

EEN VERLAAT VRAAGPUNT(JE)

Mr M.M. Olthof

*Dient - onder vigeur van het NBW - een voorwaarde, waaronder de rechtshandeling die tot overdracht van een registergoed verplicht is aangegaan, op straffe van nietigheid der levering in de transportakte te worden vermeld?**

1. Inleiding

Recentelijk wordt het juridisch lezerspubliek nogal eens vergast op - voornamelijk uit het universitaire onderwijs afkomstige - artikelen waarin het betoogde met enig casusmateriaal is verlucht.

Ter verdere vorming van deze trend introduceer ik het te dezer plaatse te behandelen onderwerp aan de hand van een drietal casusposities:

- I. A verkoopt zijn fiets aan B. In de koopovereenkomst is een voorwaarde opgenomen. De levering vindt plaats zonder dat van de voorwaarde melding wordt gemaakt.
- II. A verkoopt een hem toebehorende vordering op X aan B. Ook nu is in de koopovereenkomst een voorwaarde opgenomen, waarvan in de akte van cessie geen melding wordt gemaakt.
- III. A verkoopt zijn huis met grond aan B. De koopovereenkomst bevat een voorwaarde. In de transportakte wordt wel de titel, maar niet de daaraan toegevoegde voorwaarde vermeld.

Wanneer onder de werking van het NBW een verbintenis die tot overdracht verplicht een voorwaarde bevat, schept artikel 3.4.2.2 lid 4 het weerlegbare vermoeden dat het ter uitvoering van die verbintenis verschaftte recht aan dezelfde voorwaarde is onderworpen.¹⁾ Toepassing van deze regel op casus I en II voert tot het volgende resultaat: B is voorwaardelijk eigenaar van de fiets c.q. voorwaardelijk rechthebbende op de vordering geworden.

Een duidelijk afwijkend beeld ontstaat bij oplossing van casus III. Het tweede lid van artikel 3.4.2.4 - betrekking hebbend op de levering van registergoederen - is bij Invoeringswet als volgt komen te luiden:²⁾

De tot levering bestemde akte moet nauwkeurig de titel van overdracht vermelden; bijkomstige bedingen die niet de overdracht betreffen, kunnen in de akte worden weggelaten.

In de Memorie van Toelichting³⁾ wordt dienaangaande opgemerkt:

"Als bedingen die in elk geval moeten worden vermeld, kunnen worden genoemd de opschortende of ontbindende voorwaarde waaronder de rechtshandeling die tot overdracht verplichtte, is aangegaan. Men zie artikel 3.4.2.2 lid 4."

Wordt een in de obligatoire overeenkomst voorkomende voorwaarde niet in de transportakte vermeld dan is de levering in de zienswijze van de wetgever nietig: zij voldoet niet aan de eisen die haar in artikel 3.4.2.4 worden gesteld.⁴⁾ De conclusie moet dan ook luiden dat de in casus III ten tonele gevoerde B in het geheel geen eigendom heeft verkregen.

In het hierna volgende zal worden gezien of de wetgever in dezen uit de drie hem in abstracto ten dienste staande oplossingen - B verkrijgt geen recht, een voorwaardelijk recht of een onvoorwaardelijk recht - met de eerste ook de beste keuze heeft gedaan. Teneinde overhaaste conclusies te vermijden, lijkt het dienstig eerst iets dieper in te gaan op de vraag hoe een voorwaardelijke overdracht tot stand komt en welke rol artikel 3.4.2.2 lid 4 daarbij speelt.

2. De voorwaardelijke overdracht nader beschouwd

Zowel de overdracht onder opschortende voorwaarde als de overdracht onder ontbindende voorwaarde kan worden ontleend in twee elementen:⁵⁾

- a. overdracht van het goed;
- b. aanvang (opschortende voorwaarde) of beëindiging (ontbindende voorwaarde) van het overgedragen recht op het moment dat een toekomstige onzekere gebeurtenis plaatsvindt (het voorwaarde-element).

Het venijn schuilt uiteraard in de staart: hoe kunnen partijen op een zeker tijdstip x bewerkstelligen dat de rechtsverkrijging wordt opgeschort tot of wordt beëindigd op een toekomstig en onzeker moment y zonder dat zij op dat moment nog nadere handelingen behoeven te verrichten, maar door het enkele feit dat op dat tijdstip y de voorwaarde in vervulling gaat.⁶⁾ Korter gesteld: hoe wordt de overdracht, dit is de bewerkstelligde rechtsovergang⁷⁾, tot een voor-

waardelijke?

Overdracht is de resultante van een levering op grond van een geldige titel door een beschikkingsbevoegde vervreemder. Zij kan slechts tot een voorwaardelijke worden doordat één van haar pijlers als transportmiddel voor de voorwaarde fungeert. Daartoe komt in principe zowel de obligatoire als de goederenrechtelijke overeenkomst in aanmerking.⁸⁾ Bezien wij beide nader.

De obligatoire en de goederenrechtelijke overeenkomst zijn rechtshandelingen. Zij kunnen strikt genomen *zelf* niet voorwaardelijk zijn⁹⁾: men verklaart of men verklaart niet. Niettemin hebben de termen "voorwaardelijke rechtshandeling" en "rechtshandeling onder voorwaarde" bestaansrecht gekregen. Men duidt ermee aan dat bij rechtshandeling de *rechtsgevolgen* van die rechtshandeling van een voorwaarde afhankelijk zijn gemaakt. De termen worden ook wel gehanteerd wanneer één bepaald rechtsgevolg van een voorwaarde afhankelijk is gesteld. In het onderstaande zal deze terminologie - uit overwegingen van woordeconomie - soms worden gevolgd.

Wanneer dus een obligatoire overeenkomst onder voorwaarde is gesloten - men denke bijvoorbeeld aan koop onder voorwaarde - kan dit beduiden dat alle rechtsgevolgen - bij koop zowel de verbintenis tot betaling van de koopprijs als de verbintenis tot overdracht - voorwaardelijk zijn gesteld. Bij koop onder eigendomsvoorbehoud is alleen de verbintenis tot overdracht aan een (opschortende) voorwaarde onderworpen. In beide gevallen heeft het bedingen van een voorwaarde bij de obligatoire overeenkomst "slechts" tot gevolg dat de *verbintenis tot overdracht*, de titel, voorwaardelijk wordt; rechtstreekse gevolgen voor de overdracht zelf heeft het beding niet.¹⁰⁾

Het gewenste doel wordt wel bereikt via de goederenrechtelijke overeenkomst; haar rechtsgevolg is overdracht, de verkrijging van een recht. Zodra de goederenrechtelijke overeenkomst voorwaardelijk is, d.w.z. zodra haar rechtsgevolg bij het sluiten der overeenkomst van een voorwaarde afhankelijk is gesteld, is de overdracht, de rechtsverkrijging, voorwaardelijk.

3. Het wettelijk vermoeden van artikel 3.4.2.2 lid 4

Partijen die tot een voorwaardelijke overdracht willen overgaan, kunnen er dus niet mee volstaan zich daartoe bij obligatoire overeenkomst te verplichten, zij dienen ook daadwerkelijk voorwaardelijk te

leveren. Men kan zich goed indenken dat partijen hiervan niet steeds doordrongen zijn, integendeel zullen zij vaak - bijvoorbeeld wanneer titel en levering vrijwel in tijd samenvallen - bij de levering geen aandacht meer besteden aan het voorwaarde-aspect. Hier schiet de wetgever partijen te hulp: ¹¹⁾

"Is een overeenkomst, die tot levering verplicht, onder voorwaarde aangegaan, dan is de bedoeling van partijen, dat ook de levering onder dezelfde voorwaarde geschiedt, al zou dit niet bij de levering nogmaals overeengekomen zijn. Het vierde lid zegt dit met zoveel woorden, om kwesties dienaangaande te voorkomen."

Aldus creëert de wet het vermoeden dat een levering die geschiedt ter uitvoering van een voorwaardelijke titel zelf ook voorwaardelijk is, ook wanneer niet uitdrukkelijk voorwaardelijk wordt geleverd. Zo bezien vormt artikel 3.4.2.2 lid 4 de wettelijke neerslag van een meer algemene regel dat de levering de titel volgt, tenzij partijen uitdrukkelijk anders bepalen.

Het wettelijk vermoeden geldt niet in alle gevallen waarin de rechtshandeling die tot overdracht verplicht een voorwaarde bevat. In de eerste plaats zullen partijen soms uitdrukkelijk voorwaardelijk leveren. Het beoogde resultaat, verkrijging van een voorwaardelijk recht, wordt dan uiteraard zonder tussenkomst van artikel 3.4.2.2 lid 4 bereikt.

Voorts kan uitlegging van de aan de titel verbonden voorwaarde tot de conclusie voeren dat het wettelijk vermoeden niet geldt. Uit de bewoordingen van de voorwaarde, haar aard of uit de gewoonte kan worden afgeleid dat partijen aan de vervulling der voorwaarde geen goederenrechtelijke, doch slechts verbintenisrechtelijke consequenties verbonden, bijvoorbeeld wanneer is bepaald dat na vervulling van een bedongen ontbindende voorwaarde retro-overdracht moet plaatsvinden. ¹²⁾ In deze gevallen verplicht de voorwaardelijke titel niet tot voorwaardelijke overdracht en moet de levering - in overeenstemming met de ratio van artikel 3.4.2.2 lid 4: de levering volgt de titel - in beginsel juist niet als voorwaardelijk worden aangemerkt, zodat een onvoorwaardelijk recht wordt verkregen.

Tenslotte kan het wettelijk vermoeden *weerlegd* worden, en wel doordat uitdrukkelijk *onvoorwaardelijk* wordt geleverd. Hierin kan men - voor zover noodzakelijk - impliciet een titelherziening lezen in onvoorwaardelijke of obligatoire richting, waardoor het geval zich onder één dier mogelijkheden rangschikt. In elk geval wordt door de

onvoorwaardelijke levering een onvoorwaardelijk recht verkregen. Artikel 3.4.2.2 lid 4 is dus alleen van toepassing wanneer uit de voorwaardelijke titel afgeleid moet worden dat partijen een voorwaardelijke overdracht beogen, maar zij de levering niet uitdrukkelijk voorwaardelijk of onvoorwaardelijk verrichten.

Alle hierboven genoemde mogelijkheden kunnen zich voordoen wanneer de titel van een *ontbindende* voorwaarde afhankelijk is gemaakt. Een verbintenis onder ontbindende voorwaarde bestaat; zij vervalt - zonder terugwerkende kracht - wanneer de voorwaarde wordt vervuld.¹³⁾ Een voorwaardelijke overdracht kan zij zonder meer dragen. Ook voor een onvoorwaardelijke overdracht vormt zij een voldoende titel, nu haar toekomstig verval een eenmaal verrichte overdracht niet meer kan aantasten: deze blijft berusten op een op het moment der overdracht geldige titel.

Aanzienlijk beperkter zijn de mogelijkheden wanneer de titel van een *opschortende* voorwaarde afhankelijk is gesteld; zij bestaat weliswaar, maar zij werkt nog niet. De ter uitvoering van deze verbintenis verrichte prestatie - het verschaffen van een recht - kan in principe op grond van onverschuldigde betaling worden teruggevorderd, tenzij de prestatie onder dezelfde voorwaarde wordt verricht.¹⁴⁾ Een onvoorwaardelijke overdracht wordt dus eerst door de titel gedragen, wanneer de voorwaarde vervuld is.¹⁵⁾ Vóór haar vervulling is de titel slechts toereikend voor een voorwaardelijke overdracht¹⁶⁾, die alleen door een - expliciet of door het wettelijk vermoeden ingevulde - voorwaardelijke levering kan worden bewerkstelligd.

4. De toepassing van het wettelijk vermoeden bij registergoederen

In het licht van het hiervoor geschetste beeld wordt ook de achtergrond van de in de Toelichting op de Invoeringswet gegeven regel duidelijk. Geconfronteerd met het feit dat een voorwaardelijke overdracht bewerkstelligd kan worden zonder uitdrukkelijk voorwaardelijke levering, doch, dankzij het wettelijk vermoeden, door het enkele feit dat de titel tot voorwaardelijke overdracht strekt, heeft de wetgever gemeend er goed aan te doen die titelvoorwaarde boven tafel te krijgen, teneinde de openbare registers niet nodeloos met onzichtbare voorwaardelijke overdrachten te bevolken. Zo bezien dient de verplichting tot vermelding van de titelvoorwaarde in de notariële leve-

riingsakte - hierna ook wel formaliteitseis genoemd - er toe de werking van het wettelijk vermoeden zichtbaar te maken.

Al kan met dit motief worden ingestemd, de wijze waarop de wetgever één en ander vorm geeft, roept verschillende vragen op:

a. Behoort de formaliteitseis ook te worden gesteld wanneer het wettelijk vermoeden niet van toepassing is?

b. Is het, wanneer het wettelijk vermoeden in beginsel wel van toepassing is, gerechtvaardigd om bij registergoederen tot nietigheid der levering te besluiten?

Ad a. Het wettelijk vermoeden is niet van toepassing

De wetgever koppelt de formaliteitseis aan het feit dat "de rechtshandeling die tot overdracht verplichtte, onder voorwaarde is aangegaan". Dit feit leidt niet steeds tot toepasselijkheid van het wettelijk vermoeden.

Ten eerste is toepassing van het wettelijk vermoeden overbodig wanneer partijen uitdrukkelijk voorwaardelijk leveren. In dat geval lijkt het vermelden van de titelvoorwaarde evenzeer overbodig. In de visie van de wetgever geldt de formaliteitseis onverkort, maar wellicht mag men aannemen dat voorwaardelijke levering vermelding van de titel impliceert.

Het wettelijk vermoeden geldt evenmin wanneer uitleg van de in de titel vervatte voorwaarde tot de conclusie voert dat partijen aan haar vervulling slechts verbintenisrechtelijke consequenties verbonden. Het behoeft m.i. nauwelijks betoog dat de formaliteitseis in deze gevallen niet gesteld behoort te worden: anders dan een strikte lezing van de Toelichting op de Invoeringswet wellicht zou doen vermoeden zullen zodanige voorwaarden immers moeten worden aangemerkt als "bijkomende bedingen die niet de overdracht betreffen" in de zin van artikel 3.4.2.4 lid 2.

Dezelfde oplossing moet worden aanvaard voor die gevallen waarin weliswaar geen sprake is van een uitsluitend obligatoir bedoelde voorwaarde, maar de levering met zoveel woorden onvoorwaardelijk geschiedt. Daartoe moet worden aangenomen dat - tevens - een wijziging van de in de titel vermelde voorwaarde is beoogd.

Ad b. Het wettelijk vermoeden is in beginsel wel van toepassing

Ter bespreking resteren slechts die gevallen waarin uit de titel moet worden afgeleid dat partijen een voorwaardelijk overdracht beogen,

maar de titelvoorwaarde abusievelijk niet in de notariële leveringsakte wordt vermeld. Bij niet-registergoederen - bijvoorbeeld vorderingsrechten - zou het wettelijk vermoeden op volle sterkte werken: er is voorwaardelijk geleverd, zodat een voorwaardelijk recht wordt verkregen. Het betreft hier echter een registergoed en dus ligt de zaak anders: nu behoort de formaliteitseis vervuld te worden en dient volgens de wetgever een scherpe sanctie op niet-vermelding te worden gesteld: de levering is nietig. De bewaarder zal dit defect niet gemakkelijk onderkennen, nu het niet vermelden der voorwaarde niet uitsluit dat een compleet ogende notariële akte wordt overgelegd. Derden-verkrijgers die op de registers afgaan, worden door de artikelen 3.1.2.8a en 3.4.2.3b tegen het gebrek in de levering en de daardoor ontstane beschikkingsonbevoegdheid van hun voorman beschermd.

Op zich kan men vrede hebben met het feit dat partijen het belang van vermelding van een voorwaarde wordt ingescherpt, ware het niet dat de sanctie hen wel zeer zwaar treft. In vergelijkbare gevallen wordt de sanctie op non-conformiteit van de openbare registers met de goederenrechtelijke werkelijkheid niet - mede - gezocht in de partijverhouding, maar - alleen - in de bescherming van derden die op de registers zijn afgegaan. Men denke bijvoorbeeld aan het geval dat door een vergissing kadastrale gegevens onjuist in de notariële akte zijn vermeld: tussen partijen geldt de werkelijke kadastrale aanduiding, maar derden die op de akte afgaan, worden beschermd.¹⁷⁾ Hetzelfde geschiedt wanneer de inhoud van een erf-dienstbaarheid of van een erf-pachtsrecht onjuist is vermeld.¹⁸⁾

Trekt men de bij vergissingen ten aanzien van kadastrale gegevens gevolgde lijn door naar abusievelijk niet in de notariële akte vermelde voorwaarden dan luidt de uitkomst als volgt: conform de partijbedoeling heeft een voorwaardelijke overdracht plaatsgevonden, zij het dat het voorwaarde-element, de opschorting of beëindiging van de overdracht, niet aan derden kan worden tegengeworpen.

Deze oplossing biedt twee belangrijke voordelen. Ten eerste doet zij, door een voorwaardelijke overdracht aan te nemen, recht aan de bedoelingen van partijen; dit in tegenstelling tot het systeem van de Toelichting, waarin in het geheel geen overdracht wordt aangenomen. In de tweede plaats sluit zij beter aan bij het karakter van de in afdeling 3.1.2 neergelegde derdenbeschermingsbepalingen. Derden worden beschermd tegen onvolledigheid en onjuistheid der registers.

In geval van een voorwaardelijke overdracht die uit de registers als onvoorwaardelijk naar voren komt, is het wezenlijk probleem niet gelegen in de - wél blijkende - rechtsovergang als zodanig, doch uitsluitend in de - niét blijkende - voorwaardelijkheid daarvan. Derden behoren - en behoeven - dan ook principieel slechts tegen die voorwaardelijkheid in bescherming te worden genomen.¹⁹⁾ In het door de wetgever voorgestane stelsel wordt eerst de levering nietig verklaard, waarna derden dáártegen beschermd worden. Dusdoende dicht de wetgever een "gat" dat hij eerst zelf gegraven heeft.

Overigens bestaat ook onder het huidige recht de neiging om "al hetgeen die zaak betreft" in artikel 671 lid 2 BW eng te interpreteren en problemen via artikel 1910 op te lossen.²⁰⁾

Wil men de hier verdedigde oplossing voor het NBW aanvaarden dan dient de door de Toelichting aan artikel 3.4.2.4 lid 2 gegeven uitleg te worden afgewezen, waardoor het wettelijk vermoeden van artikel 3.4.2.2 lid 4 zijn natuurlijke werking herkrijgt.

In abstracto bestaat er, naast de door de wetgever gekozen oplossing en de hiervoor besproken opvatting, nog een derde mogelijkheid, namelijk deze dat de sanctie op niet-vermelding van de voorwaarde in de notariële akte juist wordt gezocht in het onvoorwaardelijk verklaren van de levering. Zij verdient reeds hierom geen aanbeveling, omdat zij - evenals de door de wetgever voorgestelde route - de partijbedoelingen onnodig tekort doet.

5. Conclusie

Het antwoord op het vraagpunt(je) dient mijns inziens te luiden: Het verdient aanbeveling dat een bij een tot overdracht verplichtende rechtshandeling bedongen voorwaarde, aan welke vervulling gevolgen zijn verbonden voor de goederenrechtelijke rechtstoestand van een registergoed, in de notariële leveringsakte wordt vermeld. Aan niet-vermelding behoren evenwel geen andere sancties te worden verbonden dan dat de voorwaarde niet kan worden ingeroepen tegen derden die op de openbare registers zijn afgegaan.

Noten

- * Met dank aan mr W.A.K. Rank die mij op het hier te bespreken probleem attendeerde.
- 1) Zie omtrent de werking van de ontbindende voorwaarde in het BW en in het NBW nader Hijma en Olthof, WPNR 5605 (1982), sub 4.
 - 2) Invoeringswet Boeken 3-6 van het NBW (vierde gedeelte, wijziging van Boek 3), Tweede Kamer 1981-1982, 17 496, nr. 2. Overigens bevat de tekst in dezen geen relevante wijzigingen ten opzichte van eerdere teksten.
 - 3) Wetsontwerp 17 496, nr. 3, blz. 32.
 - 4) Nauwkeurige vermelding van de titel is een dwingendrechtelijke eis, zie Asser-Beekhuis-Mijnssen I (Zakenrecht), nr. 393.
 - 5) Aldus o.a. Ph.A.N. Houwing, Preadv. Cand. Not. 1940, blz. 39 e.v.
 - 6) In het verleden is wel verdedigd dat dit doel op moment x niet bereikt kán worden, zodat op moment y alsnog (terug-)geleverd moet worden. Deze opvatting mag tegenwoordig als achterhaald worden beschouwd. Vgl. Asser-Beekhuis-Mijnssen I, nrs. 294 en 295 en de daar genoemde schrijvers.
 - 7) M.v.A. II bij artikel 3.4.1.1, Van Zeben/Du Pon, Parlementaire Geschiedenis Boek 3, blz. 308.
 - 8) Eenvoudigheidshalve worden titels uit andere bron dan obligatoire overeenkomst buiten beschouwing gelaten.
 - 9) Zie o.a. Hofmann-Van Opstall, Het Nederlands verbintenissenrecht I, 1, blz. 94 noot 3 en blz. 361 en J.D.A. den Tonkelaar, Opschortende en ontbindende voorwaarden volgens BW en NBW, blz. 10 e.v. die hieraan de conclusie verbinden dat artikel 3.2.5 onjuist is geformuleerd.
 - 10) Onder vigeur van het BW ligt dit anders: de vervulling der voorwaarde heeft hier terugwerkende kracht, zodat achteraf beschouwd steeds c.q. nooit een geldige titel voor overdracht heeft bestaan, hetgeen via het causale stelsel wel degelijk rechtstreekse invloed op de overdracht heeft.
 - 11) T.M. bij artikel 3.4.2.2, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 318.
 - 12) Vgl. HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks), waar partijen bij een fiduciaire eigendomsoverdracht een dergelijke afspraak hadden gemaakt.
 - 13) Zie de artikelen 3.2.5 lid 2 en 6.1.5.2 NBW.
 - 14) Aldus de T.M. bij artikel 6.1.5.4a, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 152. In Asser-Rutten-Hartkamp I (Verbindenissenrecht), nr. 180 wordt als bezwaar tegen de passage in de Toelichting aangevoerd dat een prestatie niet onder opschortende voorwaarde kan worden verricht: *men verricht haar of men verricht haar niet; in een*

dergelijk geval wordt de prestatie in werkelijkheid onder een - negatieve - ontbindende voorwaarde verricht. Dit bezwaar lijkt mij terecht wanneer het om feitelijke prestaties als een doen of niet-doen gaat, maar niet wanneer de prestatie, zoals het verschaffen van een recht, het rechtsgevolg is van een ter uitvoering van de voorwaardelijke verbintenis te verrichten rechtshandeling, zoals de levering, die immers heel wel voorwaardelijk gesteld kan worden. Juist op deze gevallen lijkt de bewuste passage, handelend over een geven, mede gezien de verwijzing naar artikel 3.4.2.2 lid 4, te doelen.

- 15) Dit wordt anders wanneer men uit een vóór de vervulling der voorwaarde verrichte onvoorwaardelijke levering zou mogen afleiden dat de voorwaardelijke titel is omgezet in een onvoorwaardelijke verbintenis of een verbintenis onder een - negatief geformuleerde - ontbindende voorwaarde.
- 16) Recentelijk is met betrekking tot het eigendomsvoorbehoud voor een andere benadering gekozen door B.M. Mezas, Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend Nederlands recht, blz. 3 noot 10 (er is sprake van een onvoorwaardelijke verbintenis tot voorwaardelijke overdracht) en door R.D. Vriesendorp, Het eigendomsvoorbehoud, blz. 5 e.v. (de titel vormt geen geldige rechtsgrond voor overdracht).
- 17) Asser-Beekhuis-Mijnssen I, nr. 398.
- 18) Asser-Beekhuis II (Zakenrecht), blzz. 217 en 250.
- 19) De bescherming wordt verleend door artikel 3.1.2.7. Artikel 3.4.2.3b is in de verdedigde opvatting niet van toepassing, nu de beschikkingsonbevoegdheid van de voorman niet voortvloeit uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht, maar juist uit de geldigheid van de voorwaardelijke overdracht.
- 20) Zie H. Drion, Compendium van het Nederlands vermogensrecht, nr. 109 en Asser-Beekhuis-Mijnssen I, nr. 408, slot.