

MONOGRAFIEËN BW

A19 Dwingend en aanvullend recht

Mr. dr. T. Bouwman

Derde druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2025

VOORWOORD

Voorwoord bij de derde druk

In de meer dan vijftien jaar die tussen de tweede druk van deze monografie (Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Mon. BW nr. A19) 2009) en deze druk ligt, zijn de rechtsfiguren dwingend en aanvullend recht in de kern niet veranderd. Desalniettemin is vanwege het aantreden van mijzelf als nieuwe auteur en een aantal (relatief) recente ontwikkelingen besloten de tweede druk volledig te herbewerken. Het resultaat daarvan is een grotendeels herschreven monografie. Een volledige herbewerking werd nodig geacht vanwege onder meer de toename van dwingend recht, mede onder invloed van het EU-recht, de verder gevorderde theorievorming omtrent aanvullend recht en een aantal belangrijke arresten van de Hoge Raad over onder meer kwalificatie van overeenkomsten, leemten en rechtshandelingen die door hun inhoud of strekking in strijd zijn met een wetsbepaling. Door de volledige herbewerking is de opbouw van deze monografie veranderd. De onderwerpen uit deze monografie waarnaar het meest verwezen wordt, zijn de begripsbepaling en de ratio van dwingend recht. De begripsbepaling kwam in de tweede druk aan bod in nr. [2-4], terwijl deze nu aan bod komt in nr. [5-8] en de ratio van dwingend recht kwam in de tweede druk aan bod in nr. [20-22], terwijl dat nu in nr. [12-17] gebeurt. Graag bedank ik niet alleen de redactie van Monografieën BW, maar ook Niels Dempster, Iris Houben, Bryan Verheul en Rick Weijers voor hun nuttige opmerkingen bij (een deel van) een eerdere versie van deze monografie. De onderzoekstijd voor deze monografie is deels gefinancierd uit het project 'These Shoes Don't Fit! – How can consumer interests be protected when consumer identities are increasingly diffuse?' met dossiernummer VI.C.211.012 van het onderzoeksprogramma Vici SGW dat (mede) is gefinancierd door de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO). Het onderzoek is afgesloten op 31 maart 2025.

Leiden, 31 maart 2025.

T. Bouwman

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van gebruikte afkortingen / XI

Lijst van verkort aangehaalde literatuur / XIII

DEEL I – INLEIDING

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 3

- 1 De twee gedaanten van het privaatrecht / 3
- 2 Plan van aanpak / 3
- 3 Afbakening / 4

HOOFDSTUK 2

Begripsbepaling / 5

- 4 Inleiding / 5
- 5 Definities / 5
- 6 Terminologie / 7
- 7 Gradaties / 8
- 8 Andere verschijningsvormen / 10
- 9 Herkenning / 14
- 10 Dwingend en aanvullend recht buiten het privaatrecht / 15
- 11 Een blik over de grens / 16

DEEL II – DWINGEND RECHT

HOOFDSTUK 3

Normering van de contractsvrijheid / 21

- 12 Inleiding / 21
- 13 Contractsvrijheid / 21
- 14 De bescherming van zwakkere partijen / 24
- 15 De bescherming van derden / 28

- 16 De behartiging van het algemeen belang / 29
- 17 Ontwikkelingen / 30

HOOFDSTUK 4

Juridische werking / 37

- 18 Inleiding / 37
- 19 Verhouding tot andere rechtsbronnen / 37
- 20 Kwalificatie / 39
- 21 (On)geldigheid rechtshandeling / 41
- 22 Nulliteiten / 50
- 23 Ambtshalve toepassing door de rechter / 51
- 24 Publiekrechtelijke handhaving / 56

HOOFDSTUK 5

Plaatsbepaling / 59

- 25 Inleiding / 59
- 26 Dwingend publiekrecht, aanvullend privaatrecht? / 59
- 27 Privaatrecht / 60
- 28 Publiekrecht / 63
- 29 Europees recht / 63
- 30 Internationaal recht / 64
- 31 Zelfregulering / 65
- 32 Modelwetgeving / 66

DEEL III – AANVULLEND RECHT

HOOFDSTUK 6

Aanvullend recht / 71

- 33 Inleiding / 71
- 34 Leemte / 71
- 35 Aanvullend recht en andere aanvullende rechtsbronnen / 73
- 36 Andere functies dan aanvulling / 76
- 37 Inhoud / 78
- 38 Rechtvaardigingen / 81

DEEL IV – SLOTBESCHOUWING

HOOFDSTUK 7

Slotbeschouwing / 87

- 39 Inleiding / 87
- 40 De lijnen bijeengebracht / 87
- 41 De open einden / 87

Zakenregister / 91

Wetsartikelenregister / 95

Jurisprudentieregister / 103

Monografieën BW / 107

DEEL I – INLEIDING

Inleiding

1 De twee gedaanten van het privaatrecht

Het privaatrecht heeft twee gedaanten: het faciliteert en het stuurt. Daar waar het faciliteert, biedt het personen de mogelijkheid zichzelf te ontplooien. Daar waar het stuurt, legt het geboden en verboden op. Deze twee gedaanten van het privaatrecht vallen deels samen met dwingend en aanvullend recht. Het onderscheid daartussen betreft onder meer het centrum van de rechtsvorming. Bij aanvullend recht staat het partijen vrij zelf recht te vormen (vgl. art. 1374 BW (oud)). Bij dwingend recht is de rechtsvorming voorbehouden aan de wetgever en rechter. Rechtsvorming door partijen zelf of door de wetgever of rechter: het lijkt een wereld van verschil. Toch zijn dwingend en aanvullend recht uiteindelijk twee kanten van dezelfde medaille. Zij hebben hetzelfde doel, namelijk het waarborgen van autonomie. De vrijheid van partijen om hun eigen rechtspositie te bepalen, zou nauwelijks tot geen betekenis hebben als anderen niet gedwongen worden de zelfgekozen rechtspositie te respecteren. Zo beschouwd vullen dwingend en aanvullend recht elkaar aan. Vanuit deze gedachte wordt het begrippenpaar 'dwingend en aanvullend recht' in deze monografie aan een nader onderzoek onderworpen. Het theoretisch belang hiervan is dat een brug wordt geslagen tussen het positieve recht en de grondslagen van het privaatrecht. Het praktisch belang is dat zonder een goed begrip van dwingend en aanvullend recht en het onderscheid daartussen een goed begrip van het privaatrecht onmogelijk is. Dit dubbele belang maakt dat deze monografie ook een dubbel karakter heeft. Meer dan in de meeste andere monografieën in deze reeks wordt in deze monografie niet alleen aandacht besteed aan de positiefrechtelijke leerstukken die samenhangen met het onderwerp van de monografie, maar ook aan de academische discussies over de grondslagen van het privaatrecht. Tamelijk abstracte beschouwingen worden hierdoor afgewisseld met positiefrechtelijke analyses van juridische leerstukken.

2 Plan van aanpak

De opbouw van deze monografie is als volgt. In het eerste deel wordt kennisgemaakt met het begrippenpaar 'dwingend en aanvullend recht'. Naast dit inleidende hoofdstuk bevat het eerste deel ook een begripsbepalend hoofdstuk (hoofdstuk 2). In dat hoofdstuk wordt onder meer ingegaan op de definities, gradaties en herkenningwijzen van dwingend en aanvullend recht. Dat biedt niet alleen een fundering voor het vervolg van de monografie, maar ook handvatten voor de praktijk. In het tweede deel van de monografie staat dwingend recht centraal. Dit deel begint met een theoretische beschouwing van

de ratio voor de beperking van de contractsvrijheid door dwingend recht (hoofdstuk 3). Het daaropvolgende hoofdstuk (hoofdstuk 4) kijkt door een positiefrechtelijke bril naar dwingend recht. Daarbij wordt ingegaan op de verhouding van dwingend recht tot andere rechtsbronnen, de kwalificatie van een overeenkomst, de sanctionering van een rechtshandeling in strijd met dwingend recht en de rechterlijke en publiekrechtelijke handhaving van dwingend recht. Het laatste hoofdstuk van het tweede deel (hoofdstuk 5) gaat in vogelvlucht langs de (belangrijkste) vindplaatsen van dwingend recht. In het derde deel van deze monografie staat aanvullend recht centraal. In het enige hoofdstuk van dat deel (hoofdstuk 6) komen de verschillende aspecten van aanvullend recht aan bod, waaronder de werking, functies, inhoud en rechtvaardiging daarvan. Het vierde deel van deze monografie sluit af met een slotbeschouwing waarin de uitgezette lijnen worden bijeengebracht en de open einden worden besproken (hoofdstuk 7).

3 Afbakening

In overeenstemming met het thema van de reeks waarvan deze monografie onderdeel is, ligt de focus in deze monografie op het Nederlandse privaatrecht. Het Nederlandse privaatrecht komt over de volle breedte aan bod, maar het zwaartepunt ligt bij het contractenrecht en het consumentenrecht. De reden daarvoor is niet alleen dat het onderscheid tussen dwingend en aanvullend recht zich daar het duidelijkst manifesteert, maar ook dat daar mijn expertise ligt. Het publiekrecht komt in deze monografie aan bod voor zover het als dwingend recht doorwerkt in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Verder zal op verschillende plekken worden stilgestaan bij het recht van de EU en de invloed daarvan op het Nederlandse privaatrecht. Daarnaast wordt een aantal (interne) rechtsvergelijkende notities gemaakt. Zo wordt het Nederlandse privaatrecht een spiegel voorgehouden en wordt de lezer op gang geholpen die geïnteresseerd is in het onderscheid dat in andere landen en rechtsgebieden wordt gemaakt tussen dwingend en aanvullend recht. Om een brug te slaan tussen het positieve recht en de grondslagen van het privaatrecht wordt op meerdere plekken in deze monografie verwezen naar inzichten uit de (rechts)filosofie, economie en psychologie. Die inzichten plaatsen dwingend en aanvullend recht in een bredere context. Tot slot is hier nog een opmerking op haar plaats over de gemaakte keuzes ten aanzien van de onderwerpen die aan bod komen en de diepgang waarmee die onderwerpen besproken worden. Dwingend en aanvullend recht raken aan veel verschillende leerstukken. Zoals opgemerkt, is besloten inhoudelijk het zwaartepunt te leggen bij het contractenrecht en het consumentenrecht. Vanuit die beslissing zijn de verdere keuzes ten aanzien van de te behandelen onderwerpen gemaakt. Aan het begin van elk hoofdstuk worden die keuzes nader toegelicht. Verder hebben telkens twee factoren bepaald met welke diepgang een onderwerp aan bod komt, namelijk of het onderwerp tot de kern van dwingend en aanvullend recht behoort en hoe uitvoerig het onderwerp reeds elders aan bod komt. Zo is er in hoofdstuk 6 relatief veel aandacht voor de gedragsbeïnvloedende werking van aanvullend recht (zie nr. [36], [38]) omdat daar in de Nederlandstalige literatuur nog nauwelijks bij is stilgestaan.

Begripsbepaling

4 Inleiding

Dit hoofdstuk heeft als doel nader inzicht te verkrijgen in de betekenis van de begrippen 'dwingend en aanvullend recht'. Met het oog op dat doel wordt eerst stilgestaan bij de definities van dwingend en aanvullend recht (nr. [5]) en de gehanteerde terminologie (nr. [6]). Daarna komen niet alleen de gradaties van dwingend recht aan bod (nr. [7]), maar ook de andere verschijningsvormen daarvan (nr. [8]). Vervolgens wordt de vraag beantwoord hoe kan worden herkend of een bepaling van dwingend of van aanvullend recht is (nr. [9]) en komen de verschijningsvormen van dwingend en aanvullend recht buiten het privaatrecht (nr. [10]) en in Duitsland, Frankrijk, België en Engeland (nr. [11]) aan bod.

5 Definities

De begrippen 'dwingend en aanvullend recht' worden in het privaatrecht doorgaans gedefinieerd aan de hand van het antwoord op de vraag of partijen door een rechtshandeling van een rechtsregel mogen afwijken. Het begrip 'dwingend recht' verwijst dan naar rechtsregels waarvan niet mag worden afgeweken. Het begrip 'aanvullend recht' verwijst dan naar rechtsregels waarvan wel mag worden afgeweken.

Nieuwenhuis schrijft bijvoorbeeld dat aanvullend recht slechts geldt 'voor zover partijen niet anders zijn overeengekomen' en dat partijen de toepasselijkheid van dwingend recht 'niet langs contractuele weg kunnen uitsluiten' (J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 63-64). Zie verder voor vergelijkbare beschrijvingen en definities van dwingend en aanvullend recht Asser/Sieburgh 6-III 2022/315; Vriend, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:248 BW, aant. 3.1.3 e.v.; Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst (SBR 3)* 2022/270; W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020/450; Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/16; Loth, *Dwingend en aanvullend recht (Mon. BW nr. A19)* 2009/1; A. Pitlo, *Het systeem van het Nederlandse privaatrecht*, Gouda: Quint 1995, p. 9-10; P.B. Cliteur & A. Ellian, *Inleiding Recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 173; Rinkes e.a. 2009, p. 76; Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlandse vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023/460; E.H. Hondius, 'Aanvullend recht' en 'Dwingend recht', in: C.C. van Dam, E.H. Hondius & J.M. Berger-Bos (red.), *Het nieuw BW in 400 trefwoorden: gids bij het hanteren van de boeken 3 tot en met 7 Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1990, p. 11, 94.

Er bestaan geen wettelijke definities van dwingend en aanvullend recht. Meijers heeft wel voorgesteld om in de inleidende titel van het Nieuw Burgerlijk Wetboek een wettelijke

definitie van dwingend recht op te nemen. Vanwege controverse omtrent de inhoud van die titel is uiteindelijk besloten die titel in zijn geheel niet in te voeren. Zie over deze beslissing *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Voortgang* 1993, p. 203; J. Pel, 'De inleidende titel van het NBW, zijn wetgevingsgeschiedenis alsmede de gevolgen daarvan voor de huidige Wet Algemene Bepalingen', AA, afl. 11 1986, p. 733-740. Art. 1 lid 2 van de inleidende titel van het ONBW hanteerde de volgende definitie van dwingend recht: "Een wet is dwingend, wanneer haar toepasselijkheid niet kan worden uitgesloten, of slechts door een rechtshandeling die aan bijzondere wettelijke vereisten voldoet." Net als de in de literatuur gangbare definitie, definieert ook dit artikel dwingend recht aan de hand van de onmogelijkheid voor partijen om van een rechtsregel af te wijken. De kritiek op deze definitie was dat zij 'onvoldoende recht [doet] wedervaren aan de veelvormigheid die op dit punt bestaat' (*Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1019). Art. 1 lid 2 van de inleidende titel van het ONBW beschrijft alleen dat van dwingend recht kan worden afgeweken door een rechtshandeling die aan een bijzonder wettelijk vereiste voldoet, terwijl er meer gradaties en verschijningsvormen van dwingend recht zijn (zie verder nr. [7-8]). In de inleidende titel van het ONBW wordt het begrip 'regelende wet' gebruikt ter aanduiding van aanvullend recht (zie art. 2), zonder dat daar een definitie van wordt gegeven. Zie verder over de in deze monografie gebruikte terminologie nr. [6].

Hoewel de hiervoor besproken definities van dwingend en aanvullend recht niet onjuist zijn, bieden zij slechts een beperkt beeld van het begrippenpaar. De definities krijgen meer betekenis als ook de werking, functie en het rechtskarakter van dwingend en aanvullend recht in oenschouw worden genomen.

In *Van Apeldoorn's inleiding tot de studie van het Nederlandse recht* wordt de subsidiaire werking van aanvullend recht benadrukt (Rinkes e.a. 2009, p. 76). Aanvullend recht is van toepassing indien partijen geen afwijkende regeling hebben getroffen. Indien partijen wel een afwijkende regeling hebben getroffen, prevaleert die regeling. Aanvullend recht heeft in die zin een subsidiaire werking, terwijl dwingend recht een primaire werking heeft. Dwingend recht is immers van toepassing ongeacht hetgeen partijen hebben geregeld.

Het verschil in werking tussen dwingend en aanvullend brengt met zich dat dwingend en aanvullend recht ook deels andere functies hebben (Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst* (SBR 3) 2022/270; zie verder nr. [14-16], [35-36]). Dwingend recht heeft doorgaans de bescherming van een zwakkere partij, de bescherming van een derde of de behartiging van het algemeen belang als functie (zie verder nr. [14-16]). De voornaamste functie van aanvullend recht is het aanvullen van leemten (zie verder nr. [35-36]). Dat ook dwingend recht deze functie kan vervullen, wordt soms over het hoofd gezien. Dwingend recht geldt ook als partijen zelf niets zijn overeengekomen. Alleen in de situatie waarin partijen in strijd met dwingend recht handelen, gaat dwingend recht verder dan aanvullend recht. Dan legt het namelijk ook een verbod op (vgl. Rinkes e.a. 2009, p. 76; Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst* (SBR 3) 2022/270). Sieburgh maakt in dit kader onderscheid tussen een ruime en een meer beperkte betekenis van het begrip 'aanvullende bron van verbintenissen' (*Asser/Sieburgh 6-III* 2022/380). De ruime betekenis verwijst naar alle rechtsbronnen die een verbintenis aanvullen, ongeacht of die in aanvulling op of in plaats van een partijafpraak gelden. De meer beperkte betekenis verwijst naar rechtsbronnen die pas gelding krijgen bij het bestaan van een leemte.

De definities van dwingend en aanvullend recht krijgen ook meer betekenis als wordt stilgestaan bij het verschil in rechtskarakter tussen dwingend en aanvullend recht. Regels van dwingend recht zijn een uitdrukking van een bevel van de wetgever dat niet genegeerd

mag worden op straffe van nietigheid of vernietigbaarheid van de rechtshandeling (*Asser/Sieburgh 6-III 2022/315*). Terwijl bij dwingend recht de rechtsvorming is voorbehouden aan de wetgever, geeft aanvullend recht aan contractspartijen de keuze om de rechtsvorming in de handen van de wetgever te laten of om als het ware eigen recht te creëren. Dat contracteren in zekere zin rechtsvorming is, bracht art. 1374 lid 1 BW (oud) expliciet tot uitdrukking. Dit artikel bepaalde het volgende: “[a]lle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet.”

Het verschil in rechtskarakter tussen dwingend en aanvullend recht is ook nader uitgewerkt door Scholten (*Asser/Scholten Algemeen deel** 1974/6). Hij wijst op een drietal verschillen. In de eerste plaats ligt in dwingend recht een dubbel bevel besloten: één aan de individuen die aan de wet zijn onderworpen en één aan de organen die met de handhaving van de wet zijn belast. Bij aanvullend recht is er alleen het tweede bevel. Tot de individuen wordt geen bevel gericht; zij kunnen immers anders handelen. Voorts ligt in het bevelskarakter van dwingend recht een tweetal aspecten besloten: een waardering van een gewenste situatie en op die waardering steunende gezagsuitoefening. Bij aanvullend recht is de waardering zwakker en is de gezagsuitoefening van een andere aard. Omdat de gewenste situatie niet zodanig wordt gewaardeerd dat zij geen uitzonderingen toelaat, heeft een bepaling van aanvullend recht niet het karakter van een bevel, maar van een richtsnoer. Ten slotte speelt bij aanvullend recht, naast het aspect van waardering, ook een element van ordening. Met de omstandigheid dat de wetgever een regeling biedt – geabstraheerd van haar inhoud – is reeds een (ordenings)belang gediend. Dat speelt volgens Scholten met name bij bepalingen van aanvullend recht in enge zin, dat wil zeggen, bepalingen die de inhoud van de overeenkomst completeren (bijvoorbeeld de wettelijke regeling inzake de levering bij koop). Daarvan te onderscheiden zijn de bepalingen van dispositief recht, die ter vrije dispositie van partijen staan (bijvoorbeeld de regeling van de huwelijksgemeenschap). Het verschil is dat er in het eerste geval sprake is van individueel gevormd recht dat wordt aangevuld, en in het laatste geval van recht dat eventueel wijkt voor het contractuele recht.

In overeenstemming met het idee dat aanvullend recht aan partijen een keuze biedt die zij bij dwingend recht niet hebben, bespreekt Van Boom het begrippenpaar ‘dwingend en aanvullend recht’ ter verduidelijking van het onderscheid dat hij maakt tussen de faciliterende en de geleidende functies van het vermogensrecht (Van Boom 2020, p. 30; vgl. nr. [1], [39]). Aanvullend recht staat volgens hem ten dienste van het faciliterende karakter van het vermogensrecht doordat het zagezegd een infrastructuur aanlegt voor het maatschappelijk verkeer. Dwingend recht vult partijafspraken daarentegen niet alleen aan, maar functioneert zagezegd ook als vangrails voor het maatschappelijk verkeer.

6 Terminologie

Voordat dieper wordt ingegaan op het onderscheid tussen dwingend en aanvullend recht is een opmerking over de gebruikte terminologie op haar plaats. In plaats van dwingend recht worden soms ook de termen ‘gebiedend recht’, ‘imperatief recht’, ‘absoluut recht’, of zelfs ‘onverzettelijk’ of ‘onverzetbaar recht’ gebruikt.

In reactie op de inleidende titel van het ONBW stelde Kisch dat de term ‘dwingend recht’ weinig onderscheidend is, aangezien al het recht dwingt als het eenmaal gelding heeft, zo ook aanvullend recht als partijen niets anders hebben afgesproken (Kisch 1955, p. 138). Ondanks deze kritiek wordt in deze monografie alleen de term ‘dwingend recht’ gebruikt. Dat is immers niet alleen de meest gangbare verwijzing naar rechtsregels waarvan niet mag

worden afgeweken, maar sluit bijvoorbeeld ook aan bij het gebruik van de term 'dwingend wetsbepaling' uit art. 3:40 lid 2 BW (zie verder nr. [21]).

Ter aanduiding van rechtsregels waarvan mag worden afgeweken, wordt niet alleen de term 'aanvullend recht' gebruikt, maar met regelmaat ook de term 'regelend recht'. Verder wordt soms verwezen naar 'dispositief recht', 'suppletief recht', 'relatief recht', of 'verzettelijk' dan wel 'verzetbaar' recht.

In reactie op de inleidende titel van het ONBW stelde Kisch dat ook de term 'regelend recht' onderscheidend vermogen mist (Kisch 1955 p. 138). Al het recht regelt namelijk, zo ook dwingend recht (vgl. nr. [5]). Kisch acht het gebruik van de term 'aanvullend recht' passender omdat daarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat het recht in kwestie alleen bij wijze van aanvulling gelding heeft. Niet alleen om deze reden, maar ook omdat inmiddels door de bij de totstandkoming van wetgeving betrokken organen vrijwel consequent de term 'aanvullend recht' wordt gebruikt (zie bijv. *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1020-1021) wordt in deze monografie ook de term 'aanvullend recht' gebruikt. Zie verder over de term 'aanvullend recht' en de synoniemen daarvan E.H. Hondius, 'Aanvullend recht', in: C.C. van Dam, E.H. Hondius & J.M. Berger-Bos (red.), *Het nieuw BW in 400 trefwoorden: gids bij het hanteren van de boeken 3 tot en met 7 Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1990, p. 11; Hesselink 2021, p. 391.

7 Gradaties

In eerste instantie werd het onderscheid tussen dwingend en aanvullend recht gepresenteerd als een binair onderscheid: al het recht dat dwingend is, is niet aanvullend en andersom. Kisch schreef bijvoorbeeld dat "iedere jurist weet dat hij met een tweedeling te doen heeft en dat dus niet-dwingend gelijk staat met regelend" (Kisch 1955, p. 138-139). Dit beeld is onder meer tegengesproken door Snijders. Hij schreef dat er gradaties van dwingend recht bestaan, hetgeen onder meer blijkt uit het feit dat er dwingend recht bestaat waarvan met inachtneming van een bepaalde voorwaarde alsnog mag worden afgeweken (Snijders 1999, p. 153).

De stelling van Snijders volgde ook al uit art. 1 lid 2 van de inleidende titel van het ONBW (zie eerder nr. [5]). Door dwingend recht niet als een binair maar gradueel onderscheid te zien 'ziet de wetgever kans recht op maat te leveren en zoveel mogelijk aan het vrije spel der maatschappelijke krachten over te laten', aldus Snijders (Snijders 1999, p. 153). Of er sprake is van een binair of gradueel onderscheid tussen dwingend en aanvullend recht is mijns inziens tot op zekere hoogte een semantische discussie. Ter verdediging van het standpunt van Kisch dat er een binair onderscheid bestaat, kan worden aangevoerd dat in het geval onder een bepaalde voorwaarde het dwingende karakter van een rechtsregel kan worden ontzegd en aan die voorwaarde is voldaan, die rechtsregel niet in een bepaalde mate dwingt, maar helemaal niet. Die rechtsregel is dan van aanvullend recht, waardoor inderdaad elke niet-dwingende bepaling van aanvullend recht is. Anderzijds kan ter verdediging van het standpunt van Snijders worden aangevoerd dat niet elke dwingendrechtelijke rechtsregel in dezelfde mate dwingt, aangezien het dwingende karakter van bepaalde rechtsregels aan voorwaarden is verbonden.

De bekendste gradaties van dwingend recht zijn semi-dwingend recht en driekwart dwingend recht (*Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/16-17*; Vriend, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:248 BW, aant. 3.1.6; W. Snijders, 'Titel 3.2 BW en de nulliteiten in het arbeidsrecht', *Sociaal Recht* 2002, p. 141-144). Van semi-dwingend kan met in achtneming van een bepaalde vorm worden afgeweken. Van driekwart dwingend recht kan worden afgeweken door een hogere regeling.

De nuancering van het onderscheid tussen volledig dwingend recht, hetgeen dwingend recht is waarvan onder geen enkele voorwaarde kan worden afgeweken en soms ook wel absoluut of normaal dwingend recht wordt genoemd, en aanvullend recht is begonnen in het arbeidsrecht toen in 1907 door de Wet op de Arbeidsovereenkomst een groot aantal dwingendrechtelijke bepalingen werd toegevoegd aan het BW (zie verder nr. [14], [17]). Daaronder waren bepalingen waarvan slechts bij schriftelijke overeenkomst of reglement mocht worden afgeweken. Die bepalingen zijn door Scholten aangeduid als 'semidwingend recht' (*Asser/Scholten Algemeen deel** 1974/6). Twee voorbeelden van bepalingen waarvan slechts met inachtneming van een bepaalde vorm mag worden afgeweken, zijn art. 7:653 lid 1 sub a BW en art. 7:864 lid 2 BW. Dergelijke semi-dwingendrechtelijke bepalingen vallen in beginsel ook onder het begrip 'dwingende wetsbepaling' van art. 3:40 lid 2 en 3 BW (zie verder nr. [21]). Semi-dwingend recht vindt zijn rechtvaardiging in de gedachte dat een vormvoorschrift kan waarborgen dat een weloverwogen beslissing wordt genomen (*Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991*, p. 3). Aangezien het op schrift stellen van een overeenkomst tegenwoordig bij veel overeenkomsten gebruikelijk is, kan de vraag worden gesteld of het meest voorkomende vormvoorschrift – een schriftelijkheidsvereiste – nog daadwerkelijk lichtvaardige besluitvorming kan voorkomen (Bouwman 2023, p. 254-255).

Bij de opkomst van de CAO en met de herziening van het ontslagrecht in 1953 zijn bepalingen in het BW opgenomen waarvan slechts mag worden afgeweken door een hogere regeling, zoals een CAO of een regeling van een daartoe bevoegd bestuursorgaan. Ter aanduiding van dergelijk dwingend recht heeft Levenbach de term 'driekwart dwingend recht' geïntroduceerd (M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht, juridische beschouwingen*, Alphen aan de Rijn: Samsom 1954, p. 18). Zie thans bijvoorbeeld art. 7:628 lid 5 BW dat bepaalt dat de in art. 7:628 lid 5 BW genoemde periode bij CAO of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan worden verlengd. Zie verder buiten het arbeidsrecht bijvoorbeeld art. 7:2 lid 4 BW dat bepaalt dat van art. 7:2 lid 1-3 BW niet ten nadele van de koper mag worden afgeweken behoudens bij een standaardregeling zoals bedoeld in art. 6:214 BW. Doordat er thans (nog) geen standaardregelingen bestaan, is dit in de praktijk overigens niet relevant. Net als semi-dwingend recht valt driekwart dwingend recht onder het begrip 'dwingende wetsbepaling' uit art. 3:40 lid 2 en 3 BW (zie verder nr. [21]). In het arbeidsrecht is de ratio van driekwart dwingend recht dat het ruimte voor maatwerk biedt (*Kamerstukken II 1996/97*, 25246, nr. 1, p. 5-6). Buiten het BW bestaan er arbeidsrechtelijke wetten met dwingendrechtelijke bepalingen waarvan niet alleen met instemming van een vakbond, maar ook met instemming van een medezeggenschapsorgaan of, bij het ontbreken daarvan, de belanghebbende werknemers mag worden afgeweken (bijv. art. 5:6 lid 2 Arbeidstijdenwet). Deze vorm van dwingend recht wordt ook wel twee derde dwingend recht genoemd (*Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/16*).

Het onderscheid tussen semi-dwingend recht en driekwart dwingend als gradaties van dwingend recht wordt door Snijders om twee redenen bekritiseerd (Snijders 1999, p. 160-161). Ten eerste is de werkelijke verscheidenheid aan gradaties van dwingend

recht groter. Ten tweede kan de kwantitatieve aanduiding van de gradaties misleidend zijn omdat die niet representatief is voor de mate van dwang die wordt uitgeoefend.

Ter illustratie van de grotere verscheidenheid van gradaties van dwingend recht wijst Snijders op de regeling omtrent algemene voorwaarden (Snijders 1999, p. 161). Een beding in algemene voorwaarden kan vernietigbaar zijn, bijvoorbeeld omdat het onredelijk bezwarend is (art. 6:233 BW), terwijl hetzelfde beding wel kan zijn toegestaan als het geen deel uitmaakt van algemene voorwaarden. Aangezien de beoogde frequentie en niet de vorm doorslaggevend is voor het antwoord op de vraag of een beding deel uitmaakt van algemene voorwaarden (art. 6:231 sub a BW) en een afzonderlijke overeenkomst zich lastig laat kwalificeren als hogere regeling, is er bij algemene voorwaarden geen sprake van driekwart dwingend recht, maar van een onbenoemde gradatie van dwingend recht.

Ten aanzien van de representativiteit van de kwantitatieve benaming voor de mate van dwang stelt Snijders dat het verleidelijk is om bijvoorbeeld het verbod tot afwijking bij algemene voorwaarden te kwalificeren als kwart dwingend recht omdat het op het eerste gezicht gaat om een lichte vormeis (Snijders 1999, p. 160). Maar omdat een algemene voorwaarde ieder contractueel beding is dat frequent wordt gebruikt (art. 6:231 sub a BW), kan die eis in feite neerkomen op een algeheel verbod van afwijking bij overeenkomst en derhalve op een zware mate van dwang. Eveneens moeilijk te classificeren zijn volgens Snijders bepalingen waarvan slechts kan worden afgeweken door een uitdrukkelijk gemaakt beding. Art. 7:432 lid 2 BW bepaalt bijvoorbeeld dat het beding dat het recht op provisie doet afhangen van de uitvoering van de overeenkomst, uitdrukkelijk moet worden gemaakt. Wat is nu strenger dwingend recht, zo vraagt Snijders zich af, recht waarvan men uitdrukkelijk mondeling mag afwijken of recht waarvan men impliciet schriftelijk mag afwijken? Volgens mijns inziens is de hier besproken kritiek van Snijders terecht en zijn de gemaakte onderscheidingen en de gebruikte terminologie ten aanzien van de gradaties van dwingend recht aan een herziening toe (zie verder nr. [41]).

8 Andere verschijningsvormen

Andere verschijningsvormen van dwingend recht zijn eenzijdig en meerzijdig dwingend recht (Snijders 1999, p. 162). De term 'eenzijdig dwingend recht' verwijst naar rechtsregels waarvan alleen niet ten nadele van een bepaalde partij mag worden afgeweken. De term 'meerzijdig dwingend recht' verwijst volgens Snijders naar een rechtsregel die dwingend is ter bescherming van de belangen van alle betrokkenen (Snijders 1999, p. 162). Loth omschrijft meerzijdig dwingend recht echter als een rechtsregel 'waarvan afwijking ten nadele van beide partijen is uitgesloten' (Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Mon. BW nr. A19) 2009/3).

Bij eenzijdig dwingend recht is de bepaling geschreven in het belang van de partij ten nadele van wie niet mag worden afgeweken. Het BW kent vele bepalingen van eenzijdig dwingend recht. Zo is er eenzijdig dwingend recht ter bescherming van de consument (art. 6:230i lid 2 BW en art. 7:6 BW), de erfpachter (art. 5:87 lid 3 BW), de particuliere borg (art. 7:862 aanhef en sub a BW), de (particuliere) opdrachtgever (art. 7:413 lid 2 BW), de patiënt (art. 7:468 BW), de werknemer (art. 7:645 BW), de huurder (art. 7:209 BW), de (particuliere) verzekeringnemer (art. 7:943 lid 2 en 3 BW), de vervoerder (art. 8:903 lid 4 BW), de pandbelener (art. 7:140 BW), de reiziger (art. 7:513d lid 1 BW) en de franchisenemer (art. 7:922 BW). De werking van eenzijdig dwingend recht kan worden geïllustreerd aan