspraak juridisch worden gebonden, erop gericht dat de mediator – als deskundige begeleider van de mediation – voor partijen kenbaar ‘bezegeld’ dat geen sprake is van slechts een (werk)afpraak in het proces maar een nog te bereiken bindende overeenstemming, maar van een tussentijdse afspraak waaraan partijen ook na beëindiging van de mediation zonder dat algehele (eind) overeenstemming is bereikt, juridisch gebonden blijven.”

In de kern beschouwd baseert de Hoge Raad het hiervoor weergegeven oordeel mijns inziens op de ratio van de in casu contractueel overeengekomen vormvoorschriften. Deze zijn dus klaarblijkelijk niet enkel probationis causa voorgeschreven (enkel met het oog op het kunnen leveren van bewijs van de gemaakte afspraken), maar solemnitatis causa (met het oog op de geldigheid van de rechtshandeling).

Dit alles brengt, aldus nog steeds de Hoge Raad, met zich dat partijen aan een tijdens de mediation gemaakte afspraak in beginsel niet het vertrouwen mogen ontnemen dat die afspraak hen na beëindiging van de mediation juridisch blijft binden zolang niet voldaan is aan de contractueel overeengekomen vormvereisten. Deze laatste overweging van de Hoge Raad is met name ook interessant wanneer men die zet in de sleutel van het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen. Hoewel het gebruik van voorbehouden er in beginsel toe leidt dat rechtens relevant vertrouwen dat enigerlei vorm van contract uit de onderhandelingen zal resulteren, niet zal postvatten, kan dat bij overeengekomen vormvoorschriften anders zijn (de rechtspraak bevat daarvan diverse voorbeelden) op het moment dat een partij de indruk laat ontstaan aan het invullen van het overeengekomen vormvereiste niet te hard (meer) te tillen. Kennelijk, gegeven deze aanvullende overweging van de Hoge Raad, zijn er dus redenen om, indien de ratio van het contractueel overeengekomen vormvoorschrift gelegen is in het overeenkomen van een vormvoorschrift solemnitatis causa (ter wille van de vorm dus), niet te snel aan te nemen dat een dergelijk voorbehoud door ‘contraire handelingen’ wordt ondergraven.

Dit alles pleit er overigens voor om, wanneer in de praktijk een voorbehoud in de vorm van een vormvoorschrift wordt bedongen, ook direct duidelijk te maken wat de ratio van het vormvoorschrift is. Dus bijvoorbeeld:

“Tussen partijen zal pas juridisch binding ontstaan op het moment waarop al hetgeen zij tussen hen beogen

af te spreken, tussen hen schriftelijk zal zijn vastgelegd, waarbij dit voorbehoud geacht wordt te zien op de geldigheid van de rechtshandeling.”

Om een en ander nog duidelijker te maken, zou ook overwogen kunnen worden om bijvoorbeeld te bepalen dat art. 3:39 BW op de bepaling omtrent het vormvoorschrift van overeenkomstige toepassing is. Dan nóg blijft het natuurlijk mogelijk dat partijen op enig moment geacht moeten worden afstand te hebben gedaan van het vormvereiste of hun rechten om daarop een beroep te kunnen doen, te hebben verwerkt, maar de kans dat bij een dergelijke formulering succesvol een beroep op afstand van recht of rechtsverwerking zou kunnen worden gedaan, wordt in elk geval een heel stuk kleiner in het licht van de onderhavige uitspraak van de Hoge Raad.

### Conclusie

Anders dan bij wettelijke vormvoorschriften het geval is, ontbreekt bij contractueel overeengekomen vormvoorschriften een wettelijk kader voor wat betreft de rechtsgevolgen van het niet-voldoen aan de vorm. Dat maakt dat de rechtsgevolgen van het niet-nakomen van contractueel overeengekomen vormvoorschriften onzeker. Uit de onderhavige uitspraak van de Hoge Raad kunnen wij afleiden dat klaarblijkelijk voor wat betreft de rechtsgevolgen verbonden aan het niet-voldoen aan een contractueel bedongen vormvoorschrift, de ratio van het vormvoorschrift van groot belang is. Is deze ratio gelegen in het overeenkomen van een vormvoorschrift dat beoogt bepalend te zijn voor de geldigheid van een rechtshandeling, dan zal niet snel mogen worden aangenomen dat op dat vormvoorschrift geen beroep meer gedaan kan worden. Volgt daarentegen uit de ratio van het vormvoorschrift dat dit enkel beoogt de bewijsfunctie te dienen, dan kan dit anders liggen. Voor de praktijk is derhalve van belang om, wanneer het de bedoeling is een vormvoorschrift overeen te komen dat beoogt bepalend te zijn voor de geldigheid van een rechtshandeling, die achtergrond daarvan ook direct vast te leggen.