



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De voorwaarde in het vermogensrecht

Stolz, H.

Citation

Stolz, H. (2015, March 4). *De voorwaarde in het vermogensrecht. Meijers-reeks*. Boom Juridische Uitgevers (BJu), Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/32123>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/32123>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/32123> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Stolz, Hendrik

Title: De voorwaarde in het vermogensrecht

Issue Date: 2015-03-04

De voorwaarde in het vermogensrecht

De voorwaarde in het vermogensrecht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op woensdag 4 maart 2015
klokke 16.15 uur

door

Hendrik Stolz

geboren te Kiel (Bondsrepubliek Duitsland)

in 1967

Promotiecommissie:

Promotor: Prof. mr. W.G. Huijgen

Overige leden: Prof. mr. Jac. Hijma
Dr. A. Janssen (Westfälische Wilhelms-Universität
Münster, Bondsrepubliek Duitsland)
Prof. mr. H.J. Snijders
Prof. mr. M.H. Wissink (Rijksuniversiteit Groningen)

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2015 H. Stolz

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-031-8

www.bju.nl

Voor mijn geliefde Tosca en zoon Brecht

Verkorte inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN	XIX
1 HET ONDERZOEK	1
1.1 Inleiding	1
1.2 Doel en opzet van het onderzoek	3
1.3 Structuur van de presentatie van de onderzoeksresultaten	17
1.4 Methodologie	18
1.5 Wat vormt geen deel van dit onderzoek?	18
1.6 Gehanteerde terminologie	20
2 BEGRIPSBEPALING	23
2.1 Een eerste verkenning	23
2.2 De functies van voorwaarden	36
2.3 De plaats van de voorwaarde in het vermogensrechtelijke systeem	50
2.4 De vereisten van onzekerheid en toekomstigheid	65
2.5 De inhoud van de gebeurtenis	122
2.6 Het intreden van de voorwaarde	124
2.7 Eigendomsvoorbehoud, huurkoop en koop op proef	167
2.8 Resumé: wat is een voorwaarde?	170
3 DE VOORWAARDELIJKE WERKING	173
3.1 De problematiek van de 'voorwaardelijke werking'	173
3.2 Nadere bestudering van de opschortend voorwaardelijke werking	241
3.3 Nadere bestudering van de ontbindend voorwaardelijke werking	288
3.4 De partijwil als grondslag voor de voorwaardelijke werking	309
3.5 De onterechte focus op de voorwaardelijkheid van verbintenissen	316
4 TOTSTANDKOMING, VORMVEREISTEN EN BEWIJS VAN VOORWAARDEN	319
4.1 De totstandkoming van voorwaarden	319
4.2 Voorwaarden en vormvereisten	361
4.3 Bewijs ter zake bestaan, vervuld zijn en inhoud van een voorwaarde	370
5 BEPERKINGEN AAN VOORWAARDELIJKHEID	385
5.1 Het uitgangspunt van de partijvrijheid ten aanzien van voorwaardelijkheid	385
5.2 Onmogelijke voorwaarden	405

5.3	Dwingend onvoorwaardelijke rechtsverhoudingen	445
5.4	De gevolgen van strijd met beperkingen aan voorwaardelijkheid	466
6	DE POSITIES VAN PARTIJEN GEDURENDE DE PERIODE VAN ONZEKERHEID	485
6.1	De posities van partijen bezien vanuit de systematiek	485
6.2	Materiële gevolgen gedurende de periode van onzekerheid	497
7	DE INVLOED VAN PARTIJEN OP HET INTREDEN VAN EEN VOORWAARDE	579
7.1	Vormen van invloed op het intreden van een voorwaarde	579
7.2	De gemengde voorwaarde in enkele opmerkingen	609
7.3	Potestatieve voorwaarden	610
7.4	Artikel 6:23 BW	681
8	HET EINDE VAN VOORWAARDELIJKHEID	731
8.1	Het intreden of vervallen van de voorwaarde	731
8.2	Bijzondere gevallen van beëindiging van voorwaardelijkheid	748
9	DE SYSTEMATIEK VAN DE BEËINDIGING VAN VOORWAARDELIJKHEID	761
9.1	De eenvoudige variant: de rechtsverhouding bestaat onvoorwaardelijk voort	761
9.2	De moeilijke variant: de rechtsverhouding eindigt	768
10	DE RELATIE TUSSEN VOORWAARDEN, BEZIT EN HOUDERSCHAP	855
10.1	Inleiding	855
10.2	Bezit 'onder ontbindende voorwaarde'	856
10.3	De levering van roerende zaken onder opschortende voorwaarde	881
11	VOORWAARDELIJKE BESCHIKKINGEN	905
11.1	Een voorwaardelijk beschikken met goederenrechtelijke werking is mogelijk	905
11.2	Verklaring van de goederenrechtelijke werking	924
11.3	Het Anwartschaftsrecht: een beschikken door de verwachter over zijn gerechtigdheid	1022
11.4	Overige vraagstukken in verband met een voorwaardelijk beschikken	1044
	SAMENVATTING EN CONCLUSIES	1077
	ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN	1091
	LITERATUURLIJST	1105
	JURISPRUDENTIEREGISTER	1141
	WETSARTIKELREGISTER	1149
	TREFWOORDENREGISTER	1155
	BIJLAGEN	1167
	CURRICULUM VITAE	1175

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN		XIX
1	HET ONDERZOEK	1
1.1	Inleiding	1
1.2	Doel en opzet van het onderzoek	3
1.2.1	Doel en opzet op hoofdlijnen	3
1.2.2	Bestudering van het Nederlandse geldend recht	5
1.2.3	Het rechtshistorisch onderzoek	8
1.2.4	Het rechtsvergelijkend onderzoek	10
1.2.5	De nadere uitwerking	14
1.2.6	Samenhang tussen deelonderwerpen	15
1.2.7	Geen probleemstelling of centrale onderzoeksvraag	16
1.3	Structuur van de presentatie van de onderzoeksresultaten	17
1.4	Methodologie	18
1.5	Wat vormt geen deel van dit onderzoek?	18
1.6	Gehanteerde terminologie	20
2	BEGRIPSBEPALING	23
2.1	Een eerste verkenning	23
2.1.1	De voorwaarde in het Nederlands, Duits en Zwitsers recht	23
2.1.2	Wat is géén voorwaarde?	32
2.2	De functies van voorwaarden	36
2.2.1	De functie in het rechtsverkeer	36
2.2.2	De functie in de dogmatiek	46
2.3	De plaats van de voorwaarde in het vermogensrechtelijke systeem	50
2.3.1	Inleiding en plan van behandeling	50
2.3.2	De wettelijke systematiek	51
2.3.3	Waar kan de voorwaarde aan zijn verbonden?	57
2.3.4	De voorwaarde als onzelfstandig bestanddeel of zelfstandige modaliteit	62
2.4	De vereisten van onzekerheid en toekomstigheid	65
2.4.1	Inleiding	65
2.4.2	Het vereiste van 'toekomstigheid'	69
2.4.3	De vereisten van objectieve en subjectieve onzekerheid	74
2.4.3.1	De vereiste onzekerheid in de verschillende stelsels	74
2.4.3.2	Het belang van de vraag welke vorm van onzekerheid vereist is	87

2.4.3.3	Uitsluitend subjectieve onzekerheid als (on)juiste grondslag	96
2.4.3.4	Vragen goederenrechtelijke rechtsverhoudingen om objectieve onzekerheid?	100
2.4.3.5	Art. 3:85 BW bij tussentijds ingetreden objectieve zekerheid	102
2.4.3.6	Subjectieve zekerheid bij objectieve onzekerheid	104
2.4.3.7	Is onzekerheid ten aanzien van de gevolgen van de rechtsverhouding van belang?	107
2.4.4	Het belang van de factor kans voor de onzekerheid	108
2.4.4.1	De factor kans in de verschillende stelsels	108
2.4.4.2	De relatie tussen de factor kans en de vorm van onzekerheid	109
2.4.4.3	Wanneer is een bepaalde kans nog te beschouwen als daadwerkelijke onzekerheid?	111
2.4.5	De verhouding tussen voorwaarde en tijdsbepaling	112
2.4.5.1	Voorwaarde en tijdsbepaling in de verschillende stelsels	112
2.4.5.2	De afgrenzingsproblemen tussen voorwaarde en tijdsbepaling	113
2.4.5.3	Hoe ver strekt het verschil in rechtsgevolgen tussen voorwaarde en tijdsbepaling?	115
2.5	De inhoud van de gebeurtenis	122
2.6	Het intreden van de voorwaarde	124
2.6.1	Werking van rechtswege...	124
2.6.2	... en zonder terugwerkende kracht	130
2.6.2.1	De betekenis van terugwerkende kracht	130
2.6.2.2	Was onder het OBW inderdaad sprake van terugwerkende kracht?	142
2.6.2.3	De nadelen van terugwerkende kracht	145
2.6.2.4	De voordelen van terugwerkende kracht	157
2.6.2.5	Terugwerkende kracht als regelend recht	158
2.6.2.6	Inhoudelijke wijzigingen door het verval van de terugwerkende kracht	166
2.7	Eigendomsvoorbehoud, huurkoop en koop op proef	167
2.8	Resumé: wat is een voorwaarde?	170
3	DE VOORWAARDELIJKE WERKING	173
3.1	De problematiek van de 'voorwaardelijke werking'	173
3.1.1	Inleiding	173
3.1.2	De begrippen 'overeenkomst' en 'verbintenis'	176
3.1.2.1	Een bescheiden studie naar de begrippen 'overeenkomst' en 'verbintenis'	176
3.1.2.2	De (on)mogelijkheid van een voorwaardelijke overeenkomst	195

3.1.3	Waarop heeft de voorwaardelijkheid betrekking?	199
3.1.3.1	Voorwaardelijk ontstaan of voorwaardelijke werking?	199
3.1.3.2	Voorwaardelijkheid heeft geen betrekking op de gebondenheid	214
3.1.4	Het begrip 'voorwaardelijke werking'	216
3.1.4.1	De voorwaardelijke werking als opgenomen in het NBW	216
3.1.4.2	Voorwaardelijke werking als beschrijvend of verklarend begrip	220
3.1.4.3	Materiële gevolgen van de voorwaardelijke rechtsverhouding	229
3.2	Nadere bestudering van de opschortend voorwaardelijke werking	241
3.2.1	Inleiding	241
3.2.2	De Vorwirkung	242
3.2.2.1	Het begrip van de Vorwirkung in de verschillende stelsels	242
3.2.2.2	Een nadere duiding van het begrip van de Vorwirkung voor het Nederlandse recht	251
3.2.2.3	De systematische verklaring voor het bestaan van de Vorwirkung	252
3.2.2.4	Heeft de rechtsbetrekking tussen partijen betekenis voor de Vorwirkung?	253
3.2.3	Nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis	254
3.2.3.1	De onverschuldigde betaling en art. 6:25 BW	254
3.2.3.2	Wat is bedoeld met de 'overeenkomstige toepassing' in art. 6:25 BW?	264
3.2.3.3	Het vereiste van 'dwaling' voor toepasselijkheid van art. 6:25 BW	267
3.2.3.4	Waarom opschortende voorwaardelijkheid nakoming niet in de weg staat	268
3.2.4	Hoe is de onduidelijkheid rond de opgeschorte werking ontstaan?	283
3.2.5	Nogmaals de opschortend voorwaardelijke werking	285
3.3	Nadere bestudering van de ontbindend voorwaardelijke werking	288
3.3.1	Inleiding	288
3.3.2	De verklaring voor de ongedaanmaking en de functie van art. 6: 24 BW	288
3.3.2.1	De verklaringen in de verschillende stelsels	288
3.3.2.2	Een presteren zónder verplichting tot ongedaanmaking	299
3.3.2.3	De grondslag voor het ontstaan van obligatoire ongedaanmakingsverplichtingen	300
3.3.3	Beëindiging van de rechtsverhouding bij het intreden van de voorwaarde	304
3.3.3.1	De grondslag voor de beëindiging van de rechtsverhouding	304
3.3.3.2	Nuanceringen in de beëindiging van de rechtsverhouding	307

3.3.4	Nogmaals de ontbindend voorwaardelijke werking	308
3.4	De partijwil als grondslag voor de voorwaardelijke werking	309
3.5	De onterechte focus op de voorwaardelijkheid van verbintenissen	316
4	TOTSTANDKOMING, FORMVEREISTEN EN BEWIJS VAN VOORWAARDEN	319
4.1	De totstandkoming van voorwaarden	319
4.1.1	Inleiding	319
4.1.2	Vormt onvoorwaardelijkheid het uitgangspunt?	319
4.1.3	De partijwil respectievelijk rechtshandeling als grondslag	321
4.1.3.1	De partijwil als grondslag in de verschillende stelsels	321
4.1.3.2	De relatie tussen subjectieve onzekerheid en de grondslag van voorwaarden	328
4.1.3.3	De stilzwijgende voorwaarde	331
4.1.3.4	Het bestendig gebruikelijk beding	333
4.1.4	Andere grondslagen voor voorwaardelijkheid?	333
4.1.4.1	Inleiding	333
4.1.4.2	De gewoonte	334
4.1.4.3	De wettelijke voorwaarde	337
4.1.4.4	Door de rechter gestelde voorwaarden, redelijkheid en billijkheid	354
4.1.5	Bezwaren tegen andere grondslagen dan de partijwil	355
4.2	Voorwaarden en vormvereisten	361
4.2.1	Inleiding	361
4.2.2	Kan een voorwaarde de toekomstige voldoening aan een vormvereiste inhouden?	362
4.2.3	Vindt een vormvereiste toepassing op het overeenkomen van de voorwaarde zelf?	365
4.2.4	Het intreden van een zuiver potestatieve voorwaarde en vormvereisten	368
4.3	Bewijs ter zake bestaan, vervuld zijn en inhoud van een voorwaarde	370
5	BEPERKINGEN AAN VOORWAARDELIJKHEID	385
5.1	Het uitgangspunt van de partijvrijheid ten aanzien van voorwaardelijkheid	385
5.1.1	Inleiding	385
5.1.2	Het brede uitgangspunt van mogelijke voorwaardelijkheid	386
5.1.3	Waarom toch beperkingen aan de voorwaardelijkheid?	389
5.1.4	De wettelijke grondslagen voor beperkingen aan voorwaardelijkheid	394
5.2	Onmogelijke voorwaarden	405
5.2.1	Inleiding	405

5.2.2	Onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden	405
5.2.2.1	Elders besproken onmogelijke voorwaarden	405
5.2.2.2	Onmogelijkheid uit hoofde van de aard van de rechtshandeling	406
5.2.3	Strijd met wet, goede zeden of openbare orde	407
5.2.3.1	Strijd met wet, goede zeden of openbare orde in de verschillende stelsels	407
5.2.3.2	De voorwaarde als 'verboden' inhoud of strekking van art. 3:40 lid 1 BW?	415
5.2.3.3	In welke gevallen is sprake van strijd met de goede zeden?	417
5.2.4	Beperkingen uit hoofde van het goederenrecht	421
5.2.4.1	Beperkingen uit hoofde van het goederenrecht in de verschillende stelsels	421
5.2.4.2	Beperkingen uit hoofde van de vrije overdraagbaarheid	430
5.2.4.3	Beperkingen uit hoofde van verhaalsmogelijkheden door schuldeisers	439
5.2.4.4	Overige beperkingen uit hoofde van de numerus clausus	442
5.3	Dwingend onvoorwaardelijke rechtsverhoudingen	445
5.3.1	Inleiding	445
5.3.2	Dwingende onvoorwaardelijkheid	446
5.3.2.1	Dwingende onvoorwaardelijkheid in de verschillende stelsels	446
5.3.2.2	Waarom is onzekerheid soms 'onaanvaardbaar'?	459
5.3.2.3	De toestemming onder voorwaarde	463
5.3.2.4	De voorwaardelijke aanvaarding van een aanbod	465
5.4	De gevolgen van strijd met beperkingen aan voorwaardelijkheid	466
5.4.1	Inleiding	466
5.4.2	De lastige keuze tussen mogelijke consequenties	467
5.4.2.1	De gevolgen van strijd met beperkingen in de verschillende stelsels	467
5.4.2.2	De gevolgen van voorwaardelijkheid in strijd met art. 3: 38 BW	479
5.4.2.3	Kan art. 3:41 BW leiden tot nietigheid van uitsluitend de voorwaarde?	480
5.4.2.4	De gevolgen van nietige voorwaardelijkheid uit hoofde van het goederenrecht	481
6	DE POSITIES VAN PARTIJEN GEDURENDE DE PERIODE VAN ONZEKERHEID	485
6.1	De posities van partijen gezien vanuit de systematiek	485
6.1.1	Inleiding	485
6.1.2	De wettelijke systematiek van de voorwaardelijke posities in de verschillende stelsels	485
6.1.3	Toepassing van art. 6:26 BW mede in het verband van art. 3: 296 BW	491

6.2	Materiële gevolgen gedurende de periode van onzekerheid	497
6.2.1	Inleiding	497
6.2.2	Nakoming	498
6.2.2.1	Nogmaals de nakoming van de voorwaardelijke verbintenis	498
6.2.2.2	De relatie tussen voorwaardelijkheid, opeisbaarheid en de veroordeling tot nakoming	499
6.2.2.3	Botsende rechten op levering bij voorwaardelijkheid	501
6.2.2.4	Verrekening	506
6.2.3	Bescherming van de verwachter en de zorgplicht van de bezwaarde	514
6.2.3.1	Securisatie van de positie van de verwachter	514
6.2.3.2	De zorgplicht van de bezwaarde en de daaruit voortvloeiende kosten	534
6.2.4	Goede trouw	543
6.2.5	De kwalificatie van vorderingen als voorwaardelijk of toekomstig	549
6.2.5.1	Inleiding	549
6.2.5.2	De scheidslijn in de verschillende stelsels	551
6.2.5.3	Redenen voor het lastige onderscheid tussen toekomstige en voorwaardelijke vorderingen	559
6.2.5.4	Het 'criterium-Kleijn' en andere opvattingen ter zake toekomstigheid	563
6.2.5.5	Is een algemeen toepasbaar criterium wel denkbaar?	570
6.2.5.6	Een criterium gericht op de gebondenheid van partijen	572
6.2.5.7	De vordering tot ongedaanmaking na het intreden van de voorwaarde	574
7	DE INVLOED VAN PARTIJEN OP HET INTREDEN VAN EEN VOORWAARDE	579
7.1	Vormen van invloed op het intreden van een voorwaarde	579
7.1.1	Inleiding	579
7.1.2	Van géén tot doorslaggevende invloed en de terminologie	580
7.1.2.1	De drie hoofdgroepen van invloed van partijen	580
7.1.2.2	Geen of beperkte invloed	582
7.1.2.3	Doorslaggevende invloed	586
7.1.2.4	Doorslaggevende invloed op het intreden óf niet-intreden	602
7.1.2.5	De afgrenzingsperikelen tussen de groepen van voorwaarden	605
7.1.2.6	Willekeur als wilsvrijheid en als grens aan wilsvrijheid	607
7.1.3	Het belang van de kwalificatie van de invloed	608
7.2	De gemengde voorwaarde in enkele opmerkingen	609
7.3	Potestatieve voorwaarden	610
7.3.1	Inleiding	610
7.3.2	De geobjectiveerd potestatieve voorwaarde	612

7.3.3	De zuiver potestatieve voorwaarde	618
7.3.3.1	Wordt een zuiver potestatieve voorwaarde als mogelijk beschouwd?	618
7.3.3.2	Bedenkingen tegen zuiver potestatieve voorwaarden	640
7.3.3.3	De (on)mogelijkheid van de overige varianten van zuiver potestatieve voorwaarden	654
7.3.4	Een aantal kwesties met betrekking tot potestatieve voorwaarden	659
7.3.4.1	Het onderscheid tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden	659
7.3.4.2	'Beroep' door een partij en de kwalificatie als potestatief	663
7.3.4.3	Potestatieve voorwaarden en de toekomstigheid van vorderingen	666
7.3.4.4	Potestatieve voorwaarden en goederenrechtelijke werking	671
7.4	Artikel 6:23 BW	681
7.4.1	Inleiding	681
7.4.2	De toepassing van art. 6:23 BW	684
7.4.2.1	Toepassing van de regel van art. 6:23 BW in de verschillende stelsels	684
7.4.2.2	De verhouding tussen causaal verband, rechtsgevolgen en bewijslastverdeling	720
7.4.2.3	Vormt art. 6:23 BW inderdaad een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid?	725
8	HET EINDE VAN VOORWAARDELIJKHEID	731
8.1	Het intreden of vervallen van de voorwaarde	731
8.1.1	Inleiding	731
8.1.2	Is een voorwaarde ingetreden of vervallen?	732
8.1.3	'Beroep' door een partij als constitutief vereiste	738
8.1.4	De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid	743
8.2	Bijzondere gevallen van beëindiging van voorwaardelijkheid	748
8.2.1	Inleiding	748
8.2.2	Verloop van een termijn	749
8.2.3	Afstand van een voorwaarde	755
9	DE SYSTEMATIEK VAN DE BEÏNDIGING VAN VOORWAARDELIJKHEID	761
9.1	De eenvoudige variant: de rechtsverhouding bestaat onvoorwaardelijk voort	761
9.1.1	Inleiding	761
9.1.2	De systematiek en de gevolgen van het onvoorwaardelijk worden in de verschillende stelsels	762
9.2	De moeilijke variant: de rechtsverhouding eindigt	768
9.2.1	Inleiding	768

9.2.2	Nogmaals de systematiek van de beëindiging in de verschillende stelsels	770
9.2.3	Contractsvrijheid ten aanzien van de gevolgen van de beëindiging	777
9.2.3.1	Het algemene uitgangspunt van contractsvrijheid	777
9.2.3.2	Contractsvrijheid ten aanzien van de gevolgen in de verschillende stelsels	778
9.2.4	De verplichting tot ongedaanmaking	782
9.2.4.1	Het begrip 'ongedaanmaking'	782
9.2.4.2	De betekenis van de terugwerkende kracht in het verband van de ongedaanmaking	792
9.2.4.3	De in het BW ontbrekende regeling voor ongedaanmaking bij ontbindende voorwaardelijkheid	803
9.2.4.4	Ongedaanmaking bij verval van een opschortende voorwaarde?	818
9.2.4.5	De gerechtigdheid tot vruchten	826
9.2.4.6	Zijn ongedaanmakingsverplichtingen wederkerig?	846
9.2.5	Kritiek op de systematiek van de beëindiging bij voorwaarden in het NBW	847
10	DE RELATIE TUSSEN VOORWAARDEN, BEZIT EN HOUDERSCHAP	855
10.1	Inleiding	855
10.2	Bezit 'onder ontbindende voorwaarde'	856
10.2.1	Het belang van het vraagstuk van 'bezit onder voorwaarde'	856
10.2.2	Drie visies op de figuur van bezit	858
10.2.3	Wat is een 'feit'?	861
10.2.4	De tussenstand	866
10.2.5	Voorwaardelijk gehouden bezit als figuur van feitelijke aard	867
10.2.6	Voorwaardelijk gehouden bezit gekwalificeerd als recht	875
10.2.7	Samenvatting en conclusie	880
10.3	De levering van roerende zaken onder opschortende voorwaarde	881
10.3.1	De 'problematiek' van de bezitsverschaffing bij opschortende voorwaardelijkheid	881
10.3.2	De betekenis van macht en het verschil met bezit	884
10.3.3	De wijziging van macht in bezit bij het intreden van een opschortende voorwaarde	889
10.3.4	Macht en consensuele levering	894
11	VOORWAARDELIJKE BESCHIKKINGEN	905
11.1	Een voorwaardelijk beschikken met goederenrechtelijke werking is mogelijk	905
11.1.1	Inleiding	905
11.1.2	Goederenrechtelijke werking als gevolg van voorwaardelijk beschikken	906

11.1.3	Het begrip 'goederenrechtelijke werking'	907
11.1.4	De aanvaarding in de verschillende stelsels	917
11.2	Verklaring van de goederenrechtelijke werking	924
11.2.1	Inleiding	924
11.2.2	Vijf verstorende elementen in de Nederlandse discussie	925
11.2.2.1	Geen duidelijk alternatief van de wetgever voor de terugwerkende kracht	925
11.2.2.2	Art. 3:84 lid 4 BW in de systematiek van de goederenrechtelijke werking	931
11.2.2.3	Twee aspecten van goederenrechtelijke werking, één verklaring?	938
11.2.2.4	Twee soorten voorwaarden, één verklaring?	940
11.2.2.5	Een alternatief voor een onder het OBW ontbrekende systematiek	941
11.2.3	Vier systemen, vier problemen	942
11.2.3.1	Inleiding	942
11.2.3.2	Voorwaardelijkheid van de titel met terugwerkende kracht	942
11.2.3.3	Voorwaardelijkheid van de levering mét en zónder terugwerkende kracht	944
11.2.3.4	Overdracht gevolgd door een voorwaardelijke retro-levering	945
11.2.3.5	Voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid	947
11.2.4	De verklaringen onder het OBW	951
11.2.4.1	Inleiding	951
11.2.4.2	De periode tot 1930	952
11.2.4.3	De periode 1930-1950	956
11.2.4.4	De periode 1950-1992 en de conclusie	962
11.2.5	De verklaringen naar Duits en Zwitsers recht en het DCFR	969
11.2.5.1	Inleiding	969
11.2.5.2	Duits recht	970
11.2.5.3	Zwitsers recht	976
11.2.5.4	DCFR	981
11.2.6	Verklaringen voor het Nederlands geldend recht	984
11.2.6.1	Inleiding	984
11.2.6.2	Voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste	986
11.2.6.3	Voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid	994
11.2.7	Materiële consequenties van de verschillende verklaringen	1006
11.2.8	De conclusie voor het Nederlands geldend recht	1017
11.3	Het Anwartschaftsrecht: een beschikken door de verwachter over zijn gerechtigdheid	1022
11.3.1	Inleiding	1022
11.3.2	Het Duitse en Zwitserse Anwartschaftsrecht	1023
11.3.2.1	Inleiding	1023
11.3.2.2	Duits en Zwitsers recht	1023
11.3.2.3	Nederlandse visies op het Duitse Anwartschaftsrecht	1035

11.3.3	Een Nederlands Anwartschaftsrecht?	1037
11.3.3.1	Inleiding	1037
11.3.3.2	De richting van de Nederlandse discussie	1038
11.4	Overige vraagstukken in verband met een voorwaardelijk beschikken	1044
11.4.1	Inleiding	1044
11.4.2	Is goederenrechtelijke werking van regelend of dwingend recht?	1045
11.4.3	Art. 3:89 lid 2 BW en de opname van een voorwaarde in de akte van levering	1048
11.4.4	Derdenbescherming	1050
11.4.4.1	Inleiding	1050
11.4.4.2	De niet-ingeschreven voorwaarde: art. 3:24 of 3:26 BW?	1052
11.4.4.3	De niet-ingeschreven beëindigde voorwaardelijkheid: art. 3:24 BW?	1057
11.4.4.4	Derdenbescherming uit hoofde van art. 3:36 BW	1065
11.4.4.5	Derdenbescherming uit hoofde van art. 3:86 of 3:88 BW?	1066
11.4.4.6	Het moment waarop bescherming intreedt en eventueel weer vervalt	1074
	 SAMENVATTING EN CONCLUSIES	 1077
	ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN	1091
	LITERATUURLIJST	1105
	JURISPRUDENTIEREGISTER	1141
	WETSARTIKELREGISTER	1149
	TREFWOORDENREGISTER	1155
	BIJLAGEN	1167
	I – concept van E.M. Meijers voor afd. 6.1.5 (in de nummering van Meijers afd. 6.1.4)	1169
	II – concept van E.M. Meijers voor de toelichting bij afd. 6.1.5	1171
	CURRICULUM VITAE	1175

Lijst van afkortingen

AA	Juridisch studentenblad Ars Aequi
A-G	Advocaat-Generaal
Art.	Artikel
BB	Der Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR	Bouwrecht
BW (NBW)	Nederlands Burgerlijk Wetboek van 1992
Cc	Code civil
DB	Der Betrieb, Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Diss.	Dissertatie
ECLI	European Case Law Identifier
FBN	Fiscale Berichten voor het Notariaat
FS	Festschrift
ftV	Fiscaal Tijdschrift Vermogen
Fw.	Faillissementswet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
InsO	Insolvenzordnung
Inv.	Invoering
JBN	Juridische Berichten voor het Notariaat
Jo	Juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KG	Kort Geding
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MvA	Memorie van antwoord
MvT	Memorie van toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nt.	Noot
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
OBW	Nederlands Burgerlijk Wetboek van 1838
O&F	Onderneming & Financiering

OM	Ontwerp Meijers
Ow	Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek
P-G	Procureur-Generaal
PG	Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek
PECL	Principles of European Contract Law
Rb.	Rechtbank
RGZ	Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
Rn.	Randnummer
R.o.	Rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
TM	Toelichting Meijers
UvA	Universiteit van Amsterdam
V&O	Vennootschap & Onderneming
VV	Voorlopig Verslag
W.	Weekblad van het Recht
WBR	Wet op belastingen van rechtsverkeer
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht
WFR	Weekblad voor fiscaal recht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPNR	Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

1 | Het onderzoek

1.1 INLEIDING

“Er bestaat geen zekerheid, slechts verschillende gradaties van onzekerheid.”

Toegeschreven aan Anton Pavlovitsj Tsjechow

In juridische verhoudingen bestaat veelal behoefte om onzekerheden te minimaliseren. Partijen wensen in hun onderlinge relatie geen ‘open eindjes’. Veelal nog minder gewenst zijn thans nog onbekende toekomstige ontwikkelingen die betekenis zouden krijgen voor die relatie. Het is niet voor niets dat het vermogensrecht slechts in bijzondere gevallen betekenis toekent aan dergelijke toekomstige en aanvankelijk onzekere ontwikkelingen. Desondanks vormt onzekerheid de essentie van de op partijwil gebaseerde figuur van de ontbindende en opschortende voorwaarden. Onzekerheid is daarmee ook het kenmerkende element van beide varianten van voorwaarden. Toepassing van deze figuur betekent derhalve dat door partijen alsnog een element van onzekerheid aan de onderlinge verhouding wordt toegevoegd. Een keuze die er toe leidt dat een onzekere factor die voor de rechtsverhouding zeer waarschijnlijk zonder juridische betekenis zou zijn geweest, dankzij de voorwaarde alsnog betekenis verkrijgt.

Tegelijkertijd heeft het gebruik van voorwaarden in zekere zin het tegenovergestelde effect van wat zij behelzen. Partijen bij een voorwaardelijke rechtsverhouding hebben door middel van de voorwaarde bewust rekening gehouden met een bestaande onzekerheid. Daarmee is het onzekere feit als zodanig niet van de baan, maar wel is de daaruit voortvloeiende onzekerheid op een bepaalde wijze verdisconteerd in de juridische relatie tussen partijen. Of anders gezegd, met het voor partijen – blijkbaar – in enigerlei opzicht wezenlijke onzekere aspect hebben zij rekening gehouden door middel van de voorwaarde. Aldus hebben zij hetgeen onzeker is een plaats gegeven en in die zin enige zekerheid gecreëerd. Het gebruik van voorwaarden kent voor wat betreft de aan deze figuur inherente onzekerheid dan ook deze beide zijden: voorwaardelijkheid creëert onzekerheid, maar ondervangt die in zekere zin tegelijkertijd.

Aan het onderwerp van onzekerheid bij rechtsrelaties kunnen zonder twijfel interessante rechtsfilosofische beschouwingen worden gewijd. In de voorliggen-

de studie komen dergelijke beschouwingen echter maar mondjesmaat aan bod. De benadering van het onderwerp van onzekerheid in rechtsrelaties is in dit onderzoek zowel bescheidener als specifiek. Bescheidener in die zin dat deze studie zich met name richt op de systematische en materiële gevolgen van het verdisconteren van onzekerheid in rechtsverhoudingen en niet op abstractere vraagstukken met betrekking tot onzekerheid. Daarnaast is de studie specifiek doordat het onderzoek geheel is toegespitst op de figuur van voorwaarden. Allerlei andere wijzen waarop rekening gehouden zou kunnen worden gehouden met onzekerheid in juridische relaties – bijzondere contractuele wijzen van beëindiging, de in art. 6:258 BW bedoelde *imprévision*, het overeen komen van alternatieve verbintenissen, het verstrekken van garanties of juist het uitsluiten van mogelijke aansprakelijkheden – blijven derhalve buiten beschouwing.

Dit onderzoek is gericht op de vele uiteenlopende aspecten van ontbindende en opschortende voorwaarden in het algemene vermogensrecht. Een beperkt aantal daarvan is in het vorige decennium in de Nederlandse literatuur reeds in meer of minder uitgebreide mate ter sprake geweest. Het zwaartepunt lag daarbij zonder meer op onderzoek naar beschikkingshandelingen met een voorwaardelijk rechtsgevolg.¹ Blijkens de dogmatische complexiteit van dergelijke voorwaardelijke beschikkingen en de – al dan niet vermeende – wijzigingen op dat gebied ten opzichte van het OBW is al deze aandacht op zich terecht. Dat neemt niet weg dat ook buiten het terrein van een voorwaardelijk beschikken met betrekking tot de figuur van voorwaarden veel vragen bestaan, waarvan de beantwoording een nadere wetenschappelijke onderbouwing vereist.

In dit laatste verband zou ik zelfs menen dat de sinds geruime tijd in de Nederlandse rechtswetenschap voor wat betreft voorwaarden bestaande nadruk op goederenrechtelijke rechtsverhoudingen geen recht doet aan de veelzijdigheid van deze figuur. Ik denk bijvoorbeeld aan een wezenlijke vraag of opschortend voorwaardelijke verbintenissen reeds kunnen worden nagekomen vóór het intreden van de opschortende voorwaarde. Deze vraag leidt ons naar de ‘voorwaardelijke werking’ van voorwaarden; een begrip dat vaak met een grote mate van vanzelfsprekendheid wordt gehanteerd, hetgeen bij nader inzien zeer onterecht blijkt te zijn. Voor een geheel ander onderwerp als de invloed van partijen op het al dan niet intreden van een voorwaarde bestaat weer wél enige aandacht, maar ook die blijft bescheiden vergeleken bij de belangstelling voor goederenrechtelijke vraagstukken. In het onderhavige onderzoek is van een dergelijke nadruk op goederenrechtelijke aspecten van voorwaarden geen sprake. Het aantal en de omvang van deelonderwerpen

1 Zie bijv. de desbetreffende gedeelten van de dissertaties van Peter, Struycken, Scheltema en Van Swaaij (Peter 2007; Struycken 2007; Scheltema 2003; Van Swaaij 2000).

buiten de goederenrechtelijke vraagstukken heeft er in dit onderzoek dan ook toe geleid, dat van de tien inhoudelijke hoofdstukken uiteindelijk twee specifiek gewijd zijn aan goederenrechtelijke aspecten van voorwaarden.

In deze studie bestaat een streven naar volledigheid. Dit laatste is mede daardoor ingegeven dat met een grotere mate van volledigheid ten aanzien van de verschillende deelonderwerpen ook een verdere diepgang met betrekking tot ieder van die onderwerpen kan worden bereikt. Zoals ik nog verder zal bespreken, staan de verschillende deelonderwerpen namelijk veelal in een zekere mate van onderlinge samenhang. 'Volledigheid' ten aanzien van de deelonderwerpen leidt daarmee tenminste tot de *mogelijkheid* van het kunnen blootleggen van al deze dwarsverbanden. Het leidt ongelukkigerwijs ook tot een erg dik boek.

Samengevat biedt dit onderzoek een rondgang langs ontbindende en opschortende voorwaarden op het terrein van het algemene vermogensrecht in vier verschillende rechtstelsels, met een zekere nadruk op de samenhang tussen de verschillende deelonderwerpen.

1.2 DOEL EN OPZET VAN HET ONDERZOEK

1.2.1 Doel en opzet op hoofdlijnen

Het voorliggende onderzoek is gericht op het geldende Nederlandse materiële recht met als voornaamste doel het (kunnen) beantwoorden van een scala aan vragen op het onderhavige onderzoeksgebied. Daarmee ligt de focus van het onderzoek op de inhoudelijke gevolgen van voorwaardelijkheid en in die zin heb ik ook bewust geprobeerd een studie te doen waar ook de juridische praktijk belang bij heeft. Dat laat onverlet dat het onderzoek voor belangrijke delen wel degelijk de volle bandbreedte omvat tussen het uitsluitend vaststellen van de materiële gevolgen van voorwaardelijkheid en de soms zeer theoretische achtergronden van een aantal leerstukken. Dat is bij het voormelde uitgangspunt van een 'alomvattend' onderzoek ook alleszins verklaarbaar: onderzoeksvragen naar onmogelijke voorwaarden of de gerechtigdheid tot verschenen vruchten staan nu eenmaal aanzienlijk dicht bij de juridische praktijk dan een vraag naar de relatie tussen voorwaarden en de figuur van bezit of de verklaring van de goederenrechtelijke werking.

Een gevolg van deze insteek is daarin gelegen dat het onderzoek zeer breed van opzet is. Geen eindeloze diepgang op één aspect van de vele honderden op het gebied van voorwaarden derhalve, maar een tocht langs vele daarvan. Een blik op de inhoudsopgave geeft direct inzicht op de daarbij door mij gevolgde route langs de vele hoogte- en dieptepunten van voorwaarden. Gezien deze breedte bestaat bij deelonderwerpen soms enige spanning met het vereiste van afdoende diepgang bij individuele aspecten. De enkele tiental-

len pagina's die ik bijvoorbeeld besteed aan art. 6:23 BW kunnen dienaangaande nooit tippen aan het proefschrift van Gutmans, dat geheel is gewijd aan uitsluitend deze zelfde bepaling voor het Duitse en Zwitserse recht.² Voor een belangrijk deel wordt dit weer goedge maakt door een andere vorm van diepgang in het onderhavige onderzoek. De vele verschillende deelonderwerpen kunnen bij een dergelijke brede opzet relatief eenvoudig in hun onderlinge samenhang worden geplaatst. Juist deze plaatsing van de verschillende deelaspecten van voorwaarden binnen het grote geheel en het daaruit voortvloeiende inzicht in de al dan niet bestaande coherentie tussen deze deelaspecten vormt veelal de wérkelijke diepgang in dit onderzoek.

Het geldende materiële recht of de daaromtrent bestaande discussies zijn soms niet goed begrijpelijk zonder een redelijk inzicht in het recht, zoals dat in de voorliggende periode(n) gelding had. Daarin is de voor de hand liggende reden gelegen voor het rechtshistorisch deel van dit onderzoek. Daarnaast helpt rechtshistorisch onderzoek bij het vinden van gemeenschappelijke grondslagen in de bestudeerde rechtsstelsels, althans voor zover het betreffende onderzoek in de tijd ver genoeg terug gaat om bij de gedeelde historische wortels van deze stelsels uit te komen. Onverminderd het feit dat ik deze beide functies zonder meer onderschrijf, is het historisch gedeelte van het onderzoek qua omvang beperkt. Per saldo bestaat het rechtshistorisch onderzoek uit bestudering van het recht onder het oud BW, waarmee dit onderdeel van het onderzoek feitelijk een studie is naar het oud BW als separaat rechtsstelsel naast de overige bestudeerde stelsels. Het rechtshistorisch deel van dit onderzoek en de redenen voor de vorenbedoelde beperkingen daarin bespreek ik onderstaand verder.

Het rechtsvergelijkende deel van deze studie is uitgebreid. Bestudering van het geldende Nederlandse recht uitsluitend op basis van datzelfde recht blijkt een duidelijk te smalle basis te vormen. Veel deelonderwerpen en daarmee samenhangende vraagstukken zijn voor het Nederlandse recht namelijk slechts beperkt of zelfs in het geheel niet uitgewerkt. Maar ook bij onderwerpen waar in de verschillende bronnen wél ruime aandacht voor bestaat is het moeilijk voldoende afstand te nemen van bestaande opvattingen zonder inspiratie uit externe bron. Een willekeurig voorbeeld van een verbreed inzicht op het eigen recht bestaat voor mij uit de bescherming die een eigenaar onder opschortende voorwaarde geniet tegen tussenbeschikkingen over hetzelfde goed door de eigenaar onder ontbindende voorwaarde. Naar Nederlands recht wordt deze bescherming als een vanzelfsprekend gevolg van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden beschouwd. Het Duitse en Zwitserse recht kennen eveneens de goederenrechtelijke werking van voorwaarden, maar leiden daar uit hoofde van de achterliggende systematiek geen dergelijke

2 Gutmans 1995.

bescherming uit af.³ Hetzelfde uitgangspunt van goederenrechtelijke werking derhalve, maar desondanks verschillende systematische uitkomsten.

Ten behoeve van deze beide aspecten – invulling van lacunes in het Nederlandse recht en bron voor toetsing van bestaande opvattingen – maakt een omvangrijke rechtsvergelijkende studie onderdeel uit van dit onderzoek.⁴ Daarmee is tevens gegeven dat deze rechtsvergelijking weliswaar uitgebreid moge zijn, maar bestudering van de desbetreffende stelsels uitsluitend een dienende functie heeft ten behoeve van de bestudering van het eigen recht. Ook op het rechtsvergelijkend deel van dit onderzoek ga ik onderstaand nader in.

De bestudering van de overige stelsels leidt in samenhang met de studie naar het huidige Nederlandse recht tot zeer uiteenlopende rechtsvragen. De uitwerking en beantwoording van die vragen voor het Nederlandse recht vormt de kern van dit onderzoek.

Ik werk het vorenstaande voor de verschillende onderdelen verder uit.

1.2.2 Bestudering van het Nederlandse geldend recht

Het Nederlandse geldend recht met betrekking tot de figuur van voorwaarden in het algemene vermogensrecht vormt het voornaamste onderzoeksobject in deze studie. De hierna verder besproken bestudering van de overige rechtssystemen heeft derhalve uitsluitend een dienende functie. Essentieel voor dit onderzoek is daarmee uiteraard om vast te stellen wát dit geldend recht bij wijze van vertrekpunt voor de rest van het onderzoek zou zijn.⁵ Ingeval het geldend recht ten aanzien van een deelonderwerp niet kan worden vastgesteld, vormt in elk geval die vaststelling het vertrekpunt.

3 De bescherming tegen tussenbeschikkingen bestaat als zodanig wel, maar vloeit in beide rechtssystemen rechtstreeks voort uit de wet in de vorm van expliciete beschermingsbepalingen (zie § 11.2.5).

4 Verhagen en Rongen stellen dat bij rechtsvergelijking essentieel is dat ook een verklaring wordt gegeven voor bestaande verschillen en overeenkomsten met het eigen recht (Verhagen & Rongen 2000, p. 6). Dat is echter vaak een te zwaar vereiste omdat ook zonder een expliciete verklaring door rechtsvergelijking afstand genomen kan worden van het eigen recht. Andersom is het geven van een dergelijke verklaring vaak allesbehalve eenvoudig en daarmee vaak ook discutabel. Waarom vormt de voorwaardelijke *verbintenis* het Nederlandse wettelijke uitgangspunt, terwijl het Duitse recht uitgaat van de voorwaardelijke *rechtshandeling* en het Zwitserse van de voorwaardelijke *overeenkomst*? Buiten een – niet meer dan mogelijke – verklaring van een verschil in historische achtergrond blijft het antwoord voor deze verschillen in de lucht hangen. Veel wezenlijker in het kader van de rechtsvergelijking is dat deze verschillen in benadering juist niet tot materiële verschillen tussen deze stelsels aanleiding geven.

5 Door mijn promotor treffend samengevat met de vraag ‘Waar staan wij nu?’.

De onderbouwing dat sprake is van *geldend* recht bestaat daaruit dat de betreffende rechtsregels door mij min of meer rechtstreeks – derhalve niet door extensieve interpretatie, laat staan door eigen aanvulling – worden afgeleid uit de ‘klassieke’ kenbronnen van wet, wetsgeschiedenis, jurisprudentie en opvattingen in de rechtsliteratuur. Deze vormen de componenten die tezamen het geldend recht vormen. Dit onderdeel van het ‘geldend recht’ bevat derhalve een zoveel mogelijk geobjectiveerde beschrijving en is systematiserend van aard. De enkele maal dat het toch zinvol was over de grenzen van deze geobjectiveerde beschrijving heen te gaan, is dit door mij uitdrukkelijk aangegeven.

Bij mijn vaststelling van hetgeen het geldend recht zou zijn, ontkom ik er desondanks niet aan zekere keuzes te maken. Slechts een enkele maal vinden we bevestiging van het geldend recht in een recent arrest van de Hoge Raad op basis van hetgeen ten aanzien van het betreffende onderwerp sinds vele jaren en onbetwist in lagere jurisprudentie, wetsgeschiedenis en literatuur werd gesteld. Voor het overige is sprake van de bekende worsteling van de jurist met de voor hem liggende vraagstukken ten aanzien van het geldend recht. De omvang en deels ook het gewicht van de door mij vermelde kenbronnen bij de vaststelling van het geldend recht vormen echter een behoorlijke indicatie voor de vraag hoe ‘hard’ mijn vaststelling uiteindelijk is. Met name voor wat betreft een zuiver kwantitatieve benadering van de vermelde opvattingen zij echter benadrukt, dat deze inderdaad uitsluitend strekt tot vaststelling van hetgeen als geldend recht wordt beschouwd. Meerderheidsstandpunten hebben voor de vaststelling van het geldend recht zonder meer een functie, maar zijn mijns inziens in de rechtswetenschap overigens sterk overgewaardeerd; de vaststelling van meerderheidsstandpunten als zodanig is immers veelal geen wijze van waarheidsvinding.

In verband met de nadruk die ligt op het *thans* geldend recht is de volgorde van de vermelde bronnen in de tijd teruglopend. Voor bronnen van relatief recente datum is dat zonder belang, maar naar mate bronnen van oudere datum zijn, vormen deze gestaag een minder goede onderbouwing voor de stelling dat deze het huidige recht weergeven.

In dit onderzoek nemen het Ontwerp Meijers (OM) en de daarbij behorende toelichting (TM) van de Boeken 3 en 6 bij de bestudering van (met name) het geldend recht een vrij prominente plaats in. Mede in verband met het feit dat ik met enige regelmaat een relatie leg tussen deze delen van het OM respectievelijk de TM en het rechtswetenschappelijke werk van Meijers, wil ik toelichten hoe ik Meijers’ inbreng bij het OM en de TM in dit onderzoek benader.

Zowel het OM van Boek 3 als de bijbehorende TM zijn zonder twijfel geheel van de hand van Meijers. Beide onderdelen waren dan ook ten tijde van zijn overlijden in 1954 gereed. Het leggen van verbanden met eerder rechtswetenschappelijk werk van Meijers is derhalve in die zin voor wat betreft Boek 3 probleemloos. De situatie van het OM van Boek 6 met de bijbehorende TM is

daarentegen minder inzichtelijk. Deze onderdelen zijn na Meijers' overlijden uiteindelijk verschenen onder verantwoordelijkheid van het 'Driemanschap' en zijn in formele zin derhalve niet Meijers' werk. Meijers had echter ten tijde van zijn overlijden reeds grote voortgang geboekt met de concepten voor Boek 6 en de toelichting. Deze concepten zijn ook bewaard gebleven, maar nooit gepubliceerd.⁶ In verband met dit laatste zijn het concept van Meijers voor afd. 6.1.5 (bij Meijers nog afd. 6.1.4) alsmede de toelichting als bijlagen bij deze studie gevoegd.⁷

Zoals eerder door Florijn op basis van deze concepten is geconstateerd, zijn vrij wezenlijke delen van het uiteindelijke OM van Boek 6 en de TM rechtstreeks gebaseerd op deze eerdere concepten van Meijers.⁸ Voor de eerste afdelingen van Boek 6 – waaronder afdeling 6.1.5 ter zake de voorwaardelijke verbintenissen – geldt dit zelfs in grote mate. Het concept van Meijers voor afdeling 6.1.5 werd dan ook, in de woorden van Florijn, door het Driemanschap 'slechts op details aangepast' voor opname in het OM.⁹ Bestudering van het concept van afd. 6.1.5 in relatie tot de uiteindelijke regeling in het OM leidt overeenkomstig deze eerdere vaststelling van Florijn inderdaad tot de conclusie dat Meijers' inbreng voor wat betreft de regeling van de voorwaardelijke verbintenissen in het OM groot is geweest.¹⁰ Ten aanzien van de TM geldt het vorenstaande in mindere mate, maar dat laat onverlet dat we delen van de TM moeiteloos en vaak ook woordelijk herkennen uit het concept van Meijers. Opgemerkt zij dat het Driemanschap met betrekking tot de regeling voor de voorwaardelijke verbintenis en de toelichting wellicht ook nog over andere stukken van Meijers beschikte, maar daar is mij verder niet van gebleken.

6 Naar ik vernam bevinden deze zich thans in het archief van het Ministerie van Justitie.

7 De beide bijlagen bevatten de laatste versies van Meijers voor het concept van het OM en de toelichting. Er zijn eerdere versies, maar die hebben geen toegevoegde betekenis voor de thans gezochte relatie met het (definitieve) OM en de TM. De vorenbedoelde concepten zijn mij door de heer E.O.H.P. Florijn ter beschikking gesteld, die deze in het kader van zijn onderzoek naar het ontstaan en de ontwikkeling van het NBW (zie: Florijn 1995) heeft weten op te sporen.

8 Zie het vrij uitgebreide overzicht van Florijn, waar hij een redelijk gedetailleerde vergelijking maakt tussen het concept van Meijers voor Boek 6 zoals zich dat in diens nalatenschap bevond en het uiteindelijke OM (Florijn 1995, p. 258-264).

9 Florijn 1995, p. 259.

10 Bij een slechts globale lezing van dit concept lijkt die conclusie wellicht niet in ieder opzicht gerechtvaardigd. Als we er echter rekening mee houden dat de artt. 6.1.4.3, 6.1.4.4 laatste zin en 6.1.4.5 door het Driemanschap zijn geschrapt en dat de overige aanpassingen voornamelijk van redactionele aard zijn, dan zien we dat de inhoudelijke aanpassingen t.o.v. het concept van Meijers inderdaad bescheiden zijn. Als we bovendien Meijers' concept van de toelichting bij afd. 6.1.5 bestuderen in relatie tot de uiteindelijke regeling in het OM, dan blijken de materiële verschillen tussen Meijers' benadering en het uiteindelijke OM nog kleiner te zijn. Bijvoorbeeld bevat art. 6.1.5.3 lid 2 OM (het huidige 6:23 lid 2 BW) ook een regeling voor het *teweegbrengen* van het intreden van een voorwaarde. Een regeling die het concept van Meijers in art. 4 niet kende. In het concept van de toelichting bij die bepaling erkent Meijers die mogelijkheid echter expliciet.

Op basis van het vorenstaande is het mijns inziens gerechtvaardigd afd. 6.1.5 van het OM en de TM te benaderen vanuit het perspectief dat een en ander wel degelijk Meijers' werk betreft. Dat is zeker niet in ieder detail helemaal juist, maar bezien over het geheel is die benadering duidelijk beter verdedigbaar dan de opvatting dat we een en ander in materiële zin aan het Driemanschap zouden toeschrijven. Daarmee resteert nog de vraag waarom ik de concepten van Meijers niet (ook) als aanknopingspunt heb gehanteerd in plaats van of eventueel naast het uiteindelijke OM en de TM. De eerste reden daarvoor is dat de status van de concepten onduidelijk is in die zin, dat we niet weten in welk stadium van ontwikkeling deze zich in Meijers' eigen opvatting bevonden. Terughoudendheid is derhalve op zijn plaats. Ten tweede bouwt de latere PG voort op en verwijst deze naar het OM en de TM. Daarmee is een heldere aansluiting van deze PG op de eerdere concepten van Meijers vaak moeilijk te maken, waarmee deze veelal tot een erg complex betoog zou leiden. Dat moge wellicht niet de ideale keuze zijn, maar in mijn optiek wel de betere.

1.2.3 Het rechtshistorisch onderzoek

Hiervoor is reeds kort besproken waarom het rechtshistorisch deel van dit onderzoek beperkt is. Voor zover ik wél rechtshistorisch onderzoek heb verricht, is dit vrijwel geheel toegespitst op het Nederlandse oud BW. Voor wat betreft dit oud BW heb ik mij gericht op het destijds geldende materiële recht. De keuze om het recht onder het oud BW in het onderzoek te betrekken, behoeft nauwelijks verdere onderbouwing. Het huidige Nederlandse recht is immers voor grote delen een voortzetting van het onder het oud BW geldende recht of vloeit tenminste rechtstreeks voort uit de verschillende opvattingen zoals deze in de loop van de tijd zijn geformuleerd. Daarnaast (b)lijkt het huidige recht her en der lacunes te bevatten waarin het oud BW voorzag, maar welke oplossingen zonder duidelijk aanwijsbare reden in het geldend recht niet meer terug te vinden zijn. 'Vergeten recht' derhalve. Een studie naar het huidige materiële recht zou derhalve zonder meer incompleet zijn zonder daar ook het oud BW in te betrekken.

Het vorenstaande laat onverlet dat rechtswetenschappelijke discussies van destijds in dit onderzoek beperkt zijn tot de onderwerpen die nu nog van belang zijn. Een vraagstuk of de keuze in art. 1302 OBW gelukkig was om een tekortschieten door een partij als ontbindende voorwaarde vorm te geven, blijft bijvoorbeeld buiten beschouwing. Wederom vloeit deze beperking voort uit de dienende functie die het rechtshistorisch deel van dit onderzoek heeft ten behoeve van het onderzoek naar het materiële huidige recht. Deze beperkte functie leidt daarnaast nog tot een geheel andere consequentie. Het historisch deel van het onderzoek geschiedt als gezegd vanuit deze dienende functie. Het 'historische recht' wordt daarom door mij onderzocht op basis van het huidige recht en niet door middel van een objectieve historische studie. Als

uitgangspunt voor nader objectief historisch onderzoek is de onderhavige studie derhalve slechts beperkt bruikbaar.

De aangebrachte scheiding tussen het rechtshistorisch deel respectievelijk het oud BW en het thans geldend recht is in die zin vrijwel absoluut, dat de datum van 1 januari 1992 de waterscheiding vormt. Inhoudelijk is dat vanzelfsprekend veel te grof. Het merendeel van het tot deze datum geldende recht is inhoudelijk van kracht gebleven en bovendien werd in de laatste periode waarin het oud BW gelding had duidelijk reeds een voorschot genomen op de invoering van het NBW. De overgang tussen beide stelsels was derhalve zeer veel vloeinder dan de door mij aangebrachte scheiding in de tijd suggereert. Niettemin heb ik merendeels voor deze afgrenzing gekozen om het oud BW als separaat stelsel te kunnen presenteren en aldus te kunnen plaatsen naast de overige bestudeerde stelsels.

Hiervoor stipte ik reeds aan dat het rechtshistorisch onderzoek in een aantal belangrijke opzichten beperkt is. De reden voor deze beperking is op de eerste plaats gelegen in de brede opzet van de studie als geheel; min of meer alle aspecten van voorwaarden binnen de grenzen van het algemene vermogensrecht komen in hun onderlinge samenhang aan bod. Bij een dergelijke opzet past geen diepgaand historisch onderzoek, althans is dit binnen de beschikbare tijd niet uitvoerbaar. Op de tweede plaats lijkt het op voorhand de vraag of de resultaten van een uitgebreid rechtshistorisch onderzoek zouden opwegen tegen de investering die een dergelijk onderzoek zou vergen. Vermoedelijk – bij gebrek aan een dergelijk diepgaand onderzoek kan ik dit vanzelfsprekend niet met zekerheid stellen – is dat niet het geval. Bij mijn wél uitgevoerde onderzoek naar het oud BW is in elk geval gebleken dat voor een groot deel van de door mij onderzochte deelonderwerpen onder het oud BW geen enkele aandacht bestond. Gezien het feit dat de belangstelling onder het oud BW voor de voorliggende perioden respectievelijk de historische wortels in zijn algemeenheid nog groot was, ligt daarmee de gedachte voor de hand dat een onderzoek dat verder in de tijd terug zou gaan eveneens slechts beperkte resultaten zou opleveren.

Het Romeinse recht is door mij evenmin wezenlijk bestudeerd. Over die keuze kan men twisten. Het instituut van de voorwaarde was in het Romeinse recht van oudsher bekend en door de Romeinse juristen uitgewerkt. In die zin zou een studie naar het Romeinse recht zeker van waarde kunnen zijn. Daar staat tegenover dat met betrekking tot voorwaarden de afgelopen decennia reeds uitgebreide studies naar het Romeinse recht hebben plaatsgevon-

den.¹¹ Daarmee zou een onderzoek mijnerzijds in ieder geval deels een herhaling van zetten zijn.

Wezenlijker is dat uit deze studies voornamelijk volgt dat de inhoud van dat Romeinse recht ten aanzien van de figuur van voorwaarden naar de huidige inzichten sterk omstreden is. Ook een onderzoek door mij zou zich waarschijnlijk al snel en in grote mate richten op een poging tot vaststelling van wat het Romeinse recht zou zijn geweest. Een dergelijke poging tot vaststelling – verder dan een ‘poging’ zou het onderzoek zeer waarschijnlijk niet komen – stemt echter niet overeen met de doelstelling die het onderzoek voor de onderhavige studie zou moeten hebben. Voor het verkrijgen van inzicht in het eigen recht of het vinden van gemeenschappelijke grondslagen in de bestudeerde rechtssystemen zou dit onderzoek immers moeten uitstijgen boven een omstreden eigen vaststelling van het Romeinse recht. Deze beide doelstellingen zijn pas bereikbaar bij een tenminste redelijke mate van waarschijnlijkheid omtrent de inhoud van en argumentaties voor het Romeinse recht. De huidige discussie omtrent de vaststelling daarvan als zodanig en hetgeen ik daaraan eventueel zou toevoegen zijn voor het onderhavige onderzoek daarentegen zonder betekenis. Een laatste reden om een onderzoek naar het Romeinse recht te minimaliseren bestaat daaruit dat een studie van (ook) het Romeinse recht een zeer fors tijdsbeslag zou vergen. Ik beperk een en ander derhalve tot korte verwijzingen naar onderzoek van anderen.

1.2.4 Het rechtsvergelijkend onderzoek

Eerder stelde ik dat de functie van de rechtsvergelijking voor dit onderzoek bestaat uit een verdere invulling van het Nederlandse recht en als bron voor toetsing van bestaande opvattingen in het eigen recht. Deze functies zijn slechts bereikbaar indien de rechtssystemen waarmee vergeleken wordt ook min of meer dezelfde uitgangspunten voor het te vergelijken rechtsgebied hanteren. Bij systemen met duidelijk afwijkende grondslagen zal het daarentegen veelal (te) moeilijk zijn om de gehanteerde opvattingen een plaats te geven in het eigen stelsel.

Zoals we zullen zien, kennen het Duitse en Zwitserse recht grotendeels dezelfde uitgangspunten voor zover die voor het onderhavige onderzoek van belang zijn.¹² Op de eerste plaats heeft het begrip van de ‘voorwaarde’ naar

11 Ik wijs willekeurig op (de desbetreffende gedeelten van) de volgende studies: Scheltema 2003; Gutmans 1995; Peter 1994; Jörs e.a./Honsell e.a. 1987. In m.n. de eerste helft van de vorige eeuw vinden we eveneens een aantal studies naar o.m. de voorwaarde in het Romeinse recht.

12 Hetgeen niet wegneemt dat ook andere rechtssystemen vaak dezelfde uitkomsten kennen bij vragen aangaande voorwaardelijke rechtsverhoudingen. Zie bijv. de voormelde studie van Gutmans naar § 162 BGB en art. 156 OR (vergelijkbaar met art. 6:23 BW), uit welke studie blijkt dat ook het Oostenrijkse, Franse en Italiaanse recht soortgelijke of zelfs identieke

Duits en Zwitsers recht dezelfde betekenis als in het Nederlandse recht.¹³ Voorwaarden zijn in het Duitse en Zwitserse vermogensrecht ook vrijwel net zo breed toepasbaar als in het Nederlandse.¹⁴ Daarnaast kennen beide rechtstelsels ten aanzien van voorwaarden eveneens een systematiek zonder terugwerkende kracht, maar met goederenrechtelijke werking.¹⁵ *Last but not least* zijn het Duitse en Zwitserse recht ook in een meer formele zin goed vergelijkbaar met het Nederlandse recht. Beide stelsels kennen een relatief uitgebreide wettelijke regeling met betrekking tot voorwaarden, waarbij de betreffende wetsbepalingen voor een aanzienlijk gedeelte min of meer corresponderen met de Nederlandse.

De enige duidelijke inhoudelijke afwijking van het Duitse ten opzichte van het Nederlandse recht is het gehanteerde abstracte stelsel. Zoals we zullen zien is dat voor het onderzoeksgebied van de voorwaarden weliswaar niet helemaal zonder belang, maar voor het overgrote deel van de voorliggende kwesties mist dit verschil iedere betekenis.¹⁶ Belangrijker voor dit onderzoek zijn de verschillen tussen de onderzochte stelsels in de *benadering* van de materie. Zoals ik reeds vermeldde, bestaat bijvoorbeeld in de Nederlandse rechtswetenschap zeer ruime aandacht voor de goederenrechtelijke gevolgen van voorwaarden. De moderne Duitse en Zwitserse literatuur hebben veel minder oog voor dit deelonderwerp, uitgezonderd in het verband van het roemruchte Anwartschaftsrecht.¹⁷ Daarentegen is de Nederlandse belangstelling voor bijvoorbeeld de rechten en plichten van partijen gedurende de periode tot het intreden of vervallen van een voorwaarde bescheiden te noemen in vergelijking tot het Duitse en Zwitserse recht. Datzelfde geldt voor andere onderwerpen variërend van de specifieke figuur van de 'wettelijke voorwaarde' tot de uiteenlopende beperkingen aan voorwaardelijkheid. Daarmee voldoet de rechtsvergelijking aan de eerstgenoemde functie van aan- of nadere invulling van het geldende Nederlandse recht. Voor wat betreft de tweede functie van bron voor toetsing van de opvattingen in het eigen recht varieert de bruikbaarheid; een deel van de besproken onderwerpen vinden we in dat verband niet in ieder van de bestudeerde stelsels in voldoende mate terug.

uitkomsten kennen als het Duitse en Zwitserse recht op het door hem bestudeerde deelterrein (Gutmans 1995).

13 Zie § 2.1.

14 Zie § 2.3.3.

15 Voor het Duitse recht bestaat daarover geen enkele twijfel. T.a.v. het Zwitsers recht is dit duidelijk het uitgangspunt, maar – zoals ik ook hierna nog zal opmerken – blijken dienaangaande toch allerlei twijfels te bestaan, m.n. in relatie tot de consequenties die verscheidene Zwitserse auteurs m.b.t. het intreden van voorwaarden trekken.

16 Hetgeen reeds daaruit moge blijken dat uitsluitend in hoofdstuk 11 ter zake de voorwaardelijke beschikkingen het verschil tussen een abstract en een causaal stelsel uitgebreidere bespreking behoeft.

17 Dat overigens merendeels besproken wordt in het kader van voorwaarden, maar zeker v.w.b. het Duitse recht beslist niet beperkt is tot dat terrein (zie § 11.3.2).

De doorslag voor de keuze van rechtsvergelijking met het Duitse recht was uiteindelijk zowel de omvang van als de indrukwekkende diepgang bij de behandelde materie.¹⁸ Veel vragen die in het Nederlandse recht vooralsnog niet zijn beantwoord of zelfs nog niet zijn gesteld, zijn voor het Duitse vaak reeds onder de loep genomen. Daarmee vormt het Duitse recht voor veel deelonderwerpen een bron van inspiratie. De keuze voor het Zwitsers recht is gegrondvest op verscheidene overwegingen. De eerste daarvan is dat het Zwitsers recht in ieder geval op de belangrijkste onderdelen een causaal stelsel kent en daarmee op dit punt vergelijkbaar is met het Nederlandse. Daarnaast zijn een aantal relatief recente Zwitserse onderzoeken naar deelonderwerpen van voorwaarden beschikbaar, hetgeen vanzelfsprekend een welkome hulp vormt bij de ontsluiting van het Zwitsers recht.¹⁹ Tot slot bestaat in de Zwitserse rechtswetenschap sinds lange tijd ruime belangstelling voor het Duitse recht, zodat onderzoek van het Zwitsers recht veelal tevens een verdere bestudering van het Duitse met zich brengt.

Ondanks deze overwegingen bij de keuze voor (ook) rechtsvergelijking met het Zwitsers recht is die keuze – het moet gezegd – niet in ieder opzicht een succes gebleken. De figuur van de voorwaarde blijkt voor het Zwitsers recht op belangrijke onderdelen wezenlijk veel minder te zijn uitgewerkt dan in het Nederlandse of Duitse. Voor mij enigszins verrassend bleek het bovendien nogal eens moeilijk om vast te stellen wat het Zwitserse materiële recht inhoudt voor zover dit wel in de literatuur wordt behandeld. Meer dan eens worden in de literatuur diametraal tegengestelde standpunten elk als heersende leer gepresenteerd. Een zwaar punt van kritiek betreft daarnaast de nogal eens onduidelijke verwoording door Zwitserse auteurs van de eigen standpunten. Een en ander heeft er bijvoorbeeld toe geleid dat het mij onduidelijk is gebleven wat een aspect als terugwerkende kracht voor het Zwitserse recht (nog) aan betekenis heeft. Verder worden veel standpunten in de Zwitserse literatuur uitsluitend onderschreven op basis van het Duitse recht, hetgeen voor deze studie geen toegevoegde waarde heeft. Tot slot lijkt, in ieder geval op basis van de uiteindelijk toch beperkte door mij bestudeerde Zwitserse literatuur, veelal discussie te ontbreken waar de door mij geconstateerde verschillende opvattingen daar alle aanleiding voor geven. Gezien de functie van de rechtsvergelijking in dit onderzoek – in- of aanvulling van het geldende Nederlandse recht en bron voor toetsing van de Nederlandse opvattingen – zou het weinig zin hebben om al dergelijke hiaten of onduidelijkheden in het Zwitsers recht zelf uitgebreid te onderzoeken. Tot slot liep ik nog tegen een praktische beperking aan: een deel van de in de Zwitserse literatuur vermelde jurisprudentie blijkt uitsluitend in het Italiaans beschikbaar te zijn. Daarmee was deze

18 Wellicht is dit misschien toch niet helemaal waar. Gezien mijn eigen Duitstalige achtergrond had ik ook zonder meer een voorkeur voor de rechtssstelsels waarbij Duits de voertaal is.

19 Gutmans 1995; Peter 1994; Staehelin 1993.

voor mij niet verifieerbaar en heb ik deze jurisprudentie dan ook niet in dit onderzoek opgenomen.²⁰

Samengevat heeft de rechtsvergelijking met het Zwitsers recht wel enige resultaten opgeleverd en soms ook wel weer op verrassende momenten, maar ik heb duidelijke twijfels aangaande de vraag of deze in verhouding staan tot de investering in de bestudering van het betreffende Zwitserse recht. Het zal dan ook niet verbazen dat bij de rechtsvergelijking het zwaartepunt bij het Duitse recht ligt.

Naast de rechtsvergelijking met het Duitse en Zwitserse recht zijn tevens de in de PECL en het DCFR neergelegde stelsels bestudeerd. De omvang van dat deelonderzoek is relatief beperkt gebleven. De eerste beperking vloeit daaruit voort dat uitsluitend de bepalingen van beide stelsels zelf met de daarbij behorende toelichtingen in het onderzoek zijn betrokken.²¹ Een tweede beperking is het gevolg van het vooralsnog bescheiden aantal deelonderwerpen dat met betrekking tot de figuur van voorwaarden in beide stelsels respectievelijk de toelichtingen aan bod komt. Waar ik in deze studie dan ook spreek van de 'bestudeerde stelsels' heeft dit slechts in beperkte mate tevens betrekking op de PECL en het DCFR.

Ook de rechtsvergelijking is, met uitzondering van een incidentele eigen stellingname, objectief beschrijvend van aard. Dat geldt zowel voor de beschrijving van het positieve recht als voor de rechtswetenschappelijke discussies dienaangaande. Beschreven wordt op de eerste plaats het Duitse en Zwitserse materiële recht (alsmede dat van de PECL en het DCFR voor zover de besproken deelonderwerpen daarin zijn opgenomen) en voor zover van belang met de argumentatie waarop dit recht is gebaseerd. Daarmee wordt het doel van de rechtsvergelijking reeds direct voor een aanzienlijk deel behaald. Overeenkomsten en verschillen worden aldus inzichtelijk, waarmee ook de werking en systematiek van het Nederlandse recht – alsmede mogelijke alternatieven daarvoor – helderder zouden moeten worden. Naast dit Duitse en Zwitserse geldend recht beschrijf ik tevens bestaande verschillen van inzicht in de literatuur. Gezien de functie die bestudering van beide stelsels in dit onderzoek heeft, dient ook dat geen zelfstandig doel. De zin van het weergeven van lopende discussies is daarin gelegen, dat de door de verschillende Duitse en Zwitserse auteurs gehanteerde argumenten voor hun stellingname ook voor het Nederlandse recht inhoudelijke betekenis kunnen hebben.

20 Veelal bevat deze jurisprudentie overigens wel een Duits- of Franstalige samenvatting, maar deze bestaat zelden uit meer dan één zin.

21 V.w.b. het DCFR heb ik m.b.t. de toelichting gebruik gemaakt van de zogeheten 'Full Edition' (Von Bar & Clive (red.) 2009).

Nogal ten overvloede merk ik op dat het recht van de Deutsche Demokratische Republik buiten deze studie is gebleven. Daarnaast is het Zwitserse kantonale recht buiten deze studie gebleven, voor zover dat al van betekenis zou zijn geweest. Tot slot noem ik in dit verband de voorgenomen hercodificatie van het Zwitserse OR onder de naam 'OR 2020'. Onderdeel van die eventuele hercodificatie vormen de huidige artt. 151-157 OR terzake de voorwaarden in het verbintenissenrecht. De wijzigingen in de thans voorliggende conceptteksten van de artt. 13 lid 2 en 209-215 van dit OR 2020 zijn echter ten opzichte van de huidige wetsbepalingen zeker niet van dien aard dat sprake is van wezenlijke verschillen met het huidige Zwitserse recht. Vrijwel iedere regeling van deze bepalingen kan rechtstreeks herleid worden tot de huidige wetsbepalingen.²² Daarnaast waren de uitgebreide toelichtingen op de voormelde artikelen van het OR 2020 pas in het jaar 2013 beschikbaar. Een moment waarop mijn eigen onderzoek zich reeds in de afrondende fase bevond. Afgezien van een enkele vergelijking met het huidige Zwitserse wetboek is dit project OR 2020 derhalve buiten deze studie gebleven.

Met betrekking tot het Zwitsers recht richt ik mij overigens geheel op de Duitstalige versie van de wetteksten en derhalve niet op de Franse of – alleen al omdat ik daartoe niet in staat zou zijn – de Italiaanse.²³

1.2.5 De nadere uitwerking

Het uiteindelijke doel van al het voorgaande wordt gevormd door een verdere bestudering en uitwerking van deelonderwerpen als zodanig dan wel van specifieke vraagstukken bij het betreffende deelonderwerp. Bij deze 'nadere uitwerking' overschrijden wij met regelmaat de grens van hetgeen nog als geldend recht is te beschouwen. Het zijn immers juist de lacunes en oneffenheden in dit geldend recht die aandacht dienen te krijgen. Het daarop aansluitende aanvullen en gladstrijken vraagt vanzelfsprekend vaak om keuzes van normatieve aard.²⁴ Dientengevolge bevat deze nadere uitwerking in afwijking van de overige onderdelen van een deelonderwerp nadrukkelijk ook normatieve elementen. Deze samenloop van geobjectiveerd en normatief onderzoek

22 De enige duidelijke uitzonderingen worden gevormd door de artt. 210 lid 2 en 213 lid 2 ter zake de ongedaanmaking overeenkomstig de regeling van de *Liquidation* alsmede art. 212 lid 2 op grond waarvan tevens een *teveegbrengen* (en niet uitsluitend een beletten zoals art. 156 OR stelt) van de vervulling van een voorwaarde in strijd met de redelijkheid en billijkheid consequenties heeft.

23 Peter constateert t.a.v. de wettelijke regeling van voorwaarden incidentele verschillen tussen de drie taalversies (Peter 1994, verspreid over het boek). Zie ook Meijers, die zich overigens zeer kritisch uitliet over de Franstalige wetteksten en constateerde 'dat slechts de Duitse tekst van het Wetboek bruikbaar is' (Meijers 1910, p. 204).

24 *Normatief* in de zin van een norm bevattend en uiteraard niet in de zin van 'met bindende kracht iets opleggen'.

bij de nadere uitwerking en het dientengevolge ontbreken van een strikte scheiding daartussen behelst het risico van het creëren van een wetenschappelijk schemergebied; waar eindigt objectieve beschrijving en begint normatieve interpretatie?²⁵ Meestal zal dat de lezer, mede op basis van de separate weergave van de verschillende rechtsstelsels, zonder nadere toelichting duidelijk zijn. Enig grijs gebied is niettemin aanwezig. Bij lezing van de betreffende onderdelen waarin deze nadere uitwerking is vervat, is het derhalve van belang dat de lezer zich bewust is van het bestaan van deze samenloop van objectieve beschrijving en normatieve interpretatie. Dat is vanuit wetenschappelijk oogpunt minder fraai, maar komt de leesbaarheid van het betoog wel ten goede.

1.2.6 Samenhang tussen deelonderwerpen

Een belangrijk aspect van dit onderzoek vormt de samenhang tussen de verschillende deelonderwerpen, die tezamen de figuur van voorwaarden vormen. Enigszins lastig daarbij is dat de bestaande dwarsverbanden respectievelijk de daaruit voortvloeiende gevolgen als zodanig geen structuur hebben. Als we bijvoorbeeld overeenkomstig de heersende Nederlandse opvattingen zouden aannemen dat voor voorwaarden het vereiste van objectieve onzekerheid geldt,²⁶ dan blijkt dat vereiste bij allerlei aspecten van voorwaardelijke rechtsverhoudingen onverwacht op de voorgrond te treden. Zo is in afwijking van hetgeen vaak gesteld wordt de vervulling of het verval van een voorwaarde niet zozeer het gevolg van het al dan niet plaatsvinden van de aanvankelijk onzekere gebeurtenis, maar van de daarmee gepaard gaande beëindiging van de objectieve onzekerheid. Ook ondervindt een aanvankelijke overdracht ‘onder opschortende voorwaarde’ beperkingen uit hoofde van art. 3:85 lid 2 BW, indien ná de overdracht zeker wordt dat de – aanvankelijk objectief onzekere – gebeurtenis in de toekomst zal intreden. Mét het wegvallen van de objectieve onzekerheid zal immers vaak een tijdsbepaling resteren, waaruit mogelijk volgt dat de aanvankelijk voorwaardelijke overdracht onbedoeld wordt geconverteerd in vestiging van een vruchtgebruik. Daarnaast wordt de mogelijkheid van potestatieve voorwaarden mede betwist op grond van de gedachte, dat toekomstige uitoefening van het daarin gelegen wilsrecht geen objectieve

25 Ik onderschrijf dan ook de kritische opmerkingen van Smits ter zake een dergelijke samenloop bij juridisch onderzoek, althans v.w.b. het onduidelijk blijven van het feit dat sprake is van een normatieve keuze door de onderzoeker (Smits 2009, p. 72 e.v.).

26 Objectieve onzekerheid wordt gevormd door het in § 2.4.3 verder uitgewerkte begrip van onzekerheid, waarbij naar objectieve maatstaven onzeker is óf een gebeurtenis zal plaatsvinden. Niet uitsluitend zijn *partijen* onbekend met het toekomstige al dan niet intreden van de gebeurtenis, maar *niemand* weet of kan zelfs maar weten of de gebeurtenis zal plaatsvinden.

onzekerheid vormt. Tot slot blijkt de objectieve onzekerheid ook bij de derdenbescherming van art. 3:24 BW een zekere betekenis toe te komen.

Bij het vorenstaande rijtje van eventuele consequenties zien we dat weliswaar allerlei mogelijke dwarsverbanden bestaan, maar deze in hun onderlinge verhouding iedere structuur missen. Hetzelfde doet zich voor bij vele andere deelonderwerpen in dit onderzoek. Daarmee is de bestaande samenhang tussen deelonderwerpen niet alleen een in inhoudelijk opzicht complicerende factor ten aanzien van het doorgronden van de materie, maar ook voor wat betreft de inzichtelijkheid van de opbouw van dit onderzoek. Hoe presenter je immers in een lineair betoog – hetgeen een boek per saldo is – een onderwerp met vele vertakkingen en connexies, waarbij deelconclusies weer teruggrijpen op eerder besproken onderwerpen? Zoals ik ook hierna in § 1.3 zal aangeven, vindt deze presentatie daarom plaats door middel van beperkte herhaling en overigens door een veelvuldig verwijzen.

1.2.7 Geen probleemstelling of centrale onderzoeksvraag

Uit het voorgaande volgt het onderzoeksobject van deze studie alsmede de wijze waarop dit onderzoek is vorm gegeven, maar vooralsnog geen probleemstelling of onderzoeksvraag. Een dergelijke probleemstelling of alomvattende vraag ontbreekt ook voor deze studie als geheel. Dat is niet omdat deze in het geheel niet te formuleren zou zijn.²⁷ Echter, welke probleemstelling of onderzoeksvraag dan ook zou nooit in een zinvol verband komen te staan tot de werkelijke resultaten van dit onderzoek. Dit is een gevolg van het feit dat het voorliggende onderzoeksobject van voorwaarden in het vermogensrecht uit diffuse deelonderwerpen bestaat, die zich bovendien op zeer uiteenlopende terreinen van het vermogensrecht bevinden. Daarmee varieert ook de rechtswetenschappelijke benadering van de verschillende deelonderwerpen sterk. De onderzoeksresultaten zouden daarmee uitsluitend in onderlinge samenhang ondergebracht kunnen worden in een of enkele onderzoeksvragen, indien deze vragen een zeer ruime maar daarmee ook nogal betekenisloze strekking zouden hebben. In feite kan deze studie ook beter niet gezien worden als één onderzoek naar voorwaarden, maar als de tien separate onderzoeken als neergelegd in de hoofdstukken 2 tot en met 11 met alle daartussen bestaande dwarsverbanden. Dit alles laat overigens onverlet dat de in deze studie te beantwoorden kernvragen merendeels voortvloeien uit de verschillende visies op het begrip van de voorwaarde, zoals ik deze in § 2.8 puntsgewijs heb weergegeven.

²⁷ Is bijv. bij de figuur van voorwaarden in het Nederlands geldend recht sprake van een consistent systeem?

1.3 STRUCTUUR VAN DE PRESENTATIE VAN DE ONDERZOEKSRESULTATEN

De vorenomschreven opzet van deze studie vertaalt zich in de volgende structuur. De verschillende, tot op zekere hoogte te onderscheiden deelonderwerpen vormen separate hoofdstukken en daarbinnen weer min of meer op zich staande (sub)paragrafen. Deze modulaire aanpak biedt het grote voordeel dat de lezer eenvoudig die deelonderwerpen in de zelf gekozen volgorde kan bestuderen waar zijn belangstelling naar uit gaat. Gezien de reeds aangeduide samenhang tussen vele van de deelonderwerpen is het de vraag op welke wijze deze bij een dergelijke modulaire aanpak het beste kan worden weergegeven. Ten behoeve van de leesbaarheid heb ik deels gekozen voor beperkte herhaling van hetgeen op andere plaatsen in hoofdzaak wordt besproken. Voor het overige verwijs ik veelvuldig naar andere paragrafen.

Het vertrekpunt bij het merendeel van de deelonderwerpen bestaat uit het thans geldende Nederlandse recht, meestal gevolgd door een weergave van het recht onder het oud BW en de bestudering van de overige stelsels. Tot slot volgt de eerder beschreven nadere uitwerking van hetgeen aan aandachtspunten naar voren kwam bij de bestudering van deze stelsels, al dan niet in separate paragrafen. Ten aanzien van de vorenomschreven structuur wil ik uitdrukkelijk op het volgende wijzen. De gehanteerde structuur is niet meer dan een wijze van ordening met als doel de bestudering van de individuele verschillende stelsels eenvoudiger te maken en de eigen opinies zo min mogelijk te vermengen met de zoveel mogelijk objectieve beschrijving van deze stelsels. Het is echter geen structuur die vanuit een inhoudelijk oogpunt voordelen biedt en is dan ook niet zo bedoeld.²⁸

Uit deze – bescheiden – functie van de gevolgde structuur vloeit dan ook voort, dat er redenen kunnen zijn om die structuur bij individuele paragrafen of ook met betrekking tot de opbouw van een hoofdstuk geheel of gedeeltelijk niet toe te passen. De meest voor de hand liggende reden voor een dergelijke afwijking is dat een bepaald onderwerp niet in alle onderzochte stelsels bestaat of ten aanzien daarvan gewoonweg iedere aandacht ontbreekt.²⁹ Het is weinig zinvol vast te houden aan een ordeningsstructuur waar niets te ordenen is. Er zijn echter ook inhoudelijke redenen waarom ik de beschreven structuur

28 Ter vergelijking wijs ik op de Belgische dissertatie van De Coninck (De Coninck 2007) eveneens m.b.t. voorwaarden. De Coninck heeft er juist voor gekozen de literatuur en rechtspraak van de verschillende door haar bestudeerde stelsels door elkaar te bespreken. De lijn van haar betoog doet het zeker geen kwaad, maar als bron voor de (heersende) opinies in de verschillende stelsels maakt die aanpak haar dissertatie minder geschikt.

29 Een voorbeeld van het eerste is het onderscheid tussen opschortend voorwaardelijke en toekomstige vorderingen. Anders dan in het Nederlandse recht worden dergelijke voorwaardelijke vorderingen in het Duitse en Zwitserse recht (steeds) als toekomstig beschouwd. Het onderscheid zoals het Nederlandse recht dit kent, ontbreekt derhalve voor het Duitse en Zwitserse recht.

niet altijd even consistent heb toegepast. Dat betreft met name die paragrafen waar ik, veelal op basis van paragrafen die wel de vorenbedoelde opbouw kennen, dieper inga op theoretische aspecten van voorwaarden. Het vasthouden aan een 'standaard' opbouw zou bij deze onderwerpen niet bijdragen aan het toegankelijker maken van de onderzochte stelsels en veelal bovendien verstorend werken op het betoog. De lezer moet het uitgangspunt van de vorenstaande structuur per paragraaf derhalve vooral zien als een handreiking om de vaak omvangrijke stof enigszins inzichtelijk te houden en niet als een wijze die ook inhoudelijk een functie zou vervullen. Ik zou menen dat de weg zich uiteindelijk vanzelf wijst.

1.4 METHODOLOGIE

Zoals ik eerder aangaf, is deze studie uitgevoerd door middel van onderzoek van wet, wetsgeschiedenis, jurisprudentie en rechtsliteratuur en door middel van kennisname van primaire bronnen. Voor wat betreft specifiek de *wetsgeschiedenis* is ten aanzien van het oud BW en het Duitse en Zwitserse recht echter uitsluitend gebruik gemaakt van secundaire bronnen, in die zin dat ik die wetsgeschiedenis bestudeerd heb zoals deze wordt gehanteerd in de Duitse en Zwitserse literatuur. De Duitse en Zwitserse literatuur heb ik met name bestudeerd aan de hand van de vele 'Hand-' en 'Großkommentare'.³⁰ De opzet van dergelijke handboeken sluit, gezien de systematische, brede en derhalve op vele deelaspecten van voorwaarden gerichte opbouw, goed aan op de brede opzet van de onderhavige studie. Bij de bespreking van de Zwitserse literatuur bestaat die nadruk, bij gebrek aan een zondvloed van dergelijke handboeken zoals de Duitse rechtskring die kent, overigens in iets mindere mate. Empirisch onderzoek ontbreekt geheel.

1.5 WAT VORMT GEEN DEEL VAN DIT ONDERZOEK?

Zoals ik hiervoor reeds meerdere malen heb aangegeven, is dit onderzoek breed van opzet met een onbereikbaar streven naar volledigheid. Ook een dergelijke opzet kent echter zijn grenzen. Een eerste inhoudelijke grens vloeit voort uit het feit dat het onderzoek gericht is op voorwaarden binnen het materiële privaatrecht en, meer specifiek, het algemene vermogensrecht.

³⁰ Voor de lezer die met dit verschijnsel minder bekend is en zich afvraagt of door bestudering van dergelijke algemene handboeken wel afdoende diepgang kan worden verkregen: de *Handkommentare* bevatten merendeels enkele duizenden pagina's, gezet in corps 7,5. De tekstomvang van één *Handkommentar* zal daarmee corresponderen met een groot gedeelte van de Asser-serie. Een *Großkommentar* als de Staudinger omvat rond de 50.000 pagina's. Diepgang van de behandelde stof is daarmee uiteraard nog niet gegeven, maar aan de omvang zal het niet liggen.

Daarmee is een zeer forse beperking gegeven. Vrijwel alle mogelijke aspecten van voorwaarden bij het personen- en familierecht, vennootschapsrecht en tal van bijzondere rechtsverhoudingen als opgenomen in de Boeken 7 en 8 BW vallen buiten het onderzoeksterrein. Dat geldt tevens voor het huwelijksvermogensrecht, het erfrecht en het schenkingsrecht, ook al omvatten deze algemeen vermogensrechtelijke zijden en hebben het erf- en schenkingsrecht veel van doen met voorwaarden.³¹ Het procesrecht is eveneens buiten dit onderzoek gebleven, met uitzondering van bescheiden aandacht voor het bewijsrecht.

Daarnaast was ik genoodzaakt om ook op het terrein van voorwaarden in het algemene vermogensrecht enkele beperkingen aan te brengen. De grootste en pijnlijkste beperking is gelegen in het ontbreken van een horizontale vergelijking van ontbindende voorwaarden met andere beëindigingswijzen van rechtsverhoudingen. Met name in hoofdstuk 9 ter zake de beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding doet zich dit voelen in het verband van de ongedaanmaking. De reden daarvoor is niet inhoudelijk, maar is het gevolg van het vrijwel geheel ontbreken van bestaand onderzoek op het gebied van een dergelijke horizontale vergelijking.³² Binnen het tijdsbestek van deze studie was een dergelijke vergelijking, waarmee ik op een zeer bescheiden niveau zou moeten beginnen, dan ook redelijkerwijs niet haalbaar. Overigens zou een dergelijke horizontale vergelijking mijns inziens een uitstekend object voor een separate studie vormen.

Een tweede beperking op het terrein van de voorwaarden betreft een aantal bijzondere rechtsfiguren of specifieke toepassingen die in relatie staan tot of tenminste in verband gebracht worden met voorwaarden. Te denken valt onder meer aan het eigendomsvoorbehoud, de koop op proef, het recht van wederinkoop, het recht van reclame en de kwaliteitsrekening. Voor zover bij dergelijke figuren inderdaad sprake is van de figuur van voorwaarden, richten deze zich vrijwel steeds naar de 'normale' voorwaarde in het algemene vermogensrecht.³³ Separate bespreking van deze rechtsfiguren zou daarmee uitsluitend een herhaling zijn van hetgeen elders reeds ter sprake kwam. Dit neemt niet weg dat een deel van deze figuren in allerlei verbanden wel verspreid over dit onderzoek voor het voetlicht treedt.

Tot slot heb ik bij een beperkt aantal in deze studie behandelde deelonderwerpen alsnog grenzen moeten aanbrengen. De omvang en soms ook complexiteit van die deelonderwerpen maakten een integrale behandeling onmogelijk binnen deze toch al omvangrijke studie. Voor zover ik bij deelonderwerpen

31 Onverminderd de gegeven beperking neem ik niettemin bij tijd en wijle een kijkje over de door mij opgeworpen muur rond het erf- en schenkingsrecht.

32 In gelijke zin: Hammerstein & Vranken 2003, p. 4 en 5. Sinds het verschijningsjaar van die monografie zijn i.e.g. voor het Nederlandse recht evenmin bredere studies op dit terrein verschenen.

33 In § 2.7 ga ik iets verder op in op de positie die een aantal van deze figuren t.a.v. voorwaarden innemen.

een dergelijke beperking heb aangebracht, is dit bij het betreffende deelonderwerp aangegeven.

Het onderzoek werd afgesloten op 30 juni 2014. Met literatuur en rechtspraak verschenen respectievelijk gewezen na deze datum is slechts op zeer bescheiden schaal en uitsluitend in de noten rekening gehouden.

1.6 GEHANTEERDE TERMINOLOGIE

In een deel van de literatuur wordt in het verband van voorwaarden terminologie gehanteerd die nogal omslachtig is. De 'onvoorwaardelijke verbintenis met voorwaardelijk rechtsgevolg' bijvoorbeeld is volgens sommige auteurs juridisch nauwkeuriger dan de term 'voorwaardelijke verbintenis'. De laatste leest echter wezenlijk eenvoudiger. Voor het gebruik van breedspakige terminologie bestaat ook nauwelijks een argument indien we maar voor ogen houden wat met het korte – maar leesbare – alternatief is bedoeld. Leesbaarheid is van een niet te onderschatten belang, zodat ook in die zin alle reden bestaat voor de lezer hanteerbare terminologie te gebruiken. Om daaraan tegemoet te komen, omvatten in deze studie de navolgende termen de daarbij aangegeven begrippen:

Verwachter/bezwaarde: deze van het erfrecht geleende termen hebben vanzelfsprekend betrekking op de partijen bij een voorwaardelijke rechtsverhouding. De verwachter is de partij die vóór het intreden van de ontbindende of opschortende voorwaarde nog geen rechten kan uitoefenen³⁴ respectievelijk die (nog) geen rechthebbende is. Bij een opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding is de verwachter derhalve de partij aan wie is overgedragen 'onder opschortende voorwaarde' en bij een ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding is dit de partij die heeft overgedragen 'onder ontbindende voorwaarde'. De bezwaarde is diens wederpartij, bijvoorbeeld de huidige eigenaar die de zaak onder voorwaarde houdt.

Rechtsverhouding: dit betreft iedere juridische relatie tussen partijen, zoals deze bijvoorbeeld tot stand komt door het verrichten van een rechtshandeling met obligatoire gevolgen, maar ook bij een beschikkingshandeling. Strikt genomen hanteer ik de term wellicht niet steeds helemaal juist. Althans, in het geval van een beschikken kunnen we bijvoorbeeld twijfelen of uit dien hoofde wel een daadwerkelijke rechtsrelatie tussen partijen bestaat en ook bij eenzijdige rechtshandelingen is het nog maar de vraag of daaruit een rechtsrelatie kan worden afgeleid. Als 'alomvattende' en van het specifieke geval geabstraheerde

34 M.u.v. rechten u.h.v. de eventuele *Vorwirkung*. Zie verder o.m. § 3.2.2.

term is deze voor uiteenlopende verhoudingen echter redelijk treffend. Het gebruik van deze term voorkomt bovendien ingewikkelde zinsconstructies, bijvoorbeeld in het geval het ene stelsel uitgaat van de voorwaardelijkheid van een verbintenis en het andere stelsel voor dezelfde kwestie uitgaat van de voorwaardelijkheid van een rechtshandeling.

Rechtsbetrekking: de term ‘rechtsbetrekking’ ziet op de relatie tussen partijen op een bepaald moment, zoals deze is gelegen in of voortvloeit uit de overeenkomst (dan wel eventueel de verbintenis) tussen partijen. Dit betreft derhalve de partijrelatie – in de zin van het samenstel van de ingetreden rechtsgevolgen – op een specifiek moment zoals dat met name is gelegen vóór of juist ná het intreden van een voorwaarde. Dit samenstel van rechtsgevolgen kunnen we grosso modo op twee manieren benaderen. Enerzijds kunnen we dit zien als de vorderingen en schulden sec. Deze beperktere benadering van de rechtsgevolgen vormt echter *niet* de rechtsbetrekking zoals ik dit begrip hanteer. Anderzijds kan dit samenstel van rechtsgevolgen ook een ruimere betekenis hebben, waarbij naast de vorderingen en schulden bijvoorbeeld ook nevenrechten, nevenverplichtingen en wilsrechten als onderdeel van de rechtsgevolgen worden beschouwd. In deze laatste betekenis hanteer ik de term ‘rechtsbetrekking’ en – om te benadrukken dat sprake is van het bedoelde ruimere begrip – soms ook ‘rechtsbetrekking in ruime zin’. Voor de zienswijzen in de literatuur met betrekking tot dit begrip en de allocatie daarvan bij de overeenkomst of de verbintenis verwijs ik met name naar § 3.1.2.1. Met het vorenstaande omvat de term ‘rechtsbetrekking’ derhalve een geheel andersoortig begrip dan de vorenomschreven ‘verzamelterm’ van de *rechtsverhouding*.

Intreden of vervallen van de voorwaarde: de aanvankelijk onzekere gebeurtenis treedt in respectievelijk zal definitief niet meer (kunnen) intreden. Het intreden van een ontbindende voorwaarde of het vervallen van een opschortende voorwaarde beëindigen de aanvankelijk van de voorwaarde afhankelijke rechtsverhouding, terwijl het vervallen van de ontbindende en het intreden van de opschortende voorwaarde de rechtsverhouding onvoorwaardelijk laten voortbestaan.

Periode van onzekerheid: deze uit de PG afkomstige term doelt op de periode gelegen tussen het ontstaan van de voorwaardelijke rechtsverhouding en het intreden of vervallen van de voorwaarde.³⁵ De fraaie, uit de Duitse en Zwitserse rechtskring afkomstige term ‘Schwebezeit’ laat zich helaas niet goed vertalen.

35 Zie voor het gebruik van deze term bijv. PG Boek 3, TM, p. 895.

Voorwaardelijke rechtshandeling of verbintenis: een rechtshandeling respectievelijk verbintenis die in elk geval in zijn gevolgen afhankelijk is van het intreden of vervallen van een voorwaarde. Ik hanteer de term zeker niet in het kader van de discussie of de rechtshandeling of verbintenis al dan niet zélf van de voorwaarde afhankelijk is.³⁶

Beschikken onder voorwaarde of voorwaardelijk beschikken: het overdragen of bezwaren van een goed (dan wel het verrichten van andersoortige rechtshandelingen met goederenrechtelijke gevolgen), welke beschikking in elk geval voor wat betreft de gevolgen daarvan afhankelijk is van het intreden of vervallen van de voorwaarde. Wederom hanteer ik de term niet in het kader van de vraag of de beschikking zélf afhankelijk is van de voorwaarde.

Het begrip ‘voorwaarde’ bespreek ik uitgebreid in hoofdstuk 2.

³⁶ Zie verder hoofdstuk 3 en m.n. § 3.1.4.1 v.w.b. de door de wet gehanteerde terminologie.

2 | Begripsbepaling

2.1 EEN EERSTE VERKENNING

2.1.1 De voorwaarde in het Nederlands, Duits en Zwitsers recht

Inleiding

De voorliggende studie heeft als onderzoeksobject de figuur van ontbindende en opschortende voorwaarden in het algemene vermogensrecht. Zoals ik reeds in het vorige hoofdstuk heb geschetst, vormen dergelijke voorwaarden een omvangrijk onderzoeksterrein en is deze studie dan ook breed van opzet. 'Breed' in die zin dat ik een groot aantal deelaspecten van voorwaarden alsmede de eventuele dwarsverbanden tussen deze deelaspecten zal onderzoeken. Dat betekent dat een veelheid aan onderwerpen de revue zal passeren. Zo bespreek ik bijvoorbeeld de verschillende vereisten die gesteld worden om van een voorwaarde te kunnen spreken, wat de betekenis is van de 'voorwaardelijke werking', waar de verschillende grenzen aan voorwaardelijkheid liggen, in wat voor verhouding partijen ten opzichte van elkaar staan vóór het intreden of vervallen van een voorwaarde, wat de invloed van partijen mag zijn op het al dan niet intreden van een voorwaarde, hoe we de goederenrechtelijke werking van voorwaarden in de vermogensrechtelijke systematiek moeten zien alsmede de vraag hoe we de figuur van het Anwartschaftsrecht voor het Nederlandse recht zouden kunnen benaderen.

Reeds deze variatie aan deelaspecten maakt de voorwaarde in het vermogensrecht tot een meer dan boeiend onderzoeksobject. Het is dan ook enigszins opvallend dat omvangrijkere Nederlandse onderzoeken op dit brede onderzoeksterrein, met uitzondering van de onderwerpen van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden en het eigendomsvoorbehoud, sinds lange tijd ontbreken.¹ In de Duitse en Zwitserse rechtskring vinden we daarentegen niet alleen – weinig verrassend – per saldo méér onderzoeken, maar deze

1 T.a.v. de goederenrechtelijke werking noem ik de volgende dissertaties: Peter 2007; Struycken 2007; Scheltema 2003; Van Swaaij 2000; Wiarda 1937; Cleveringa 1919; Van Proosdij 1917. Daarnaast zijn er de volgende onderzoeken naar het eigendomsvoorbehoud geweest: Vriesendorp 1985; Mezas 1985; Van Dijk 1940.

In 19^e eeuw verschenen daarentegen wel enige bredere onderzoeken naar de figuur van voorwaarden: Van Ossenbruggen 1893; Everts 1883.

richten zich ook op meer gevarieerder deelterreinen van voorwaarden.² Daarmee is niet gezegd dat de belangstelling voor voorwaarden in de Nederlandse rechtswetenschap op een lager pitje zou staan. In veel Nederlandse vermogensrechtelijke dissertaties van de afgelopen twee decennia wordt aandacht besteed aan de figuur van de voorwaarde. Dit betreft echter logischerwijs steeds de specifieke verhouding tussen het bestudeerde onderwerp en de figuur van voorwaarden. Daarnaast zijn er relatief veel artikelen verschenen ten aanzien van deelonderwerpen en uiteraard besteden alle handboeken aandacht aan dit onderwerp. Een uitgebreider onderzoek waarbij de figuur van voorwaarden in vrijwel al zijn deelaspecten en de samenhang daartussen onder de loep werd genomen ontbrak echter.

In de voorliggende § 2.1 geef ik een eerste schets van het begrip van de voorwaarde in de verschillende onderzochte stelsels. Het doel daarvan is met name dat zal blijken dat het begrip van de voorwaarde, zoals dit in het NBW, OBW, het Duitse en Zwitserse recht alsmede het PECL en DCFR wordt gehanteerd, tussen deze stelsels goed vergelijkbaar is. Met deze vergelijkbaarheid is voor de rest van het onderzoek gegeven dat mogelijke verschillen tussen deze stelsels ter zake voorwaarden niet voortvloeien uit een verschil van het inhoudelijke begrip van de voorwaarde. Daarmee vormt deze paragraaf de opmaat voor de bespreking in dit hoofdstuk van een aantal te onderscheiden aspecten van voorwaarden, die tezamen het globale fundament vormen voor de verdere uitwerking in de rest van deze studie. Dit hoofdstuk als geheel bevat derhalve de uiteenlopende bouwstenen, waar we in de rest van deze studie telkens weer op terug zullen vallen. De variatie in de thans te bespreken aspecten van voorwaarden en het tussen deze aspecten veelal ontbreken van onderlinge verbanden betekent overigens, dat het voorliggende hoofdstuk vooral op zich zelf staande onderwerpen bevat. Van een in dit hoofdstuk als geheel opgebouwd betoog is dan ook geen sprake.

2 Voor het hedendaagse Duitse recht noem ik het onderzoek van Radke naar de verhouding tussen voorwaarden en het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten (Radke 2001). Schießer onderzocht het complexe terrein van (o.a.) voorwaarden in het faillissementsrecht (Schießer 1998). Schiemann schreef zijn (ook in Nederland wel aangehaalde) dissertatie over de 'Pendenz und Rückwirkung der Bedingung' (Schiemann 1973). Oertmann en Egert deden beiden, in de Duitse rechtsliteratuur vaak aangehaalde onderzoeken op het gebied van de wettelijke voorwaarde (Egert 1974; Oertmann 1924). Van oudere datum is ook de dissertatie van Siemers ter zake de overdracht onder opschortende voorwaarde (Siemers 1932). Daarnaast is er een reeks van dissertaties verschenen over de figuur van het Anwartschaftsrecht, waarvoor ik naar § 11.3.2 verwijs.

Voor het Zwitsers recht wijs ik met name op het *Habilitationsschrift* van Peter, dat zich op een groot aantal deelonderwerpen van voorwaarden richt (Peter 1994). Gutmans onderzocht specifiek het met art. 6:23 BW overeenstemmende art. 156 OR (Gutmans 1995). Door Staehelin is onderzoek verricht op het terrein van de voorwaardelijke beschikkingen (Staehelin 1993). Van oudere datum is er nog de breed georiënteerde dissertatie van Stiefel (Stiefel 1918).

In het kader van deze inleiding wijs ik nog op de tweeledige betekenis van de term 'voorwaarde' in het spraakgebruik. Overeenkomstig afdeling 6.1.5 BW wordt deze term veelal in twee verschillende betekenissen gebruikt.³ Enerzijds wordt het begrip gehanteerd in de juridische zin als hierna omschreven en als bijvoorbeeld in art. 6:22 BW; derhalve als de voorwaardelijkheid van een verbintenis, rechtshandeling of goederenrechtelijke gerechtigdheid. Anderzijds wordt met de 'voorwaarde' ook wel de onzekere – vaak feitelijke – gebeurtenis zelf aangeduid, waarvan het plaatsvinden het intreden van de (juridische) voorwaarde betekent. Deze tweeledige betekenis leidt niet tot problemen, hetgeen ook moge blijken uit het feit dat niet alleen onder het OBW beide betekenissen reeds moeiteloos door elkaar werden gebruikt,⁴ maar dit eveneens in de Duitse en Zwitserse rechtskring algemeen geschiedt.⁵ Ook ik gebruik beide betekenissen door elkaar.⁶

Tot slot van deze inleiding merk ik op dat veel auteurs in de door mij onderzochte rechtssystemen relatief veel aandacht besteden aan overzichten van de verschillende, te onderscheiden soorten van voorwaarden. Dat doe ik niet. Voor zover dergelijke onderscheidingen van belang zijn, liggen deze namelijk ook voor de hand: er zijn ontbindende en opschortende voorwaarden, casuele en potestatieve, enzovoorts. Het onderscheid tussen soorten voorwaarden zónder enig juridisch belang – bijvoorbeeld het verschil tussen de negatieve en de positieve voorwaarde⁷ – laat ik eveneens graag rusten.

Geldend recht

In art. 6:21 BW vinden we de voorwaardelijkheid van een verbintenis omschreven als de verbintenis waarvan '[] bij rechtshandeling haar werking van een toekomstige onzekere gebeurtenis afhankelijk is gesteld'. In deze omschrijving zien we de vier kenmerkende elementen die tezamen het begrip van de voorwaarde vormen: voorwaardelijkheid ontstaat bij rechtshandeling (derhalve op basis van partijwil), het gevolg van voorwaardelijkheid is gelegen in de 'voorwaardelijke werking', er is sprake van afhankelijkheid tussen hetgeen

3 Met de term *voorwaarde* worden vaak ook begrippen aangeduid die niets van doen hebben met het onderzoeksobject van deze studie, bijv. een beding in een overeenkomst of een reeds vervulde feitelijke omstandigheid in welk verband men een bepaalde rechtsverhouding tot stand wenst te brengen.

4 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 124, 125; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 360; Asser/Rutten 1958, p. 136; Everts 1883, p. 6, 7.

5 Zie § 158 BGB en art. 153 OR. In gelijke zin voor het Duitse recht: Jauernig/Mansel 2014, p. 124; MüKo/Westermann 2012, p. 1691; HKK/Finkenauer 2003, p. 882; Flume 1992, p. 678. Voor Zwitsers recht: Koller 2009, p. 1269; Honsell 2008, p. 610; Peter 1994, p. 195; Stiefel 1918, p. 46. Zie ook voor het Belgisch recht: De Coninck 2007, p. 4.

6 Ik wijs echter op de Belgische dissertatie van De Coninck, waar zij wel een systematisch verschil aanbrengt tussen de *voorwaarde-gebeurtenis* en de *voorwaarde-modaliteit* (De Coninck 2007). Van de toegevoegde waarde van een dergelijk terminologisch onderscheid ben ik echter niet overtuigd.

7 Zie het verschil tussen 'indien het morgen niet regent' en 'indien het morgen regent'.

onzeker is en deze werking (de 'werking van rechtswege') en tot slot betreft de onzekerheid een toekomstige gebeurtenis. Iets abstracter gezegd hebben deze elementen derhalve betrekking op de ontstaanswijze, de gevolgen en de inhoud van voorwaarden.⁸ Ten aanzien van andere voorwaardelijke rechtsfiguren dan de verbintenis ontbreekt weliswaar iedere wettelijke omschrijving van de voorwaarde, maar geldt zonder twijfel hetzelfde begrip daarvan.⁹

Naast deze vier elementen als genoemd in art. 6:21 BW vinden we in art. 3:38 lid 2 BW nog een wezenlijk aspect van voorwaarden onder het NBW: het intreden van een voorwaarde heeft voor wat betreft de gevolgen die verbonden zijn aan dat intreden geen terugwerkende kracht. Dit ontbreken van terugwerkende kracht zouden we voor *goederenrechtelijke* verhoudingen eveneens kunnen beschouwen als een kenmerk van het huidige begrip van de voorwaarde, omdat bij dergelijke verhoudingen het ontbreken van terugwerkende kracht dwingendrechtelijk van aard is.¹⁰ Bij *obligatoire* verhoudingen vormt dit echter slechts het wettelijk uitgangspunt, zodat partijen ook anders overeen kunnen komen. Bij voorwaardelijkheid in *obligatoire* verhoudingen ligt het daarmee minder voor de hand om het ontbreken van terugwerkende kracht ook als een kenmerk van de voorwaarde zelf te zien.

Oud BW

Het OBW kende in afdeling 3.1.5 maar liefst drie wetsbepalingen waarin de opschortende en ontbindende voorwaarden werden omschreven. Art. 1289 OBW bevatte ten dele dezelfde elementen als het huidige art. 6:21 BW: 'Een verbintenis is voorwaardelijk, wanneer men dezelve doet afhangen van eene toekomstige en onzekere gebeurtenis, []'. Uit de woorden 'men [] doet afhangen' vloeide voort dat voorwaardelijkheid ontstond uit hoofde van de partijwil. Ook het element van de werking van rechtswege kon eenvoudig op deze woorden worden teruggevoerd. Tot slot kon ook het kenmerk dat een voorwaarde betrekking diende te hebben op een toekomstige en onzekere gebeurtenis rechtstreeks op deze wettekst worden gebaseerd.¹¹

De artt. 1299 en 1301 OBW ter zake de opschortende respectievelijk ontbindende voorwaarde bevatten grotendeels een herhaling van hetgeen art. 1289

8 Of het ontstaan van voorwaardelijkheid bij andere rechtsverhoudingen dan een verbintenis u.h.v. wilsovereenstemming inderdaad steeds het gevolg is van partijwil, laat ik thans in het midden. Zie verder § 4.1.

9 Zie § 2.3.3.

10 Zie verder § 2.6.2.5.

11 Dat deze elementen dan ook onderdeel van voorwaarden vormden, was onder het OBW nauwelijks of niet betwist. Zie de omschrijvingen van het begrip van de voorwaarde onder het OBW bij: Den Tonkelaar 1983, p. 7 e.v.; Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 124; Pitlo 1964, p. 72; Meijers 1948, p. 91; Hofmann 1937, p. 86; Van Brakel 1935A, p. 5 en 12; Asser/Van Goudoever 1913, p. 48; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 48; Diephuis 1885, p. 104 e.v.; Opzoomer 1879a, p. 117.

OBW reeds bepaalde.¹² Wellicht dat art. 1299 OBW een zekere uitbreiding bevatte van hetgeen als 'onzeker' kon worden beschouwd, namelijk niet slechts de zowel in objectief als subjectief opzicht onzekere gebeurtenis, maar ook de uitsluitend subjectief onzekere.¹³ Of dat naar het geldend recht onder het OBW inderdaad het geval was en wat deze uitbreiding alsdan precies inhield, was echter zeer betwist.

Twee duidelijke verschillen met het NBW vinden we ook en dit bleef – in ieder geval in de visie van veel auteurs onder het OBW – niet zonder consequenties. Op de eerste plaats is onder het NBW de *werking* van de verbintenis voorwaardelijk en daarmee niet het *bestaan* van die verbintenis. Uit de redactie van art. 1289 OBW lijkt daarentegen juist het *bestaan* van de verbintenis voorwaardelijk te zijn.¹⁴ Op de tweede plaats had het intreden van voorwaarden terugwerkende kracht. Deze terugwerkende kracht was van regelend recht, zodat in obligatoire zin weliswaar het wettelijk uitgangspunt anders was dan thans onder het NBW, maar het partijen vrijstond een resultaat te bereiken dat overeenstemde met het uitgangspunt van het huidige recht. Het wezenlijke verschil met het NBW en de overige door mij bestudeerde stelsels (met twijfel dienaangaande voor het Zwitsers recht) bestaat dan ook daaruit, dat de terugwerkende kracht onder het OBW ook in goederenrechtelijke zin veelal betekenis werd toegedicht.¹⁵ Daarnaast vormde deze terugwerkende kracht in veel opvattingen de figuur waaruit ook obligatoire ongedaanmakingsverplichtingen werden afgeleid, hetgeen in mijn eigen optiek tot een onduidelijke systematiek leidde.¹⁶

De bepalingen van afdeling 3.1.5 waren geschreven op de voorwaardelijke verbintenis. Uit een deel van de redactie van de betreffende wetsbepalingen vloeide voort dat deze specifiek betrekking hadden op de verbintenissen uit overeenkomst.¹⁷ In de literatuur werd echter vaak geconstateerd dat *alle* bepalingen van afdeling 3.1.5 uitsluitend op verbintenissen uit overeenkomst rechtstreekse toepassing vonden.¹⁸ Dat neemt niet weg dat een analoge toepassing buiten dit toepassingsbereik werd onderschreven.¹⁹ Reeds daaruit volgt dat het begrip van de voorwaarde zoals gehanteerd in deze afdeling dezelfde betekenis had bij andere voorwaardelijke rechtsfiguren. Maar ook zonder een

12 Deze herhaling werd in de literatuur ook als zodanig onderkend en bekritiseerd. Zie bijv.: Opzoomer 1879a, p. 160.

13 Zie voor dit begrippenpaar en verdere bespreking daarvan § 2.4.1 tot en met 2.4.3.

14 Zie verder § 3.1.3.1.

15 Zie verder § 2.6.2 en m.n. § 11.2.4.

16 Zie 9.2.4.2.

17 Dit betrof de artt. 1290, 1291, 1293, 1296, 1302 en 1303 OBW.

18 Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 117; Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 124 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 136); Hofman/Van Opstall 1976, p. 360; Pitlo 1965, p. 197, 198; Kalma 1940, p. 221; Van Brakel 1935b, p. 1 (althans, Van Brakel spreekt van verbintenissen uit rechtshandelingen).

19 Zie § 2.3.2.

dergelijke onderbouwing werd voor de verschillende rechtsfiguren hetzelfde begrip van de voorwaarde gehanteerd.²⁰

Duits en Zwitsers recht, PECL, DCFR

Het huidige instituut van de voorwaarde heeft een lange geschiedenis die terugreikt tot en haar oorsprong vindt in het Romeinse recht.²¹ Sterker, reeds onder het Romeinse privaatrecht kwam de voorwaarde tot een zodanig hoge mate van ontwikkeling, dat de figuur van de voorwaarde in het moderne recht slechts op bescheiden schaal is aangevuld.²² De sterke overeenkomsten ter zake de figuur van de voorwaarde tussen het Nederlandse, Duitse en Zwitserse recht zijn dan ook veelal rechtstreeks te herleiden tot deze gemeenschappelijke oorsprong. Daaruit voortvloeiend vinden we in de 'Principles of European Contract Law' (PECL) en de 'Draft Common Frame of Reference' (DCFR) dan ook sterk op deze drie rechtssystemen gelijkende uitgangspunten voor wat betreft ontbindende en opschortende voorwaarden. De vorenbedoelde overeenstemming of tenminste sterke gelijkenis blijkt reeds als we het Nederlandse begrip van de voorwaarde vergelijken met die in het Duitse en Zwitserse recht alsmede zoals dit begrip wordt gehanteerd in de PECL en het DCFR.

Als ik deze vergelijking begin met het Duitse recht, is het eerste wat opvalt dat in het Duitse BGB iedere omschrijving van de voorwaarde ontbreekt. Niettemin bestaat naar Duits recht geen twijfel over de betekenis van dit begrip, zoals dit wordt gebruikt in titel 2.4.4 BGB. De *Bedingung* wordt in de literatuur wel omschreven als: 'Die durch den Parteiwillen in ein Rechtsgeschäft eingefügte Bestimmung, die die Rechtswirkungen des Geschäfts von

20 Veegens/Oppenheim 1917, p. 32; Everts 1883, p. 1, 2.

21 In deze zin: Honsell 2008, p. 610; Von Bar & Zimmerman 2005, p. 821 (toelichting bij PECL).

22 In deze zin: HKK/Finkenauer 2003, p. 886; Honsell 2008, p. 610.

Dit neemt overigens niet weg dat er ook wezenlijke verschillen bestaan tussen de 'moderne' voorwaarde en die in het Romeinse recht. Zo kende het Romeinse recht als uitgangspunt vermoedelijk slechts de *opschortende* voorwaarde, althans was een eventuele ontbindende voorwaarde vormgegeven als een opschortende (Zwalve 2006, p. 8 e.v., p. 22 (waar Zwalve deze stelling nuanceert); HKK/Finkenauer 2003, p. 882; Flume 1992, p. 681; Jörs e.a./Honsell e.a. 1987, p. 92; Asser/Rutten 1958, p. 161; Kaser 1955, p. 219 e.v. (met enige nuanceringen); Cleveringa 1919, p. 4, 5). In andere zin echter: Scheltema 2003, p. 52 e.v.; Nève 2000, p. 12. Daarnaast waren niet zozeer de rechtsgevolgen voorwaardelijk, maar de rechtshandeling zelf (Zwalve 2006, p. 8). Anders echter Scheltema 2003, p. 52. Een derde wezenlijk verschil bestond daaruit, dat een ontbindende voorwaarde (derhalve vermoedelijk vormgegeven als opschortende voorwaarde) als uitgangspunt geen goederenrechtelijke werking had (Zwalve 2006, p. 8 e.v.; Cleveringa 1919, p. 1 e.v.). Scheltema stelt in overeenstemming hiermee dat slechts in twee (uitzonderings)gevallen goederenrechtelijke werking aan deze voorwaarde verbonden was (Scheltema 2003, p. 116. In dezelfde zin: Jörs e.a./Honsell e.a. 1987, p. 92). Volgens Nève aanvaardde een minderheid van de Romeinse juristen echter wel degelijk deze goederenrechtelijke werking (Nève 2000, p. 12). Zie ook Kaser 1955, p. 220.

einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig macht'.²³ Ook in het Duitse recht komen derhalve de vier elementen naar voren van partijwil, voorwaardelijke werking, werking van rechtswege alsmede de onzekerheid ten aanzien van toekomstige gebeurtenissen. Eveneens overeenkomstig het NBW ontbreekt aan het intreden van een voorwaarde terugwerkende kracht, hetgeen voor de goederenrechtelijke gevolgen ook van dwingend recht is.²⁴

Het Zwitsers recht vraagt in deze om iets meer aandacht. Het *Obligationenrecht* omschrijft in art. 151 de *opschortend* voorwaardelijke overeenkomst als: 'Ein Vertrag, dessen Verbindlichkeit vom Eintritte einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird, ist als bedingt anzusehen'. Voor het begrip van de voorwaarde in de *ontbindend* voorwaardelijke overeenkomst knoopt art. 154 OR aan bij art. 151 OR.²⁵ Althans, art. 154 OR ontbeert een eigen omschrijving van de voorwaarde, zodat het ook daarom voor de hand ligt aan te knopen bij art. 151 OR. Met deze Zwitserse omschrijving lijken tussen het Nederlandse en Duitse recht enerzijds en het Zwitserse anderzijds de nodige verschillen te bestaan. Dat is echter schijn. Ik loop de verschillende elementen langs.

Naar de letterlijke Zwitserse wettekst ontbreekt op de eerste plaats de partijwil, zoals deze wél volgt uit de Nederlandse wettekst en de Duitse omschrijvingen van het begrip van de voorwaarde. Het lijdt echter geen twijfel dat de strekking van de Zwitserse wettekst wel degelijk de partijwil als grondslag voor de totstandkoming van de voorwaarde vereist.²⁶ Het tweede wat opvalt is dat art. 151 OR spreekt van *verbindlichkeit*, terwijl het huidige Nederlandse BW en Duitse recht uitgaan van een voorwaardelijke 'werking'. De gebondenheid van partijen uit hoofde van de voorwaardelijke rechtsverhouding is – ook bij een opschortende voorwaarde – voor het Nederlandse en Duitse recht (thans) juist een van de grondslagen van de figuur van de voorwaarde.²⁷ Ondanks de Zwitserse terminologie van de 'verbindlichkeit' is dat voor het

23 Von Dürckheim 2006. Bij Bork vinden we een inhoudelijk gelijke omschrijving: 'eine durch den Parteiwillen zum Geschäftsinhalt erhobene Bestimmung, welche die Rechtswirkungen des Geschäfts von einem künftigen Ereignis abhängig macht, dessen Eintritt jetzt noch ungewiss ist' (Staudinger/Bork 2010, p. 310). Bij andere auteurs vinden we eveneens deze zelfde elementen steeds terug: Jauernig/Mansel 2014, p. 124; PWW/Brinkmann 2014, p. 218; Schellhammer 2014, p. 1060; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 612; MüKo/Westermann 2012, p. 1691 e.v.; Wolf/Neuner 2012, p. 642, 643; Wolf 1999, p. 501; Flume 1992, p. 677. Bij Flume vinden we evenwel ook een zekere afwijking, waar z.i. de *Geltung* van de rechtshandeling afhankelijk is van de voorwaarde (Flume 1992, p. 678). Overigens spreekt Flume niettemin ook wel van de voorwaardelijke 'werking' (zie o.a. Flume 1992, p. 681).

24 Zie § 2.6.2.5.

25 BSK OR I-Ehrt 2011, p. 865; Honsell 2008, p. 620. Impliciet ook: Guhl/Koller 2000, p. 57.

26 Dit is onbetwist het Zwitsers geldend recht: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 373; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 850; Koller 2009, p. 1270, 1272; Huguenin e.a. 2008, p. 195; Guhl/Koller 2000, p. 54; Gutmans 1995, p. 8, 9; Becker 1941, p. 712. Zie verder ook § 4.1.3.

27 Zie § 3.1.3.2.

Zwitsers recht echter niet anders.²⁸ De redactie van art. 151 OR wordt in een deel van de Zwitserse literatuur op dit punt dan ook stevig bekritiseerd.²⁹

Het derde element van voorwaarden, bestaande uit de afhankelijkheid tussen de onzekerheid en de *verbindlichkeit* (derhalve de werking van rechtswege), vinden we wel terug in de Zwitserse wettekst. Daarentegen ontbreekt weer het vereiste van toekomstigheid van het onzekere feit ('Tatsache'), dat de inhoud van de voorwaarde vormt. Ook daaruit volgt echter geen verschil met het Nederlandse of Duitse geldend recht. In de Zwitserse literatuur wordt het bestaan van dit vereiste in elk geval algemeen onderschreven.³⁰ Bovendien wordt het uitdrukkelijke vereiste van toekomstigheid zowel in de Nederlandse als Duitse literatuur veelal als overbodig beschouwd, zodat ook in die zin geen inhoudelijk verschil bestaat met het ontbreken van dat vereiste voor het Zwitserse recht.³¹

Ten aanzien van de terugwerkende kracht vaart het Zwitsers recht in meerdere opzichten een wat weifelende en tevens enigszins onduidelijke koers.³² Op de eerste plaats geldt als algemeen obligatoir uitgangspunt dat voorwaarden geen terugwerkende kracht hebben. Ten aanzien van enkele specifieke situaties geldt echter het tegenovergestelde obligatoire uitgangspunt. Op de tweede plaats blijft onduidelijk of voorwaarden ook in goederenrechtelijke zin terugwerkende kracht kunnen hebben; de Zwitserse literatuur besteedt weinig aandacht aan die vraag en voor zover dat anders is, wordt die vraag verschillend beantwoord.³³

Art. 16:101 PECL omschrijft de mogelijkheid van voorwaardelijke rechtsverhoudingen als volgt: 'Eine vertragliche Verpflichtung kann von dem Eintritt eines ungewissen künftigen Ereignisses in der Weise abhängig gemacht werden, dass die Verbindlichkeit nur mit dem Eintritt des Ereignisses wirksam wird (aufschiebende Bedingung) oder mit dem Eintritt des Ereignisses ihre Wirkung verliert (auflösende Bedingung)'. Uit het feit dat de bepaling aanknoopt bij

28 Zie § 3.1.3.2.

29 Honsell 2008, p. 610; Guhl/Koller 2000, p. 54. Enigszins anders echter Staehelin, die weliswaar onderkent dat sprake is van *Bindungswirkung* tussen partijen, maar uiteindelijk de overeenkomst (of andere rechtsverhouding) toch pas laat ontstaan met het intreden van de opschortende voorwaarde (Staehelin 1993, p. 17).

30 Zie § 2.4.2.

31 De achterliggende reden daarvoor is dat in alle drie de rechtsstelsels het vereiste van objectieve onzekerheid – in ieder geval als (wettelijk) uitgangspunt – wordt onderschreven. Uit dat laatste vloeit vanzelf voort dat de onzekere gebeurtenis toekomstig dient te zijn (zie uitgebreid § 2.4.2 en 2.4.3).

32 Zie § 2.6.2.5 met de daarin opgenomen noten.

33 Het vraagstuk van terugwerkende kracht in goederenrechtelijke verhoudingen staat voor het Zwitsers recht wellicht los van de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van voorwaarden (zie § 11.2.5.3). In die zin zou het voormelde gebrek aan aandacht in zekere mate verklaarbaar zijn. Of de terugwerkende kracht echter inderdaad geen betekenis heeft in het kader van de goederenrechtelijke werking, blijft onduidelijk.

de '*vertragliche Verpflichtung*' volgt reeds, dat ook de PECL uitgaat van de partijwil als grondslag voor voorwaardelijkheid. Dit volgt ook, enigszins impliciet, uit de toelichting bij het artikel.³⁴ Wederom vinden we derhalve de vier voormelde elementen van het begrip van de voorwaarde. Tot slot is ook het (obligatoire) uitgangspunt van de PECL het ontbreken van terugwerkende kracht.³⁵ Het PECL omvat geen regels ter zake beschikken over goederen, zodat terugwerkende kracht in dat verband voor het PECL geen vraagstuk is.

Het DCFR tenslotte hanteert in lid 1 van art. III-1:106 de volgende omschrijving: 'The terms regulating a right, obligation of contractual relationship may provide that it is conditional upon the occurrence of an uncertain future event, so that it takes effect only if the event occurs (suspensive condition) or comes to an end if the event occurs (resolutive condition)'. De toelichting laat er geen twijfel over bestaan dat voorwaarden uit hoofde van partijwil ontstaan.³⁶ Interessant genoeg vermeldt de toelichting daarbij tevens dat ook een wetgever uiteraard een recht, verplichting of gehele rechtsverhouding van een voorwaarde afhankelijk kan maken. Ook de overige drie elementen – voorwaardelijke werking, werking van rechtswege, alsmede de onzekerheid die betrekking heeft op toekomstige gebeurtenissen – volgen uit de leden 1-3 en de toelichting bij het DCFR. Voor de figuur van de terugwerkende kracht geldt dat deze als uitgangspunt in obligatoire zin ontbreekt en in goederenrechtelijke zin dwingend ontbreekt.³⁷

Tussen de Nederlandse, Duitse en Zwitserse wetboeken bestaat ook één opvallend verschil. De kern van de wettelijke bepalingen ter zake voorwaarden in het BW, BGB en OR heeft namelijk een onderling afwijkende invalshoek. Het BW kent met de artt. 3:38 en 3:84 lid 4 bepalingen ter zake de rechtshandeling in zijn algemeenheid respectievelijk rechtshandeling gericht op een beschikken onder voorwaarde, maar het merendeel van de wettelijke bepalingen is in afd. 6.1.5 geschreven voor de figuur van de *verbintenis* onder voorwaarde. Afdeling 3.1.5 van het OBW was zelfs nog specifiek, waar deze afdeling gericht was op verbintenissen uit *overeenkomst*. Het BGB plaatst de kern van de wetbepalingen ter zake voorwaarden daarentegen bij de *rechtshandeling*. Het Zwitserse OR tenslotte hanteert in de artt. 151 en verder als wettelijk uitgangspunt de specifieke rechtshandeling van de *overeenkomst* onder voorwaarde. De PECL heeft grotendeels dezelfde invalshoek als de Nederlandse, waar het uitgangspunt gevormd wordt door de voorwaardelijkheid van de *verbintenis*. Blijkens art. 16:101 PECL is dat dan wel de verbintenis uit hoofde van een overeenkomst. De DCFR gaat daarentegen voor vrijwel alle ankers liggen, waar de voorwaarde-

34 De toelichting stelt dit nergens als zodanig, maar niettemin blijkt afdoende uit de tekst en de gegeven voorbeelden dat de grondslag steeds door de partijwil wordt gevormd.

35 Von Bar & Zimmerman 2005, p. 825. Zie verder § 2.6.2.

36 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 690.

37 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 693. Zie verder § 2.6.2.

lijkheid blijkens voormeld art. III.-1:106 betrekking kan hebben op verschillende rechtsfiguren. Het wekt geen verbazing dat de literatuur van de verschillende stelsels bij de bespreking van voorwaarden de betreffende wettelijke invalshoek merendeels volgt.

Thans wil ik reeds vaststellen dat de wettelijke invalshoek ter zake het begrip van de voorwaarde tussen deze rechtsstelsels weliswaar onderling afwijkt, maar daaruit nauwelijks verschillen voortvloeien. Althans niet in materiële zin.³⁸ Als redelijk willekeurig voorbeeld noem ik de inhoudelijk grotendeels sterk overeenstemmende artt. 6:23 BW, 162 BGB en 156 OR. Deze wetsbepalingen zijn overeenkomstig de voormelde wettelijke invalshoeken door de betreffende wetgevers geplaatst bij de bepalingen inzake verbintenissen, rechtshandelingen respectievelijk overeenkomsten. Echter, enig inhoudelijk verschil uit hoofde van deze onderling verschillende koppeling aan een specifieke rechtsfiguur vloeit daar niet uit voort.³⁹

Op grond van het vorenstaande kunnen we derhalve concluderen dat op basis van de wettelijke respectievelijk in de literatuur gehanteerde omschrijvingen tussen het Nederlandse, Duitse en Zwitserse recht geen inhoudelijke verschillen (lijken te) bestaan voor wat betreft het begrip 'voorwaarde'. In alle drie de rechtsstelsels vinden we voor het geldend recht dezelfde vier elementen voor voorwaardelijkheid. Dat geldt ook voor de PECL en het DCFR. Het vorenomschreven verschil in wettelijk uitgangspunt tussen het Nederlandse, Duitse en Zwitserse recht leidt evenmin tot materiële verschillen.⁴⁰ Daarmee is het uitgangspunt goed verdedigbaar dat deze drie rechtsstelsels met betrekking tot ontbindende en opschortende voorwaarden tenminste redelijk vergelijkbaar zijn, hetgeen tevens geldt voor de PECL en het DCFR. Daarnaast kunnen we vaststellen dat de door mij in dit onderzoek vastgestelde verschillen tussen deze stelsels dan ook niet rechtstreeks terug te voeren zijn op een afwijkend begrip van de voorwaarde ten aanzien van de vorenomschreven vier inhoudelijke elementen.

2.1.2 Wat is géén voorwaarde?

Met de hiervoor besproken vier elementen die tenminste als uitgangspunt tezamen het begrip van de voorwaarde vormen, zouden we wellicht kunnen menen dat de afgrenzing met al hetgeen niet voorwaardelijk is, relatief eenvoudig zou moeten zijn. Niettemin bestaan er om uiteenlopende redenen een aantal gevallen, waar deze grens minder makkelijk is vast te stellen. Daarbij

38 De Coninck komt m.b.t. het Franse, Belgische, Zwitserse, Nederlandse en Duitse recht tot een zelfde conclusie (De Coninck 2007, p. 7, 8).

39 Zie voor een verdere bespreking en vergelijking van deze artikelen § 7.4.

40 Vooralsnog is dit in ieder geval mijn – tot zover niet onderbouwde – stelling.

doel ik niet op de feitelijke vraag of partijen al dan niet een voorwaarde overeengekomen zijn,⁴¹ maar of een door partijen beoogde voorwaardelijkheid door het positieve recht ook als zodanig wordt aanvaard. We lopen de verschillende mogelijkheden langs.

De grens van de voorwaardelijke rechtsverhouding ligt in ieder geval daar, waar nog slechts sprake is van een verwachting.⁴² Onder 'verwachting' is bedoeld een (nog) niet juridisch bindend vooruitzicht. Daarvan kan sprake zijn bij de meest uiteenlopende gevallen. Te denken valt aan een niet afdwingbare belofte, een voornemen van de ander, een testamentaire erfstelling tot het moment van overlijden van de erflater⁴³ of de herroepelijke begunstiging uit hoofde van een levensverzekering. De verwachter heeft in deze gevallen weliswaar een zekere mate van vooruitzicht, maar van enig recht aan zijn zijde is geen sprake.⁴⁴

Dan komen we bij een aantal gevallen waar we kunnen twijfelen. Deze kunnen we min of meer onderscheiden in twee groepen. De eerste daarvan bestaat uit die gevallen, waarvan niet helemaal duidelijk is of voldaan wordt aan de voormelde elementen van voorwaardelijkheid ontstaan uit hoofde van partijwil, het gevolg gelegen in de 'voorwaardelijke werking', de werking van rechtswege en de onzekerheid die betrekking heeft op een toekomstige gebeurtenis.⁴⁵ Voor wat betreft het eerste element van de partijwil als grondslag kunnen we twijfelen aan die gevallen, waar de 'voorwaardelijkheid' in feite uit de wet voortvloeit. Een veel in de literatuur genoemd voorbeeld is de 'voorwaarde' van huwelijkssluiting in het kader van het in werking treden van huwelijkse voorwaarden. Aan de eigenlijke totstandkomingsvereisten voor de huwelijkse voorwaarden is met de neerlegging van de gemaakte afspraken in een notariële akte voldaan, maar de werking van deze is dwingendrechtelijk

41 Zie verder § 4.3.

42 In gelijke zin voor het fiscale recht: Zwemmer 1997, p. 62.

43 De erfstelling heeft tot het overlijden geen enkel effect en is op ieder moment door de toekomstig erflater eenzijdig te herroepen. Verstappen stelt dat juist vanwege deze herroepbaarheid van uiterste wilsbeschikkingen deze per definitie voorwaardelijk zijn (Verstappen in: Van Mourik e.a. 2011, p. 258). Terecht stelt hij echter tevens dat sprake is van een oneigenlijke voorwaarde. Gedurende het leven van de aanstaande erflater is immers geen sprake van een onzekere rechtsverhouding, maar *iedere* rechtsverhouding tussen erflater en potentiële erfgenaam ontbreekt nog.

44 Zwemmer citeert in deze de Commissie voor de Vermogensbelasting als volgt: 'Wellicht kan dit onderscheid aldus worden getypeerd, dat bij de eerstbedoelde categorie reeds een rechtsbetrekking aanwezig is, waaruit voor één der partijen een aanspraak voortvloeit, terwijl van een verwachting moet worden gesproken, als op het ontstaan van zodanige rechtsbetrekking nog slechts gehoopt kan worden en dat ontstaan op zijn best te "verwachten" is' (Geschrift nr. 102 van de Vereniging voor Belastingwetenschap, p. 23 en als geciteerd in Zwemmer 1997, p. 63).

45 Waarbij ik thans als uitgangspunt neem dat deze elementen tot de dwingende vereisten behoren om van een voorwaarde te kunnen spreken. Of dat inderdaad zo is, bespreek ik verder in de betreffende paragrafen waar ik deze elementen nader bestudeer.

opgeschort tot de – eventuele – huwelijksvoltrekking.⁴⁶ Nog een geheel andere vraag bij de partijwil als grondslag is, of een voorwaarde kan worden aangenomen uitsluitend uit hoofde van gewoonterecht, zónder enige partijwil gericht op voorwaardelijkheid.⁴⁷

Het element van de ‘voorwaardelijke werking’ moeten we onderscheiden van andersoortige afhankelijkheid bij rechtsverhoudingen. Partijen kunnen bijvoorbeeld uit hoofde van een wederkerige overeenkomst jegens elkaar gehouden zijn tot een prestatie en een daartegenover staande wederprestatie. Een zekere afhankelijkheid tussen de beide verplichtingen tot presteren bestaat daarbij zonder meer. Dat maakt die rechtsverhouding echter nog niet voorwaardelijk.⁴⁸ Ook al zal vermoedelijk slechts zelden twijfel bestaan of een bepaalde afhankelijkheid al dan niet kwalificeert als voorwaarde, toch is het goed te constateren dat het bestaan van een dergelijke, juridisch relevante afhankelijkheid zeker niet het bestaan van voorwaardelijkheid behoeft te betekenen.

Bij het element van de ‘werking van rechtswege’ bestaat enige twijfel bij de voorwaarde waar voor het met effect intreden door een partij beroep op moet worden gedaan. Een dergelijke voorwaarde werkt immers voor wat betreft de daaraan verbonden gevolgen juist niet van rechtswege, maar is voor haar werking afhankelijk van een nadere wilsverklaring. Daarmee nadert een dergelijke voorwaarde, voor zover daarvan inderdaad sprake zou zijn, allerlei andere contractuele figuren. Een strikt geclausuleerde opzeggingsmogelijkheid ten behoeve van een partij kan in zijn werking bijvoorbeeld nauwelijks of niet te onderscheiden zijn van een ontbindende voorwaarde, waarvan het intreden mede afhankelijk is van een beroep door diezelfde partij.⁴⁹ Dat een dergelijke afgrenzing in de praktijk lastig kan zijn is nog tot daar aan toe, maar de vraag blijft of het moeten uitoefenen van een wilsrecht – het doen van beroep – zich wel verdraagt met de werking van rechtswege.⁵⁰

Met betrekking tot de toekomstige onzekere gebeurtenis lijkt, in ieder geval voor wat betreft het thans geldend recht onder het NBW, eigenlijk geen onduidelijkheid te bestaan; een gebeurtenis uit het verleden respectievelijk een al dan niet toekomstig *vaststaand* feit dat nog aan partijen onbekend is, kan geen voorwaarde vormen. Daarmee is de voorwaarde naar zijn aard bijvoorbeeld geen tijdsbepaling. De eerste betreft een onzekere gebeurtenis, de tweede een vaststaande termijn of tenminste zekere gebeurtenis op een nog onbekende

46 Daarmee bestaat niet slechts de vraag óf deze huwelijksvoltrekking ook zonder de thans bedoelde partijwil een eigenlijke voorwaarde vormt, maar ook of een dergelijke voorwaarde kwalificeert als een (in § 4.1.4.3 besproken) wettelijke voorwaarde.

47 Dit wordt in de literatuur en rechtspraak incidenteel wel aangenomen, maar ik heb daar sterke twijfels bij. Zie § 4.1.4.2.

48 Zie in dezelfde zin voor het Duitse recht: Pawlowski 1998, p. 286.

49 Waarbij het onderscheid in de praktijk zeer lastig kan worden. Zie in gelijke zin voor het Duitse recht: MüKo/Westermann 2012, p. 1715.

50 Zie verder § 7.3.4.2 en 8.1.3.

termijn.⁵¹ Daarnaast kan volgens de moderne literatuur op grond van dit element van onzekerheid ook de zogeheten 'subjectieve onzekerheid' – de onzekerheid die voortvloeit uit de onbekendheid van partijen met een gebeurtenis – op zich zelf niet de grondslag voor voorwaardelijkheid zijn. Tegen deze laatste opvatting heb ik echter vrij sterke bedenkingen als ook tegen de in de rechtsliteratuur wel geboden 'oplossingen'.⁵² Daarmee staat het in de heersende opvatting niettemin buiten kijf dat een vaststaand maar onbekend feit geen voorwaarde kan vormen.

De tweede groep van twijfelgevallen vindt zijn grondslag in de gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde zou moeten vormen. Voor zover die gebeurtenis namelijk zou moeten bestaan uit iets dat op enigerlei wijze een totstandkomingsvereiste voor de beoogde rechtsverhouding vormt, is de mogelijkheid daarvan zeer kwetsbaar. De voorwaarde zou aldus de functie vervullen van het vooralsnog ondervangen van het niet-vervuld zijn van dat totstandkomingsvereiste. Forse twijfel bestaat daarmee op de eerste plaats bij wettelijke vereisten voor de totstandkoming van een rechtsverhouding. Kan bijvoorbeeld een overdracht plaatsvinden onder de opschortende voorwaarde van het in de toekomst verkrijgen van beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van het betreffende goed?⁵³ Of wat te denken van dwingendrechtelijke vormvereisten waaraan nog niet is voldaan? Dergelijke *Rechtsbedingungen* worden in het Duitse en Zwitserse recht veelal – maar niet door iedere auteur – afgewezen als mogelijke voorwaarde. Voor het Nederlandse recht geldt als uitgangspunt hetzelfde, maar nuancering is mogelijk.⁵⁴ Ook de 'zuiver potestatieve voorwaarde' – de voorwaarde die uitsluitend bestaat uit een wilsverklaring van een partij – geniet in het vorenstaande verband een wat dubieus aanzien. Dat geldt met name waar deze is vormgegeven als opschortende voorwaarde.⁵⁵

Overigens is de vorenstaande categorisering van de twijfelgevallen in de twee voormelde groepen niet alleen enigszins willekeurig, maar ook zonder dat uit deze categorisering zelf inhoudelijke gevolgen voortvloeien. Ik maak deze bescheiden indeling dan ook uitsluitend om enige lijn aan te kunnen brengen in deze sterk uiteenlopende gevallen.

Geheel buiten de vorenstaande twee groepen van twijfelgevallen vinden we bij vorderingsrechten nog een lastige afgrenzing. De Hoge Raad lijkt in het verleden namelijk een onderscheid te hebben aangebracht tussen toekomstige

51 Zie verder § 2.4.5.

52 Zie § 2.4.3.

53 Een constructie die in de literatuur veel wordt genoemd i.v.m. de overdracht van toekomstige goederen.

54 Zie § 4.2 ter zake specifiek vormvereisten en § 4.1.4.3 ter zake wettelijke voorwaarden.

55 Samengevat is de gedachte dat door het nog ontbreken van een instemmende – aanvaarden- de – wilsverklaring de rechtsverhouding in het geheel nog niet, dus ook niet voorwaardelijk tot stand is gekomen. Zie § 7.3.3.

vorderingsrechten en bestaande – opschortend voorwaardelijke – vorderingsrechten. Voor het moment kunnen we daarmee als uitgangspunt nemen dat een recht dat als toekomstig kwalificeert derhalve niet voorwaardelijk is. Zoals ik echter nog zal bespreken, is dit onderscheid juist bij opschortend voorwaardelijke vorderingsrechten vaak moeilijk te maken. De factoren die tot de kwalificatie van toekomstigheid kunnen doen concluderen, kunnen namelijk veelal evengoed de kwalificatie van voorwaardelijkheid dragen. Niettemin wordt in de literatuur naar aanleiding van de vorenbedoelde rechtspraak van de Hoge Raad gezocht naar onderscheidende criteria. Dat geeft voor de onderhavige studie in ieder geval stof om het onderscheid tussen al dan niet voorwaardelijkheid verder uit te werken.⁵⁶

2.2 DE FUNCTIES VAN VOORWAARDEN

2.2.1 De functie in het rechtsverkeer

Geldend recht

Het intreden of vervallen van een voorwaarde bij een rechtsverhouding is over het algemeen van doorslaggevende betekenis. Uit de beëindiging van de voorwaardelijkheid vloeit immers voort of deze rechtsverhouding definitief haar volle werking verkrijgt (de opschortende voorwaarde treedt in of de ontbindende vervalt) dan wel wordt beëindigd (de opschortende voorwaarde vervalt of de ontbindende treedt in).⁵⁷ In die zin ontberen voorwaarden een zekere mate van nuancering dat de rechtsverhouding normaal gesproken als geheel staat of valt met dit al dan niet intreden van de voorwaarde. Voorwaarden hebben daarmee een sterk 'alles-of-niets' karakter.⁵⁸ De vraag is uiteraard wáárom partijen hun rechtsverhouding onder de werking van een dergelijk, in zijn gevolgen relatief rigide werkend juridisch instrument wensen vorm te geven. Op die vraag zijn nogal uiteenlopende antwoorden te geven. Deze veelheid aan antwoorden vloeit daaruit voort dat voorwaarden 'oplossingen' bieden voor sterk uiteenlopende situaties. De belangrijkste daarvan zal ik hierna bespreken.

Als we hét antwoord op de voormelde vraag in zijn essentie willen geven, dan moeten we focussen op het belangrijkste kenmerk van de voorwaarde: onzekerheid. Partijen verkeren in onzekerheid ten aanzien van een voor hen essentiële omstandigheid. Essentieel in die zin, dat zij hun rechtsverhouding

⁵⁶ Zie § 6.2.5.

⁵⁷ Dit is anders in die gevallen, waarbij een voorwaarde slechts toepassing vindt op deelaspecten van een rechtsverhouding. Dat is zonder meer mogelijk, bijv. uitsluitend de beëindiging van specifieke bestaande of toekomstige verplichtingen.

⁵⁸ Bij zeer kleine kansen op intreden van een ontbindende voorwaarde of zeer grote kansen op intreden van een opschortende voorwaarde kunnen partijen dit uiteraard anders beleven. Echter ook in die gevallen behoudt een voorwaarde zijn *alles-of-niets* karakter.

bij directe bekendheid met een ongewenste uitkomst van die gebeurtenis waarschijnlijk niet of tenminste wezenlijk anders tot stand zouden hebben gebracht. Echter, juist omdat partijen onbekend zijn met die toekomstige uitkomst, willen zij de daaruit voortvloeiende onzekerheid door middel van een voorwaarde verdisconteren in hun rechtsverhouding. In de Nederlandse literatuur ligt de nadruk voor wat betreft de praktische redengeving voor het aangaan van voorwaardelijke rechtsverhoudingen dan ook sterk op de vorenbedoelde mogelijkheid van juridische binding met inachtneming van bestaande onzekerheid.⁵⁹

De onzekerheid als redengeving voor voorwaardelijkheid is niet onjuist, maar vormt naar mijn opvatting niettemin slechts onderdeel van de wérkelijke reden waarom partijen een voorwaarde overeen komen. Onzekerheid vormt vanuit de beleving van partijen een kans. Deze subjectieve beleving is in die zin ook wezenlijk, dat zonder deze nooit sprake is van enige voorwaardelijkheid.⁶⁰ Toch is een dergelijke kans op zich nauwelijks reden om een rechtsverhouding voorwaardelijk tot stand te brengen.⁶¹ Iedere rechtsverhouding gaat immers gepaard met tal van kansen, die partijen zich wellicht ook heel goed bewust kunnen zijn, maar die desondanks geen voorwaarde bij de rechtsverhouding vormen.

De reden voor voorwaardelijkheid van een rechtsverhouding ligt dan ook meestal in iets anders, namelijk de combinatie van de mogelijke *gevolgen* bij het intreden van die kans. Een reële kans zonder gevolgen van belang zal de betreffende partijen nooit doen besluiten hun rechtsverhouding te voorzien van een voorwaarde (dan wel deze überhaupt aan te gaan). Een zeer kleine kans met grote gevolgen bij het intreden daarvan daarentegen wellicht weer wel. Anders gezegd, het is de kans in relatie tot de gevolgen – het *risico* derhalve – dat dé reden vormt voor een voorwaardelijk handelen.

Wat is, gegeven deze reden voor een handelen onder voorwaarde, de functie in het rechtsverkeer van een voorwaarde? Deze functie zal slechts in een minderheid van de gevallen bestaan uit het beperken of uitsluiten van het vorenbedoelde risico voor alle betrokken partijen.⁶² Indien ik bijvoorbeeld

59 In deze zin ook Hartkamp en Sieburgh, die de functie van de voorwaarde in het overeenkomstenrecht zien in het behoud van het dynamische aspect – lees: het rekening houden met de bestaande onzekerheid – terwijl partijen zich overigens vastleggen (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 127). Zie in deze zin voor het Belgisch recht: De Coninck 2007, p. 3.

60 Voor het geldend recht dienen partijen namelijk ook zelf in onzekerheid verkeer te hebben, bij gebreke waarvan óók bij objectieve onzekerheid geen sprake is van enige voorwaardelijkheid. Zie verder § 2.4.3 en 4.1.3.

61 De kansovereenkomst daargelaten, zie hierna.

62 Bij min of meer overeenstemmende belangen van partijen kan dat vanzelfsprekend anders zijn. De ontwikkelaar van onroerend goed en de kopende belegger daarvan hebben beide belang bij de afgifte van een bouwvergunning. De ontwikkelaar kan bij gebreke daarvan niet bouwen en zal dientengevolge tekortschieten jegens de kopende belegger. De belegger

een huurovereenkomst voor tuinmeubilair sluit onder de ontbindende voorwaarde dat het regent op de dag van het geplande tuinfeest, wijzigt deze voorwaarde niets aan het totale risico. Dat geldt uiteraard in feitelijke zin, maar ook in economische zin ten aanzien van het risico van de verhuurder en mij tezamen. Als ik de overeenkomst onvoorwaardelijk zou zijn aangegaan, moet ik de huursom betalen en draag ik dus het risico dat ik ook moet betalen bij regen. Ingeval van de voormelde voorwaarde draagt daarentegen de verhuurder dat (economische) risico in die zin, dat hij bij regen niet betaald wordt.

Daarmee zijn we bij de mijns inziens belangrijkste functie van voorwaarden in het rechtsverkeer voor het geldend recht: voorwaardelijkheid leidt veelal tot een verschuiving van een specifiek risico tussen partijen.⁶³ Het risico van de ene partij belandt door de voorwaarde in zekere zin op het bordje van de wederpartij. Waar deze wederpartij immers bij een onvoorwaardelijke rechtsrelatie vaak nakoming of schadevergoeding had kunnen vorderen, staat zij met lege handen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde of niet intreden van een opschortende voorwaarde.⁶⁴ Het risico van de een wordt ten gevolge van de voorwaarde derhalve in bepaalde mate het risico van de ander.⁶⁵

De vorenbedoelde functie van herverdeling van een bepaald risico wordt voor het rechtsverkeer nog beduidend krachtiger, doordat voorwaarden goederenrechtelijke werking hebben. Ten gevolge van de goederenrechtelijke werking kan deze herverdeling van het risico tussen partijen namelijk ook

zou op grond daarvan een claim jegens de ontwikkelaar kunnen hebben, maar zal vaak meer gebaat zijn bij een beëindiging van de rechtsverhouding en de koop van een ander beleggingsproject.

63 Zie in deze zin: Rb. Amsterdam 27 augustus 2008, LJN: BF3714, waar de rechtbank overweegt dat een koper maar had moeten contracteren onder een voorwaarde om niet zelf een specifiek risico te hoeven dragen. Zie bijv. ook de overwegingen van de rechtbank als weergegeven in Hof 's-Hertogenbosch 30 juni 2009, LJN: BJ2101, waarbij u.h.v. een ontbindende voorwaarde sprake is van een risicoverschuiving naar de verkoper. Zie voor een nogal bijzonder geval Rb. Middelburg 18 juni 1975, NJ 1976, 350, waarbij volgens de rechtbank een opschortend voorwaardelijke koper op grond van de voorwaarde welbewust het risico nam, dat door deze koper verrichte verbouwingen hem niet ten goede zouden komen.

In gelijke zin voor het Zwitsers recht: Guhl 1944, p. 53.

Van een 'herverdelen' kan temeer gesproken worden, indien we ook het positieve contractsbelang in ogenschouw nemen. Het intreden van bijv. een ontbindende voorwaarde in het belang van de wederpartij schaadt immers tegelijkertijd het eigen positieve belang u.h.v. de (voorwaardelijke) rechtsverhouding. In die zin is niet uitsluitend sprake van het beperken van het risico bij de wederpartij, maar vindt ook een gedeeltelijke verschuiving van dit risico naar de eigen positie plaats.

64 Een juridisch volstrekt irrelevant feit dat bijv. nooit een beroep op overmacht of gewijzigde omstandigheden had kunnen dragen, leidt dankzij de voorwaarde alsnog tot de bedoelde verschuiving van het risico. Zie in deze zin voor het Zwitsers recht: Gutmans 1995, p. 7 en 146; Guhl 1944, p. 53.

65 Inherent aan deze opvatting is dat het merendeel van de voorwaarden in het belang van één van beide partijen is opgenomen.

worden geëffectueerd tegen derden. Zie bijvoorbeeld het eigendomsvoorbehoud of de overdracht onder ontbindende voorwaarde van niet-voldoening van de koopsom. Met deze toepassingen van voorwaarden drukt het risico van niet-betaling niet meer op de verkoper, maar op de andere schuldeisers van de koper⁶⁶ respectievelijk opvolgende verkrijgers van het goed.⁶⁷

Naast deze voornaamste functie van voorwaarden – herverdeling van risico – hebben voorwaarden veelal nog een tweede, daarmee samenhangende functie in het rechtsverkeer. Die functie bestaat uit het beheersbaar maken van dat risico. Voor de gevallen waarin het risico voor alle betrokken partijen ten gevolge van de voorwaardelijkheid afneemt, ligt deze functie voor de hand. Maar ook in de gevallen van herverdeling van dat risico kan sprake zijn van een beheersbaar maken. Dat is met name in die situaties het geval, waarin de partij op wie dit risico bij onvoorwaardelijkheid zou rusten, de gevolgen bij het daadwerkelijk intreden van de kans moeilijk of niet zou kunnen dragen. Als de wederpartij daar beter toe in staat is, leidt de vorenbedoelde herverdeling van het risico tegelijkertijd tot het in de onderlinge relatie beheersbaar maken daarvan.⁶⁸

Met het vorenstaande is nog niet alles gezegd over de functies van voorwaarden. Aan de voormelde inzichten ligt namelijk een impliciet uitgangspunt ten grondslag: partijen hebben de keuze tussen een onvoorwaardelijke en een voorwaardelijke rechtsverhouding. Zij hebben echter nog een andere keuzemogelijkheid, te weten het vooralsnog in het geheel niet tot stand brengen van de rechtsverhouding, althans zolang als de onzekerheid voortduurt. Voor de situatie waarin partijen de rechtsverhouding ontbindend voorwaardelijk aan zouden gaan, is dat vermoedelijk geen optie. Zij wensen namelijk juist een rechtsverhouding tot stand te brengen met directe werking. Voor zover zij echter een opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding tot stand zouden brengen, zou een uitstel van het aangaan van de rechtsverhouding tot het (eventuele) moment dat deze direct onvoorwaardelijk kan worden aangegaan een mogelijkheid kunnen zijn.

Toch is er uiteraard een verschil tussen de bestaande opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding en het vooralsnog geheel ontbreken daarvan met uitsluitend een voornemen om deze bij het verval van de onzekerheid alsnog tot stand te brengen. Terwijl bij de laatste vooralsnog geen binding tussen partijen tot stand komt, is de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding gewoon verbindend. Dat blijkt niet alleen per het moment dat de opschor-

66 Deze zouden bij een onvoorwaardelijke overdracht aan de koper immers een extra verhaalsobject hebben gehad.

67 Uiteraard voor zover deze de aanvankelijke voorwaarde inderdaad tegen zich moeten laten gelden, hetgeen bij een eigendomsvoorbehoud vaak juist niet beoogd is.

68 Zie bijv. de verzekeringsovereenkomst, waar de economische functie uitsluitend is gelegen in een dergelijk beheersbaar maken van risico.

tende voorwaarde intreedt, maar ook reeds daarvoor. Partijen hebben namelijk gedurende de voorwaardelijkheid een tot op zekere hoogte gesecureerde positie.⁶⁹ Deze bescherming vloeit daaruit voort dat partijen wederzijds juist niet meer ongebonden zijn. Daarmee kunnen we met name met betrekking tot de opschortende voorwaarde nóg een functie van voorwaardelijkheid onderscheiden. Ten opzichte van de situatie van het vooralsnog uitblijven van de rechtsverhouding biedt voorwaardelijkheid de mogelijkheid dat partijen direct zijn gebonden en op grond daarvan ook een juridisch beschermde positie hebben.

Naast de drie vorenomschreven hoofdfuncties van voorwaarden kunnen voorwaarden nog enkele andere functies hebben. Dat betreft alsdan redelijk specifieke functies, die minder algemeen opgang zullen doen. De eerste daarvan vinden we bij de ontbindende voorwaarde, die als enige functie een beëindiging van de rechtsverhouding voor de toekomst heeft en die veelal als een uitsluitend wilsrecht door een partij kan worden uitgeoefend. Deze functie stemt vaak overeen met die van bijvoorbeeld een recht tot opzegging: de mogelijkheid van een eenzijdige beëindiging van een rechtsverhouding met uitsluitend gevolgen voor de toekomst. Met enige vorm van onzekerheid of risico heeft deze functie niets te maken. Wél is sprake van uitoefening van een wilsrecht, waarbij deze uitoefening de inhoud van de voorwaarde vormt.⁷⁰ Verwant daaraan is de ontbindende voorwaarde die eveneens de functie van beëindiging van de rechtsverhouding voor de toekomst heeft, waarbij echter niet gezegd kan worden dat sprake is van een louter wilsrecht. Te denken valt aan de ontbindende voorwaarde van hertrouwen van de langstlevende echtgenoot bij een recht van vruchtgebruik gevestigd uit hoofde van een legaat.

In zekere zin spiegelbeeldig aan de vorenbedoelde ontbindende voorwaarde is de opschortende voorwaarde die bestaat uit de uitoefening van een louter wilsrecht. Veelal is daarmee beoogd tussen partijen vooralsnog geen (definitieve) binding tot stand te brengen. Indien een dergelijk wilsrecht kan worden uitgeoefend door een van partijen bij de (beoogde) rechtsverhouding en met name indien dit de debiteur is, is de mogelijkheid van een dergelijke zuiver potestatieve voorwaarde echter sterk omstreden.⁷¹

De functie van een voorwaarde kan ook op geheel ander gebied gelegen zijn, namelijk in het creëren van een kansovereenkomst.⁷² Daarbij kan weer

⁶⁹ Zie verder § 6.2.3.

⁷⁰ Gezien de bedoeling van partijen bij een dergelijke beëindigingsmogelijkheid zal veelal sprake zijn van een zuiver potestatieve voorwaarde. Zie verder § 7.3.

⁷¹ Zie § 7.3.

⁷² Zwemmer 1997, p. 64; Meijers 1948, p. 315. Een bijzondere vorm daarvan kent het Belgisch recht met de zogeheten *tontine*. Een van oorsprong middeleeuwse rechtsfiguur waarbij verschillende personen een goed kochten onder het beding dat de langstlevende eigenaar van het geheel wordt (zie verder uitgebreid Jansen 2009, p. 391 e.v.).

wel sprake zijn van het beheersbaar maken van risico.⁷³ Een specifieke vorm van de kansovereenkomst is de weddenschap. Daarbij vallen het aan voorwaarden inherente vereiste van onzekerheid en de functie van de voorwaarde min of meer samen. Van een beheersbaar maken van een risico is echter geen sprake. Integendeel, de voorwaardelijkheid roept juist een risico in het leven.

Voorwaarden bieden daarnaast de mogelijkheid om wederpartijen te verleiden dan wel in indirecte zin te dwingen een bepaalde 'prestatie' te verrichten zónder dat het verrichten van die prestatie als zodanig afdwingbaar is. Het verrichten van een schenking onder opschortende voorwaarde van een doen of nalaten door de voorwaardelijk begiftigde is daar een voorbeeld van. Dit 'doen of nalaten' is uit hoofde van de schenkingsovereenkomst niet afdwingbaar, maar de voorwaarde creëert wel een relatie tussen het handelen van de voorwaardelijk begiftigde en de in het vooruitzicht gestelde schenking.⁷⁴ Andersom vinden we deze figuur in de voorwaardelijke verschuldigdheid van een boete (in de zin van een strafbeding om de wederpartij tot nakoming aan te sporen) door de wederpartij.⁷⁵ De voorwaardelijkheid biedt derhalve een figuur waarlangs door de andere partij gewenst gedrag kan worden gestimuleerd, zonder dat sprake is van een afdwingbare verplichting.

Een aantal specifieke functies van voorwaarden vloeit voort uit het gegeven dat voorwaarden goederenrechtelijke werking hebben.⁷⁶ Een voorbeeld daarvan is het verschaffen van goederenrechtelijke zekerheid door middel van die goederenrechtelijke werking. Onder het OBW was de figuur van de overdracht tot zekerheid, die vaak werd vormgegeven door middel van een overdracht onder ontbindende voorwaarde aan een schuldeiser, een bekende figuur. Onder het NBW is de mogelijkheid daartoe aanzienlijk beperkt.⁷⁷ In bijvoorbeeld de figuur van het eigendomsvoorbehoud vinden we echter nog wel de figuur

73 Te denken is bijv. aan een verblijvensbeding tussen vennoten. De risico's die zouden kunnen voortvloeien uit het toekomen van ondernemingsvermogen aan niet-vennoten (het gevolg van het intreden van de kans derhalve) kan daarmee voor de resterende vennoten worden uitgesloten.

74 Een figuur die m.n. zijn beperking vindt in de ongeoorloofde verleiding u.h.v. een mogelijke strijd met de goede zeden of openbare orde. Zie § 5.2.3.

75 Deze laatste figuur heeft een lange geschiedenis, terug te voeren op het middeleeuwse Engelse en het Romeinse recht (in deze zin: Zimmermann 1993, p. 126, 127). Opgemerkt zij dat in het Nederlandse recht een boetebeding niet wordt beschouwd als een voorwaardelijke vordering. Het Zwitserse recht benadert het boetebeding daarentegen wel als een op voorwaardelijkheid gebaseerde figuur (BSK OR I-Ehrt 2011, p. 873; Koller 2009, p. 1273; Gauch, Schluep, Emmenegger 2008, p. 311).

76 Een in dit verband verder niet door mij besproken (eventuele) mogelijkheid is de toepassing van de overdracht onder voorwaarde als alternatief voor een trust. Zie voor een bespreking van de (on)mogelijkheid daarvan: Aertsen 2004, p. 130 e.v.; Wolfert 2001, p. 43.

77 Zie art. 3:84 lid 3 BW. Waarmee niet gezegd is dat voorwaarden uitsluitend bij beschikkingen een functie bij zekerheidsverschaffing kunnen vervullen. Zie de door Wibier besproken mogelijkheid van een escrow-overeenkomst (Wibier 2009a, p. 200 e.v.).

van zekerheidsverschaffing met behulp van de goederenrechtelijke werking van een voorwaarde.⁷⁸

Ook in ander opzicht kan de goederenrechtelijke werking van voorwaarden een functie vervullen. Rechtsfiguren die zelf geen goederenrechtelijke werking hebben, kunnen deze werking door middel van incorporatie van die rechtsfiguur in een voorwaarde alsnog verkrijgen. Het meest voor de hand liggende voorbeeld waarbij de ontbinding uit hoofde van een tekortschieten (art. 6:265 BW) als voorwaarde in de rechtsverhouding is opgenomen. Bij deze ontbinding ontbreekt onder het NBW bij gebrek aan terugwerkende kracht goederenrechtelijke werking.⁷⁹ In de hoedanigheid van een toekomstige onzekere gebeurtenis van een ontbindende voorwaarde is het feitelijke effect van een dergelijke 'ontbinding' echter, dat deze na de juridische levering alsnog goederenrechtelijke werking heeft. Een mogelijkheid die in de literatuur vrijwel steeds wordt aanvaard.⁸⁰ Daarmee zou de voorwaarde in zekere zin een zelfde functie vervullen als de hierna besproken *Umgehungstechnik* in het Duitse abstracte stelsel.

De functie van een – met name ontbindende – voorwaarde kan tevens daaruit bestaan, dat door middel van het toevoegen van een dergelijke voorwaarde aan de overdracht van een vordering deze voor het vervolg onoverdraagbaar of niet bezwaarbaar wordt gemaakt.⁸¹ Indien de wederpartij deze vordering toch zou overdragen, treedt daarmee de (ontbindende) voorwaarde in werking en valt deze terug in het vermogen van de verwachter. Daarmee is het rechtsgevolg enigszins anders dan het veel gebruikelijker beding van onoverdraagbaarheid van een vordering als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW, maar qua functie stemt het er grotendeels wel mee overeen. Door de inhoud van een voorwaarde

78 Hetgeen overigens niet betekent dat bij het eigendomsvoorbehoud ook sprake zou zijn van een juridisch zekerheidsrecht, zoals incidenteel in de literatuur gesteld wordt.

79 Nieskens-Ispording stelt in dat verband dan ook terecht dat men kan zeggen 'dat Nederland m.b.t. de ontbinding een abstract systeem aanhangt' (Nieskens-Ispording 1999, p. 89).

80 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 130; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 84; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 405; Fesevur 2005, p. 146; Scheltema 2003, p. 293 nt. 131, 382 e.v.; Van Mierlo 2002, p. 93; Reehuis 1998, p. 11 (in Reehuis 2013 trof ik de betreffende passage niet meer aan); Brahn & Reehuis 1997, p. 67; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 119 (en eerder: Hartkamp 1991, p. 870); Bakels 1994, p. 57 (en eerder: Bakels 1993, p. 97); Zwitser 1993, p. 530; Fikkers 1992, p. 78, 79; Mijnsen 1983b, p. 1229 (zie echter ook hierna); Hofmann/Van Opstall 1976, p. 404.

Anders echter: Asser/Mijnsen-De Haan 3-1 2001, p. 185. Mijnsen en De Haan stellen dat met deze mogelijkheid in feite een zekerheidsrecht gecreëerd zou worden buiten de grenzen van art. 3:92 lid 2 BW, alsmede dat strijd zou bestaan met art. 3:84 lid 3 BW. Ook u.h.v. de PG bestaan wel enige bedenkingen waar we lezen: 'Buiten het geval van een eigendomsvoorbehoud zal een beding waarbij aan een ontbinding terugwerkende kracht of zakelijke werking toegekend wordt, naar de mening van de ondergetekende slechts obligatoire werking kunnen hebben' (PG Boek 6, MvA II, p. 1011).

81 Zie verder ter zake de onmogelijkheid van deze figuur bij andere goederen dan vorderingen § 5.2.4.2.

nader te precisieren kan een vordering echter ook uitsluitend overdraagbaar of bezwaarbaar worden gemaakt ten behoeve van een beschikken ten gunste van bepaalde personen, bij bepaalde gebeurtenissen of na verkregen toestemming.⁸² In deze laatste mogelijkheden kan dan ook een duidelijk toegevoegde waarde liggen ten opzichte van het algemene onoverdraagbaarheidsbeding van art. 3:83 lid 2 BW.

De laatste, nogal discutabele functie van voorwaarden die in de literatuur wel is aangenomen, bestaat uit het omzeilen van dwingendrechtelijke restricties ter zake beperkte rechten of andere goederenrechtelijke beperkingen.⁸³ Samengetvat komt deze opzet daarop neer dat de betreffende beperkingen als uitsluitend obligatoire verplichtingen – die afwijken van de betreffende restrictie – worden overeengekomen. Een goed wordt bijvoorbeeld overgedragen onder de uitsluitend obligatoire en geheel rechtsgeldige verplichting om datzelfde goed na tien jaar weer terug over te dragen. Een dergelijk obligatoir beding zal vrijwel steeds rechtsgeldig overeengekomen kunnen worden, omdat de grenzen van obligatoire beperkingen veel ruimer liggen dan die van goederenrechtelijke beperkingen. De niet-nakoming van die obligatoire verplichting vormt echter tevens een – goederenrechtelijk werkende – ontbindende voorwaarde, waarmee in indirecte zin het obligatoir beding toch goederenrechtelijk effect zou verkrijgen.⁸⁴ In het voormelde voorbeeld derhalve de ontbindende voorwaarde dat na tien jaar het betreffende niet wordt teruggeleverd, hetgeen op zijn minst op gespannen voet staat met art. 3:85 BW.

Oud BW, Duits en Zwitsers recht

Onder het OBW kreeg de functie van voorwaarden in het rechtsverkeer weinig aandacht. Verder dan een handjevol voor de hand liggende toepassingen van voorwaarden kwam de literatuur doorgaans niet. Twee specifieke functies kregen echter ruimschoots aandacht: de ontbinding wegens tekortschieten in de nakoming van wederkerige overeenkomsten was vormgegeven als ontbindende voorwaarde (art. 1302 OBW) en de overdracht tot zekerheid, die geacht werd plaats te vinden onder de ontbindende voorwaarde van voldoening van de schuld waartoe de zekerheidsstelling diende. Voor het huidige recht hebben beide figuren duidelijk aan belang ingeboet. Vorenbedoeld tekortschieten vormt niet langer uit hoofde van de wet het intreden van een ontbindende voorwaarde⁸⁵ en de zekerheidsoverdracht is naar aanleiding van art. 3:84 lid 3 NBW en een aantal arresten van de Hoge Raad een omstreden figuur geworden.

⁸² Beekhoven van den Boezem 2003, p. 68; Verhagen & Rongen 2000, p. 110.

⁸³ Struycken 2007, p. 641 e.v. Te denken is aan een onoverdraagbaarheidsbeding bij andere goederen dan vorderingsrechten of beperkingen aan (goederenrechtelijke) bevoegdheden.

⁸⁴ Zie hierover verder § 5.2.4.2.

⁸⁵ Hetgeen onverlet laat dat het partijen nog steeds vrijstaat een dergelijk tekortschieten als voorwaarde overeen te komen.

In de Duitse en Zwitserse literatuur worden de hiervoor voor het huidige Nederlandse rechtsverkeer omschreven belangrijkste functies van voorwaarden eveneens onderkend. Ook in deze beide rechtstelsels wordt deze functie derhalve op de eerste plaats gezien in de herverdeling respectievelijk het juridisch beheersbaar maken van risico's, zoals deze kunnen voortvloeien uit het thans nog onbekende verloop van toekomstige omstandigheden.⁸⁶ Ook de andere door mij geconstateerde functie, directe binding van partijen en securisatie van ieders positie, wordt in ieder geval impliciet onderkend.⁸⁷

Daarnaast worden in de literatuur nog enkele aanvullingen en kleine variaties onderkend, die merendeels ook in de Nederlandse rechtskring bekend zijn. De eerste daarvan betreft de voorwaarde als instrument bij het verschaffen van zekerheid.⁸⁸ In de Duitse literatuur wordt tevens de mogelijkheid vermeld van een weddenschap in de vorm van een voorwaardelijke verbintenis bestaande uit een zuiver toevallige gebeurtenis.⁸⁹ Een aantal Duitse en Zwitserse auteurs erkent nog de vorenbesproken functie van voorwaarden bestaande uit het bewerkstelligen van bepaald gedrag door een partij, echter zonder dat sprake is van een verplichting.⁹⁰ Een vorm van middeljarige prikkel tot bepaald gedrag derhalve.

Veelvuldig genoemd wordt de voorwaarde als instrument om bepaalde verwachtingen of motieven voor het aangaan van een rechtsverhouding, die op zich zonder juridisch belang zijn, alsnog juridische betekenis te geven.⁹¹ Zo zal het motief voor het huren van een alpenchalet in het kader van een voorgenomen wintersportvakantie normaal zonder betekenis zijn, maar zou dit motief bij het geheel ontbreken van sneeuw door middel van een overeen-

86 Duits recht: PWW/Brinkmann 2014, p. 218; MüKo/Westermann 2012, p. 1689, 1690; Medicus 2010, p. 338; HKK/Finkenauer 2003, p. 881; Wolf 1999, p. 503.

Zwitsers recht: (min of meer in deze zin) Honsell 2008, p. 610; Guhl 1944, p. 53; Stiefel 1918, p. 44.

87 Zie expliciet in deze zin voor het Zwitsers recht: Honsell 2008, p. 610. Voor het overige heb ik deze functie bij geen van de Duitse en Zwitserse auteurs uitdrukkelijk vermeld gevonden. Wel wordt in de literatuur veelvuldig een rechtstreeks verband gelegd tussen het overeenkomen van voorwaardelijkheid en het zodoende ontstaan van specifieke rechten gericht op bescherming van partijen gedurende de periode van onzekerheid.

88 PWW/Brinkmann 2014, p. 218.

89 PWW/Brinkmann 2014, p. 218.

90 Pawlowski noemt de situatie van de voorwaardelijke toezegging van een geldsom indien de andere partij tot een bepaald geloof toetreedt of van echt scheidt (Pawlowski 1998, p. 286). Deze handelingen zijn derhalve geen verplichting, maar de bevoordeling indien deze handelingen daadwerkelijk worden verricht daarentegen wel. Zou bijv. ook de toetreding tot een bepaald geloof als verplichting zijn geformuleerd, dan ware naar Duits recht uiteraard sprake geweest van een nietige overeenkomst. Nipperdey stipte deze functie ook reeds aan (Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 839). Soortgelijke visies vinden we ook bij Zwitserse auteurs: BSK OR I-Ehrat 2011, p. 850; Honsell 2008, p. 610; Guhl/Koller 2000, p. 54; Bucher 1988, p. 505; Merz 1984, p. 151; Stiefel 1918, p. 44.

91 Duits recht: PWW/Brinkmann 2014, p. 219; Staudinger/Bork 2010, p. 312; HKK/Finkenauer 2003, p. 882; Wolf 1999, p. 503.

Zwitsers recht: BSK OR I-Ehrat 2011, p. 850; Honsell 2008, p. 610; Guhl/Koller 2000, p. 54.

gekomen voorwaarde alsnog betekenis kunnen verkrijgen. Ondanks dat deze specifieke functie in de Duitse en Zwitserse literatuur breed wordt erkend, wijkt deze mijns inziens niet wezenlijk af van de voormelde functie van herverdeling van het risico. In dat verband is interessanter de in de literatuur zowel onderschreven als bestreden functie van voorwaarden, waarbij de vereiste uitgangspunten voor het überhaupt kunnen bereiken van het eigenlijk doel van de rechtsverhouding (de *Voraussetzung*) ook *stilzwijgend* juridische betekenis verkrijgen.⁹² Een bekend voorbeeld is de huur van een zitplaats met goed uitzicht op een geplande kroningsoptocht. Verhuurder en huurder beseffen dat aan deze overeenkomst het uitgangspunt ten grondslag ligt dat de optocht ook inderdaad zal doorgaan.⁹³ Het Romeinse recht en het zich daaruit ontwikkelende gedachtengoed tot in de negentiende eeuw zagen in de aanname van een dergelijk uitgangspunt de mogelijkheid van een tussen partijen stilzwijgend overeengekomen – of wellicht ook op andere grondslag aan te nemen – ontbindende voorwaarde. Een voorwaarde waarvan de functie vanuit huidige optiek met name was gelegen in de ondervanging van het ontbreken van figuren als overmacht, wijzigende omstandigheden en vergissingen.⁹⁴ Weliswaar wordt de mogelijkheid van een dergelijke stilzwijgende voorwaarde in het huidige Duitse recht incidenteel nog wel aangenomen, we kunnen er niettemin van uitgaan dat deze *Voraussetzungslehre* thans geen deel meer vormt van het Duitse recht.⁹⁵

In het Duitse en incidenteel ook in het Zwitserse recht vinden we tot slot nog een bijzondere functie die daaruit bestaat, dat voorwaarden bij beschikkingen de mogelijkheid bieden het *Abstraktionsprinzip* terzijde te stellen.⁹⁶ De

92 Zie in dit verband ook hetgeen ik in § 4.1.3.3 verdedig t.a.v. de aanname van een dergelijke stilzwijgende voorwaarde.

93 Het genuanceerde verschil met de huur van de chalet is, dat bij de huur van de zitplaats voor beide partijen volstrekt duidelijk is wélk specifiek doel met de overeenkomst is gediend.

94 Zie hierover uitgebreid: Zimmermann 1993. Let wel, deze voorwaardelijkheid werd geconstrueerd als een stilzwijgend overeengekomen voorwaarde, maar het leidt uiteraard geen twijfel dat partijen dienaangaande veelal helemaal niets overeengekomen waren. Zimmermann spreekt in dit verband en de overige door hem besproken figuren in de vorm van een voorwaarde dan ook van een *fictie* (Zimmermann 1993, p. 167). De gedachte dat in een dergelijk geval sprake zou zijn van een stilzwijgende voorwaarde vinden we incidenteel ook in de Nederlandse literatuur (Pitlo/Gerver 1978, p. 203).

95 In de 19e eeuw vond deze leer in Windscheid nog een laatste grote verdediger. Als gezegd wordt deze thans voor het Duitse recht vrijwel steeds afgewezen (MüKo/Westermann 2012, p. 1712; HKK/Finkenauer 2003, p. 893; Zimmermann 1993, p. 136; Pawlowski 1998, p. 261). Zie buiten het verband van het Duitse recht: Van Schaick 1990, p. 503.

96 Het stelsel op grond waarvan de werking van een beschikking niet afhankelijk is van de geldigheid van de aan deze beschikking ten grondslag liggende verbintenissenrechtelijke verhouding. Het Zwitserse recht kent op zich een causaal stelsel, maar v.w.b. de figuur van de cessie bestaat discussie of deze van causale dan wel abstracte aard is. Voor de laatste wordt in de Zwitserse literatuur een zelfde *Umgehungstechnik* aangenomen als in het Duitse recht (Gauch, Schluep, Emmenegger 2008, p. 264).

beschikking zelf kan namelijk afhankelijk worden gemaakt van een ontbindende voorwaarde, inhoudende het eventuele toekomstige verval van de verbintenis die tot deze beschikking verplichtte. Daarmee leidt dit verval van de verbintenis – ondanks het abstracte stelsel – van rechtswege tot een goederenrechtelijke ongedaanmaking van de rechtsgevolgen van de beschikking.⁹⁷ De mogelijkheid van deze *Umgehungstechnik* van het abstracte stelsel door middel van voorwaarden is door het Bundesgerichtshof ook als zodanig erkend.⁹⁸ De enige daadwerkelijke beperking is daarin gelegen, dat een dergelijke *stilzwijgend* overeengekomen voorwaarde slechts in uitzonderingsgevallen kan leiden tot de bedoelde doorbreking van het *Abstraktionsprinzip*.⁹⁹ Een met art. 3:84 lid 4 BW overeenstemmende wetsbepaling ontbreekt dan ook in het BGB.¹⁰⁰

Met het vorenstaande is de conclusie gerechtvaardigd dat in alle onderzochte stelsels voorwaarden zeer uiteenlopende functies voor het rechtsverkeer vervullen.

2.2.2 De functie in de dogmatiek

Geldend recht

Het door mij aangebrachte onderscheid tussen de functies van voorwaarden in het rechtsverkeer en in de dogmatiek wordt in de literatuur zelden of nooit gemaakt. De functies van voorwaarden worden vrijwel steeds geplaatst in het kader van de verschillende rollen die voorwaarden in het rechtsverkeer spelen en zoals in de vorige paragraaf besproken. Niettemin wil ik voor het geldend recht constateren dat dé dogmatische betekenis van voorwaarden is gelegen in de afhankelijkheid tussen het al dan niet intreden van de onzekere gebeurtenis en het daaraan middels de voorwaarde verbonden rechtsgevolg. Deze

⁹⁷ Deze constructie wordt vrijwel algemeen aanvaard: Brehm & Berger 2014, p. 17; PWW/Brinkmann 2014, p. 218; MüKo/Westermann 2012, p. 1699; Hütte & Hütte 2010, p. 78; Medicus 2010, p. 103 (echter zeer kritisch bij cessie: Medicus 2012, p. 387); Vieweg & Werner 2010, p. 83; Weber 2010, p. 61, 62; Bauer & Stürner 2009, p. 61; Herberger/Beckmann 2009, p. 361; Hütte & Helbron 2006, p. 24; Kallwass 2011, p. 79, 80 (enigszins kritisch); Wieling 2006, p. 43, 44; HKK/Finkenauer 2003, p. 910 e.v. (met uitgebreid historisch overzicht en jurisprudentie); Pawlowski 1998, p. 277; Westermann 1973 p. 26. Zie in deze zin ook de Nederlandse auteurs: Scheltema 2003, p. 220; Van Vliet 2000, p. 36. Suijling, die er onder de werking van het OBW van uitging dat ook het Nederlandse recht een abstract stelsel kende, aanvaardde eveneens de mogelijkheid om d.m.v. (opschortende) voorwaarden de causa door te laten werken in de verkrijging (Suijling 1940, p. 93, 267).

⁹⁸ BGH 2 februari 1967, NJW 1967, 1128.

⁹⁹ Brehm & Berger 2014, p. 17; Medicus 2010, p. 103; Vieweg & Werner 2010, p. 83; Weber 2010, p. 62; Bauer & Stürner 2009, p. 61; Hütte & Helbron 2006, p. 24; Wieling 2006, p. 43, 44; HKK/Finkenauer 2003, p. 910 e.v.; Wolf 1999, p. 510.

¹⁰⁰ Zie over de betekenis van art. 3:84 lid 4 BW § 11.2.2.2.

afhankelijkheid tussen gebeurtenis en gevolg, die tot uitdrukking komt in de 'voorwaardelijkheid van de werking' alsmede de 'werking van rechtswege' van het intreden van de voorwaarde, vormt de essentie van de functie die voorwaarden in theoretisch opzicht vervullen. Met geen enkele andere rechtsfiguur kunnen deze gevolgen worden bereikt. Hooguit kunnen door middel van andere figuren deze gevolgen in zekere mate worden benaderd. Naar ik wil aannemen is deze dogmatische functie van voorwaarden voor het hedendaagse recht echter een dermate open deur, dat het ontbreken van een dergelijke uitdrukkelijke vaststelling in de literatuur geen verbazing wekt.¹⁰¹

Overeenkomstig de hierna besproken Duitse literatuur vinden we incidenteel in de Nederlandse nog een andere dogmatische functie van voorwaarden. Deze wordt namelijk soms ook gezien in de doorbreking van de gelijktijdigheid van handeling en het uiteindelijke rechtsgevolg van die handeling.¹⁰² Tussen handeling en het (eventuele) gevolg van die handeling bestaat immers steeds een zeker tijdsverloop: de periode waarin partijen in onzekerheid verkeren of de voorwaarde al dan niet wordt vervuld. Ik kom daar onderstaand bij de 'nadere uitwerking' op terug.

Naast deze beide functies van de voorwaarde zélf vervult deze in de opvatting van een deel van de literatuur tevens functies bij andere rechtsfiguren. Met enige regelmaat wordt bijvoorbeeld gesteld dat voorwaarden een rol kunnen spelen bij de vooralsnog niet tot stand gebrachte rechtsverhouding. Partijen beogen een bepaalde rechtsverhouding tot stand te brengen, maar hebben nog niet voldaan aan alle totstandkomingsvereisten. Het 'voorwaardelijke' zou alsdan daaruit bestaan dat het ontbrekende totstandkomingsvereiste de gebeurtenis van een opschortende voorwaarde vormt, onder welke voorwaarde de rechtsverhouding 'tot stand komt'.¹⁰³ Voorbeelden daarvan zijn het sluiten van een koopovereenkomst in de zin van art. 7:2 BW onder de opschortende voorwaarde deze overeenkomst in de toekomst alsnog schriftelijk aan te gaan of de vestiging van een erfdiensbaaierheid tussen twee erven van dezelfde eigenaar onder de opschortende voorwaarde dat deze erven in de toekomst in verschillende handen zullen komen.¹⁰⁴ Het bekendste voorbeeld is echter

101 Den Tonkelaar is de enige door mij gevonden auteur, die zich – vermoedelijk – in deze zin uitspreekt (Den Tonkelaar 1994, p. 9).

102 In deze zin min of meer expliciet: Bartels 2004, p. 40; Vriesendorp 1985, p. 22.

103 Voor de literatuur verwijs ik naar § 4.1.4.3 (m.b.t. wettelijke voorwaarden) en § 4.2 (m.b.t. vormvereisten).

104 Voor de lezer die de onmogelijkheid van deze laatste niet direct ziet: vestiging van een beperkt recht is een tweezijdige rechtshandeling, in de kern bestaande uit aanbod en aanvaarding. Dit volgt ook uit art. 3:98 jo 3:89 lid 1 BW, uit hoofde waarvan voor vestiging van een erfdiensbaaierheid 'een daartoe, *tussen partijen* opgemaakte notariële akte' is vereist. De (enig) eigenaar verkeert echter in de onmogelijkheid zelfstandig een tweezijdige rechtshandeling tot stand te brengen, óók niet onder een dergelijke opschortende voorwaarde. Dat die tweezijdigheid ook kan bestaan uit twee op elkaar aansluitende deelakten (zie PG Boek 3, MvA II, p. 379 en PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1234) doet aan het

de overdracht van toekomstige goederen, waarbij de levering in de vaak aangehangen visie zou plaatsvinden onder de opschortende voorwaarde van een toekomstig toebehoren aan de vervreemder.

Ook in ander verband worden voorwaarden gehanteerd in het kader van dogmatische verklaringen van uiteenlopende figuren. Berenschot ziet de opschortende voorwaarde als mogelijkheid om de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder bij een overdracht van (bloot) eigendom onder voorbehoud van een beperkt recht te verklaren.¹⁰⁵ Een geheel ander voorbeeld is de eveneens door Berenschot genoemde (maar niet door haar onderschreven) mogelijkheid om de beschikkingsbevoegdheid van een vruchtgebruiker over de onbezwaarde eigendom als bedoeld in art. 3:212 BW te verklaren.¹⁰⁶ Ook wordt een dergelijke constructie door een enkele auteur in het iets bredere verband gehanteerd om beschikkingsbevoegdheid van de geheel niet gerechtigde tot een goed te verklaren.¹⁰⁷

Tot slot worden voorwaarden incidenteel gebruikt als figuur ter verklaring van juridische gevolgen die samenhangen met andersoortige figuren. Zo zou de toekomstige verkrijging van opstallen door een bloot eigenaar bij het einde van een opstalrecht een verkrijging (kunnen) zijn onder de opschortende voorwaarde van dat einde van het opstalrecht.¹⁰⁸ Ook de opzegging van een

vorenstaande niets af. Zie ter zake dit vereiste van tweezijdigheid bij levering ook: Reehuis 2004, p. 17 e.v.

105 Ik citeer: 'de vervreemder vestigt een beperkt recht onder *de opschortende voorwaarde* [cursivering van Berenschot] van vervreemding. Het maken van voorbehoud speelt zich dan binnen een ondeelbare tijdseenheid af: op het moment dat de vervreemder het voorbehoud maakt, beoogt hij te vervreemden en wordt de voorwaarde vervuld. Met en door de vervulling van deze voorwaarde ontstaat het beperkte recht' (Berenschot 1985, p. 171). Berenschot komt als gezegd tot deze constructie om aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid bij de vervreemder t.b.v. de vestiging van het beperkte recht te kunnen voldoen. Ik zie echter niet hoe deze beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder t.a.v. hetgeen wordt voorbehouden überhaupt van belang is (al ziet een groot deel van de literatuur daarin overigens wél een dogmatisch probleem). De door Berenschot verdedigde constructie d.m.v. een voorwaarde ben ik in de geraadpleegde literatuur verder niet tegengekomen. Daarnaast zie ik evenmin, hoe in de door Berenschot bedoelde ondeelbare tijdseenheid sprake kan zijn van onzekerheid – toch een essentieel element om van een voorwaarde te kunnen spreken.

106 Deze verklaring bestaat alsdan daaruit dat de vruchtgebruiker door het intreden van een opschortende voorwaarde in de relatie tussen bloot eigenaar en vruchtgebruiker een ondeelbaar moment onbezwaarde eigendom verkrijgt (derhalve door het intreden van de voorwaarde tevens gerechtigd wordt t.a.v. de bloot eigendom). Zie: Berenschot 1985, p. 176.

107 Zie verder: Van Gaalen 2001, p. 115 e.v. De – op zich niet beschikkingsbevoegde – tussenpersoon krijgt door de eigenaar geleverd onder de opschortende voorwaarde dat de tussenpersoon aan een derde levert.

108 Rodrigues Lopes 2012, p. 146, 147. Voor zover we een dergelijke benadering al zouden willen aanvaarden, dan nog is deze i.v.m. het vereiste van objectieve onzekerheid voor het geldend recht uitsluitend mogelijk indien de toekomstige beëindiging van het opstalrecht ook objectief onzeker is (zie § 2.4.3).

beperkt recht zou 'als het ware' een beëindigingsovereenkomst zijn onder de opschortende voorwaarde van een bevoegde opzegging.¹⁰⁹

Oud BW, Duits en Zwitsers recht

Overeenkomstig de moderne literatuur werd in de literatuur onder het OBW vrijwel geen uitdrukkelijk aandacht besteed aan de dogmatische functie van voorwaarden. De nogal eens zeer theoretische verhandelingen hadden betrekking op tal van aspecten van voorwaarden, maar niet op deze functie.

In de Duitse literatuur wordt de in Nederland incidenteel onderschreven dogmatische functie van voorwaarden, bestaande uit de doorbreking van de gelijktijdigheid van handeling en rechtsgevolg, breed onderkend.¹¹⁰ In de Zwitserse gebeurt dit slechts incidenteel.¹¹¹ Ook al wordt dit niet in de literatuur als zodanig gesteld, toch zou ik menen dat deze functie niettemin op de eerste plaats wordt gezien in de vorenbedoelde afhankelijkheid tussen onzekere gebeurtenis en gevolg. Die afhankelijkheid vormt naar mijn opvatting ook in het Duitse en Zwitserse recht de essentie van de theoretische functies van voorwaarden.

Nadere uitwerking

Hiervoor heb ik geconstateerd dat naar mijn opvatting de dogmatische functie van voorwaarden is gelegen in de afhankelijkheid tussen het al dan niet intreden van de (onzekere) gebeurtenis en het daaraan verbonden rechtsgevolg. Die stelling heb ik bij gebrek aan expliciete stellingnames in de literatuur ten aanzien van het geldend recht vooralsnog niet onderbouwd. Ik wil die opvatting thans daarmee beargumenteren dat ongeacht het soort rechtsverhouding dat voorwaardelijk is gemaakt, de koppeling tussen onzekere gebeurtenis en de rechtsgevolgen van de rechtsverhouding steeds voor partijen de reden vormt voor de voorwaardelijkheid. De specifieke functie van de voorwaardelijkheid in het rechtsverkeer kan, zoals we in de vorige paragraaf zagen, sterk verschillen. Steeds is echter in abstracto sprake van de bedoelde afhankelijkheid tussen gebeurtenis en het rechtsgevolg.

De andere dogmatische functie van de doorbreking van de gelijktijdigheid van handeling en gevolg is met betrekking tot *opschortende* voorwaarden zonder meer verdedigbaar. De rechtsgevolgen van de rechtsverhouding zijn immers uitgesteld tot het eventuele toekomstige moment van intreden van de opschortende voorwaarde, waarmee de *ongelijktijdigheid* van handeling en gevolg gegeven is. Ten aanzien van de *ontbindende* voorwaarde lijkt deze functie

¹⁰⁹ Rodrigues Lopes 2012, p. 206.

¹¹⁰ PWW/Brinkmann 2014, p. 218; MüKo/Westermann 2012, p. 1688, 1717; Bork 2011, p. 494; Staudinger/Bork 2010, p. 310; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 120; HKK/Finkenauer 2003, p. 881, 882; Radke 2001, p. 76; Blomeyer 1938, p. 1 e.v.

¹¹¹ De enige auteur waar ik deze functie aantrof is Gutmans (Gutmans 1995, p. 7).

daarentegen veel minder juist. Weliswaar is in zekere zin sprake van de mogelijkheid dat het moment van handeling en het rechtsgevolg uiteen lopen – een voorwaardelijk overgedragen goed keert ten gevolge van de goederenrechtelijke werking met het intreden van de voorwaarde bijvoorbeeld weer terug bij de verveemder – maar het uitgangspunt bij de ontbindende voorwaarde is ten aanzien van de primaire prestatie gelijktijdigheid. Ontbindend voorwaardelijke rechtsverhoudingen hebben juist direct werking tot het eventuele moment van intreden van de voorwaarde. Daarnaast is dit uiteenlopen in de tijd voor wat betreft ontbindende voorwaarden naar zijn aard uitsluitend juist, voor zover met het intreden van de voorwaarde inderdaad iets ongedaan gemaakt moet worden. Indien slechts sprake is van een beëindiging met gevolgen voor de toekomst, waarmee reeds bestaande gevolgen derhalve een definitief karakter hebben, is de vorenbedoelde doorbreking van de gelijktijdigheid niet aan de orde.

2.3 DE PLAATS VAN DE VOORWAARDE IN HET VERMOGENSRECHTELIJK SYSTEEM

2.3.1 Inleiding en plan van behandeling

In § 2.2 heb ik geschetst wat zoal de functies van voorwaarden in het rechtsverkeer en de dogmatiek zijn. In deze paragraaf alsmede het gehele volgende hoofdstuk ga ik in op een aanzienlijk complexer en omvangrijker vraagstuk, namelijk hoe de rechtsfiguur van de voorwaarde is ingepast in het systeem van het algemene vermogensrecht. Dat vraagstuk kunnen we vanuit vier verschillende invalshoeken benaderen. Op de eerste plaats is er de wijze waarop de figuur van de voorwaarde is opgenomen in de systematiek van het BW. Zoals ik in § 2.3.2 zal bespreken, wekt daarbij met name de plaatsing van de artt. 6:21 tot en met 26 BW als onderdeel van het verbintenissenrecht enige verbazing.

Een tweede invalshoek betreft de vraag naar wát voorwaardelijk is aan een rechtsverhouding onder voorwaarde. Niet in de zin van de gevolgen van de voorwaarde (welke gevolgen kunnen worden samengevat onder de noemer van de ‘voorwaardelijke werking’), maar in de zin waar de voorwaarde aan is verbonden. Is het bijvoorbeeld de verrichte rechtshandeling, de ontstane verbintenis of het overgedragen (goederenrechtelijke) recht waaraan de voorwaarde is gekoppeld? Ook al wordt het nergens in de literatuur als zodanig gesteld, ik zou menen dat het antwoord op die vraag voor het Nederlandse recht omstreden is.¹¹² Dit laatste duidelijk in afwijking van het Duitse recht,

112 Waarbij ik overigens aantekenen dat de vraag of een voorwaarde verbonden kan zijn aan een goederenrechtelijk recht wél een uitdrukkelijk onderkend discussiepunt in de literatuur vormt. Die discussie vindt echter plaats via het vraagstuk van de verklaring van de goede-

waar de voorwaarde steeds is verbonden aan de rechtshandeling. Ik bespreek een en ander in § 2.3.3.

Een derde benaderingswijze betreft de kwalificatie van de voorwaarde bij de rechtsverhouding; vormt deze een onzelfstandig onderdeel respectievelijk bestanddeel daarvan of is in zekere zin sprake van een min of meer zelfstandige modaliteit? In de Nederlandse literatuur bestaat voor die vraag beperkte aandacht, terwijl in de Duitse literatuur deze kwestie enigszins verder is uitgewerkt. Tot belangrijke nieuwe inzichten blijkt deze invalshoek niet te leiden, maar enige aandacht wil ik er in § 2.3.4 niettemin aan besteden.

Een laatste, geheel andere invalshoek betreft de gevolgen van de voorwaardelijkheid in de vermogensrechtelijke systematiek. In het verleden werden deze gevolgen wel gezien in de voorwaardelijkheid van de partijwil of de rechtsverhouding zelf, maar thans is nauwelijks weersproken dat de 'werking' van de rechtsverhouding voorwaardelijk is. Echter, al wordt in de literatuur anders gesuggereerd, wat onder een dergelijke 'voorwaardelijke werking' is te verstaan, is weinig evident. Dat volgt met name daaruit dat het gevolg van de opgeschorte werking uit hoofde van opschortende voorwaarden veelal wordt beschouwd als het vooralsnog ontbreken van rechtsgevolgen voortvloeiend uit die rechtsverhouding. In de onderliggende structuur van het BW blijkt dat echter een moeilijk te verdedigen visie te zijn. Gezien het belang en de omvang van dit onderwerp heb ik daar hoofdstuk 3 geheel aan gewijd. In het kader van dit uitsluitend inleidende hoofdstuk laat ik deze vierde invalshoek dan ook vooralsnog rusten.

2.3.2 De wettelijke systematiek

Geldend recht, nadere uitwerking

De voornaamste wettelijke bepalingen ter zake voorwaarden in het algemene vermogensrecht vinden we in de artt. 3:38, 3:84 lid 4 en afd. 6.1.5 BW. Volgens art. 3:38 BW kunnen rechtshandelingen onder voorwaarde worden verricht, waarbij de vervulling van de voorwaarde geen terugwerkende kracht heeft. Blijkens art. 3:84 lid 4 BW is een overdracht (en via art. 3:98 BW ook de vestiging, overdracht en afstand van een beperkt recht) mogelijk onder een voorwaarde.¹¹³ Afd. 6.1.5. tot slot bevat een aantal nadere bepalingen ter zake specifiek voorwaardelijke *verbintenissen*. Naast deze wetsbepalingen vinden we verspreid nog enkele bepalingen die binnen het algemene vermogensrecht

renrechtelijke werking van voorwaarden. Daarentegen zal ik e.e.a. bespreken in het bredere verband waar voorwaarden aan verbonden zijn.

113 Hetgeen we in art. 86a Ow nogmaals bevestigd vinden.

bijzondere regelingen geven.¹¹⁴ Buiten het algemene vermogensrecht en derhalve ook buiten het onderzoeksobject van deze studie vinden we op verschillende terreinen nog andere uiteenlopende regelingen in verband met voorwaarden.¹¹⁵ Tot zover het geldend recht.

Ik noemde hiervoor art. 3:84 lid 4 BW, omdat in de opvatting van een zeer ruime meerderheid van de auteurs en ook blijkens gedeelten van de PG in deze bepaling de mogelijkheid van een overdracht onder voorwaarde is neergelegd.¹¹⁶ Dat die mogelijkheid inderdaad (ook) uit deze wetsbepaling blijkt, is zonder meer juist. De gedachte dat in dit artikel ook de wettelijke grondslag voor de voorwaardelijke overdracht is gelegen, wil ik echter afwijzen. Meijers beoogde met deze bepaling uitsluitend vast te stellen, dat een voorwaarde als overeengekomen bij de titel bij een daarop volgende levering niet nogmaals uitdrukkelijk herhaald behoefde te worden om tóch de overdracht onder voorwaarde te laten plaatsvinden.¹¹⁷ Daaruit volgt dat ook art. 3:84 lid 4 BW in mijn opvatting niet meer dan een bijzondere regeling omvat, die in feite weinig zegt over de algemene systematiek van de voorwaarde in het BW.

Hoe dan ook, Boek 3 BW bevat het uitgangspunt dat rechtshandelingen onder voorwaarde kunnen worden verricht. In afdeling 6.1.5 vinden we vervolgens het belangrijkste deel van de bepalingen ter zake voorwaarden, echter toegespitst op verbintenissen. Ik zou menen dat deze opbouw van de figuur van de voorwaarde in het BW weinig doordacht lijkt.¹¹⁸ Dat begint reeds daarmee dat we de omschrijving van hetgeen een voorwaarde is uitsluitend vinden als beschrijving van de voorwaardelijke verbintenis (art. 6:21 BW).

114 Art. 3:17 sub c BW (vervulling van voorwaarde is inschrijfbaar in openbare registers. Opvallend genoeg ontbreekt een bepaling met die strekking t.a.v. het *verval* van een voorwaarde, zie ook § 11.4.4.3); art. 3:81 lid 2 sub b BW (tenietgaan beperkt recht bij vervulling ontbindende voorwaarde); art. 3:86 lid 2 BW (verval van gevolgen tussenbeschikking o.g.v. derdenbescherming bij verkrijging onder opschortende voorwaarde); art. 3:91 BW (de levering van roerende zaken bij een overdracht 'onder opschortende voorwaarde' geschiedt door machtsverschaffing); art. 3:92 BW (eigendomsvoorbehoud); art. 3:296 lid 2 BW (veroordeling tot nakoming onder voorwaarde); art. 6:161 lid 2 sub c BW (beperking van vermenging indien is overgedragen onder ontbindende voorwaarde); art. 7:9 lid 3 BW (gelijkstelling van *machtsverschaffing* bij eigendomsvoorbehoud met *aflevering*). Zie ook: artt. 129 en 130 Fw (ter zake verificatie van voorwaardelijke vorderingen); art. 476a lid 2 sub b Rv (voorwaardelijkheid van vordering bij derden-beslag); art. 477 lid 3 Rv (derdenbeslag bij voorwaardelijkheid); artt. 483a en b Rv (verdeling van boedelopbrengst onder voorwaardelijke schuldeisers).

115 De artt. 4:137 e.v. BW omvatten bepalingen inzake voorwaardelijke testamentaire makingen en fidei-commissaire makingen. Uit art. 7:45 BW vloeit het wettelijke vermoeden voort dat een *koop op proef* is gesloten onder een opschortende voorwaarde. Op de combinatie van schenkingen onder ontbindende en opschortende voorwaarden zijn de artt. 4:140 lid 1 en 141 BW van overeenkomstige toepassing (7:180 BW).

116 Zie over deze wetsbepaling § 11.2.2.2.

117 Afgezien daarvan is het bepaald lastig in de redactie van de bepaling een dergelijke grondslag voor de mogelijkheid van een voorwaardelijke overdracht te lezen.

118 Meijers heeft echter heel bewust voor deze opbouw gekozen, zie hierna.

Niettemin bestaat er geen enkele twijfel over dat voor het gehele vermogensrecht hetzelfde begrip van de voorwaarde geldt.¹¹⁹ Daarmee was het systematisch bezien logischer geweest een dergelijke omschrijving in Boek 3 op te nemen in plaats van als onderdeel van het verbintenissenrecht.¹²⁰

Diezelfde kritiek geldt ten aanzien van de plaatsing van de artt. 6:22 en 23 BW. Ook deze bepalingen hebben met betrekking tot voorwaarden in het vermogensrecht een algemene strekking, die niet beperkt is tot verbintenissen.¹²¹ In art. 6:22 BW kan het woord 'verbintenis' bijvoorbeeld moeiteloos worden vervangen door 'rechtshandeling'. De gevolgen van het intreden van een voorwaarde bij een rechtshandeling zouden daarmee zijn omschreven, zoals deze thans ook zonder een dergelijke wettelijke omschrijving gelden. Daarentegen zal de bepaling van art. 6:23 BW als uitgangspunt inderdaad vooral van belang zijn bij verbintenissen. Dat neemt echter niet weg dat toepasselijkheid bij eenzijdige gerichte rechtshandelingen alleszins denkbaar is.¹²² De artt. 6:24 en 25 BW zijn wel juist geplaatst, omdat deze naar hun aard uitsluitend betekenis kunnen hebben bij verbintenissen. Art. 6:26 BW tot slot lijkt ten aanzien van specifiek verbintenissen wel enige vaststellende betekenis te hebben, maar zou ook rechtshandelingen tot onderwerp kunnen hebben.

De opname van de bepalingen 21, 22 en 23 BW in Boek 6 was voor Meijers niettemin een uitdrukkelijke keuze. Uit de TM volgt althans zonder twijfel dat Meijers alle bepalingen van afd. 6.1.5 BW inderdaad specifiek voor verbintenissen heeft bedoeld.¹²³ Van enige mogelijkheid van toepassing van deze bepalingen buiten het verbintenissenrecht blijkt uit de TM niet. Dat geldt overigens ook voor de andere delen van de PG bij deze wetsbepalingen. Derhalve doet zich de vraag voor, waarom deze wetsbepalingen – ondanks dat deze als gezegd een veel algemenere betekenis hebben – uitsluitend in samenhang met

119 In beperkte mate blijkt dat ook uit de wet zelf. Uit art. 3:84 lid 4 BW volgt een uitdrukkelijke koppeling tussen enerzijds de voorwaardelijke verbintenis en anderzijds de levering ter uitvoering van die voorwaardelijke verbintenis. Enigszins verborgen in de wetssystematiek en met wat goede wil zien we daarin, dat het begrip van de voorwaarde in het goederenrecht geen andere betekenis heeft dan in het verbintenissenrecht. In deze zin v.w.b. de betekenis van de voorwaarde in het goederenrecht ook: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 342.

120 Meijers stelde dat het niet nodig geoordeeld was in het algemeen een definitie van de voorwaarde te geven (PG Boek 3, TM, p. 185). Waarom hij in art. 6.1.5.1 van het OM (art. 6:21 BW) alsnog een omschrijving van de voorwaarde in samenhang met specifiek verbintenissen heeft opgenomen, blijkt niet uit de TM.

121 Zie ook de min of meer overeenstemmende §§ 158 en 162 BGB, die anders dan de artt. 6:22 en 23 in het BW wél deel uitmaken van het algemene deel van het BGB.

122 Te denken valt bijv. aan een onherroepelijk aanbod onder opschortende voorwaarde, waarbij de aanbieder vervolgens belet dat de voorwaarde intreedt.

123 PG Boek 3, TM, p. 185; PG Boek 6, TM, p. 145. Zie ook de inleidende tekst bij het Ontwerp Boek 6 1961, waar nogmaals uit volgt dat de door Meijers gehanteerde voorlopige indeling van Boek 6 nagenoeg volledig werd gehandhaafd en derhalve ook de plaatsing door Meijers van de bepalingen van de voorwaarde in het verbintenissenrecht.

verbintenissen in het BW zijn opgenomen. Ik heb op die vraag geen goed onderbouwd antwoord kunnen vinden. Wel dringt zich de gedachte op dat Meijers zich niet heeft losgemaakt van deze zelfde wetsstructuur als opgenomen in het OBW. Ook in het OBW namelijk had het gros van de bepalingen ter zake voorwaarden betrekking op de voorwaardelijke verbintenis.¹²⁴ Zoals uit de TM bij afd. 6.1.5 BW blijkt, heeft Meijers bij het opstellen van het OM zeer kritisch naar de inhoud van de verschillende wetsbepalingen ter zake voorwaarden in het OBW gekeken. Aan de structuur als zodanig lijkt Meijers echter geen aandacht te hebben besteed en zodoende lijkt hij deze structuur ook zonder nadere onderbouwing te hebben overgeheveld naar het NBW. Aldus kon deze structuur van het OBW zonder verdere verwickelingen haar weg in het NBW vervolgen.

Toch heeft Meijers zelf in het NBW de kiem gelegd voor een andere, met het Duitse recht overeenstemmende wetsstructuur. Blijkens art. 3:38 lid 1 BW bestaat namelijk de uitdrukkelijke mogelijkheid dat een *rechtshandeling* onder voorwaarde wordt verricht. Een dergelijke bepaling ontbrak in het OBW.¹²⁵ In die zin vormt art. 3:38 lid 1 BW een breuk met het OBW, althans in het kader van de structuur als neergelegd in de wet. De in mijn opvatting te verwachten vervolgstap, namelijk plaatsing van de toepasselijke bepalingen ter zake voorwaarden bij de figuur van de rechtshandeling overeenkomstig het BGB, is door Meijers desondanks niet gezet. Dat is in die zin overkomelijk, dat deze bepalingen als thans opgenomen in afd. 6.1.5 BW moeiteloos buiten het verbintenissenrecht kunnen worden toegepast.¹²⁶ Voor wat betreft een logisch opgebouwde wettelijke systematiek heb ik er echter zo mijn bedenkingen bij. Daarnaast beschouw ik het niet opnemen van de wettelijke regeling ter zake voorwaarden bij de rechtshandeling in zekere zin ook als een gemiste kans. Dat blijkt met name als we antwoord willen geven op de in hoofdstuk 3 besproken vraag naar wát voorwaardelijk is aan een rechtsverhouding onder voorwaarde.

Oud BW

Overeenkomstig het NBW lag in het OBW met de artt. 1289 tot en met 1302 ter zake voorwaarden in de wet (sterk) de nadruk op de voorwaardelijke verbintenis.¹²⁷ Zoals ik reeds eerder vermeldde, vloeide uit een *deel* van deze wets-

124 Met dien verstande dat in het OBW afd. 3.1.5 slechts rechtstreeks betrekking had op verbintenissen specifiek uit overeenkomst (zie § 2.1.1).

125 Dat onder het OBW ook een rechtshandeling onder voorwaarde kon worden verricht, was niettemin onbetwist. Het bleek alleen niet rechtstreeks uit de wet (Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 268; Diephuis 1885, p. 103 e.v.).

126 Zie in soortgelijke zin: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 268.

127 Buiten deze afdeling vinden we nog: art. 1215 OBW (vestiging van recht van hypotheek op opschortend voorwaardelijk gehouden onroerend goed); art. 1221 OBW (omvang hypotheekrecht bij voorwaardelijke schuld); art. 1259 OBW (hypotheekrecht t.b.v. voorwaardelijke schuld); art. 1499 OBW (koop op proef wordt geacht onder opschortende voorwaarde

bepalingen voort dat deze specifiek betrekking hadden op verbintenissen uit overeenkomst.¹²⁸ In de literatuur werd echter onweersproken gesteld dat de gehele afdeling 3.1.5 uitsluitend op verbintenissen uit overeenkomst rechtstreekse toepassing vond.¹²⁹ Analoge toepassing van de betreffende wetsartikelen (dan wel van de strekking die in deze bepalingen besloten lag) op andere figuren dan de verbintenis uit overeenkomst werd niettemin bijna algemeen aanvaard.¹³⁰ Met deze systematiek van het OBW bestond derhalve een soortgelijke situatie als thans onder het NBW. Een algemene omschrijving van de voorwaarde ontbrak bijvoorbeeld, maar was in art. 1289 OBW uitsluitend opgenomen als onderdeel van de voorwaardelijke verbintenis. Op deze wetsystematiek bestond zeer incidenteel soortgelijke kritiek als thans op die van het NBW.¹³¹ Het overgrote deel van de auteurs liet zich echter niet uit over deze wettelijke structuur, zodat we kunnen aannemen dat men er geen probleem in zag.

Duits recht

Zoals ik hiervoor reeds zijdelings opmerkte, hanteert het BGB ter zake de bepalingen over voorwaarden een grotendeels andere wettelijke structuur dan het Nederlandse en overigens ook het Zwitserse wetboek. De kern van de betreffende wetsartikelen bestaande uit de §§ 158-162 BGB is neergelegd in afd. 1.3.4 BGB, waar deze onderdeel vormen van de algemene bepalingen ter zake rechtshandelingen. Buiten deze afdeling vindt men nog allerlei specifieke bepalingen ter zake voorwaarden.¹³² De plaatsing van de voormelde wetsartikelen als onderdeel van de bepalingen ter zake rechtshandelingen heeft mijns

te hebben plaatsgehad); art. 1555 OBW (recht van wederinkoop); art. 1576 h en p OBW (huurkoop); art. 2027 OBW (geen verjaring van opschortend voorwaardelijke vordering).
128 De artt. 1290, 1291, 1293, 1296, 1302 en 1303 OBW.

129 Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 117; Den Tonkelaar 1994, p. 4 (en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 3); Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 124; Hofman/Van Opstall 1976, p. 360; Pitlo 1965, p. 197, 198 (Pitlo stelt in dit verband de vraag of art. 1297 OBW ook geldt voor goederenrechtelijke rechtshandelingen, overigens zonder het antwoord te geven); Asser/Rutten 1958, p. 136; Kalma 1940, p. 221; Van Brakel 1935b, p. 1 (althans, Van Brakel spreekt van verbintenissen uit rechtshandelingen).

130 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 128, 129 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 117); Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 124; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 361 (althans, Hofmann stelt dat analogische toepassing op andersoortige verbintenissen 'soms op haar plaats kan zijn'); Wiarda 1943, m.n. p. 307 (Wiarda stelt t.a.v. art. 1296 OBW dat deze bepaling een bredere – bijv. ook zakenrechtelijke – strekking had); Land/Savornin Lohman 1907, p. 47; Everts 1883, p. 1, 2.

131 Everts 1883, p. 4, 5.

132 § 388 BGB (verrekeningsverklaring kan niet onder voorwaarde); § 449 BGB (eigendomsvoorbehoud); § 454 lid 1 BGB (koop op proef); § 572 lid 2 BGB (huurovereenkomst onder ontbindende voorwaarde); § 765 lid 2 BGB (borgtocht voor voorwaardelijke vordering); § 883 lid 1 BGB (mogelijkheid van *Vormerkung* bij voorwaardelijke vordering tot levering); § 925 lid 2 BGB (overdracht van onroerend goed is niet mogelijk onder voorwaarde); § 1113 lid 2 BGB (hypotheek voor voorwaardelijke vordering); § 1204 lid 2 BGB (pandrecht voor voorwaardelijke vordering).

inziens het duidelijke voordeel, dat reeds uit de wettelijke systematiek volgt dat deze betekenis hebben voor het gehele BGB. Daarnaast is sprake van een zekere consistentie, waar deze kernbepalingen ter zake voorwaarden in de wet niet verdeeld zijn over verschillende rechtsfiguren.

Zwitsers recht

De algemene regeling ter zake voorwaarden in het OR is neergelegd in afd. 1.4.2 inzake de algemene bepalingen voor bijzondere verhoudingen bij verbintenissen en bestaat uit de artt. 151-157 OR. Daarnaast omvat ook het OR alsmede het ZGB nog een aantal specifieke bepalingen.¹³³ Afd. 1.4.2 OR gaat in de redactie uit van de voorwaardelijkheid van de *overeenkomst*. Het leidt echter nauwelijks twijfel dat de wetbepalingen naar het geldend Zwitsers recht ook toepassing vinden op de gehele constellatie van rechtshandelingen, verbintenissen en de verkrijging en bezwaring van goederen (voor zover we deze niet reeds alle onder de groep van rechtshandelingen willen brengen). De Zwitserse literatuur is op dit punt in ieder geval grotendeels gelijklopend.¹³⁴ Opmerking verdient dat de keuze van de Zwitserse wetgever om de redactie van de wettelijke regeling toe te snijden op overeenkomsten waarschijnlijk nogal willekeurig is geweest.¹³⁵ Daarmee zouden de wetsartikelen 151-157 OR ook vanuit de optiek van de wetgever een algemene strekking hebben en toepassing kunnen vinden op andere rechtsfiguren.

Uitsluitend beredeneerd vanuit de in de wet neergelegde systematiek is een dergelijk algemeen toepassingsbereik van afd. 1.4.2 OR daarentegen minder eenvoudig te onderbouwen. Becker en Stiefel wezen op art. 7 ZGB, op grond waarvan de algemene bepalingen van het OR ook van toepassing kunnen zijn op andere civielrechtelijke verhoudingen.¹³⁶ Blijkens de door Stiefel besproken wetsgeschiedenis is het echter enigszins de vraag of dit wetsartikel ook betrekking heeft op de wetbepalingen ter zake voorwaarden. Andere door mij bestudeerde Zwitserse auteurs laten zich niet uit over deze wetssystematiek. Daarmee kunnen we concluderen dat naar geldend Zwitsers recht de artt. 151

133 Art. 185 III OR (overgang gebruik en risico bij koopovereenkomst onder opschortende voorwaarde pas bij intreden voorwaarde); art. 217 OR (overdracht van onroerend goed is niet mogelijk onder voorwaarde); art. 492 II OR (borgtocht voor voorwaardelijke vordering); art. 715 ZGB (eigendomsvoorbehoud); art. 824 ZGB (zekerheidsrechten op onroerend goed t.b.v. voorwaardelijke vordering zijn mogelijk); art. 854 ZGB (zekerheidsrechten op onroerend goed zijn niet mogelijk onder voorwaarde).

134 Zie § 2.3.3.

135 Aldus: Bucher 1988, p. 506. Bucher baseert dit op het feit dat blijkens de wetsgeschiedenis de wettelijke bepalingen aanvankelijk gericht waren op verbintenissen, maar op enig moment – vermoedelijk zonder dat enige inhoudelijke wijziging was beoogd – alsnog gewijzigd werden ten faveure van overeenkomsten. Stiefel stelt in afwijking van Bucher dat art. 151 OR aanvankelijk uitging van de voorwaardelijke *rechtshandeling* (Stiefel 1918, p. 45). Uitsluitend in verband met vertaalproblemen in het Frans zou alsnog gekozen zijn voor de redactie van de voorwaardelijke *overeenkomst*.

136 Becker 1941, p. 712; Stiefel 1918, p. 44, 45.

OR e.v. ook buiten de figuur van de overeenkomst toepassing vinden, maar dat aan dit brede toepassingsbereik geen duidelijke wetssystematiek ten grondslag ligt.

2.3.3 Waar kan de voorwaarde aan zijn verbonden?

Inleiding

In het kader van de vraag wat de plaats van de voorwaarde in het vermogensrechtelijke systeem is, heb ik hiervoor geschetst wat de in de verschillende wetboeken neergelegde systematiek is in het kader van de bepalingen ter zake voorwaarden. Thans gaan we naar de tweede invalshoek, namelijk de vraag waar de voorwaarde aan verbonden is. Uit het NBW volgt dat een voorwaarde in ieder geval verbonden kan zijn aan een rechtshandeling alsmede een verbintenis. Het BGB verbindt de voorwaarde aan de rechtshandeling. Het OBW en het Zwitserse OR tot slot geven op die vraag antwoorden die als te beperkt zijn te beschouwen. Voor deze beide stelsels heb ik in dat verband in § 2.3.2 reeds geconstateerd, dat blijkens de literatuur voorwaarden aan meer figuren zijn te verbinden dan als in deze wetboeken vermeld.

Geldend recht

Voorwaarden kunnen op grond van het wettelijk uitgangspunt als neergelegd in art. 3:38 lid 1 BW verbonden worden aan iedere denkbare vermogensrechtelijke rechtshandeling, althans voor zover dat ten aanzien van specifieke gevallen niet is uitgezonderd.¹³⁷ Art. 3:38 BW stelt immers onverkort dat een – lees: iedere – rechtshandeling onder een tijdsbepaling of voorwaarde kan worden verricht, tenzij uit de wet of de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit. Ditzelfde uitgangspunt geldt ten aanzien van verbintenissen, *ongeacht* de ontstaansbron van een verbintenis.¹³⁸ Daarmee kan ook aan een vorderings-

137 Dit is voor het NBW onbestreden: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 323; De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 50; Hijma e.a. 2013, p. 43; Valk (T & C Vermogensrecht) 2013, p. 616; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 93; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 346 (m.b.t. de voorwaardelijke overdracht van uiteenlopende soorten goederen); Haentjens & Meijer 2011, p. 66; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 145; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008 p. 35; Aertsen 2004, p. 131; Brunner & De Jong 2004, p. 50; Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 268; Schoordijk 1986, p. 116, 118.

PG Boek 3, TM, p. 185; PG Boek 5, MO, p. 314; Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 6, p. 9. Hof Leeuwarden 14 januari 2010, NJ 2010, 236; HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506.

138 Let wel, blijkens art. 6:21 BW vindt afd. 6.1.5 uitsluitend rechtstreeks toepassing bij voorwaarden die bij rechtshandeling zijn gesteld. Over de ontstaansbron van de *verbintenis* zegt dit derhalve niets (onterecht anders suggererend: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 128). Er verzet zich derhalve niets tegen het d.m.v. een nadere rechtshandeling voorwaardelijk maken van een verbintenis uit andere bron dan rechtshandelingen, waar afd. 6.1.5 BW vervolgens rechtstreeks op van toepassing is.

recht een voorwaarde zijn verbonden.¹³⁹ Deze laatste mogelijkheid is immers een niet meer dan logisch gevolg van de mogelijkheid van de voorwaardelijkheid van een verbintenis (zie hierna bij de 'nadere uitwerking'). Daarnaast gaat ook de wet op verscheidende plaatsen uit van de voorwaardelijkheid van vorderingsrechten.¹⁴⁰

De mogelijkheid van voorwaardelijkheid van overeenkomsten is daarentegen in de literatuur enigszins betwist, maar de aandacht voor die vraag is bescheiden.¹⁴¹ Of aan eigendom dan wel andere goederenrechtelijke rechten een voorwaarde kan zijn verbonden – derhalve resulterend in een goederenrechtelijk recht dat zelf voorwaardelijk is – is voor het geldend recht omstre-den.¹⁴²

Oud BW

In de vorige paragraaf stelde ik dat de artt. 1289 tot en met 1302 OBW vrijwel zonder twijfel (analoge) toepassing konden vinden op andere rechtsfiguren dan de verbintenis uit overeenkomst waar deze bepalingen naar de letter op geschreven waren. De brede toepasbaarheid van deze wetsbepalingen en daarmee de mogelijke voorwaardelijkheid van allerlei andere rechtsfiguren werd in de literatuur in ieder geval aanvaard.¹⁴³ Of ook een overeenkomst

139 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 131.

140 Zie de artt. 129 en 130 Fw en 476a lid 2 sub b Rv.

141 Afwijzend: Reehuis 2010, p. 85; Out 2003, p. 68; Vriesendorp 1985, p. 12 e.v.

Voor die mogelijkheid: (vermoedelijk) Den Tonkelaar 1994, p. 10. Zie ook A-G Verkade bij HR 12 november 2004, NJ 2005, 500. Verkade gaat ervan uit, dat de aanvaarding van een voorwaardelijk aanbod leidt tot het ontstaan van een voorwaardelijke overeenkomst. De wetgever noemt enigszins en passant de mogelijkheid van een voorwaardelijke overeenkomst: PG Boek 4, MvA II, p. 814.

Zie ook hierna onder 'oud BW' en 'nadere uitwerking' en m.n. § 3.1.2.2.

142 Dát de gevolgen van bijv. een overdracht van eigendom voorwaardelijk kunnen zijn, is onbetwist. De vraag echter of deze voorwaardelijkheid verbonden is aan aspecten die leiden tot de overdracht (derhalve aan de onderliggende rechtshandelingen) dan wel aan de verkregen eigendom, is een groot strijdpunt. Zie hoofdstuk 11 inzake voorwaardelijke beschikkingen.

143 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 124, 125; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 361; Pitlo 1965, p. 197 (en eerder: Pitlo 1964, p. 72); Wiarda 1943, m.n. p. 307 (Wiarda stelt t.a.v. art. 1296 OBW dat deze bepaling een bredere – bijv. ook zakenrechtelijke – strekking had); Veegens/Oppenheim 1917, p. 32; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 47 nt. 2 (die stelt dat voorwaarden gewoonlijk in het verband van rechtshandelingen werden besproken); Diephuis 1885, p. 103 e.v. (Diephuis bespreekt de mogelijkheid van voorwaardelijkheid althans in het algemene verband van rechtshandelingen); Everts 1883, p. 1, 2 (enigszins impliciet). Ook de Hoge Raad sprak in deze van de 'hoofdregeel' (HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745).

Zie in deze zin ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 128, 129 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 117); Den Tonkelaar 1994, p. 4.

voorwaardelijk kon zijn, was daarentegen enigszins omstreden.¹⁴⁴ De vraag of een voorwaarde in de verschillende opvattingen onder het OBW ook gekoppeld kon zijn aan een goederenrechtelijke recht, bespreek ik in § 11.2.4 in het kader van de beschikking onder voorwaarde.

Duits recht

In de Duitse literatuur wordt bij bespreking van de figuur van de voorwaarde vrijwel steeds vastgehouden aan het in het BGB neergelegde uitgangspunt van de voorwaardelijke rechtshandeling. Uit die benadering volgt echter, ook al blijkt dat in de literatuur vaak niet meer dan zijdelings, dat aan een scala van rechtsfiguren die de rechtshandeling als grondslag hebben een voorwaarde kan zijn verbonden. Dat geldt derhalve tevens voor de overeenkomst als rechtshandeling.¹⁴⁵

Ook een voorwaardelijk beschikken over een goed, waarbij aan de vereiste goederenrechtelijke overeenkomst een voorwaarde wordt verbonden, is daarmee voor het Duitse recht zonder twijfel mogelijk. Daarbij zien we echter in zekere mate een dogmatisch verschil van inzicht tussen het Nederlandse en het Duitse recht. Althans, in de Nederlandse literatuur woedt de strijd hoe de goederenrechtelijke werking van voorwaarden is te verklaren, waarbij een van de twee huidige hoofdstromingen de voorwaarde plaatst bij de goederenrechtelijke gerechtigdheid zelf. In het Duitse recht is die discussie niet denkbaar, waar voorwaarden steeds verbonden zijn aan de rechtshandeling en zodoende niet aan het (verkregen) goederenrechtelijke recht.¹⁴⁶

Zwitsers recht

We zagen reeds dat het Zwitserse OR uitgaat van de voorwaardelijkheid van de overeenkomst. Dát een overeenkomst voorwaardelijk kan zijn, staat in de

144 Afwijzend: Vriesendorp 1985, p. 12 e.v.; Pitlo 1964, p. 72; Van Brakel 1935a, p. 14, m.n. nt. 2 (de onderbouwing door Van Brakel voor dit standpunt heeft overigens uitsluitend betrekking op een opschortende voorwaarde).

Voor die mogelijkheid: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 361; Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 293; Hofmann 1937, p. 92; Van Ossenbruggen 1893, p. 88.

145 Zie voor dit alles: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164; Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; PWW/Brinkmann 2014, p. 218; Schellhammer 2014, p. 1063; Bamberger /Roth/Rövekamp 2012, p. 615; MüKo/Westermann 2012, p. 1693 e.v.; Wolf/Neuner 2012, p. 646; Bork 2011, p. 503, 504; Tonner, Willingmann, Tamm, 2010, p. 120, 121; Vieweg 2010, p. 1059; (impliciet) Körner & Rodewald 1999, p. 854 e.v. (m.b.t. fusie en splitsing van rechtspersonen); Wolf 1999, p. 515.

146 Het systematische gevolg voor het Duitse recht is dan ook dat bijv. de verkrijger van een zaak na een beschikking onder ontbindende voorwaarde *geheel* beschikkingsbevoegd is t.a.v. die zaak. Een belastende tussenbeschikking door deze bezwaarde t.b.v. een derde zou daarmee in deze systematiek geheel doorwerken in de gerechtigheid van de verwachter bij het intreden van de ontbindende voorwaarde. De wetgever kon deze systematische consequentie uitsluitend voorkomen door wetsduiding (§ 161 BGB), zie § 11.2.5.2.

Zwitserse literatuur dan ook niet ter discussie.¹⁴⁷ Hiervoor stelde ik echter reeds enige malen, dat het wettelijke uitgangspunt van voorwaardelijkheid van de overeenkomst de bestaande mogelijkheden niet goed weergeeft. Uit de literatuur volgt in elk geval zonder meer dat de wetsbepalingen ter zake voorwaarden niet alleen toepassing vinden op overeenkomsten, maar ook op de gehele constellatie van (een- en meerszijdige) rechtshandelingen,¹⁴⁸ verbintenissen en de verkrijging en bezwaring van goederen.¹⁴⁹ Daarmee is logischerwijs gegeven dat aan al deze rechtsfiguren een voorwaarde kan worden verbonden. Ook ten aanzien van individuele vorderingen wordt door een beperkt deel van de literatuur uitdrukkelijk aangenomen, dat deze onder een voorwaarde kunnen staan.¹⁵⁰ Door andere auteurs wordt dat mijns inziens logische standpunt niet weersproken, zodat we ervan uit kunnen gaan dat die opvatting het Zwitsers geldend recht vormt.

Uitsluitend bij Honsell en Merz trof ik – zonder verdere toelichting – de opvatting aan, dat ook absolute (goederenrechtelijke) rechten voorwaardelijk kunnen zijn.¹⁵¹ Dat is in die zin een opvallend standpunt dat overeenkomstig het hiervoor besproken Duitse recht het Zwitsers recht bij beschikkingen de voorwaarde waarschijnlijk verbindt aan de goederenrechtelijke overeenkomst.¹⁵² Niet het verkregen recht zelf staat onder voorwaarde, maar de beschikking was voorwaardelijk. Het standpunt van Honsell en Merz komt mij voor het Zwitserse recht dan ook onjuist voor.¹⁵³

147 Schwenzer 2012, p. 64; Honsell 2008, p. 610; Peter 1994, p. 202; Staehelin 1993, p. 16, 22 (zie echter ook hierna bij de 'nadere uitwerking'); Becker 1941, p. 712.

Ook uit art. 13 lid 2 van het OR 2020 volgt dat aan de overeenkomst een voorwaarde kan zijn verbonden.

148 Het OR 2020 hanteert blijkens art. 209 de voorwaardelijkheid van de rechtshandeling zelfs als uitgangspunt.

149 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 374, 376 (zie voorbeelden), 377; Berger 2012, p. 259, 260; Schwenzer 2012, p. 64 e.v. (die zonder verdere toelichting voorwaarden grotendeels bespreekt in het kader van de voorwaardelijke rechtshandeling); BSK OR I-Ehrt 2011, p. 851; Koller 2009, p. 1277, 1282 (althans, Koller stelt dat het merendeel van deze bepalingen ook toepassing vindt op éézijdige verplichtingen); Honsell 2008, p. 610, 612; Huguenin e.a. 2008, p. 194, 198; (impliciet) Guhl/Koller 2000, p. 55, 56; (impliciet) Gutmans 1995, p. 10, 11; Peter 1994, p. 202, 203 (met meer literatuur); Staehelin 1993, p. 16, 22; Bucher 1988, p. 506 (Bucher stelt zelfs dat de wetsbepalingen gelezen dienen te worden primair met het oog op verbintenissen); Becker 1941, p. 712; Oser 1929, p. 686 (Oser spreekt van 'analoge' toepassing); Stiefel 1918, p. 44, 45.

150 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 374; Honsell 2008, p. 610; Huguenin e.a. 2008, p. 194.

151 Honsell 2008, p. 610; Merz 1984, p. 152.

152 Zie § 11.2.5.3.

153 Waarbij ik overigens zeker niet kan uitsluiten dat beide auteurs zich wellicht enigszins kort door de bocht hebben uitgedrukt. Beiden onderkennen op zich de systematiek van de voorwaardelijkheid van de beschikking (Honsell 2008, p. 610; Merz 1984, p. 150).

Nadere uitwerking

Uit het vorenstaande volgt dat de verschillende onderzochte stelsels voor wat betreft de kwestie wáár een voorwaarde aan is verbonden, materieel groten-deels overeenstemmen. Voorwaarden kunnen derhalve worden verbonden aan rechtshandelingen in allerlei varianten. Uit de literatuur onder het OBW en het NBW volgt dienaangaande een klein beetje twijfel ten aanzien van de overeenkomst, waarop ik onderstaand terugkom. Daarnaast bestaat voor het huidige Nederlandse recht de vraag, of een voorwaarde ook verbonden kan zijn aan een goederenrechtelijk recht.¹⁵⁴ Eerst besteed ik echter een enkel woord aan het voorwaardelijke vorderingsrecht.

Zoals ik hiervoor constateerde is het onbetwist dat aan een vorderingsrecht een voorwaarde kan zijn verbonden. Dat is ook weinig opzienbarend. Als een verbintenis voorwaardelijk kan zijn, dan vloeit reeds daaruit voort dat ook aan de actieve zijde van die verbintenis – het vorderingsrecht – een voorwaarde gekoppeld is. Het vorderingsrecht als zodanig is immers niet te separeren van de verbintenis waar dit deel van uitmaakt. Het zou een volstrekt onbegrijpelijke systematiek zijn als de verbintenis ‘in enge zin’ (bestaande uit een verplichting en het daar tegenoverstaande recht) zelf voorwaardelijk is, maar daarmee niet vanzelf ook de bestanddelen van die verbintenis voorwaardelijk zouden zijn.

Het antwoord op de vraag of ook een overeenkomst voorwaardelijk kan zijn ligt lastiger. Out en Vriesendorp verzetten zich tegen die mogelijkheid op basis van de gedachte, dat daarmee de wilsovereenstemming zelf voorwaardelijk zou zijn (hetgeen bij een opschortende voorwaarde tot het ontbreken van wilsovereenstemming zou leiden) en dat de geopenbaarde wil uitsluitend een feitelijke aangelegenheid is.¹⁵⁵ Beiden leggen daarmee bij het begrip van de overeenkomst de nadruk op het aspect van de totstandkoming en niet op het feit dat de overeenkomst (ook) een rechtshandeling is.¹⁵⁶ Voor het Zwitsers recht volgt Staehelin een zelfde benadering en komt ook hij tot de slotsom, dat daarmee een opschortende voorwaarde het *ontstaan* van die overeenkomst opschort.¹⁵⁷

154 Deze kwestie die naar voren komt bij de vraag naar de verklaring van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden, behandel ik in hoofdstuk 11.

155 Out 2003, p. 68; Vriesendorp 1985, p. 12 e.v. Overigens verdedigt Vriesendorp deze opvatting in het kader van de figuur van het eigendomsvoorbehoud. Omdat de daarbij ten grondslag liggende overeenkomst door de verkoper moet worden nagekomen vóór het intreden van de opschortende voorwaarde, is daarmee verklaard waarom Vriesendorp bij zijn opvatting van het nog niet tot stand gekomen zijn daarvan een probleem ziet. Bij de andere voormelde auteurs die zich tegen de mogelijkheid van de voorwaardelijke overeenkomst uitspreken, ontbreekt een verdere onderbouwing.

156 Wellicht dat ook Reehuis in deze richting denkt, maar helemaal duidelijk is mij dat niet. Reehuis stelt in dit verband: ‘Niet de overeenkomst zelf, maar de daarbij in het leven geroepen verbintenissen zijn voorwaardelijk’ (Reehuis 2010, p. 85).

157 Staehelin 1993, p. 16. Opgemerkt zij dat Staehelin de enige van de door mij bestudeerde Zwitserse auteurs is die tot deze consequentie komt.

Als we daarentegen uitgaan van de overeenkomst als rechtshandeling, valt niet in te zien waarom een overeenkomst niet voorwaardelijk zou kunnen zijn. Het feit dat uit een overeenkomst veelal een complex van rechtsgevolgen voortvloeit – hetgeen de figuur van de overeenkomst mijns inziens wel tot een enigszins bijzondere rechtshandeling maakt – staat aan voorwaardelijkheid niet in de weg. Waar zou een beperking van voorwaardelijkheid in verband met een dergelijk geheel van rechtsgevolgen immers in gelegen moeten zijn? Ook overigens kan ik geen enkele reden bedenken waarom een dergelijke meerzijdige rechtshandeling niet afhankelijk zou kunnen zijn van een toekomstige onzekere gebeurtenis. In § 3.1.2.2 zal ik dan ook uitgebreider verdedigen dat aan de overeenkomst wel degelijk een voorwaarde kan worden verbonden.

2.3.4 De voorwaarde als onzelfstandig bestanddeel of zelfstandige modaliteit

Inleiding

Een derde invalshoek bij de vraag naar de plaats van de voorwaarde in het vermogensrechtelijke systeem is gelegen in de relatie tussen de rechtsverhouding en de daaraan verbonden voorwaarde. Vormt deze voorwaarde onderdeel respectievelijk een (onzelfstandig) bestanddeel van bijvoorbeeld de voorwaardelijke rechtshandeling, of kan de voorwaarde worden beschouwd als een min of meer zelfstandige modaliteit bij die rechtshandeling? Zoals we zullen zien, wordt daar met name verschillend over gedacht tussen de verschillende rechtsstelsels. Tegelijkertijd mag de aandacht voor deze vraag echter 'bescheiden' worden genoemd. Dat zal ongetwijfeld daarmee samenhangen, dat in het Nederlandse recht in het geheel geen consequenties aan het antwoord op die vraag lijken te worden verbonden. In de Duitse literatuur is dat anders, maar ook daar blijven de consequenties van dat antwoord nogal beperkt.

Geldend recht

Voor het Nederlands geldend recht wordt de voorwaarde bij een rechtsverhouding waarschijnlijk als een onzelfstandig onderdeel respectievelijk bestanddeel beschouwd. Het beperkte aantal auteurs dat zich hierover uitlaat is in ieder geval deze opvatting toegedaan.¹⁵⁸ Van een zelfstandige modaliteit bij de rechtsverhouding is blijkens voormelde literatuur derhalve geen sprake.¹⁵⁹

158 Reehuis 2013, p. 12 (waar Reehuis stelt dat sprake is van een '(bijzonder) bestanddeel van de rechtshandeling zelf'. In Reehuis 1998, p. 8 spreekt Reehuis in dit verband tevens van een 'accidentele'); Struycken 2007, p. 552 ('Een voorwaarde is steeds een beding dat deel uitmaakt van een rechtshandeling. '); Brahn & Reehuis 1997, p. 63; Vriesendorp 1985, p. 13. In gelijke zin voor het Belgisch recht: De Coninck 2007, p. 140 e.v., 324 (waarbij zij de term *modaliteit* overigens hanteert in de zin van de door mij gebruikte term van *onzelfstandig bestanddeel*).

159 Overigens hanteerde Meijers de term *modaliteit* bij verbintenissen wél t.a.v. voorwaarden, naast de tijdsbepaling, aanvullende bevoegdheid van één van partijen en de reglementering

Oud BW

De vraag of een voorwaarde moest worden beschouwd als onderdeel van de verbintenis, dan wel als een min of meer los daarvan staande toevoeging of nevenbepaling, kreeg met name in de oudere literatuur onder het OBW wel enige aandacht.¹⁶⁰ Voor een deel hing deze aandacht daarmee samen dat in de negentiende eeuw nog betwist was of een voorwaarde betrekking had op de partijwil als zodanig en hoe een dergelijke voorwaardelijke wil alsdan moest worden gezien.¹⁶¹ Het meer praktische belang van die vraag werd in verband gebracht met drie kwesties. Everts legde de relatie met de vraag, op wie van partijen het bewijs rustte van het bestaan van een voorwaarde respectievelijk het onvoorwaardelijk zijn van de rechtsverhouding.¹⁶² Daarnaast werd het antwoord van belang geacht voor de situatie, waarin ten aanzien van de voorwaarde als zodanig een probleem bestond, bijvoorbeeld omdat deze in strijd was met de goede zeden.¹⁶³ Hofmann tenslotte legde een verband met art. 1910 OBW, op grond waarvan een 'nadere overeenkomst' in strijd met de oorspronkelijke geen werking tegen derden kon hebben, voor deze derden de nadere overeenkomst niet kenden.¹⁶⁴

Duits en Zwitsers recht

Ook in de Duitse literatuur wordt het onderscheid gemaakt tussen de voorwaarde bij de rechtsverhouding als onzelfstandig deel daarvan, dan wel als min of meer zelfstandige modaliteit. Het belang van deze kwalificatie wordt met name gezien in verband met § 139 BGB, op grond waarvan een gedeeltelijk nietige rechtshandeling de gehele rechtshandeling nietig laat zijn, tenzij aangenomen mag worden dat de rechtshandeling ook zonder het nietige deel zou zijn verricht. Wil deze laatste uitzondering toepassing kunnen vinden, moet

(Meijers 1948, p. 315). Daarbij gebruikte hij – althans in de 'Algemene begrippen' – deze term echter in andere zin, namelijk uitsluitend in het kader van een analyse van de factoren die bijdragen tot de karakterisering van bijzondere overeenkomsten. In de door mij bestudeerde literatuur van de hand van Meijers ben ik de voorwaarde als modaliteit verder niet tegengekomen.

160 Hofmann 1937, p. 97; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 47, nt. 3; Van Ossenbruggen 1893, p. 68 e.v.; Diephuis 1885, p. 104, m.n. nt. 3; (uitgebreid) Everts 1883, p. 65 e.v. De Savornin Lohman ging uit van de voorwaarde die één geheel vormde met de verbintenis. Dat lijkt vrij sterk te duiden op een begrip van de voorwaarde als bestanddeel. Van Ossenbruggen beschouwt de voorwaarde als onzelfstandig bestanddeel van de rechtshandeling, hetgeen ook voor Everts geldt en vermoedelijk eveneens voor Diephuis.

161 Een mogelijkheid was dat de aanvankelijke wil als onvoorwaardelijk werd gezien, waarbij t.g.v. het intreden van de ontbindende voorwaarde die aanvankelijke wil weer werd beperkt. Zie verder Everts, die een dergelijke gedachte zelf afwees (Everts 1883, p. 65). Bij een dergelijke opvatting ligt het voor de hand de voorwaarde als een min of meer zelfstandige modaliteit te zien.

162 Zie over deze bewijslast § 4.3.

163 Daarbij was de te beantwoorden vraag of de verbintenis het lot diende te delen van de nietige voorwaarde.

164 Hofmann 1937, p. 97.

sprake zijn van een zelfstandig deel van de rechtshandeling. Toegepast op voorwaardelijke rechtsverhoudingen betekent dit, dat bij een nietige voorwaarde de rechtsverhouding eventueel in stand kan blijven indien (ook) de voorwaarde de vorenbedoelde zelfstandigheid had.¹⁶⁵

Uit de moderne Duitse literatuur volgt dat bij de vraag naar de bedoelde kwalificatie van voorwaarden in elk geval sprake is van een duidelijk meerderheidsstandpunt. Een groot deel van de literatuur aanvaardt namelijk dat *ontbindende* voorwaarden een zelfstandige modaliteit kunnen vormen, terwijl dat ten aanzien van *opschortende* voorwaarden merendeels wordt afgewezen.¹⁶⁶ Zodoende kan volgens vorenbedoelde auteurs bij een nietige ontbindende voorwaarde sprake zijn van een in stand gebleven en daarmee onvoorwaardelijke rechtsverhouding. De nietige opschortende voorwaarde zou daarentegen steeds leiden tot een gehele nietige rechtsverhouding.¹⁶⁷ De Duitse literatuur maakt derhalve ten aanzien van de voorliggende kwestie een onderscheid tussen ontbindende en opschortende voorwaarden.

De vraag is uiteraard wáárom een ontbindende voorwaarde eventueel *wel* en een opschortende voorwaarde merendeels als *niet* voldoende zelfstandig wordt gezien. Flume baseert dit onderscheid op de gedachte dat ontbindend en opschortend voorwaardelijke rechtsverhoudingen van te onderscheiden aard zijn.¹⁶⁸ De opschortende voorwaarde is zijns inziens een geïntegreerd (onzelfstandig) deel van de rechtsverhouding, omdat partijen wensen dat zonder het intreden van de voorwaarde de rechtsverhouding in het geheel geen werking dient te verkrijgen. De opschortende voorwaarde vormt derhalve een essentieel deel van de rechtsverhouding. Bij een ontbindende voorwaarde dient de rechtsverhouding daarentegen juist werking te hebben en vormt de voorwaarde niet meer dan een eventuele beëindigingsgrond.

165 Zwälve wijst overigens voor de periode van de totstandkoming van het BGB op een ander aspect van de vraag naar de bedoelde kwalificatie. Deze vraag werd volgens Zwälve destijds gesteld tegen de achtergrond of voorwaarden al dan niet goederenrechtelijke werking dienden te hebben. De ontbindende voorwaarde als min of meer afzonderlijke modaliteit bij de wilsverklaring zou daarbij leiden tot – obligatoire – ongedaanmakingsverplichtingen bestaande uit een terugleveringsverplichting. Als inherent onderdeel van die rechtsverhouding daarentegen zou de voorwaarde leiden tot een eigendomsoverdracht, waarvan de (goederenrechtelijke) gevolgen afhankelijk waren van de voorwaarde en daarmee tot goederenrechtelijk effect bij het intreden daarvan (Zwälve 2006, p. 182). Dit aspect van de kwalificatie van voorwaarden komt in de huidige Duitse literatuur in het geheel niet ter sprake.

166 Jauernig/Mansel 2014, p. 124; (vermoedelijk) Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; Bamberger & Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Staudinger/Bork 2010, p. 313; Wolf 1999, p. 515; Flume 1992, p. 691, 692. Westermann wijst dit denken in meer of minder zelfstandigheid van voorwaarden daarentegen af (MüKo/Westermann 2012, p. 1709, 1710). Scheltema lijkt voor het Duitse recht overigens t.a.v. ontbindende voorwaarden te betogen dat deze wel degelijk een (onzelfstandig) bestanddeel vormen (Scheltema 2003, p. 208).

167 Zie over deze kwestie verder § 5.4.

168 Flume 1992, p. 691, 692. Bork onderschrijft deze gedachte van Flume (Staudinger/Bork 2010, p. 313).

Op een enkele uitzondering na heb ik in de Zwitserse literatuur geen opvattingen aangetroffen ten aanzien van het thans behandelde onderwerp. Uitsluitend Ehrat en Becker lijken zich over deze kwestie uit te laten, waarbij zij ervan uitgaan dat de voorwaarde een (onzelfstandig) deel van de rechtsverhouding is.¹⁶⁹ Ehrat verbindt daaraan de gedachte dat ook eventuele vervangende aanspraken (zoals een recht op schadevergoeding bij niet-nakoming) onder diezelfde voorwaarde zullen staan.¹⁷⁰ Wat van dit laatste zij, ik zie niet goed waarom dit zou voortvloeien uit het feit dat de voorwaarde een bestanddeel van de rechtshandeling is. Ware dat laatste niet zo geweest, dan ligt immers de gedachte voor de hand dat het bedoelde recht op schadevergoeding nog steeds onder voorwaarde zou hebben bestaan.

2.4 DE VEREISTEN VAN ONZEKERHEID EN TOEKOMSTIGHEID

2.4.1 Inleiding

Enigerlei vorm van onzekerheid vormt de essentie van en daarmee een essentieel vereiste voor iedere voorwaarde. Dat geldt zowel voor het huidig recht, het OBW, als de overige onderzochte stelsels.¹⁷¹ Dit vereiste van onzekerheid vloeit voor het Nederlands geldend recht niet zozeer voort uit art. 6:21 BW, waar het expliciet in is omschreven, maar uit het feit dat het deze onzekerheid is die partijen niet *onvoorwaardelijk* laat handelen. Zouden partijen immers wel zekerheid hebben omtrent de betreffende gebeurtenis, dan zouden zij onvoorwaardelijk, onder een tijdsbepaling of inhoudelijk anders hebben gehandeld, dan wel de betreffende rechtsverhouding in het geheel niet tot stand hebben gebracht. Zonder onzekerheid bij partijen is daarmee iedere vorm van voorwaardelijkheid uitgesloten. Deze in alle stelsels aangenomen onmogelijkheid van het ontbreken van onzekerheid vloeit ook reeds voort uit de met name onder het OBW, maar soms eveneens onder het NBW en de Duitse en Zwitserse literatuur gehanteerde terminologie van de 'onmogelijke' of 'oneigen-

169 BSK OR I-Ehrat 2011, p. 854; Becker 1941, p. 717. Ehrat gebruikt echter geen term als *bestanddeel*, zodat ik wel enige twijfels heb of ik hem in deze juist interpreteer.

170 Zie § 6.2.3.

171 Dit wordt algemeen onderkend, zie de literatuuroverzichten in § 2.4.3.

lijke voorwaarde'¹⁷² alsmede van de 'noodzakelijke voorwaarde' of 'schijnvoorwaarde'.¹⁷³

Naast het feit dat onzekerheid steeds de grondslag vormt voor voorwaardelijkheid, kan deze nog in een ander opzicht van belang zijn. Onzekerheid vormt namelijk soms de grens tussen rechtens wel of juist weer niet mogelijke handelingen. Een dergelijke onmogelijkheid vinden we bij die juridische handelingen, waarbij het verdisconteren van onzekerheid om uiteenlopende redenen als niet aanvaardbaar wordt beschouwd.¹⁷⁴ Daarentegen kan het verdisconteren van onzekerheid in een rechtsverhouding deze soms juist weer mogelijk maken, waar zekerheid niet mogelijk is; een eigendomsoverdracht onder voorwaarde is rechtsgeldig, waar het verdisconteren van een zéker uitstel – de eigendomsoverdracht onder tijdsbepaling – niet mogelijk is.¹⁷⁵ Onzekerheid vormt derhalve op de eerste plaats de grondslag voor voorwaardelijkheid, maar kan tevens het onderscheid betekenen tussen een wel of niet mogelijk juridisch handelen.

172 De 'onmogelijke' of 'oneigenlijke' voorwaarde wordt daarbij beschouwd als de toekomstige gebeurtenis die met zekerheid nooit zal intreden. Er is derhalve sprake van een voortdurende (niet tijdelijke) en objectieve (niet uitsluitend in een persoon gelegen) onmogelijkheid (in deze zin: Pitlo 1964, p. 74; Everts 1883, p. 54, 55). In verschillende 'Assers' wordt overigens ook de negatieve voorwaarde die met zekerheid wél zal intreden als een onmogelijke voorwaarde aangemerkt (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 134; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 123; Asser/Rutten 1973, p. 131). Deze afwijkende betekenis ontstaat daardoor dat in de gangbare betekenis het de *gebeurtenis* is die nooit zal intreden. Bij vorenbedoelde auteurs heeft de onmogelijkheid daarentegen betrekking op het intreden van de *voorwaarde*, die bij een negatieve formulering van een zeker intredende gebeurtenis inderdaad nooit in vervulling zal gaan.

173 Dit begrip *noodzakelijke voorwaarde* wordt in twee enigszins verschillende betekenissen gebruikt. Enerzijds wordt dit gehanteerd voor gebeurtenissen die in het verleden of heden liggen en derhalve per definitie hebben plaats gevonden, alsmede gebeurtenissen die met zekerheid in de toekomst zullen plaatsvinden (Den Tonkelaar 1994, p. 39). Anderzijds wordt het begrip gebruikt voor de (beperkte) groep van uitsluitend toekomstige gebeurtenissen die met zekerheid zullen plaatsvinden: De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 53; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 133, 134; Brunner & De Jong 2004, p. 52; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 122; Asser/Rutten 1973, p. 130; (vermoedelijk) Everts 1883, p. 47). De eerstgenoemde groep van gebeurtenissen die in het verleden of heden liggen wordt alsdan aangeduid met de term *schijnvoorwaarde*. Het verschil in betekenis komt daarin tot uiting dat de bedoelde 'voorwaarde' m.b.t. een toekomstige gebeurtenis eventueel een tijdsbepaling zou kunnen zijn. T.a.v. gebeurtenissen uit het verleden of in het heden is een dergelijke interpretatie logischerwijs uitgesloten. Wat verder van dit laatste moge zijn, de termen 'noodzakelijke' en 'schijnvoorwaarde' zijn in die zin misleidend dat in de heersende leer in het geheel geen sprake is van voorwaarden.

174 Dit betreft bijv. een aantal eenzijdige rechtshandelingen, zie hoofdstuk 5.

175 Art. 3:85 BW. De overeenkomst tussen beide rechtsfiguren is gelegen in de (v.w.b. de voorwaarde *mogelijke*) beperking in de tijd van de geleverde eigendom. Het cruciale onderscheid bestaat uit de zekerheid dat bij de overdracht onder tijdsbepaling sprake zou zijn geweest van tijdelijke eigendom, terwijl die zekerheid bij de voorwaarde per definitie ontbreekt. Zie verder § 2.4.5.

In deze paragraaf bestudeer ik het begrip 'onzekerheid' zoals gehanteerd ten behoeve van voorwaarden. Zoals we zullen zien bestaan er ten aanzien van dit begrip enkele vragen, die alle terug te voeren zijn op dezelfde hoofdvraag: wanneer is sprake van een zodanige onzekerheid, dat deze voor wat betreft voorwaardelijkheid rechtens wordt erkend?

Het eerste deelaspect van deze hoofdvraag omvat de kwestie of uitsluitend de combinatie van zowel objectieve als subjectieve onzekerheid omtrent een gebeurtenis een voorwaarde kan vormen, of dat uitsluitend subjectieve onzekerheid voldoende is. Daarvoor moeten we eerst vaststellen wat het onderscheid tussen deze beide vormen van onzekerheid is. Van objectieve onzekerheid is in ieder geval sprake bij een omstandigheid die zich in absolute zin nog niet heeft voorgedaan en waarvan evenmin vaststelbaar is of deze in de toekomst al dan niet zal intreden.¹⁷⁶ Niet uitsluitend de handelende partijen verkeren derhalve in onzekerheid, maar niemand is ter zake bekend met deze omstandigheid, noch heeft ook maar iemand vooralsnog de mogelijkheid bekend te worden met de toekomstige uitkomst van het betreffende onzekere feit. Bij deze objectieve onzekerheid kunnen we ons echter afvragen, of de norm ter zake de 'vaststelbaarheid' of de gebeurtenis in de toekomst zal intreden inderdaad dermate strikt is. Van veel mogelijke toekomstige gebeurtenissen zal immers buitengewoon moeilijk zijn vast te stellen of deze zullen gaan plaatsvinden, maar van een absolute onmogelijkheid is niettemin vaak geen sprake. Indien voorwaarden inderdaad een objectieve onzekerheid zouden eisen en deze objectieve onzekerheid uitsluitend zou bestaan bij een dergelijke absoluut onmogelijke vaststelbaarheid, dan zou daarmee het aantal mogelijke gebeurtenissen dat een voorwaarde kan vormen aanzienlijk afnemen.

Met het vorenstaande in gedachten is derhalve de vraag, wat de norm is om van objectieve onzekerheid te kunnen spreken. Die vraag wint nog aan belang doordat het vereiste van objectieve onzekerheid bij voorwaarden thans breed wordt onderschreven en aan het ontbreken van objectieve onzekerheid dan ook stevast consequenties worden verbonden.¹⁷⁷ Desalniettemin is de aandacht voor deze vraag in de literatuur opvallend genoeg zeer bescheiden, waarbij de Nederlandse literatuur er nog relatief goed vanaf komt. Voor het Nederlandse recht wordt het objectief onzekere karakter en daarmee de norm van de vaststelbaarheid wel omschreven als 'naar algemeen menselijke ervaring' onzeker.¹⁷⁸ In de Duitse literatuur wordt de norm gehanteerd van 'naar

¹⁷⁶ Het wettelijk vereiste van 'toekomstigheid' wordt dan ook vooral in dit verband gezien.

¹⁷⁷ Zie § 2.4.2 en § 2.4.3.

¹⁷⁸ Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 121; Asser/Rutten 1973, p. 129 (in gelijke zin: Asser/Rutten 1958, p. 139). In deze zin voor het Belgisch recht ook: De Coninck 2007, p. 65. In deze zin ook de Staatssecretaris van Financiën (VN 2005/27.16, besluit Staatssecretaris van Financiën van 3 mei 2005, nr. CPP2005/370M, V-N 2005/25.16).

menselijke beoordeling' en 'für menschliches Wissen unerforschlich'.¹⁷⁹ In de Zwitserse literatuur vinden we een omschrijving als 'dem menschlichen Wissen entzogen'.¹⁸⁰ Bij dergelijke normen geldt voor de objectieve onzekerheid derhalve niet het vereiste van een absolute onzekerheid.¹⁸¹ Wel ligt de lat blijkbaar hoog om van objectieve onzekerheid te kunnen spreken.

Subjectieve onzekerheid bestaat uit de onbekendheid van specifiek de handelende partijen met de gebeurtenis in combinatie met het besef bij deze partijen dat de gebeurtenis – in elk geval voor hen – onzeker is. Daarvan kan uiteraard sprake zijn bij een tevens objectief onzekere gebeurtenis, althans voor zover deze partijen beseffen dát de betreffende gebeurtenis onzeker is.¹⁸² Daarnaast kan echter ook een reeds ingetreden omstandigheid of een in de toekomst met zekerheid intredende omstandigheid een subjectieve onzekerheid vormen, terwijl deze objectief beschouwd niet onzeker is. Bij de subjectieve onzekerheid is het derhalve zonder belang of een derde kennis draagt van het aan partijen onbekende feit, noch dat partijen of een derde in de mogelijkheid verkeren om direct zekerheid ten aanzien van de nog toekomstige gebeurtenis te verkrijgen. Andersom kan subjectieve onzekerheid ontbreken, terwijl in objectieve zin sprake is van onzekerheid. Partijen beseffen bijvoorbeeld niet dat een bepaalde gebeurtenis objectief onzeker is of begrijpen dat laatste wel degelijk, maar ervaren die onzekerheid niet als daadwerkelijke onzekerheid.¹⁸³

In de Nederlandse literatuur wordt de subjectieve onzekerheid ook wel omschreven als de 'onzekerheid naar het oordeel van partijen'.¹⁸⁴ De Duitse en Zwitserse literatuur hanteren eveneens het begrip van de subjectieve onzekerheid, maar duidelijke omschrijvingen daarvan heb ik niet aangetroffen. Niettemin heeft het er op basis van de gehanteerde voorbeelden alle schijn van, dat het begrip dezelfde betekenis heeft als in de Nederlands literatuur. Samengevat kunnen we derhalve stellen dat bij objectieve onzekerheid sprake

179 Schellhammer 2014, p. 1060 (die spreekt van 'nach menschlichem Ermessen') resp. Ennecerus als geciteerd door Blomeyer (Blomeyer 1938, p. 52). Ondanks naarstig speuren heb ik geen andere Duitse auteurs kunnen vinden die zich over deze norm uitlaten.

180 Koller 2009, p. 1271, nt. 3. In soortgelijke zin: Becker 1941, p. 715; Stiefel 1918, p. 111, 133. Bepaald gelukkig acht ik deze norm overigens niet, omdat de essentie gelegen lijkt in de 'kennis' omtrent een gebeurtenis. Zoals ik hierna zal weergeven, vormt *kennis* echter juist de essentie van subjectieve onzekerheid. Ik zal deze norm derhalve verder niet hanteren.

181 Althans v.w.b. de toekomst. Voor het heden en verleden dient de onzekerheid wél absoluut te zijn: de gebeurtenis mag nog niet hebben plaatsgevonden.

182 Partijen kunnen een objectief onzekere gebeurtenis immers zelf als *zeker* beschouwen. Alsdan is sprake van objectieve onzekerheid zónder dat sprake is van subjectieve onzekerheid.

183 Omdat alsdan sprake is van een situatie waarin beide partijen t.t.v. het aangaan van de rechtsverhouding een onjuiste voorstelling hadden ter zake deze onzekerheid, zou eventueel de figuur van dwaling toepassing kunnen vinden. Partijen dwalen immers niet inzake een uitsluitend toekomstige gebeurtenis, maar in de benadering dat het objectief onzekere feit als zeker zou kwalificeren.

184 Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 121; Asser/Rutten 1973, p. 129. Zie voor het Belgisch recht: De Coninck 2007, p. 63.

is van het ontbreken van zekerheid bij een ieder, terwijl bij subjectieve onzekerheid de focus ligt op de onzekerheid van partijen.

Het tweede hierna door mij behandelde deelaspect van het vereiste van onzekerheid betreft de vraag, welke partijen in onzekerheid dienen te verkeren. Ten aanzien van die vraag ziet de scherpe lezer meteen dat deze geen betrekking kan hebben op het vereiste van objectieve onzekerheid. Om daarvan te kunnen spreken dient immers *een ieder* in onzekerheid te verkeren. Ten aanzien van de subjectieve onzekerheid geldt dat vereiste echter juist niet. Voor zover we derhalve niet zouden hechten aan een vereiste van objectieve onzekerheid, welk standpunt alsdan zou afwijken van het thans geldend Nederlandse recht, is die vraag weer wel van belang.

Het laatste te behandelen inhoudelijke deelaspect van onzekerheid betreft de kans dat een gebeurtenis al dan niet intreedt. Als uitgangspunt zou ik willen stellen dat niet iedere kans, hoe groot of klein ook, rechtens erkend kan worden als een onzekerheid. Zeer kleine of grote kansen op het intreden van een gebeurtenis worden in het maatschappelijk verkeer immers veelal niet als een onzekerheid ervaren. De te behandelen vraag is derhalve óf er criteria zijn te formuleren op grond waarvan beoordeeld kan worden of bij dergelijke kansen sprake is van de vereiste onzekerheid ten behoeve van voorwaardelijkheid. Tot slot van deze paragraaf besteed ik aan het vereiste van onzekerheid nogmaals aandacht in het kader van de scheidslijn tussen voorwaarde en tijdsbepaling.

2.4.2 Het vereiste van toekomstigheid

Geldend recht

Art. 6:21 BW noemt niet slechts het vereiste van onzekerheid, maar ook dat van 'toekomstigheid'. In de literatuur is ter zake deze toekomstigheid geconstateerd dat het als vereiste enigszins overbodig is.¹⁸⁵ Naast het in de volgende subparagraaf besproken vereiste voor het geldend recht dat de onzekerheid van objectieve en dus niet uitsluitend van subjectieve aard dient te zijn, komt aan het vereiste van toekomstigheid in de heersende opvattingen namelijk geen aanvullende betekenis toe.¹⁸⁶ Aan objectieve onzekerheid is immers inherent dat de betreffende onzekere gebeurtenis uitsluitend in de toekomst (al dan niet) zal plaatsvinden.¹⁸⁷ In die zin zou aan de toekomstigheid als

¹⁸⁵ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 132; Haentjens & Meijer 2011, p. 65. Ook De Coninck stelt dat het vereiste van toekomstigheid doorgaans wordt gerelateerd aan het vereiste van objectieve onzekerheid (De Coninck 2007, p. 31).

¹⁸⁶ Zie voor het begrippenpaar *objectieve en subjectieve onzekerheid* § 2.4.1.

¹⁸⁷ Hartkamp en Rutten drukken dit als volgt uit: 'In deze eis van objectieve onzekerheid ligt eigenlijk die van toekomstigheid der gebeurtenis reeds besloten' (Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 121; Asser/Rutten 1973, p. 129).

wettelijk vereiste slechts betekenis toekomen, als er twijfel zou bestaan aan de vereiste aard van de onzekerheid. Wat daar van zij, een zekere relatie tussen dit wettelijke vereiste van toekomstigheid en dat van objectieve onzekerheid bestaat zonder meer.

Ook als we echter – uitdrukkelijk in afwijking van het thans geldend Nederlandse recht – zouden aannemen dat de onzekerheid als grondslag voor een voorwaarde uitsluitend subjectief van aard mag zijn, is het wettelijk vereiste van toekomstigheid logischerwijs overbodig. Voor de betreffende partijen dient alsdan namelijk nog steeds subjectieve onzekerheid te bestaan. Het intreden van de gebeurtenis die tot zekerheid voor partijen zal leiden – derhalve het bekend worden door partijen met de betreffende omstandigheid – moet ook dan in de toekomst zijn gelegen. Zo niet, is voor de betreffende partijen immers geen sprake geweest van subjectieve onzekerheid en is daarmee iedere vorm van voorwaardelijkheid uitgesloten.¹⁸⁸

Oud BW

Ook onder het OBW werd de toekomstigheid van de gebeurtenis die de voorwaarde vormde door een aanzienlijk deel van de auteurs onderschreven.¹⁸⁹ Overeenkomstig het huidige recht werd dit meestal als inherent aan het vereiste van (objectieve) onzekerheid beschouwd,¹⁹⁰ maar ook vloeide dit vereiste rechtstreeks voort uit art. 1289 OBW. Men komt dit vereiste van toekomstigheid in de oudere literatuur echter niet uitsluitend als zodanig tegen, maar ook in de soms verdedigde visie dat alle voorwaarden (derhalve zowel opschortende als ontbindende) in feite opschortend van aard zijn.¹⁹¹ De gedachte daarbij was dat het eventueel in vervulling gaan van een voorwaarde steeds in de toekomst is gelegen, waarbij de opschortende voorwaarde de verbintenis in

188 Terzijde merk ik op dat overeenkomstig hetgeen ik in § 1.5 schrijf, het mij ook op dit punt van toekomstigheid spijt dat ik geen horizontale vergelijking van beëindigingswijzen van rechtsverhoudingen in dit onderzoek heb kunnen opnemen. Het zou interessant zijn het vereiste van toekomstigheid van voorwaarden af te zetten tegen de artt. 6:228 (dwaling) en 6:258 (onvoorziene omstandigheden), waar deze toekomstigheid een belangrijk aspect vormt.

189 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 363; Asser/Rutten 1958, p. 139, 139; Van Dijk 1940, p. 42; Hofmann 1937, p. 86, 87; Veegens/Oppenheim 1917, p. 42; Van Proosdij 1917, p. 16; Asser/Van Goudoever 1913, p. 48; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 48; Opzoomer 1879a, p. 118 e.v.

190 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 363; Asser/Rutten 1958, p. 139; Hofmann 1937, p. 87; Opzoomer 1879a, p. 119 e.v. Ook Van Ossenbruggen constateerde reeds in de 19e eeuw, dat het vereiste van toekomstigheid en objectieve onzekerheid bij de verschillende auteurs meestal hand in hand gaan (Van Ossenbruggen 1893, p. 61). Ik wijs er echter bij deze reeds op dat het vereiste van objectieve onzekerheid als zodanig onder de werking van het OBW aanvankelijk lang niet zo breed werd gedragen als thans, zie § 2.4.3.

191 Opzoomer 1879a, p. 123.

werking laat treden¹⁹² en de ontbindende deze per dat toekomstige moment beëindigd.

Het vereiste van toekomstigheid werd echter in met name de oudere literatuur ook betwist.¹⁹³ Op de eerste plaats werd deze betwisting daarop gebaseerd, dat op andere plaatsen in de wet het vereiste van toekomstigheid ten aanzien van voorwaarden juist niet (dwingend) werd gesteld.¹⁹⁴ Belangrijker was dat het vereiste van toekomstigheid uiteraard sterk in verband werd gebracht met het gestelde vereiste van objectieve onzekerheid bij voorwaarden. Dit vereiste werd echter door een redelijk aantal auteurs afgewezen en daarmee ook het vereiste van toekomstigheid.¹⁹⁵

Duits en Zwitsers recht, PECL, DCFR

Het Duitse en Zwitserse recht stellen ten aanzien van voorwaarden uiteraard wel het vereiste van onzekerheid, maar kennen geen wettelijk vereiste van toekomstigheid. Het OR 2020 noemt in art. 209 lid 1 overigens wél uitdrukkelijk het vereiste van toekomstigheid. Voor zowel het Duitse als het (huidige) Zwitserse recht lijkt het echter geen twijfel dat, in het kader van het vereiste van objectieve onzekerheid van voorwaarden, beide stelsels in de heersende leer dit vereiste van toekomstigheid – tenminste als uitgangspunt – onderkennen.¹⁹⁶

Voor het Zwitsers recht wordt door een enkele auteur het vereiste van toekomstigheid ook wel afgeleid uit de artt. 151 I en 154 I OR. Blijkens deze wetsbepalingen dient de onzekere gebeurtenis nog in te treden, zodat het vereiste van toekomstigheid in feite alsnog rechtstreeks uit de wet kan worden gedistilleerd.¹⁹⁷ Peter en Merz wijzen er voor het Zwitsers recht niettemin op dat de redactie van art. 151 OR – bij gebrek aan een letterlijk vereiste van toekomstigheid van de gebeurtenis – op zich een subjectieve onzekere gebeurtenis als voorwaarde niet zou uitsluiten.¹⁹⁸ Peter leidt de wettelijke grondslag van dit vereiste – mijn insziens op basis van een foutieve redenering – echter

192 Let wel, onder OBW was het nog betwist of het intreden van een opschortende voorwaarde uitsluitend de *werking* dan wel het *ontstaan* van de voorwaardelijke verbintenis betrof. Zie § 3.1.3.1.

193 Van Ossenbruggen 1893, p. 61, 62.; Diephuis 1885, p. 112 e.v.; Everts 1883, p. 14 e.v.

194 Zie art. 1044 en vooral 1299 OBW.

195 Zie verder § 2.4.3.

196 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164; Jauernig/Mansel 2014, p. 124; Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; Schellhammer 2014, p. 1060; MüKo/Westermann 2012, p. 1691, 1712; Wolf/Neuner 2012, p. 642; Bork 2011, p. 496; Staudinger/Bork 2010, p. 310, 311; Von Dürckheim 2006; Hübner 1996, p. 470; Blomeyer 1938, p. 31 e.v.

Zwitsers recht: Schwenger 2012, p. 64; BSK OR I-Ehrat 2011, p. 850; Koller 2009, p. 1270; Honsell 2008, p. 610, 612, 620; Huguenin e.a. 2008, p. 194, 195; Metzger 2005; Guhl/Koller 2000, p. 54; Gutmans 1995, p. 9; Peter 1994, p. 197 e.v. (met verder literatuuroverzicht); Becker 1941, p. 715; Stiefel 1918, p. 41.

197 Koller 2009, p. 1270, 1271.

198 Peter 1994, p. 197; Merz 1984, p. 149. Peter vermeldt dat in de vroege literatuur over het OR die conclusie dan ook werd verdedigd.

alsnog af uit een andere wetsbepaling, namelijk het met art. 6:23 BW vergelijkbare art. 156 OR.¹⁹⁹ Hoe dit ook zij, het vereiste van toekomstigheid wordt door alle door mij bestudeerde Duitse en Zwitserse auteurs expliciet onderschreven.

De PECL en het DCFR stellen in de artt. 16:101 respectievelijk III.-1:106 wel het uitdrukkelijke vereiste van een *toekomstige* gebeurtenis. De toelichting bij beide besteedt echter nauwelijks aandacht aan dit vereiste. Uitsluitend wordt de kwestie besproken of het in de toekomst verkrijgen van informatie ten aanzien van een reeds bestaand maar onbekend feit een voorwaarde kan vormen, waarover § 2.4.3.

Nadere uitwerking

In een ander verband dan als semi-inhoudelijk vereiste bij onzekerheid wordt het vereiste van toekomstigheid zelden genoemd. Desondanks heeft die toekomstigheid nog een ander aspect. Niet alleen moet de onzekerheid betrekking hebben op een gebeurtenis die in de toekomst ligt, maar ook moet die onzekerheid in de toekomst ooit eindigen.²⁰⁰ Het past immers slecht in het algemene systeem van het recht om 'eeuwigdurende' onzekerheid in het leven te roepen. Dat werkt verstoring op het rechtsverkeer, bijvoorbeeld in het geval over goederen voorwaarden is beschikt. Mede ten gevolge van de goederenrechtelijke werking worden dergelijke goederen in zekere zin uit het vrije rechtsverkeer gehaald. De bezwaarde noch de verwachter kan immers over het betreffende goed ten behoeve van derden onvoorwaardelijk beschikken. Voor de kortere termijn is dat meestal niet al te negatief te beoordelen, maar bij steeds langer wordende perioden van onzekerheid zal dit negatieve aspect meer en meer op de voorgrond treden.

Opvallend genoeg heeft de wetgever de vorenstaande problematiek niet in breder verband onderkend voor de voorwaarde in het algemene vermogensrecht, maar wel voor de voorwaardelijke makingen in het erfrecht. Meijers stelde in het OM voor het erfrecht reeds dat 'onvervulde voorwaarden mogen de rechtstoestand van een goed niet te lang in het onzekere houden.'²⁰¹ In

199 Peters gedachtengang daarbij is dat een partij het laten intreden van een voorwaarde dan wel het voorkomen daarvan (als bedoeld in art. 156 OR) uitsluitend kan bewerkstelligen, indien die gebeurtenis in de toekomst ligt en in feitelijke zin niet reeds heeft plaatsgehad. Daarmee zou het vereiste van toekomstigheid en zodoende het vereiste van objectieve onzekerheid voor het Zwitsers recht in de visie van Peter alsnog een wettelijke basis hebben. Inherent aan deze redenering – maar door Peter niet geconstateerd – is dat art. 156 OR op *iedere* voorwaarde toepassing moet kunnen vinden. Alleen in dat geval gaat de redenering van Peter t.a.v. uitsluitend subjectieve voorwaarden logischerwijs op. Edoch, uit niets is mij gebleken dat art. 156 OR dwingend op iedere voorwaarde toepassing zou moeten kunnen vinden.

200 Dit aspect van de toekomstigheid vond ik slechts bij Peter en Becker (Peter 1994, p. 249; Becker 1941, p. 715). Bij Medicus is het wellicht ook zo bedoeld (Medicus 2010, p. 341).

201 PG Boek 4, TM, p. 821. Ook op andere plaatsen in de PG vinden we onderkend dat (te) lange onzekerheid in het verband van erfrechtelijke voorwaardelijke makingen ongewenst is, zie o.a.: PG Boek 4, MO, p. 816.

dat verband moet thans op grond van art. 4:140 BW een voorwaarde binnen dertig jaar na het overlijden van de erflater in vervulling zijn gegaan op straffe van verval, waarop art. 4:141 BW overigens nog een uitzondering kent. Ook in de moderne erfrechtelijke literatuur wordt dit negatieve aspect van onzekerheid bij voorwaardelijke makingen genoemd.²⁰² Voor het algemene vermogensrecht vinden we deze negatieve zijde van onzekerheid overigens wél genoemd in het verband van art. 3:57 BW.²⁰³

Waarom de negatieve aspecten van een langdurige periode van onzekerheid voor het algemene vermogensrecht van de zijde van de wetgever en de literatuur nauwelijks aandacht krijgen, kan ik niet goed verklaren. In het verband van verjaringstermijnen krijgen de negatieve aspecten van (langdurig) tijdsverloop bijvoorbeeld wél alle aandacht.²⁰⁴ Wellicht dat de tweezijdigheid, waarvan bij voorwaardelijke rechtsverhoudingen in het algemene vermogensrecht en anders dan in het erfrecht veelal sprake zal zijn, een zekere dam opwerpt tegen te lange perioden van onzekerheid. Anders dan in het erfrecht zal er immers veelal wel een partij zijn die op enig moment belang heeft bij de eindigheid van die onzekerheid. Echter, ook bij tweezijdigheid kan een (te) lange periode van onzekerheid ontstaan. Beide partijen kunnen er bijvoorbeeld gewoon niet bij hebben stil gestaan dat het lang zou kunnen duren voordat duidelijkheid wordt verkregen omtrent het al dan niet intreden van de onzekere gebeurtenis.

Naast het langdurig onttrekken van goederen aan het verkeer vinden we in de literatuur overigens nog een reden voor een beperking aan de periode van onzekerheid. Peter zoekt de grenzen in de tijd voor de periode van onzekerheid meer op het persoonlijke vlak, namelijk in de goede zeden, persoonlijkheidsrechten en redelijkheid en billijkheid.²⁰⁵ Vooral een te zware verplichting die ontstaat doordat een partij voor een zeer lange periode van onzekerheid voorwaardelijk gebonden is, is in de visie van Peter een reden voor een mogelijke beperking in de tijd.

Voor wat betreft dit tweede aspect van toekomstigheid, bestaande uit de eindigheid van de periode van onzekerheid, wil ik dan ook het volgende concluderen. De voorwaarde die pas intreedt of vervalt bij het 'einde der tijden' is geen voorwaarde. Bij het aangaan van de voorwaardelijke rechtsverhouding moet een bepaald uitzicht bestaan op het definitief al dan niet intreden van een voorwaarde. Mocht de periode van onzekerheid desondanks (te) lang

202 Asser/Perrick 4 2013, p. 227.

203 M.b.t. art. 3:57 BW stelt de TM dat een onmiddellijk belanghebbende 'niet te lang in het onzekere [mag] worden gehouden over zijn rechtspositie' (PG Boek 3, TM, p. 245).

204 Smeehuijzen noemt in dat verband aantasting van de bewijspositie van de debiteur alsmede de negatieve economische en psychologische aspecten van het rekening moeten houden met een al dan niet toewijsbare vordering (Smeehuijzen 2004, p. 25).

205 Peter 1994, p. 249. V.w.b. de door Peter bedoelde ongewenste beperking van 'persoonlijkheidsrechten' kan ik niet goed duiden wat hij hiermee bedoelt.

voortduren, dan dient eventueel alsnog een beperking in de tijd te worden aangebracht.²⁰⁶

2.4.3 De vereisten van objectieve en subjectieve onzekerheid

2.4.3.1 De vereiste onzekerheid in de verschillende stelsels

Geldend recht

Hiervoor heb ik gesteld dat voor het geldend recht onzekerheid essentieel is om van een voorwaarde te kunnen spreken. Of iets nauwkeuriger: 'onzekerheid' ten aanzien van de vraag of de gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde vormt al dan niet zal intreden.²⁰⁷ Dit dwingende vereiste van onzekerheid wordt in de literatuur en door de wetgever dan ook nauwelijks weersproken onderschreven.²⁰⁸ Daarbij lijdt het geen twijfel dat het geldend recht dit vereiste van onzekerheid in twee vormen stelt: er moet zowel sprake zijn van subjectieve als van objectieve onzekerheid.²⁰⁹ Zo stelt de TM bij art. 6:21 BW het vereiste van objectieve onzekerheid bijvoorbeeld onverkort.²¹⁰ Ook de verwijzing in deze wetsbepaling zelf naar de toekomstigheid van de onzekere gebeurtenis kunnen we in dit licht zien. Daarnaast hechten vrijwel alle hedendaagse Nederlandse auteurs die zich over deze kwestie uitlaten sterk aan het vereiste van objectieve onzekerheid.²¹¹ Dat alles laat onverlet dat

²⁰⁶ Zie § 8.2.2.

²⁰⁷ Deze insteek t.a.v. de onzekerheid bij voorwaarden is weliswaar de wijze waarop de onzekerheid eigenlijk steeds wordt benaderd, maar is m.i. toch iets te beperkt. In § 5.2.4.3 onder de 'nadere uitwerking' zal ik betogen dat ook het ontbreken van onzekerheid t.a.v. de *gevolgen* van een beschikking – hetgeen zou leiden tot strijd met het goederenrechtelijke systeem – tot de onmogelijkheid van (goederenrechtelijk werkende) voorwaardelijkheid leidt.

²⁰⁸ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 125; Hockx 2003, p. 201; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 121; Den Tonkelaar 1994, p. 59. Zie v.w.b. de PG hetgeen ik herina schrijf, maar bijv ook: PG Boek 4, MO, p. 816.

²⁰⁹ Zie voor deze beide begrippen § 2.4.1.

²¹⁰ PG Boek 6, TM, p. 145.

²¹¹ De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 52; Kersten 2013, p. 28; Valk (T & C Vermogensrecht) 2013, p. 616; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 132; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 343; Brunner & De Jong 2004, p. 52; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 121; Den Tonkelaar 1994, p. 17 (althans, Den Tonkelaar beschouwt dit als de 'hoofdregel', maar nuanceert dit vervolgens op p. 21 en 28. Overigens vermeldt Den Tonkelaar daarbij (p. 41, en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 44) dat het 'is toe te juichen' dat het NBW ter zake een objectievere koers is gaan varen. M.i. is er echter geen reden tot vreugde).

Ook de Staatssecretaris van Financiën gaf te kennen dat objectieve onzekerheid essentieel is om (in fiscale zin) van voorwaardelijkheid te kunnen spreken (VN 2005/27.16, besluit Staatssecretaris van Financiën van 3 mei 2005, nr. CPP2005/370M, V-N 2005/25.16. Zie verder ook: Van Dijk 2005, p. 83). Vermoedelijk liet de Hoge Raad zich in gelijke zin uit in het fiscale arrest van 17 maart 1993, BNB 1993, 144. De Hoge Raad stelt daarin ter zake een overeengekomen ontbindende voorwaarde dat vereist is dat 'redelijkerwijs aan belast-

het objectieve recht verder weinig houvast biedt voor het al dan niet aanvaarden van het dwingende vereiste van objectieve onzekerheid.²¹²

Dat naast de objectieve onzekerheid tévens sprake dient te zijn van subjectieve onzekerheid vloeit daaruit voort, dat partijen het objectief onzekere feit ook inderdaad als onzeker dienen te hebben beschouwd.²¹³ Indien partijen

baarheid van het genotene kon worden getwijfeld'. Annotator Van Dijck spreekt in dat verband van een 'reële betekenis' van de voorwaarde.

De enige ter zake afwijkende meningen in de moderne Nederlandse literatuur vinden we bij Snijders en Hijma. Snijders onderschrijft weliswaar als uitgangspunt de objectieve onzekerheid, maar maakt een uitzondering voor het geval partijen ten onrechte menen dat sprake is van objectieve onzekerheid (Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 343). Deze visie lijkt daarmee overeen te komen met de hierna vermelde opvatting van Opzoomer onder het OBW.

Hijma stelt m.b.t. de rechtshandeling onder voorwaarde dat deze in haar werking afhankelijk is 'van een toekomstige gebeurtenis waarvan – tussen partijen – niet zeker is of zij zal intreden' (Hijma T&C Vermogensrecht 2013, p. 60). Uit deze nadruk op de onzekerheid *tussen partijen* mogen we afleiden dat Hijma de uitsluitend subjectieve onzekerheid tenminste in zekere zin voldoende acht. In zijn dissertatie bespreekt hij de situatie 'waarin partijen de geldigheid van een bepaald element met zoveel woorden tot een geldigheidsvoorwaarde voor de gehele rechtshandeling hebben gemaakt' (Hijma 1988, p. 264). Hijma onderkent dat een dergelijke 'voorwaarde' toekomstig noch onzeker is. 'Onzeker' in de zin van *objectief onzeker*, omdat impliciet uit zijn betoog de tegenstelling volgt met de wél bestaande subjectieve onzekerheid van partijen. Een dergelijke voorwaarde is in Hijma's optiek dan ook geen daadwerkelijke voorwaarde, maar waarmee wel rekening dient te worden gehouden. Een benadering die we zullen herkennen in het hierna besproken Duitse en Zwitserse recht.

212 Art. 6:161 lid 2 sub c (ter zake vermenging van een vordering met de daartegenover staande schuld), bepaalt bijv. dat deze vermenging niet plaatsvindt zolang 'niet vaststaat' dat de ontbindende voorwaarde waaronder de vereniging van de hoedanigheid van schuldeiser en schuldeiser plaatsvond niet meer in vervulling kan gaan. De PG rept met geen woord over de gehanteerde terminologie van een dergelijk 'niet vaststaan', welke overigens sterk afwijkt van die in het OM. Daarmee blijft ook in de terminologie van dit wetsartikel sec de vraag onbeantwoord of dit 'niet vaststaan' in objectieve zin is te begrijpen, dan wel eventueel in uitsluitend subjectieve zin.

213 Dat voor een voorwaarde altijd subjectieve onzekerheid is vereist – al dan niet naast het vereiste van objectieve onzekerheid – is heersende leer: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 132, 133; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 121. Dit volgde reeds uit HR 21 juni 1918, NJ 1918, 790 (Plockworst), waarbij door het ontbreken van subjectieve onzekerheid t.a.v. een objectief onzeker feit – althans, in ieder geval door het ontbreken van een partijbedoeling tot opname van een voorwaarde – door de Hoge Raad geen voorwaarde, maar een tijdsbepaling werd aangenomen. Waarschijnlijk is er overigens helemaal geen verschil tussen het ontbreken van subjectieve onzekerheid en het ontbreken van een partijbedoeling tot opname van een voorwaarde. Blijkens het voormelde arrest baseert de Hoge Raad naar alle waarschijnlijkheid het ontbreken van die partijbedoeling juist op het ontbreken van subjectieve onzekerheid. Ook bij een niet uitdrukkelijk maar stilzwijgend tot stand gekomen voorwaarde is dit niet anders. Zie bijv. Hof Amsterdam 24 juni 1936, NJ 1937, 1125, waar het hof overweegt dat partijen wel degelijk de bestaande onzekerheid hadden onderkend. Misschien dat we (nogal impliciet) een andere visie vinden in Rb. Haarlem (vzr.) 19 februari 1991, NJ 1992, 615. In dit vonnis lijkt sprake van een ontbindende voorwaarde, terwijl partijen – naar later blijkt naar alle waarschijnlijkheid onterecht – uitgingen van een met zekerheid ooit intredende gebeurtenis. In verband met het vorenstaande is het overigens opvallend

een objectief onzeker feit onterecht als zeker aanmerken, kan bij gebrek aan partijwil om voorwaardelijk te handelen immers onmogelijk sprake zijn van een voorwaarde. De subjectieve onzekerheid als vereiste voor een op partijwil gebaseerde grondslag voor voorwaardelijkheid bespreek ik in § 4.1.3.2. Maar ook in de minder vergaande situatie dat partijen niet van een dergelijke misvatting uitgingen, doch zich gewoon niet in enige mate bewust waren dat het intreden van een gebeurtenis onzeker is, is geen sprake van subjectieve onzekerheid. Voor subjectieve onzekerheid is het wezenlijk dat partijen twijfelen, zij zich bewust zijn van een bepaalde kans of een bepaald risico. Dat vraagt om een bepaalde mate van besef van deze onzekerheid, zonder welke de partijwil nooit gericht kan zijn op een voorwaardelijk handelen. Zodoende dient voor het geldend recht naast het vereiste van objectieve onzekerheid tevens sprake te zijn van subjectieve onzekerheid, willen we kunnen spreken van voorwaardelijkheid.²¹⁴ Of dit vereiste van subjectieve onzekerheid voor het geldend recht dwingend geldt ten aanzien van *ieder* van de partijen bij de rechtsverhouding, blijkt echter nergens uit.²¹⁵ Overigens noem ik op deze plaats reeds dat het vereiste van subjectieve onzekerheid nog een andere functie heeft, namelijk dat het besef van het bestaan van onzekerheid voor partijen een vereiste vormt voor het überhaupt kunnen handelen met het oog op die onzekerheid.²¹⁶

dat Zwolve vrijwel dezelfde systematiek voor het Duitse recht als bijzonder lijkt te beschouwen (Zwalve 2006, p. 186).

- 214 I.v.m. de opvatting dat voorwaardelijkheid ook kan voortvloeien uit het gewoonterecht, verwijs ik naar § 4.1.4.2. Zoals ik daar beschrijf, is het vooral het vereiste van subjectieve onzekerheid dat aan deze opvatting van voorwaardelijkheid voortvloeiend uit het gewoonterecht in de weg staat.
- 215 Let wel, het feit dat voor het geldend recht in het kader van voorwaardelijkheid sprake moet zijn van objectieve onzekerheid wil nog niet zeggen, dat daarmee ook ieder van partijen de gebeurtenis als onzeker ervaart. Denk aan de garagehouder die volledig overtuigd is van de technische kwaliteit van de tweedehands auto en de potentiële koper die zijn (nog niet onderbouwde) bedenkingen ter zake heeft. Dat in de Nederlandse rechtskring geen aandacht is geweest voor de vraag wie van partijen in (subjectieve) onzekerheid moet verkeren, is redelijk te verklaren. Bij de onderstaand besproken nadruk die het thans geldend recht legt op het vereiste van objectieve onzekerheid, ligt een dergelijke vraag naar de subjectieve onzekerheid gewoon minder voor de hand.
- Zoals ik hierna zal beschrijven, volgt de Duitse (en in enige mate ook in de Zwitserse) rechtskring v.w.b. het vereiste van objectieve onzekerheid echter een andere koers. Niettemin bestaat ook daar vrijwel geen aandacht voor de vraag naar wie van partijen in subjectieve onzekerheid moet verkeren. De enige uitzondering daarop wordt gevormd door Merz (Merz 1984, p. 149, nt. 3). Merz bespreekt deze vraag in ieder geval m.b.t. het Zwitserse recht, maar gezien de context vermoedelijk ook voor het Duitse. Enigszins impliciet lijkt Merz te betogen dat subjectieve onzekerheid bij slechts één van partijen voldoende is voor voorwaardelijkheid. Ik bespreek deze vraag verder niet, maar onderschrijf de gedachte dat subjectieve onzekerheid bij één partij afdoende is voor voorwaardelijkheid.
- 216 Hierin vinden we de reden dat ik in § 2.4.3.3 zal verdedigen dat partijen ook in een situatie van uitsluitend subjectieve onzekerheid (derhalve bij het ontbreken van objectieve onzekerheid) tóch voorwaardelijkheid overeen zouden moeten kunnen komen. Daarnaast zal ik in § 4.1.5 verdedigen dat mede uit het belang van een dergelijk besef voortvloeit, dat

Ten aanzien van de gebeurtenis waarbij objectieve zekerheid ontbreekt wordt wel geconstateerd, dat alsdan sprake is van óf een direct onvoorwaardelijke, óf een nooit tot stand gekomen verhouding. De eerste mogelijkheid betreft de gevallen van de reeds vervallen of met zekerheid nooit intredende ('onmogelijke') ontbindende voorwaarde en de reeds ingetreden of met zekerheid intredende ('noodzakelijke') opschortende voorwaarde. De tweede (spiegelbeeldige) mogelijkheid betreft de situatie van een reeds ingetreden of met zekerheid intredende ontbindende voorwaarde en de reeds vervallen of met zekerheid nooit intredende opschortende voorwaarde. De TM geeft de gebeurtenis die objectief beschouwd nooit zal intreden (de 'onmogelijke voorwaarde') als volgt weer: 'Geen uitdrukkelijk voorschrift is nodig om te bepalen, dat wanneer iemand een recht is toegekend onder een opschortende voorwaarde, die nimmer vervuld kan worden, dit gelijk is aan het geheel niet toekennen van een recht en dat wanneer iemand een recht is toegekend onder een ontbindende voorwaarde, die nimmer vervuld kan worden, dit gelijk is aan een onaan-tastbaar toekennen van dit recht'.²¹⁷

Volgens een enkele auteur en de TM moet een dergelijke onmogelijke voorwaarde als nietig worden beschouwd.²¹⁸ Uit de literatuur en jurisprudentie volgt echter dat ook wel andere consequenties kunnen worden verbonden aan de 'voorwaarde' waarbij objectieve onzekerheid ontbreekt. Den Tonkelaar stelt bijvoorbeeld dat een *opschortende* 'voorwaarde' die met zekerheid zal intreden een opschortende tijdsbepaling vormt.²¹⁹ Uit de jurisprudentie lijkt daarnaast te volgen dat een *ontbindende* 'voorwaarde' waarvan de gebeurtenis een feit betreft dat in de toekomst met zekerheid zal intreden en waarbij dit

voorwaarden steeds hun grondslag in de partijwil dienen te hebben en andere grondslagen (gewoonte, wet) daar niet geschikt voor zijn.

217 PG Boek 3, TM, p. 186.

218 De Vries 2004, p. 27; PG Boek 3, TM, p. 186.

Voor de opschortende 'voorwaarde' kan dit echter niet juist zijn. Niet uitsluitend de voorwaarde, maar de gehele rechtsverhouding is alsdan immers niet tot stand gekomen. Daarnaast lijkt het de vraag of het begrip 'nietig' ook v.w.b. ontbindende 'voorwaarden' wel zo gelukkig is. De betreffende gebeurtenis voldoet niet aan het dwingende vereiste van onzekerheid en de voorwaardelijkheid komt derhalve niet tot stand. M.n. in het geval dat partijen bekend zijn met het ontbreken van onzekerheid – en derhalve zelfs geen sprake is van subjectieve onzekerheid – lijkt daarmee een term als *non-existent* treffender. Ik zie althans niet hoe we zouden kunnen geraken tot toepasselijkheid van art. 3:40 BW of andere wetsbepalingen die nietigheid tot gevolg hebben.

Niettemin is het voordeel van het begrip *nietig* dat direct kan worden aangesloten op de mogelijkheid van conversie (art. 3:42 BW) van een opschortend onmogelijk voorwaardelijke verbintenis (of rechtshandeling), welke mogelijkheid in de TM uitdrukkelijk wordt onderkend (PG Boek 3, TM, p. 186). Meijers merkt daarbij overigens op dat partijen onbekend moeten zijn geweest met de nietigheid van de (onmogelijke) voorwaarde – lees: onbekend met het feit dat de gebeurtenis objectief zeker is – wil conversie in beginsel mogelijk zijn.

219 Den Tonkelaar 1994, p. 40. Voor het OBW reeds: Land/De Savornin Lohman 1907, p. 48 nt. 1, p. 49; Diephuis 1885, p. 115. Dit zal m.i. inderdaad vaak de consequentie zijn, maar uiteindelijk moet dit worden beoordeeld aan de hand van de veronderstelde partijwil (in dezelfde zin: Land/De Savornin Lohman 1907, p. 48 nt. 1).

intreden voor een of beide partijen voorzienbaar was, niet altijd leidt tot een nooit tot stand gekomen rechtsverhouding.²²⁰

Wat er van dit laatste zij, in zijn algemeenheid leidt derhalve het ontbreken van objectieve onzekerheid in de heersende opinie tot directe onvoorwaardelijkheid of het direct ontbreken van de rechtsverhouding. Anders dan de Duitse en enigszins anders dan de Zwitserse literatuur laat slechts een zeer enkele Nederlandse auteur zich uit over de vraag, wat het gevolg is van een 'voorwaarde' onder *uitsluitend* subjectieve onzekerheid – en derhalve het ontbreken van objectieve onzekerheid – in het kader van de relatie tussen partijen onderling. De vraag derhalve hoe partijen ten opzichte van elkaar staan in de periode dat de subjectieve onzekerheid nog voortduurt en partijen gewoon nog niet weten hoe de in objectieve zin vaststaande gebeurtenis voor hen zal uitpakken. Voor een verdere uitwerking van de situatie van uitsluitend subjectieve onzekerheid verwijs ik naar de onderstaande 'nadere uitwerking'.

Oud BW

Overeenkomstig het NBW was voor het OBW essentieel dat in het kader van voorwaardelijkheid sprake was van onzekerheid ten aanzien van het intreden van een gebeurtenis.²²¹ In ieder geval gold dat voor het vereiste van subjectie-

220 Hof 's-Hertogenbosch 6 november 2007, RN 2008, 13. Volgens het hof kan de voorzienbaarheid van het intreden van een ontbindende voorwaarde t.t.v. het aangaan van de overeenkomst resp. het toekomstige doen van een beroep op die voorwaarde er toe leiden, dat op grond van de redelijkheid en billijkheid een beroep op die voorwaarde 'niet noodzakelijk' de beoogde ontbinding tot gevolg heeft. Dezelfde gedachte vinden we eerder bij Hartkamp in zijn conclusie bij HR 21 juni 1996, NJ 1996, 698 (Tomlow/Zwietering). Zie in deze zin ook Van Dijk in zijn noot bij het fiscale arrest HR 17 maart 1993, BNB 1993, 144, waar hij stelt dat bij een ontbindende voorwaarde ter zake de (vrijwel vaststaande) verschuldigdheid van inkomstenbelasting met die voorwaarde geen rekening dient te worden gehouden. Zie in dit verband ook: Rb. Haarlem 17 augustus 2011, LJN: BU09343, waar de bekendheid of het behoren te begrijpen van de bestuurder van een vennootschap met het per definitie toekomstige intreden van een voorwaarde leidde tot bestuurdersaansprakelijkheid jegens een schuldeiser van de vennootschap.

Ook is overigens via art. 6:23 BW geprobeerd tot dit resultaat te komen, zie Hof Arnhem 20 februari 2007, LJN: BA6109. Een koper zou volgens de verkoper hebben moeten weten dat bij gebrek aan voldoende financiële middelen hoe dan ook een beroep op een financieringsvoorbepaling zou worden gedaan. Het hof wees die stelling o.g.v. de omstandigheden respectievelijk een gebrek aan bewijs af. Het vonnis suggereert echter dat bij een geslaagd bewijs die stelling wellicht zou zijn aanvaard. Ongeveer hetzelfde zien we bij Rb. Breda 19 april 2006, NJF 2006, 273.

Mijn lichte terughoudendheid om in deze van 'geldend recht' te spreken vloeit slechts daaruit voort, dat de voormelde rechtspraak weliswaar redelijk sterk deze consequentie lijkt te onderschrijven, maar in geen van deze gevallen deze consequentie uiteindelijk ook is getrokken.

221 Den Tonkelaar 1983, p. 18 e.v.; Van Buchem-Spapens 1982, p. 57 (althans, Van Buchem-Spapens noemt de onzekerheid als van essentieel belang voor het onderscheid tussen voorwaarde en tijdsbepaling); Asser/Rutten 1958, p. 139 (Rutten spreekt van de onzekerheid die de voorwaarde 'kenmerkt'); Van Dijk 1940, p. 42, 43; Van Brakel 1935a, p. 5; Asser/Van Goudoever 1913, p. 49; Van Ossenbruggen 1893, p. 54; Everts 1883, p. 17, 18.

ve onzekerheid, zonder welke geen sprake kon zijn van een voorwaarde.²²² Ten aanzien van de objectieve onzekerheid lag dit echter genuanceerder. Sinds halverwege de vorige eeuw lijkt namelijk voor wat betreft het vereiste van objectieve onzekerheid een zekere omslag te hebben plaatsgevonden. Althans, in de oudere literatuur wordt over deze kwestie nog uiteenlopend gedacht²²³ en ook de Hoge Raad heeft onder het OBW nog arrest gewezen, waarin de mogelijkheid van uitsluitend subjectieve onzekerheid bij voorwaarden werd onderkend.²²⁴ Lagere rechtspraak gaf in deze een niet eenduidig beeld.²²⁵

Art. 1299 OBW bood – met name in de verhouding tot art. 1289 OBW – ook zeker ruimte voor verschil van inzicht: ‘Eene verbindtenis onder eene opschortende voorwaarde is de zoodanige welke afhangt, of van een eene toekomstige en onzekere gebeurtenis, of van eene reeds gebeurde, doch aan partijen nog onbekende zaak.’²²⁶ Art. 1289 OBW dat voor zowel ontbindende als opschortende voorwaarden gold, sprak daarentegen uitsluitend van toekomstige

Zie ook: de conclusie van de PG bij HR 21 juni 1918, NJ 1918, 790 (Plockworst); HR 24 maart 1916, W. 9972 (het kalven door een koe kan niet uitblijven en vormt derhalve geen voorwaarde maar een onzekere tijdsbepaling) met de kritiek van Meijers op dit feitelijke oordeel in zijn noot bij dit arrest (HR 24 maart 1916, WPNR 2432 (1916)).

222 Hofmann-Van Opstall 1976, p. 364; Van Brakel 1935a, p. 6; Suijling 1934, p. 424 (die in het geval van een objectief onzekere, maar subjectief ‘zekere’ gebeurtenis uitgaat van een tijdsbepaling). Zie in deze zin ook: Rb. Utrecht 25 november 1896, W. 6938. Wellicht dat Vriesendorp onder het OBW daarentegen geen belang hechtte aan de subjectieve onzekerheid, gezien zijn constatering voor het Franse recht (Vriesendorp 1985, p. 11). Echter, uit het door Vriesendorp beschreven Franse recht lijkt niets anders voort te vloeien dan uit het Nederlandse.

223 Vóór de mogelijkheid van uitsluitend subjectieve onzekerheid: Kalma 1940, p. 220, 221 (o.b.v. art. 1299 OBW m.b.t. de opschortende voorwaarde); Van Ossenbruggen 1893, p. 55, 61; Diephuis 1885, p. 112 e.v.; Everts 1883, p. 8 e.v. Den Tonkelaar verwijst in deze ook naar Suijling (Den Tonkelaar 1994, p. 40), maar op de door Den Tonkelaar opgegeven vindplaats kan ik bij Suijling niets van die strekking vinden. Wat van dit laatste zij, De Coninck is met haar conclusie dat uitsluitend subjectieve onzekerheid onder het OBW als onvoldoende werd beschouwd dan ook te stellig (De Coninck 2007, p. 30).

Voor het dwingende vereiste van (ook) objectieve onzekerheid: Hofmann-Van Opstall 1976, p. 363, 390 (zie echter ook hierna); Asser/Rutten 1973, p. 129 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 139); Pitlo 1964, p. 82; Hofmann 1937, p. 94; Veegens/Oppenheim 1917, p. 33, 41, 42; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 48; Asser/Van Goudoever 1913, p. 49; Opzoomer 1879a, p. 118 e.v., p. 160.

224 HR 24 januari 1924, NJ 1924, 365. Het betrof hier een gebeurtenis ‘vooraangaande aan de overeenkomst, doch omtrent welke partijen bij het afsluiten van het contract nog in onzekerheid verkeerden’. Ik kan daar niet anders dan een uitsluitend subjectief onzekere gebeurtenis in zien (in gelijke zin: Asser/Rutten 1958, p. 139, 140 nt. 5). PG Noyon wees in zijn conclusie bij dit arrest de mogelijkheid van een dergelijke voorwaarde nog van de hand.

225 Zie de Rb. Leeuwarden, die de mogelijkheid van een uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde expliciet onderkent (Rb. Leeuwarden 27 mei 1909, W. 8935). De Rb. Rotterdam wilde daarentegen in 1914 t.a.v. gebeurtenissen die in het verleden lagen (maar wellicht nog onbekend waren) i.e.g. niet weten van een voorwaarde (Rb. Rotterdam 25 juni 1914, W. 9725).

226 Ook het Ontwerp 1820 bevatte met de art. 2217 en 2218 een bepaling waaruit de mogelijkheid van een uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde uitdrukkelijk volgde.

gebeurtenissen.²²⁷ Opzoomer beperkte de eventuele mogelijkheid van subjectieve onzekerheid op basis van art. 1299 OBW zeer sterk tot die situatie, waarin partijen dwaalden in de veronderstelling dat de gebeurtenis toekomstig was.²²⁸ Zonder een dergelijke dwaling was er in zijn optiek bij het ontbreken van objectieve onzekerheid geen sprake van een voorwaarde. Oppenheim ging nog een stap verder door het wetsartikel zo te interpreteren, dat in geen enkel (uitzonderings)geval sprake kon zijn van een voorwaardelijke rechtsverhouding bij uitsluitend subjectieve onzekerheid.²²⁹ Diephuis daarentegen zag in art. 1299 OBW de uitdrukkelijke erkenning van de mogelijkheid van subjectieve onzekerheid en liet dit artikel derhalve prevaleren boven de wettekst van art. 1289 OBW.²³⁰ Van Opstall voer weer een enigszins andere koers, waar hij een voorwaarde bestaanbaar acht die *'mogelijk* [cursivering HS] reeds heeft plaats gevonden doch dat aan partijen nog onbekend is'.²³¹ Den Tonkelaar lijkt art. 1299 OBW weer enigszins anders te interpreteren door de subjectieve bedoeling van partijen om een voorwaarde overeen te komen te laten prevaleren boven het ontbreken van objectieve onzekerheid.²³²

Met al deze verschillende opvattingen lijkt dan ook de conclusie gerechtvaardigd dat in ieder geval in de eerste helft van de periode waarin het OBW gelding had geen sprake was van een heersende opvatting, onverminderd de onderkenning van de mogelijkheid van uitsluitend subjectieve onzekerheid door de Hoge Raad in 1924.²³³ In de periode daarna zet het dwingende vereiste van objectieve onzekerheid zich als heersende leer echter gestaag door.²³⁴

227 Waaruit overeenkomstig huidig recht afgeleid kon worden dat het vereiste van objectieve onzekerheid gold. In deze zin impliciet ook: Hijma 1988, p. 264.

228 Opzoomer 1879a, p. 160.

229 Veegens/Oppenheim 1917, p. 42. Ook Hofmann lijkt aan de wetsbepaling geen enkele additionele betekenis te hechten naast art. 1289 OBW (Hofmann 1937, p. 94).

230 Diephuis 1885, p. 113. Diephuis baseerde zich daarbij mede op het Ontwerp van 1820, in welk ontwerp in de artt. 2217 en 2218 als gezegd de uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde expliciet werd aanvaard. Niettemin onderkende hij dat de artt. 1289 en 1299 OBW moeilijk met elkaar te rijmen waren (Diephuis 1886, p. 250).

231 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 390. In deze opvatting verkeren partijen derhalve niet alleen in subjectieve onzekerheid over de vraag wat de uitkomst was van de eventueel reeds ingetreden gebeurtenis, maar ook óf deze gebeurtenis al dan niet reeds heeft plaatsgevonden. In dat laatste onderscheidt de visie van Van Opstall zich van de voormelde auteurs.

232 Den Tonkelaar 1994, p. 28 en (uitgebreider) Den Tonkelaar 1983, p. 18 e.v. Ook voor het OBW beschouwt hij de objectieve onzekerheid echter als de 'hoofdregel' (Den Tonkelaar 1983, p. 23).

233 HR 24 januari 1924, zie hiervoor.

234 Het vereiste van objectieve onzekerheid heeft overigens wel oude papieren; het Romeinse recht onderkende dit vereiste reeds (aldus: Peter 1994, p. 13 e.v.; Jörs e.a./Honsell e.a. 1987, p. 91). Dit recht bevatte waarschijnlijk wel een zekere nuancering. Als niet geldig werd beschouwd de subjectieve voorwaarde die in het verleden of heden lag. Daarentegen werd als wel geldig beschouwd de subjectieve voorwaarde, waarvan partijen – ten onrechte – meenden dat de betreffende gebeurtenis in de toekomst lag (zie hierover Everts 1883, p. 9).

Duits en Zwitsers recht, PECL, DCFR

Overeenkomstig het Nederlandse recht vormt onzekerheid voor het Duitse en Zwitserse recht hét kernvereiste om van een voorwaarde te kunnen spreken. De moderne Duitse en Zwitserse auteurs onderschrijven het dwingende vereiste van objectieve onzekerheid – steeds in combinatie met subjectieve onzekerheid – eveneens algemeen.²³⁵ Voor zowel Duits als Zwitsers recht is overeenkomstig het Nederlandse recht dan ook uitdrukkelijk verdedigd dat uitsluitend subjectieve onzekerheid nooit een voorwaarde in de zin van § 158 BGB respectievelijk art 151 en 154 OR kan vormen.²³⁶ Een dergelijke subjectief onzekere voorwaarde wordt dan ook wel aangeduid met termen als ‘Scheinbedingung’ of ‘Gegenwartsbedingung’. De beperkte rechtspraak in beide landen sluit zich bij het vereiste van objectieve onzekerheid aan.²³⁷ In dat verband zij overigens nogmaals opgemerkt dat beide rechtssystemen in afwijking van art. 6:21 BW voor het Nederlandse recht geen expliciet wettelijk vereiste van toekomstigheid van de onzekere gebeurtenis kennen. In het BGB ontbreekt immers iedere omschrijving van de voorwaarde, terwijl art. 151 OR het vereiste van toekomstigheid niet noemt. Terwijl men voor het Nederlandse recht derhalve het vereiste van objectieve onzekerheid rechtstreeks kan afleiden uit het wettelijke vereiste van toekomstigheid, ontbreekt deze wettelijke grondslag in het Duitse en Zwitserse recht.

De gevolgen die het Duitse en Zwitserse recht verbinden aan een overeengekomen onmogelijke voorwaarde (een voorwaarde waarvan de gebeurtenis

e.v.). Geheel juist wijst Everts dit onderscheid af, omdat tussen deze beide gevallen v.w.b. het ontbreken van objectieve onzekerheid logischerwijs geen enkel verschil bestaat.

²³⁵ Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164; Jauernig/Mansel 2014, p. 124; Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; PWW/Brinkmann 2014, p. 219; Schellhammer 2014, p. 1060; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 612, 613; MüKo/Westermann 2012, p. 1692; Wolf/Neuner 2012, p. 643, 644; Bork 2011, p. 496; Medicus 2010, p. 340; Staudinger/Bork 2010, p. 316; Wolf 1999, p. 503; Flume 1992, p. 678, 679; Westermann 1973 p. 26; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 839, 840.

Zwitsers recht: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 373; Schwenger 2012, p. 64; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 850, 854; Koller 2009, p. 1270, 1272 en 1297, 1299; Honsell 2008, p. 611, 612; Huguenin e.a. 2008, p. 194, 195; Gutmans 1995, p. 9; Peter 1994, p. 196, 198 (met uitgebreid literatuuroverzicht); Bucher 1988, p. 507; Keller & Schöbi 1988, p. 103. Ook reeds Becker 1941, p. 716; Oser 1929, p. 683; Stiefel 1918, p. 63 (waarbij Stiefel de begrippen subjectieve en objectieve onzekerheid overigens in een onderling iets verschillende betekenis gebruikt dan ik. De eventuele aanwezigheid van nog niet gevonden delfstoffen is z.i. bijv. wél objectief onzeker, zie p. 64 e.v.).

De Coninck stelt dat dit vereiste van objectieve onzekerheid ook voor het Belgisch recht door het overgrote deel van de rechtsleer wordt gesteld (De Coninck 2007, p. 85).

²³⁶ Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164; Jauernig/Mansel 2014, p. 125; Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; (impliciet) Schellhammer 2014, p. 1060; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 614; Wolf 1999, p. 503; Flume 1992, p. 678, 679; Blomeyer 1938, p. 31 e.v.

Zwitsers recht: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 373; Schwenger 2012, p. 64; Koller 2009, p. 1272 en 1297; Honsell 2008, p. 612; Huguenin e.a. 2008, p. 195; Gutmans 1995, p. 9, 17; Keller & Schöbi 1988, p. 104. Echter anders: Merz 1984, p. 149.

²³⁷ Zie voor Duits recht: BGH 15 mei 1968, NJW 1968, 2099.

objectief zeker niet zal intreden) verschillen overeenkomstig het Nederlandse recht voor de opschortende en de ontbindende voorwaarde. De opschortende voorwaarde zal nooit meer intreden, zodat – logischerwijs – van meet af aan in het geheel geen rechtsverhouding tot stand is gekomen. De onmogelijke ontbindende voorwaarde zal evenmin nog intreden, met als gevolg dat de ‘voorwaardelijke’ rechtsverhouding vanaf het moment van totstandkoming onvoorwaardelijk is; de rechtsverhouding zal immers niet meer worden ontbonden.²³⁸

In de toelichtingen bij zowel de PECL als het DCFR wordt eveneens buiten twijfel gesteld dat het onzekere karakter de essentie vormt van voorwaarden.²³⁹ Het onderscheid tussen objectieve en subjectieve onzekerheid wordt daarbij in geen van beide – voor een groot deel ter zake gelijkluidende – toelichtingen in uitdrukkelijk zin gemaakt. Niettemin bestaat er eigenlijk geen twijfel over het feit, dat uitsluitend subjectieve onzekerheid voor beide stelsels onvoldoende is om een voorwaarde te kunnen vormen. Dit volgt daaruit dat blijkens de toelichtingen de PECL en het DCFR afwijken van het Spaanse recht, waar de onbekendheid van partijen met een feit uit het verleden wél een voorwaarde kan vormen.²⁴⁰ Dit laat niettemin onverlet dat de toelichtingen op beide stelsels de mogelijkheid erkennen dat de onbekendheid van partijen met een gebeurtenis uit het verleden in zekere zin toch een voorwaarde kan vormen.²⁴¹ Daarbij gaan beide toelichtingen er echter vanuit dat het bekend worden van het aanvankelijk onbekende historische feit op zich zelf een toekomstige gebeurtenis is. Voor zover met dit laatste niet zozeer wordt bedoeld op toekomstigheid maar op objectieve onzekerheid, zou daarbij echter sprake zijn van een denkfout, waar ik nog op terugkom.²⁴²

Daarnaast gaat de toelichting bij het DCFR uit van een sterke verwantschap tussen de figuren van de voorwaarde en de tijdsbepaling. Deze verwantschap kan blijkens de toelichting eventueel leiden tot analoge toepassing van de bepalingen ter zake voorwaarden op tijdsbepalingen.²⁴³ Daarmee lijkt gegeven dat voor de thans besproken situatie van de subjectief onzekere, maar objectief zekere *toekomstige* gebeurtenis een dergelijke analoge toepassing ook mogelijk zou moeten zijn onder het DCFR. De subjectief onzekere maar objectief zekere toekomstige gebeurtenis kan immers onbetwist een tijdsbepaling vormen.

238 Duits recht: MüKo/Westermann 2012, p. 1710; Staudinger/Bork 2010, p. 317; Blomeyer 1938, p. 31 e.v.

Zwitsers recht: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 379; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 854 (waarbij Ehrt er in het laatste geval van uitgaat dat alsdan sprake is van een tijdsbepaling); Koller 2009, p. 1299; Huguenin e.a. 2008, p. 198. Door Ehrt en Huguenin wordt dit rechtsgevolg afgeleid uit analogische toepassing van art. 482 III ZGB.

239 Von Bar & Zimmerman 2005 (toelichting bij de PECL), p. 818; Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 691.

240 Von Bar & Zimmerman 2005, p. 821; Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 696.

241 Von Bar & Zimmerman 2005, p. 818, 819; Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 692.

242 Zie § 2.4.3.2.

243 Voor het DCFR: Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4704.

Ongeacht het antwoord op de vraag of het DCFR die combinatie van onzekerheid al dan niet als voorwaarde wil kwalificeren, ligt eventuele analoge toepassing van de bepalingen ter zake voorwaarden op die situatie onder het DCFR daarmee voor de hand.

Het feit dat de vorenbesproken heersende leer in zowel Duitsland als Zwitserland het vereiste van objectieve onzekerheid onderschrijft, neemt niet weg dat – anders dan in de Nederlandse heersende leer – beide rechtsstelsels deze kwestie in enige of wellicht zelfs aanzienlijke mate nuanceren. Voor het Duitse recht is in de literatuur bijvoorbeeld geconstateerd dat het verschil in de vereisten van óók objectieve onzekerheid voor de voorwaarde en van eventueel slechts subjectieve onzekerheid voor de tijdsbepaling voornamelijk van theoretische aard is.²⁴⁴ § 163 BGB verklaart de bepalingen van voorwaarden namelijk grotendeels (de §§ 158, 160 en 161 BGB) van overeenkomstige toepassing op de tijdsbepaling.²⁴⁵ Niet van overeenkomstige toepassing is § 159 BGB ter zake de mogelijkheid van een obligatoire terugwerkende kracht, alsmede § 162 BGB overeenstemmend met art. 6:23 BW. Dat § 159 BGB is uitgezonderd, ligt bij tijdsbepalingen redelijk voor de hand.²⁴⁶ Ten aanzien van § 162 BGB is dat duidelijk minder. Bij de onzekere tijdsbepaling is het immers denkbaar dat een schuldenaar in strijd met de redelijkheid en billijkheid het intreden van de tijdsbepaling versnelt of vertraagt.²⁴⁷

Belangrijker in het kader van de vorenbedoelde nuancering is dat de wettelijke regeling van de §§ 158 e.v. BGB weliswaar uitsluitend rechtstreeks betrekking heeft op de combinatie van objectieve en subjectieve onzekerheid,

244 In deze zin: HKK/Finkenauer 2003, p. 883. In soortgelijke zin: Wolf 1999, p. 502; Sponer 1965, p. 79.

245 Zwälve heeft in dat verband geconstateerd dat de twee vormen van de tijdsbepaling – de zekere en de onzekere eindtermijn (*dies incertus* en *dies certus an*) – door de Duitse wetgever bewust onder § 163 BGB zijn gebracht (Zwälve 2006, p. 185, 274). Volgens Zwälve gaat daarachter de gedachte schuil dat het onderscheid tussen voorwaarden en tijdsbepalingen voor het Duitse recht niet objectief van aard is, maar gebaseerd is op de partijwil (derhalve subjectief van aard is). Anders gezegd, ook de objectief zekere gebeurtenis zou derhalve een voorwaarde kunnen vormen. Deze vaststelling van Zwälve voor het Duitse recht vinden we i.e.g. bij Bork (Staudinger/Bork 2010, p. 360). De door Zwälve op p. 274 vermelde stelling dat het onderscheid tussen voorwaarden en termijnen betrekkelijk *willekeurig* zou zijn en de Duitse wetgever deze – blijkens § 163 BGB – daarom op dezelfde voet zou hebben willen behandelen, heb ik in de moderne Duitse literatuur echter niet gevonden.

246 Volgens Bork en Wolf staat het partijen niettemin vrij terugwerkende kracht overeen te komen (Staudinger/Bork 2010, p. 361; Wolf 1999, p. 529).

247 T.a.v. voorwaarden wordt in de Duitse literatuur in ieder geval merendeels aangenomen dat een dergelijk versnellen of vertragen van het intreden van een voorwaarde wel onder de werking van § 162 BGB kan vallen (zie § 7.4). In overeenstemming daarmee wordt ditzelfde ook bij de tijdsbepaling aangenomen d.m.v. een analoge toepassing van § 162 BGB op de tijdsbepaling (Staudinger/Bork 2010, p. 361 met verdere literatuur). Uiteraard kan de wetsbepaling geen toepassing vinden op de zekere tijdsbepaling, derhalve met een vaststaand moment waarop deze intreedt.

maar deze wettelijke regeling in de heersende leer wel geheel of tenminste gedeeltelijk analoog kan worden toegepast op de uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde.²⁴⁸ Voor wat betreft deze analoge toepassing is het zonder meer interessant wáárom subjectief onzekere voorwaarden niet rechtstreeks onder de werking van § 158 BGB vallen. De reden daarvoor is namelijk niet op de eerste plaats gelegen in de voor het Nederlandse recht aangenomen en nog te bespreken 'logische' onmogelijkheid van uitsluitend subjectief onzekere voorwaarden, maar in de rechtshistorische achtergrond van de wettelijke regeling in het BGB. In het eerste ontwerp van het BGB was namelijk een bepaling opgenomen, die de mogelijkheid van de *Gegenwartsbedingung* en daarmee toepasselijkheid van wettelijke bepalingen daarop juist onderkende.²⁴⁹ Deze ontwerpbeepaling werd echter geschrapt, omdat in het algemeen analogische toepassing van de wetbepalingen voor de objectief onzekere voorwaarde ten aanzien van subjectief onzekere voorwaarden afdoende zou zijn.²⁵⁰ In die zin is het huidige vereiste van objectieve onzekerheid voor de wettelijke regeling ter zake voorwaarden in het BGB zeker geen principiële kwestie, hetgeen de veelal aangenomen analoge toepassing van de wettelijke regeling op uitsluitend subjectief onzekere voorwaarden mede zal verklaren.²⁵¹

248 Brehm & Berger 2014, p. 17; Jauernig/Mansel 2014, p. 125; Staudinger/Eckpfeiler 2014, p. 269; MüKo/Westermann 2012, p. 1712; Wolf/Neuner 2012, p. 644; Bork 2011, p. 496; Medicus 2010, p. 340; Staudinger/Bork 2010, p. 316, 317; Kallwass 2011, p. 79; Schiemann in: HKK/Finkenauer 2003, p. 884, nt. 15; Wolf 1999, p. 503; Hübner 1996, p. 470, 471; Flume 1992, p. 679. Enigszins terughoudender: PWW 2014/Brinkmann, p. 219, die analoge toepassing 'onder omstandigheden' mogelijk acht. Zie ook H. Westermann, die stelt dat bij de figuur van de (ontbindende) voorwaarde van de geldigheid van het *Grundgeschäft* (de tot een beschikking verplichtende verbintenis) welke figuur in Duitsland gehanteerd wordt om het *Abstraktionsprinzip* terzijde te kunnen stellen (zie § 2.2.1), een dergelijke voorwaarde in de regel slechts subjectieve onzekerheid behelst. Niettemin acht hij deze opzet geldig (Westermann 1973 p. 26). In dezelfde zin als Westermann ook: Brehm & Berger 2014, p. 17; Kallwass 2011, p. 79. Zie ook Nipperdey, die de uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde weliswaar niet onder de eigenlijke voorwaarde schaaft, maar deze op grond van de contractsvrijheid wél rechtsgeldig acht (Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 840, nt. 5). H.P. Westermann (niet te verwarren met voormelde H. Westermann) is de enige van de door mij bestudeerde Duitse auteurs, waar ik – erg duidelijk is hij niet – twijfel meen te bespeuren over een dergelijke analoge toepassing (MüKo/Westermann 2012, p. 1712, 1713). Een duidelijke uitzondering op deze analoge toepassing vormen in de heersende leer de door de wet gestelde constitutieve en geldigheidsvereisten (*Rechtsbedingungen*), omdat de §§ 158 e.v. BGB bij objectieve onzekerheid van dergelijke *Rechtsbedingungen* evenmin van toepassing zijn: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164; MüKo/Westermann 2012, p. 1713; Oertmann 1924, p. 7. Zie ook BGH 25 september 1952, NJW 1952, 1330.

249 HKK/Finkenauer 2003, p. 884.

250 Zie voor deze toelichting: MüKo/Westermann 2012, p. 1712; Flume 1992, p. 679.

251 Ik heb de indruk dat De Coninck deze achtergrond voor het vereiste van objectieve onzekerheid – en daarmee tevens de reden voor de relatief soepele omgang van het Duitse recht met de uitsluitend subjectief onzekere 'voorwaarde' – voor het Duitse recht niet heeft opgemerkt. In haar dissertatie heb ik i.e.g. niets van deze strekking gevonden (De Coninck 2007).

De werkzaamheid of onwerkzaamheid van een verbintenis kan in dat verband wél geheel afhankelijk zijn van een subjectieve voorwaarde.²⁵² Daarmee is de essentie van voorwaardelijke werking bij subjectief onzekere voorwaarden gegeven. Daarnaast is in de literatuur aangenomen dat rechtsverhoudingen die niet onder een objectief onzekere voorwaarde kunnen bestaan, óók niet onder een uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde kunnen worden aangegaan.²⁵³ Het vorenstaande betekent overigens niet dat naar Duits recht ieder aspect van de objectief onzekere voorwaarde van overeenkomstige toepassing is op de uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde.

Daar staat tegenover dat partijen bij uitsluitend subjectieve onzekerheid in objectieve zin uiteraard niet in een periode van onzekerheid komen te verkeren. Een gevolg daarvan is dat bij een subjectieve opschortend 'voorwaardelijke' verbintenis in beginsel direct nakoming gevorderd zal kunnen worden.²⁵⁴ De verbintenis heeft immers werking totdat blijkt dat deze onwerkzaam is. In de praktijk zal echter de partijwil vaak zo uitgelegd moeten worden, dat de opeisbaarheid is uitgesteld tot ook subjectieve zekerheid is verkregen.²⁵⁵ Een laatste incidenteel in de literatuur aangenomen gevolg van het ontbreken van de periode van objectieve onzekerheid is, dat de verwachter niet uit hoofde van § 161 BGB beschermd wordt tegen tussenbeschikkingen door de bezwaarde.²⁵⁶

Samengevat wil ik vaststellen dat het Duitse recht – ondanks het uitgangspunt dat de wettelijke bepalingen ter zake voorwaarden uitsluitend rechtstreekse toepassing vinden op objectief onzekere voorwaarden – de uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde erkent. In het verband van de gevolgen is zeker sprake van aanzienlijke overeenkomsten tussen de uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde en de (tevens) objectief onzekere voorwaarde. Waarin echter tussen beide de eventuele verschillen in gevolgen exact zijn gelegen, blijkt niet duidelijk uit de Duitse literatuur.

Zoals reeds gezegd geldt in de huidige Zwitserse heersende leer dat, indien partijen uitsluitend in subjectieve onzekerheid verkeerden, van een daadwerke-

252 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164; MüKo/Westermann 2012, p. 1713; (vermoedelijk) Wolf 1999, p. 503.

253 In deze zin: Wolf 1999, p. 503 (op p. 516 is Wolf iets genuanceerder).

254 Althans in deze zin: MüKo/Westermann 2012, p. 1713. Zie verder § 3.2.3 voor de vraag of een opschortende voorwaardelijke verbintenis vóór het intreden van de voorwaarde kan worden nagekomen.

255 MüKo/Westermann 2012, p. 1713. Deze gedachte vinden we overigens reeds bij Blomeijer (Blomeyer 1938, p. 36).

256 MüKo/Westermann 2012, p. 1713. Of Westermann dit juist ziet – hij is de enige auteur waar ik deze opvatting tegen kwam – wil ik in enige mate betwijfelen. Bij veel subjectief onzekere voorwaarden is immers objectief beschouwd in feite sprake van een tijdsbepaling. Bij tijdsbepalingen vindt § 161 BGB blijkens § 163 BGB overeenkomstige toepassing.

lijk voorwaardelijke rechtsverhouding geen sprake kan zijn.²⁵⁷ Niettemin worden in de Zwitserse literatuur door in elk geval een deel van de auteurs vormen van analoge toepassing van de wettelijke bepalingen bij subjectieve onzekerheid aanvaard, waaronder de hierna besproken opvatting dat alsdan sprake kan zijn van een *Voraussetzung*.²⁵⁸ De Zwitserse literatuur lijkt desondanks wezenlijk terughoudender met analoge toepassing dan de Duitse.

Een redelijk aantal auteurs stelt dat een uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde wel een geldigheidsvereiste (*Voraussetzung*) voor de betreffende verbintenis kan vormen.²⁵⁹ Van een daadwerkelijke voorwaarde is echter ook dan geen sprake.²⁶⁰ Het rechtsgevolg van dit 'geldigheidsvereiste' – en dan vooral de situatie waarin later blijkt dat niet voldaan was aan de *Voraussetzung* – blijft echter bij vrijwel alle door mij geraadpleegde auteurs nogal schimmig. Koller vormt de enige uitzondering en stelt in dat verband, dat bij de onjuistheid van dit geldigheidsvereiste eventueel de artt. 23 e.v. OR toepassing kunnen vinden.²⁶¹ Andere auteurs komen niet wezenlijk verder dan de vaststelling dát de aanvankelijke wilsovereenstemming van de juistheid van het aanvankelijke uitgangspunt afhankelijk gemaakt kan worden.

Daarmee kunnen we concluderen dat voor het Zwitsers recht het vereiste van objectieve zekerheid het duidelijke uitgangspunt vormt. Dit uitgangspunt wordt echter voor het geldend recht vermoedelijk niet in alle striktheid doorgevoerd, zodat een uitsluitend subjectieve onzekerheid wel in enige mate betekenis kan hebben. Hoe zich dit vertaalt in de gevolgen voor de rechtsverhouding, blijft echter in hoge mate onduidelijk.

257 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 373, 385; Schwenger 2012, p. 64; BSK OR I-Ehrat 2011, p. 850, 854; Koller 2009, p. 1299; Honsell 2008, p. 611, 612; Becker 1941, p. 715. Anders: Merz 1984, p. 149. De beperkte en gedeeltelijk nogal oude rechtspraak vertoont daarentegen een weinig eenduidig beeld (zie voor een bespreking daarvan: Peter 1994, p. 199, 200).

258 Emmenegger stelt dat individuele wetsartikelen die betrekking hebben op voorwaarden soms analoge toepassing kunnen vinden (Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 385). In dezelfde zin: Gutmans 1995, p. 17; Peter 1994, p. 199 (m.b.t. analoge toepassing van art. 152 OR). Ehrat en Staehelin constateren dat overeenkomstig § 163 BGB alle of tenminste een deel van de wettelijke bepalingen ter zake ontbindende en opschortende voorwaarden van overeenkomstige toepassing is op tijdsbepalingen (BSK OR I-Ehrat 2011, p. 854; Staehelin 1993, p. 16, 19, 20). Met dat laatste zou, overeenkomstig hetgeen ik reeds voor het Duitse recht constateerde, het onderscheid tussen rechtsverhoudingen onder voorwaarde dan wel tijdsbepaling wezenlijk beperkter van gewicht zijn.

259 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 373; Schwenger 2012, p. 64; BSK OR I-Ehrat 2011, p. 854; Koller 2009, p. 1272; Huguenin e.a. 2008, p. 196; Gutmans 1995, p. 10.

260 Koller 2009, p. 1272.

261 Dit betreft de (wettelijk breed omschreven) mogelijkheid van de *Irrtum*. Vermoedelijk komt in het onderhavige geval vooral art. 24 I.4 OR voor toepassing in aanmerking: 'wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde'.

2.4.3.2 Het belang van de vraag welke vorm van onzekerheid vereist is

Voordat ik in § 2.4.3.3 de vraag behandel of uitsluitend subjectieve onzekerheid inderdaad onvoldoende is om de grondslag voor voorwaardelijkheid te vormen, is het zinvol om te bespreken wat het belang is bij de vraag welke vorm van onzekerheid is vereist. Daarvoor kijken we naar de functie van voorwaarden in het rechtsverkeer. Zoals we reeds zagen, bestaat deze functie op de eerste plaats uit het kunnen aangaan van een rechtsverhouding, zónder dat voor partijen reeds zekerheid bestaat omtrent voor hen essentiële omstandigheden voor deze rechtsverhouding.²⁶² Het is derhalve vooral het gebrek aan relevante kennis ten tijde van het ontstaan van de rechtsverhouding, die partijen noodzaakt tot het aangaan van een voorwaardelijke rechtsverhouding.²⁶³ Uiteraard moeten partijen daarvoor wel *beseffen* dat zij niet beschikken over deze relevante kennis. Er is derhalve sprake van subjectieve onzekerheid.²⁶⁴

Dat een dergelijk gebrek aan kennis met regelmaat voortvloeit uit toekomstige, objectief onzekere gebeurtenissen zal ongetwijfeld het geval zijn. Hetgeen je niet kunt weten leidt immers ingeval van behoefte aan die informatie per definitie tot gebrek aan kennis. De gedachte ligt echter voor de hand dat in het merendeel of in ieder geval een groot gedeelte van de gevallen waar tussen partijen onzekerheid bestaat – en derhalve behoefte kan bestaan aan het verdisconteren van die onzekerheid in de rechtsverhouding – sprake is van subjectief onzekere gebeurtenissen. Ik noem enige voorbeelden ter illustratie.

Stel een oliemaatschappij gaat onderzoeken of in een bepaald gebied olie aanwezig is. Kan de oliemaatschappij een overeenkomst met een wederpartij aangaan onder de opschortende voorwaarde dat in dit gebied daadwerkelijk olie in de grond zit? De aanwezigheid van olie dan wel het ontbreken daarvan is een feitelijk, maar thans nog onbekend gegeven. De onzekerheid voor partijen die daarvan het gevolg is, vloeit uitsluitend voort uit het ontbreken van relevante informatie met betrekking tot een reeds vaststaand gegeven – subjectieve onzekerheid derhalve. Pas bij toekomstig onderzoek zal blijken wat de feitelijke situatie was ten tijde van het aangaan van de betreffende, opschortend voorwaardelijk beoogde overeenkomst. Kunnen we hier wellicht toch objectieve onzekerheid in zien? We kijken daarvoor naar de normen die in de literatuur worden gehanteerd ten aanzien van de vaststelbaarheid: ‘naar algemeen menselijke ervaring onzeker’ of ‘naar menselijke beoordeling’.²⁶⁵ Beide varianten leiden bij toetsing aan deze normen tot de conclusie dat geen

²⁶² Zie § 2.2.1.

²⁶³ In deze zin reeds: Diephuis 1885, p. 113.

²⁶⁴ Ik wijs er op dat deze subjectieve onzekerheid tevens van belang is voor de vraag of voorwaardelijkheid ook kan ontstaan u.h.v. een andere grondslag dan de partijwil. Zie § 4.1.

²⁶⁵ Zie § 2.4.1. De in deze paragraaf vermelde norm die ik in de Zwitserse literatuur heb gevonden, beschouw ik als ongelukkig en laat ik hier buiten beschouwing.

sprake is van objectieve onzekerheid. Een reeds bestaand feitelijk gegeven kan als zodanig immers niet onzeker zijn, hetgeen 'naar algemeen menselijke ervaring' dan ook niet anders is. Dat blijkt reeds daaruit dat een derde in het verleden reeds onderzoek zou hebben kunnen verricht en daarmee zelf wél bekend is met het voor partijen nog onzekere gegeven. Voor de oliemaatschappij is derhalve sprake van uitsluitend subjectieve en niet van objectieve onzekerheid.

Dergelijke onzekerheid komt in de praktijk in talloze variaties voor: is de bodem van een perceel vervuild, is sprake van een 'echte' Rembrandt,²⁶⁶ lijdt de auto aan een technisch mankement, is de kwalificatie van iemands juridische positie daadwerkelijk juist,²⁶⁷ is de nog vast te stellen huidige waarde in het economisch verkeer van een aandelenpakket voldoende als onderpand?²⁶⁸ Steeds is sprake van subjectieve onzekerheid die voor betrokkenen aanleiding zou kunnen zijn een beoogde rechtsverhouding – koop van het perceel grond, de Rembrandt of de auto, het aangaan van een geldlening – uitsluitend aan te gaan met inachtneming van die onzekerheid.²⁶⁹ Uit deze voorbeelden blijkt afdoende dat in het maatschappelijk verkeer een ruime behoefte bestaat aan de mogelijkheid van voorwaardelijke rechtsverhoudingen – althans, rechtsverhoudingen waarin de bedoelde onzekerheid is verdisconteerd – ingeval van slechts subjectief onzekere gebeurtenissen. Dit laatste wordt ook in de toelichtingen bij de PECL en het DCFR als zodanig onderkend.²⁷⁰

Dat de essentie van onzekerheid in ieder geval voor de betrokken partijen veelal is gelegen in de subjectieve onzekerheid, moge ook blijken uit het volgende. In het Duitse en Zwitserse recht, maar waarschijnlijk ook het Nederlandse, bestaat grote terughoudendheid ten aanzien van de voorwaardelijkheid

266 Vermoedelijk vormt de echtheid van schilderijen het in deze kwestie meest gebezigde voorbeeld, zie: Reehuis 2010, p. 87; Fruytier 2007, p. 193; Pitlo/Cahen 2002, p. 36; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 122; Keller & Schöbi 1988, p. 104; Asser/Rutten 1958, p. 140 nt. 4.

267 Als voorbeeld van subjectieve onzekerheid vermeld door Bork (Bork 2011, p. 500, 501). Een soortgelijk voorbeeld vinden we bij Fruytier, bestaande uit het achteraf door de rechter vaststellen van het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst (Fruytier 2007, p. 195). Fruytier wijst de mogelijkheid van een dergelijke voorwaarde af als niet zijnde een in de toekomst liggende onzekere gebeurtenis.

268 De huidige waarde in het economisch verkeer leidt in de praktijk ook v.w.b. de fiscaliteit vaak tot voorwaardelijke verhoudingen (in deze zin: Van Beelen & De L. Monteiro 2005, p. 329).

269 Overigens worden dergelijke voorbeelden in de literatuur en rechtspraak veelal als geldige voorwaarden beschouwd, zie bijv.: Schoordijk/Schoordijk 2009, p. 777. Daarbij zij opgemerkt dat dergelijke voorbeelden vrijwel steeds aan de orde komen buiten het thans door mij besproken verband van het gestelde vereiste van objectieve onzekerheid. We kunnen derhalve niet zonder meer vaststellen of auteurs de uitsluitend subjectieve onzekerheid als afdoende beschouwen voor een voorwaarde. V.w.b. de brede aanvaarding van dergelijke voorwaarden maakt dit vanzelfsprekend niets uit.

270 Von Bar & Zimmerman 2005 (toelichting bij de PECL), p. 818, 819; Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 692. Overigens wijzen beide stelsels de uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde af (zie hiervoor in deze paragraaf).

van de eenzijdige gerichte rechtshandeling die een rechtsverhouding tot stand brengt, wijzigt of beëindigt.²⁷¹ De reden voor die terughoudendheid – die in ieder geval in het Duitse en Zwitserse recht meestal leidt tot onmogelijkheid van voorwaardelijkheid van een dergelijke rechtshandeling – is daarin gelegen, dat de wederpartij niet eenzijdig in een onzekere positie gebracht mag worden. Anders gezegd, deze wederpartij moet op grond van die rechtshandeling weten waar hij aan toe is.

Is het probleem van de wederpartij opgelost als de 'voorwaarde' die de handelende partij aan de rechtshandeling toevoegt uitsluitend van subjectieve aard is? Van een daadwerkelijke situatie van onzekerheid bij de wederpartij is bij de 'objectieve leer' alsdan immers geen sprake, waarmee de vorenbedoelde wederpartij dus ook niet in een ongewenste onzekerheid zou verkeren. Echter, het behoeft weinig betoog dat de positie van de wederpartij niets beter wordt van die conclusie. Diens probleem ten aanzien van de 'voorwaardelijkheid' van de rechtshandeling vloeit namelijk uitsluitend voort uit zijn eigen subjectieve onzekerheid.²⁷² Datzelfde geldt voor tal van varianten op dit thema. Naar ik bijvoorbeeld zou willen stellen, zijn huwelijkse voorwaarden onder een uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde even nietig als ingeval van een objectief onzekere voorwaarde. Ook al is objectief geen sprake van onzekerheid en derhalve in de heersende leer evenmin van daadwerkelijke voorwaardelijkheid, met name de positie van derden ten opzichte van de echtelieden wordt er niets beter op.²⁷³ We zien derhalve dat juist de subjectieve onzekerheid vaak de kern vormt waar het bij voorwaardelijkheid om draait.

Bestaat in dit verband een werkelijk probleem indien we voor voorwaarden het vereiste van objectieve onzekerheid stellen? We kunnen in ieder geval vaststellen dat in dat geval bij de vorenomschreven voorbeelden geen sprake kan zijn van een daadwerkelijk voorwaardelijke rechtsverhouding.²⁷⁴ Dat

271 Het zogeheten *Gestaltungsgeschäft*. Dit betreft rechtshandelingen zoals de aanvaarding en de opzegging (zie verder § 5.3.2).

272 Wolf en Rutten zijn de enige door mij gevonden auteurs die iets over deze kwestie zeggen. Wolf wijst de mogelijkheid van de uitsluitend 'subjectieve voorwaarde' bij *Gestaltungsgeschäfte* terecht af (Wolf 1999, p. 503. Zie voor enige nuancering p. 516). Rutten besteedt in een iets breder verband enkele zinnen aan deze kwestie en stelt daarbij dat geen algemeen luidend antwoord valt te geven (Asser/Rutten 1958, p. 140).

273 Zie HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120 (Conversie-arrest), waarin de Hoge Raad voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden nietig achtte v.w.b. het huwelijksgoederenregime, m.n. gezien de ongewenste onzekerheid voor derden. Overigens was i.c. sprake van een objectief onzekere voorwaarde.

274 Alsdan is sprake van een direct onvoorwaardelijke rechtsverhouding dan wel een direct non-existente. In deze zin i.e.g.: De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 52; Brunner & De Jong 2004, p. 52. Krans en Brunner zien voor deze situatie ook de mogelijkheid van een beroep op dwaling. Dat lijkt mij een uitzonderingssituatie, waarbij partijen ten onrechte meenden dat sprake was van een objectief onzekere gebeurtenis (welke situatie Brunner ook voor ogen lijkt te hebben). In het merendeel van de gevallen zullen partijen m.i. zeer wel beseffen dat de onzekerheid uitsluitend subjectief is.

behoeft voor het maatschappelijk verkeer geen probleem te zijn als het recht afdoende alternatieven biedt voor voorwaardelijkheid ingeval van objectief zekere, maar subjectief onzekere gebeurtenissen. Evenmin is sprake van een probleem als de gevolgen van een dergelijke voor partijen 'ongewenste' onmogelijkheid van voorwaardelijkheid van een rechtsverhouding – derhalve zonder dat sprake is van een alternatieve rechtsfiguur voor de voorwaarde – uiteindelijk overeen zouden komen met hetgeen partijen met de beoogde voorwaardelijkheid voor ogen stond. Ik bespreek beide denkrichtingen achtereenvolgens.

Voor wat betreft mogelijke alternatieven kunnen we in twee richtingen denken: enerzijds de mogelijkheid van alternatieve rechtsfiguren voor voorwaardelijkheid en anderzijds de in de literatuur vaak veronderstelde mogelijkheid van herformulering van een objectief *zekere* gebeurtenis in een objectief *onzekere*. Bij de eerste mogelijkheid van alternatieve rechtsfiguren kunnen we met betrekking tot de ontbindende voorwaarde bijvoorbeeld denken aan een geclausuleerd recht van annulering, terugtreding of opzegging.²⁷⁵ Een duidelijk nadeel van deze niet in de wet geregelde alternatieven is, dat de werking daarvan voor het geldend recht veelal aanzienlijk minder duidelijk is dan de figuur van de ontbindende voorwaarde. Voor de opschortende voorwaarde geldt het nog zwaarder wegende argument dat dergelijke alternatieven niet erg voor de hand liggen. De mogelijkheid van het creëren van een wederzijds bindende rechtsverhouding met opgeschorte werking is immers behoorlijk specifiek aan de figuur van de opschortende voorwaarde.²⁷⁶ Daarnaast wijken de voormelde alternatieven in ieder geval op twee belangrijke vermogensrechtelijke punten af: anders dan het uitgangspunt bij voorwaarden werken ze op de eerste plaats niet van rechtswege, maar door uitoefening van een wilsrecht.²⁷⁷ Op de tweede plaats kennen de verbintenissenrechtelijke alternatieven geen goederenrechtelijke werking. De voorwaarde is immers de enige door partijen in het leven te roepen figuur die in een dergelijk verband goederenrechtelijke werking heeft.

Waarschijnlijk is echter het wezenlijkste probleem bij alternatieve rechtsfiguren voor voorwaarden dat in veel gevallen helemaal geen sprake is van een werkelijk alternatief, maar nog steeds van een (beoogde) voorwaarde. Essentieel

275 Het 'geclausuleerde' bestaat daaruit dat het recht tot beëindiging contractueel slechts kan worden uitgeoefend nádat van de aanvankelijk subjectief onzekere gebeurtenis aan partijen is gebleken, dat deze zich op de overeengekomen wijze al dan niet had voorgedaan. In feite vormt een dergelijke clause de 'voorwaarde' en de annulering of andere beëindigingswijze het juridisch instrument waarmee wordt beëindigd.

276 Soms zal een geclausuleerd aanbod of optierecht nog wel kunnen aansluiten op hetgeen partijen overeen wensen te komen. Daarbij ligt de nadruk echter juist op de eenzijdige gerechtigdheid van een van beide partijen en niet op de vorenbedoelde wederzijdse binding.

277 Of daarmee overigens reeds gezegd is dat een wilsrecht als 'gebeurtenis' van een voorwaarde – een zogeheten zuiver potestatieve voorwaarde – niet mogelijk zou zijn, bespreek ik in § 7.3.

bij de zoektocht naar alternatieve figuren is immers dat deze hun effect uitsluitend dienen te verkrijgen, indien vast komt te staan dat de aanvankelijk subjectief onzekere gebeurtenis op een bepaalde wijze al dan niet ingetreden was. Daarmee is dus tóch sprake van een rechtstreekse afhankelijkheid tussen de subjectief onzekere gebeurtenis en het mogelijke effect van de alternatieve rechtsfiguur. Een dergelijke afhankelijkheid is juist de essentie van een voorwaarde, waarmee we in feite terug bij af zijn.²⁷⁸

Het tweede mogelijke alternatief bestaat niet uit een andere rechtsfiguur ter vervanging van de voorwaarde, maar uit een alternatief voor de objectief zekere gebeurtenis die de beoogde inhoud van de voorwaarde dient te vormen. Wil echter sprake zijn van een rechtens relevant alternatief, dient dit te bestaan uit een objectief *onzekere* gebeurtenis. In de literatuur wordt deze wisseling van objectieve zekerheid in objectieve *onzekerheid* gevonden in de aanvankelijke onbekendheid van partijen met het objectief zekere feit. In plaats van de feitelijke situatie als voorwaarde te formuleren, vormt aldus de toekomstige *bekendheid van partijen* met deze feitelijke situatie de voorwaarde.²⁷⁹ Een dergelijke onzekere gebeurtenis wordt bijvoorbeeld omschreven als: 'indien in de toekomst aan partijen blijkt dat in de grond aardolie aanwezig is' of 'als de Rembrandt echt blijkt te zijn'. Naar de letter genomen lijkt daarmee de onzekerheid inderdaad geobjectiveerd te zijn, omdat partijen objectief beschouwd thans niet kunnen weten hoe hun toekomstige kennis van zaken zal zijn. Daarmee lijkt het derhalve alsof in vorenstaande voorbeelden tussen partijen inderdaad objectief onzekere voorwaardelijke verhoudingen bestaan.

Hoe verleidelijk ook en onverminderd het feit dat deze oplossing in de literatuur veelvuldig wordt onderschreven,²⁸⁰ het betreft slechts een schijn-

278 Ik kan dit ook anders beschrijven: veel 'alternatieven' voor de voorwaarde dienen voor een overeenstemmend effect zodanig geclausuleerd te zijn, als *ware sprake* van een voorwaarde. Dat is echter niets meer dan een verwisseling van etikettes op dezelfde figuur: in plaats van 'voorwaarde' spreken we van een geclausuleerde beëindiging of voortzetting van de rechtsverhouding. Daarmee mondt subjectieve onzekerheid echter uit in een afhankelijkheid, die in zijn werking niets anders beoogt dan voorwaardelijkheid.

279 Overigens zou ik menen dat op grond van een redelijke uitleg van de partijbedoeling een voorwaarde bestaande uit een nog onbekend vaststaand gegeven meestal toch wel als een toekomstige bekendheid moet worden geïnterpreteerd. Een oliemaatschappij beseft echt wel dat de nog onbekende aan- of afwezigheid van olie van feitelijke aard is en daarmee objectief zeker.

280 Van Beelen & De L. Monteiro 2005, p. 329 (m.b.t. fiscale glijclausules bij onjuiste constatering van huidige waarde); Pitlo/Cahen 2002, p. 36; (vermoedelijk) Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 122; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 390; Asser/Rutten 1973, p. 130 (en ook eerder: Asser/Rutten 1958, p. 140). Den Tonkelaar is terughoudender, maar sluit deze mogelijkheid ook niet uit (Den Tonkelaar 1994, p. 40). Eerder leek hij deze mogelijkheid stelliger te onderschrijven (Den Tonkelaar 1983, p. 43).

Ook in de Duitse, Zwitserse en Belgische literatuur wordt dit door sommigen als oplossing beschouwd: Brox 1996, p. 208; Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 373; De Coninck 2007, p. 104, 105, 118; Keller & Schöbi 1988, p. 104; Oser 1929, p. 683. Zie echter ook Bork, die voor het Duitse recht een dergelijke constructie nog steeds niet als een echte voorwaarde

oplossing. De voormelde 'oplossing' wordt namelijk gevonden in wat uitsluitend een tekstuele herredactie is van dezelfde gebeurtenis die de beoogde voorwaarde vormt. Naar de letter vormt bijvoorbeeld niet langer de aanwezigheid van olie in de grond de gebeurtenis, maar het verkrijgen van kennis omtrent deze aanwezigheid. Dat is echter niet meer dan een woordenspel. De toekomstige uitkomst van deze voorwaarde staat immers ook bij een dergelijke herredactie bij voorbaat vast: als er thans olie in de grond zit, zal die thans vaststaande uitkomst partijen in de toekomst ter kennis komen. Hetzelfde geldt als er geen olie in de grond aanwezig is. Anders gezegd: de uitkomst van een voorwaarde die het verkrijgen van kennis van een objectief gegeven inhoudt, staat van tevoren net zo vast als in het geval dat partijen het objectieve gegeven zélf tot de gebeurtenis in de voorwaarde zouden hebben verheven. Partijen kennen deze vaststaande uitkomst ten tijde van het voorwaardelijk handelen weliswaar nog niet, maar dat is juist het kenmerkende onderscheid tussen objectieve en subjectieve onzekerheid. Dat blijkt ook daaruit dat derden reeds per het huidige moment zouden kunnen weten hoe de toekomstige bekendheid van de betreffende partijen zal gaan uitvallen,²⁸¹ hetgeen bij échte objectieve onzekerheid uitgesloten zou zijn geweest. Deze in de literatuur redelijk breed gedragen oplossing berust derhalve op een denkfout, enkele vrij specifieke uitzonderingen daargelaten.²⁸² De conclusie is dan ook, dat onbekendheid van partijen met betrekking tot een objectief zeker feit niet kan leiden tot enigerlei vorm van objectieve onzekerheid.

Samengevat kunnen we de voormelde vraag of er alternatieven denkbaar zijn voor de 'objectief zekere maar subjectief onzekere voorwaarde' derhalve als volgt beantwoorden. Het toepassen van andere juridische figuren ter vervanging van de voorwaarde is wellicht niet steeds uitgesloten, maar van

beschouwt (Staundinger/Bork 2010, p. 317).

De toelichtingen bij de PECL en de DFCR zijn mij op dit punt niet helemaal duidelijk. Beide noemen het vereiste van objectieve onzekerheid in het geheel niet, maar leggen de nadruk op de toekomstigheid van het bekend worden van het historische feit (Von Bar & Zimmerman 2005 (toelichting bij de PECL), p. 818, 819; Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 692).

281 Een concurrerende oliemaatschappij heeft in het verleden bijv. reeds onderzoek verricht.

282 Een dergelijke uitzondering wordt gevormd door de situatie, waarbij onzeker is óf partijen ooit kennis van dit feit zullen verkrijgen. Dat zou het geval kunnen zijn doordat objectief onzeker is of toekomstig onderzoek überhaupt een uitkomst zal genereren. Een andere mogelijkheid bestaat daaruit dat partijen reeds bij voorbaat kunnen twijfelen aan de juistheid van de toekomstige uitkomsten van het onderzoek; in hoeverre zal de Rembrandt-expert het bij zijn beoordeling van de echtheid van het schilderij bij het juiste eind hebben? In gelijke zin Medicus, die het voorbeeld hanteert van het verdwenen testament waarvan niet het bestaán maar het terugvinden objectief onzeker is (Medicus 2010, p. 340). Een voorbeeld dat overigens zó uit de praktijk blijkt te komen, zie de door Van Mourik beantwoorde rechtsvraag in WPNR 6861 (2010). Wellicht dat ook Hartkamp en Rutten hun voorbeeld van de vaststelling dat sprake is van een 'echte' Rembrandt in deze zin bedoelen (Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 122; Asser/Rutten 1958, p. 140 nt. 4). Ik ben echter vrijwel zeker dat in ieder geval het merendeel van de auteurs deze door mij bedoelde uitzonderingen niet op het oog heeft.

een écht alternatief zal meestal geen sprake zijn. De andere mogelijkheid van vervanging van de objectief zekere gebeurtenis door de objectief 'onzekere' van het verkrijgen van kennis, berust voor het merendeel van de situaties op een logischerwijs onjuiste redenering. Vanuit de hoek van mogelijke alternatieven voor de 'objectief zekere voorwaarde' lijken eventuele oplossingen daarmee zeer beperkt.

Daarmee komen we vanzelf bij de andere mogelijke oplossingsrichting, namelijk de mogelijkheid dat de gevolgen van de 'objectief zekere voorwaarde' overeen komen met hetgeen partijen voor ogen staat met een beoogde daadwerkelijke voorwaardelijkheid. Zoals ik hiervoor beschreef, is dat de richting die in het Duitse recht is gekozen. Algemeen wordt in de Duitse rechtskring onderkend dat objectieve zekerheid bij subjectieve onzekerheid de voorwaardelijkheid als bedoeld in het BGB in de weg staat.²⁸³ Analoge toepassing van in ieder geval een gedeelte van de wettelijke bepalingen op de uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde wordt in de Duitse literatuur echter breed onderschreven. Daarmee moge in strikte – lees: wettelijke – zin wellicht geen sprake zijn van een voorwaarde, door deze analoge toepassing komen de gevolgen van de beoogde voorwaardelijkheid wel een eind in de richting. Een soortgelijke koers zien we misschien ook in het Zwitsers recht. Ten gevolge van de onduidelijkheid van de rechtsgevolgen van de vaak in de Zwitserse literatuur aangenomen *Voraussetzung* – als alternatief voor de objectief onzekere voorwaarde – en de overwegende betwisting van de mogelijkheid van analoge toepassing van de wettelijke regels van voorwaarden, is een goed onderbouwd oordeel voor het Zwitsers recht echter niet mogelijk.

De vraag of een dergelijke uitweg uit het voorliggende dilemma ter zake de objectief zekere 'voorwaarde' ook voor het Nederlandse geldend recht mogelijk is, is lastig te beantwoorden. Een analoge toepassing van de wettelijke regels op subjectief onzekere voorwaarden – want daar zou deze oplossingsrichting waarschijnlijk toch op neerkomen – heeft in de Nederlandse rechtskring nauwelijks tot geen aandacht gekregen. In de Nederlandse literatuur ligt de nadruk sterk op de (in § 2.4.3.3 besproken) 'logische' onmogelijkheid van objectief zekere voorwaarden en op de vorenbesproken oplossing van vervanging van de objectief zekere gebeurtenis door de objectief 'onzekere' van het verkrijgen van kennis.²⁸⁴ Daarmee lijkt een dergelijke analoge toepassing vermoedelijk gewoon te ver af te liggen van hetgeen veelal als geldend recht wordt beschouwd. Ik laat dit vraagstuk daarom ten aanzien van het Nederlands geldend recht voor het moment rusten, maar kom daar bij mijn conclusie van het in § 2.4.3.3 besproken vraagstuk op terug.

283 Ik wijs er nogmaals op, dat deze afwijzing van de objectief *zekere* voorwaarde in het BGB vooral gebaseerd lijkt te zijn op de wetsgeschiedenis en niet op een principiële afwijzing.

284 Welke door mij hiervoor als logischerwijs onjuist is bestempeld.

Nog een laatste punt met betrekking tot het belang van het vraagstuk rond objectieve en subjectieve onzekerheid. In de vorenomschreven voorbeelden schetste ik dit belang steeds per het moment van het ontstaan van de (beoogd) voorwaardelijke rechtsverhouding. Het is echter niet altijd beperkt tot dat moment. Ter illustratie bekijken we de situatie waarin, op basis van een objectief en subjectief onzekere gebeurtenis, partijen een opschortend voorwaardelijke koopovereenkomst aangaan. Na enige tijd wordt objectief zeker dat de gebeurtenis in de toekomst zal intreden, maar partijen weten dit nog niet. Indien we uitgaan van het vereiste van objectieve onzekerheid eindigt alsdan steeds de opschortende voorwaardelijkheid en wijzigt de aanvankelijk voorwaardelijke rechtsverhouding van rechtswege in een onvoorwaardelijke. Door het vereiste van objectieve onzekerheid en het ná de totstandkoming van de voorwaardelijke rechtsverhouding komen te ontbreken van diezelfde objectieve onzekerheid, kan immers – overeenkomstig de situatie dat van aanvang af geen objectieve onzekerheid zou hebben bestaan – niet langer sprake zijn van voorwaardelijkheid.²⁸⁵

In aanvulling op dit voorbeeld gaan we uit van een direct op de koop aansluitende levering, derhalve met een door partijen *beoogd* opschortend voorwaardelijk rechtsgevolg.²⁸⁶ Goederenrechtelijk gebeurt door het komen te ontbreken van objectieve maar het tegelijkertijd voortduren van subjectieve onzekerheid alsdan een van tweeën: óf de eigendom van de zaak gaat onvoorwaardelijk op de koper over, óf de voorwaardelijke rechtsrelatie is door het komen te ontbreken van de objectieve onzekerheid gewijzigd in een rechtsverhouding onder tijdsbepaling.²⁸⁷ In dit laatste geval verliest de verkoper op

285 Van Gaalen verdedigt het tegendeel: 'een onzekere toekomstige gebeurtenis blijft onzeker, ook indien na het intreden van een gebeurtenis [niet zijnde de gebeurtenis die de voorwaarde vormt, HS] de zekerheid daarvan is komen vast te staan' (Van Gaalen 2001, p. 177). Van Gaalen baseert zich daarbij op PG Boek 6, TM, p. 170, maar interpreteert deze onjuist. Er overeenkomstig het in § 1.2.2 gestelde van uitgaande dat dit deel van de TM van Meijers afkomstig is, doelt Meijers hier op de mogelijkheid dat een objectief onzekere situatie door partijen subjectief als een zekere gebeurtenis wordt behandeld. Uiteraard kan die gebeurtenis alsdan in afwijking van de voorstelling of bedoeling van partijen eventueel toch niet intreden, in welk geval deze in de visie van Meijers niettemin als een tijdsbepaling (en niet als voorwaarde) moet worden behandeld. Van Gaalen lijkt deze door Meijers bedoelde subjectieve zekerheid bij objectieve onzekerheid over het hoofd te hebben gezien en komt zodoende t.a.v. voorwaarden o.b.v. een a contrario-redenering tot de bovenstaande – onjuiste – conclusie.

Afgezien daarvan handelt de TM mede over de nakoming bij een tijdsbepaling, op grond waarvan Van Gaalen tot het rehtens onmogelijke voorbeeld van de *overdracht* onder tijdsbepaling komt.

286 Ik laat de discussie of een dergelijke opschortend voorwaardelijke koopovereenkomst inderdaad kan worden nagekomen even buiten beschouwing. Zie daarvoor § 3.2.3.

287 De vraag welke van beide goederenrechtelijke situaties ontstaat, moet beantwoord worden o.b.v. uitleg van de partijbedoeling: was uitsluitend sprake van een voorwaarde of beoogden partijen tevens een bepaalde termijn te doen gelden? Zie § 2.4.3.5 voor een bespreking van de kwestie of art. 3:85 BW inderdaad toepassing kan vinden in deze situatie. Mijn – met de nodige bedenkingen omgeven – conclusie is van wel.

grond van art. 3:85 lid 2 BW per direct de eigendom van de verkochte zaak aan de koper en wordt hij van rechtswege vruchtgebruiker. Let wel, dit alles zonder dat partijen ook maar enig besef hebben van hun nieuwe goederenrechtelijke status.²⁸⁸ Het rechtsgevolg van het in objectieve zin komen te ontbreken van onzekerheid en het daarmee onvoorwaardelijk worden van de koopovereenkomst respectievelijk de gevolgen van de overdracht is immers niet afhankelijk van enige nadere wil, handeling of kennis van partijen.²⁸⁹ We zien derhalve dat bij het vereiste van objectieve onzekerheid het moment waarop een voorwaarde als ingetreden (of vervallen) heeft te gelden en de daaruit voortvloeiende gevolgen in de tijd eerder kunnen liggen, dan het moment waarop partijen door het daadwerkelijk plaatsvinden van de gebeurtenis daarmee bekend worden.²⁹⁰

Is het vorenstaande anders indien uitsluitend subjectieve onzekerheid een voorwaarde kan vormen? Dat ligt enigszins genuanceerd. Wellicht wat verrassend, maar bij veel voorwaarden zou het laten vallen van het vereiste van objectieve onzekerheid voor wat betreft het moment waarop de voorwaarde als ingetreden of vervallen geldt niets uitmaken. De reden daarvoor is dat de inhoud van de voorwaarde vaak geen betrekking heeft op de bekendheid van partijen met het intreden van de gebeurtenis. Zelfs al zou uitsluitend subjectieve onzekerheid afdoende zijn om van een voorwaarde te kunnen spreken, zolang partijen deze niet tot inhoud van de voorwaarde hebben gemaakt, wijzigt er niets. Of uitgedrukt in een abstractere terminologie: de voorwaarde werkt van rechtswege en dus ook bij een nog voortdurende onbekendheid van partijen met het intreden van die voorwaarde.

Als we echter zouden aannemen dat uitsluitend subjectieve onzekerheid ook tot een voorwaarde kan leiden én partijen de inhoud van de voorwaarde inderdaad ook hebben gericht op die subjectieve onzekerheid, dan ontstaan wel verschillen. De vorenbedoelde opschortend voorwaardelijke koopovereenkomst wordt in dat geval pas onvoorwaardelijk per het moment dat partijen bekend worden met het ingetreden zijn van de onzekere gebeurtenis. Dat op een eerder moment reeds sprake was van objectieve zekerheid, heeft in dat geval geen betekenis ten aanzien van het voortbestaan van de voorwaardelijkheid. Of ook een verschil bestaat ten aanzien van de goederenrechtelijke gevolgen, ga ik in § 2.4.3.4 bespreken, alwaar ik inga op de vraag of voor goederenrechtelijke verhoudingen het vereiste van objectieve onzekerheid dwingend dient te gelden.

288 Hetgeen overigens uitsluitend een constatering is en geen pleidooi tegen het van rechtswege intreden van een voorwaarde indien partijen daarmee niet bekend zijn.

289 Zie § 2.6.1.

290 Een ander voorbeeld is de voorwaarde van afgifte van een vergunning. Als het besluit tot afgifte onherroepelijk is genomen, zal de vergunning ook worden afgegeven; objectieve zekerheid derhalve. Ook al heeft de daadwerkelijke afgifte nog niet plaatsgevonden, toch is de voorwaardelijkheid bij gebrek aan objectieve onzekerheid beëindigd.

De conclusies bij dit niet eenvoudige vraagstuk zijn derhalve als volgt. In het maatschappelijk verkeer bestaat behoefte om op enigerlei wijze voorwaardelijke bindingen aan te kunnen gaan op basis van subjectieve en niet tevens objectieve onzekerheid. Alternatieven voor subjectief onzekere voorwaarden – bestaande uit andersoortige rechtsfiguren of het omzetten van een objectief zekere in een objectief onzekere inhoud van de voorwaarde – stuiten veelal op aanzienlijke problemen of zijn gewoon niet mogelijk. Het bij uitsluitend subjectieve onzekerheid laten ontstaan van min of meer met ‘objectief onzekere voorwaardelijkheid’ overeenstemmende rechtsgevolgen – analoge toepassing van de wettelijke regels voor voorwaarden – zou overeenkomstig het Duitse recht eventueel een oplossing kunnen zijn. Of dat ook daadwerkelijk een optie is, bespreek ik in de volgende paragrafen.

2.4.3.3 Uitsluitend subjectieve onzekerheid als (on)juiste grondslag

Hiervoor hebben we gezien dat het thans geldend recht in Nederland aan voorwaarden het dwingende vereiste stelt van objectieve onzekerheid. Gedurende een aanzienlijk deel van de periode waarin het OBW werking had, was dit vereiste echter nog omstreden. Ook het huidige Duitse en Zwitserse recht hanteren als uitgangspunt weliswaar het vereiste van objectieve onzekerheid, maar nuanceren dit vervolgens in meerdere of mindere mate. Daarmee wijkt het thans geldend Nederlandse recht in die zin af, dat het vereiste van objectieve onzekerheid feitelijk onomstreden is en de gevolgen daarvan – in ieder geval in expliciete zin – in het verband van uitsluitend subjectieve onzekerheid nauwelijks of niet worden genuanceerd.²⁹¹ Het zou dan ook in de lijn der verwachting liggen dat dit dwingende vereiste voor het thans geldend recht inhoudelijk stevig zou zijn onderbouwd. Edoch, opvallend genoeg zijn de argumenten daarvoor nogal dun gezaaid, waarbij de meeste auteurs hun stellingname zelfs in het geheel niet onderbouwen.

De argumentatie voor het vereiste van objectieve onzekerheid berust vrijwel geheel op één en dezelfde gedachte: bij het ontbreken van objectieve onzekerheid ontbreekt logischerwijs daadwerkelijke onzekerheid.²⁹² Dit argument ga ik hierna uitgebreid bespreken. Andere argumenten vinden we vrijwel niet. Uitsluitend de TM bij art. 6:21 BW stelt nog: ‘Anders dan artikel 1299 B.W. spreekt het artikel niet over “eene reeds gebeurde, doch aan partijen nog

291 Bij de in § 2.4.3.2 besproken vraag heb ik daarover opgemerkt, dat de focus in de Nederlandse literatuur gericht lijkt op de ondervanging van deze problematiek door een redactionele omzetting van de objectief zekere in een objectief onzekere gebeurtenis. Een dergelijke benadering heb ik echter als logisch onjuist afgewezen. Als ik deze door mij geconstateerde focus in de literatuur juist zie, is daarmee wel verklaard waarom geen behoefte heeft bestaan aan een nuancering van de rechtsgevolgen, bijv. d.m.v. analoge toepassing van de wettelijke bepalingen ter zake voorwaarden.

292 Voor het Belgisch recht wordt tevens het argument gehanteerd dat een uitsluitend subjectieve onzekerheid moeilijk is te bewijzen (De Coninck 2007, p. 98).

onbekende zaak". In dit geval toch behoort de verbintenis te gelden als een onvoorwaardelijke. Ook voor het huidige recht wordt dit naar heersende leer aanvaard'.²⁹³ Mede in verband met de hiervoor in § 2.4.3.2 besproken voorbeelden is mij echter geenszins duidelijk, waarom reeds ingetreden maar nog onbekende feiten of gebeurtenissen 'behoren' te leiden tot onvoorwaardelijke verbintenissen. Waaruit zou dit 'behoren' immers moeten bestaan, of anders gezegd, welke norm zou ten grondslag moeten liggen aan een dergelijk 'behoren'? Ik kan mij er niets bij voorstellen.²⁹⁴

Dan de vaak aangevoerde logische onderbouwing.²⁹⁵ Deze redenering ten faveure van objectieve onzekerheid is als volgt opgebouwd. Bij het betreffende, aan partijen aanvankelijk onbekende – maar objectief zekere – feit dat de voorwaarde zou moeten vormen, hebben we drie mogelijkheden. Het feit is ten tijde van het beoogde ontstaan van de voorwaardelijke verbintenis reeds ingetreden (de noodzakelijke of schijnvoorwaarde), het zal in de toekomst met zekerheid intreden (eveneens aangeduid met de term noodzakelijke voorwaarde), dan wel het zal met zekerheid nooit meer intreden (de onmogelijke voorwaarde). Deze drie limitatieve mogelijkheden vormen immers de reden dat objectieve onzekerheid ontbreekt. In het geval van bijvoorbeeld een voorwaardelijke verbintenis onder uitsluitend subjectieve onzekerheid – objectieve onzekerheid ontbreekt derhalve – is op grond van deze drie limitatieve mogelijkheden reeds bij het ontstaan sprake van óf een onvoorwaardelijke verbintenis óf het geheel ontbreken van een verbintenis.²⁹⁶ De uiteindelijke uitkomst van de 'voorwaarde' zoals die te zijner tijd aan partijen bekend zal worden, staat namelijk objectief beschouwd van aanvang af vast.

Zuiver logisch benaderd valt er op de vorenstaande redenering geen speld tussen te krijgen. In de literatuur is de onderbouwing van het vereiste van objectieve onzekerheid daarmee ook afgerond. Desondanks valt er meer over dit argument van de logische benadering te zeggen. Het stilzwijgende uitgangspunt bij deze argumentatie is namelijk dat een dergelijke logische onderbouwing voor het geldend recht doorslaggevend is, tenminste in het kader van het voorliggende vraagstuk naar objectieve onzekerheid.²⁹⁷ In het kader van

293 PG Boek 6, TM, p. 145.

294 Met evenveel recht zou men de tegenovergestelde visie op grond van dit 'behoren' kunnen verdedigen. Ik kan overigens niet uitsluiten dat de TM met de term *behoren* niet doelt op enigerlei norm, maar redactioneel enigszins ongelukkig op de hierna besproken logische systematiek.

295 In de Belgische rechtsleer wordt t.a.v. dit logische argument traditioneel het (ons onbekende) onderscheid gemaakt tussen de materiële en de juridische onmogelijkheid c.q. noodzaak. Zie voor een uitgebreide bespreking daarvan: De Coninck, p. 48 e.v.

296 Zie het voorbeeld van de loterijtrekking in: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 133. Zie ook: Asser/Van Goudoever 1913, p. 49; Opzoomer 1879a, p. 119.

297 Dit volgt reeds daaruit dat dit 'logische argument' door geen enkele auteur nader wordt onderbouwd, maar tegelijkertijd ook hét argument is op grond waarvan uitsluitend subjectieve onzekerheid bij voorwaarden wordt afgewezen.

dit onderzoek wil ik de weging van een logisch argument voor het vermogensrecht slechts zeer beperkt bespreken. Echter, in verband met het doorslaggevende gewicht dat aan dit logische argument in het kader van het vereiste van objectieve onzekerheid wordt toegekend, ontkom ik er niet helemaal aan.

De opvatting dat logica voor het vermogensrecht sterke argumenten kan opleveren, ga ik uiteraard niet betwisten. Ook mijn eigen benadering van vermogensrechtelijke vraagstukken is nogal eens 'logisch' ingestoken. De gedachte echter dat een logische onderbouwing voor het vermogensrecht *steeds* het definitieve oordeel zou opleveren, wijs ik daarentegen van de hand.²⁹⁸ 'Logisch volkommen richtig, und dennoch verkehrt', leerde Von Jhering reeds.²⁹⁹ Wat maakt het logisch argument voor het vermogensrecht dan zo sterk? De kracht bestaat mijns inziens daaruit dat het helpt bij de vormgeving van de structuur en de bewaking van de eenheid van het vermogensrecht. Logica leidt immers bij dezelfde gevallen tot dezelfde uitkomsten.³⁰⁰ Dat is echter nog iets anders, dan dat een logische redenering dwingend een antwoord oplegt; privaatrecht is geen wiskunde.

Met het vorenstaande is het logisch onderbouwde argument van het ontbreken van daadwerkelijke (objectieve) onzekerheid niet tenietgegaan. Edoch, met mijn afwijzing van het stéeds doorslaggevende karakter van een dergelijk argument ontstaat ruimte voor een weging van contra-argumenten. Daarvan zijn er twee. Het eerste argument heb ik reeds bij de in § 2.4.3.2 besproken vraag geformuleerd. Enerzijds heeft het maatschappelijk verkeer behoefte aan de mogelijkheid van het verdisconteren van uitsluitend subjectieve onzekerheid in een rechtsverhouding, anderzijds biedt het vermogensrecht bij een dwingend vereiste van objectieve zekerheid die mogelijkheid hooguit mondjesmaat. Gezien mijn stellige opvatting dat het vermogensrecht een dienende functie heeft in het maatschappelijk verkeer, spreekt het voor zich dat ik dit argument van groot gewicht acht.

Het tweede contra-argument is daarin gelegen dat het vorenstaande argument van het ontbreken van daadwerkelijke onzekerheid bij uitsluitend subjectieve onzekerheid specifiek *binnen partijverhoudingen* helemaal niet zo krachtig is. Logisch beschouwd is dat argument ook binnen de grenzen van de partijverhouding uiteraard nog steeds juist. Waar het binnen de partijverhouding echter

298 Waarmee ik overigens niet wil suggereren dat de voormelde auteurs die het vereiste van objectieve onzekerheid willen baseren op voormelde logische onderbouwing, een dergelijke onderbouwing voor ieder geval zouden willen laten prevaleren.

299 Scheltema noemt dit citaat zonder bronvermelding (Scheltema 2003, p. 374). Zelf heb ik het met een beperkte zoektocht niet bij Von Jhering kunnen vinden. Bij Jansen trof ik echter een citaat met soortgelijke strekking van Von Jhering aan: 'Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch nothwendig oder unmöglich sein' (Jansen 2009, p. xxiii, verwijzend naar Von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, III § 59).

300 Ik ben echter de eerste die toegeeft dat het niet eenvoudig is om deze stelling te onderbouwen.

om gaat is, dat *déze* partijen geconfronteerd worden met subjectieve onbekendheid. Dat bijvoorbeeld derden wellicht niet in dezelfde onzekerheid verkeren, kan nauwelijks van belang zijn voor de relatie tussen deze in – subjectieve – onzekerheid verkerende partijen.³⁰¹ Voor deze partijen bestaat tussen objectieve en subjectieve onzekerheid geen enkel verschil; zij kunnen ‘niet verder’ indien ze de voor hen bestaande subjectieve onzekerheid niet in hun onderlinge relatie kunnen verdisconteren.³⁰² Andersom is in dit verband een objectief zekere ‘voorwaardelijke’ rechtsverhouding tussen uitsluitend partijen bij die verhouding voor derden eveneens zonder belang. Deze derden staan immers per definitie buiten een dergelijke rechtsverhouding. Daarmee is het ontbreken van objectieve onzekerheid binnen de partijverhouding in ieder geval voor wat betreft de gevolgen voor betrokkenen helemaal niet zo zwaarwegend.³⁰³

Ik kom bij mijn conclusie. Aan de ene zijde hebben we de logisch onderbouwde afwijzing van uitsluitend subjectieve voorwaarden. Aan de andere zijde de behoefte aan de mogelijkheid van dergelijke voorwaarden, waaraan bij een dwingend vereiste van objectieve zekerheid slechts bescheiden tegemoet kan worden gekomen. Daarnaast beschouw ik het voormelde ‘logische argument’ tegen uitsluitend subjectieve onzekerheid bij voorwaarden in de interne relatie tussen partijen bij een rechtsverhouding als niet sterk; waarom zouden partijen een uitsluitend tussen hen bestaande onzekerheid niet kunnen verdisconteren in een eveneens uitsluitend tussen hen bestaande rechtsverhouding? Op grond van een weging van die argumenten onderschrijf ik de mogelijkheid van

301 In dezelfde zin voor het OBW: Everts 1883, p. 13. Overigens reduceert Everts het verschil tussen partijen en niet in onzekerheid verkerende derden op grond van de terugwerkende kracht die onder het OBW aan voorwaarden was verbonden. Nadat de voorwaarde is ingetreden – lees: partijen bekend zijn geworden met de gebeurtenis – ontstaat daarmee immers een situatie die gelijk is aan die, waarin partijen ook zelf niet in onzekerheid zouden hebben verkeerd.

302 Het strikt vasthouden aan het vereiste van objectieve onzekerheid zou derhalve betekenen, dat de mogelijke en naar mijn opvatting ook gewenste functie van voorwaarden in het rechtsverkeer aanzienlijk zou worden beperkt. Deze consequentie lijkt door Nederlandse auteurs niet te worden opgemerkt, in tegenstelling tot Zwitserse (Merz 1984, p. 149). In vrijwel dezelfde zin voor het Duitse recht: Flume 1992, p. 679. Flume stelt in dat verband dat aan deze overeenkomst tussen de objectieve en de (uitsluitend) subjectieve onzekerheid v.w.b. de positie van (tenminste een van) partijen in zijn algemeenheid te weinig aandacht wordt geschonken.

Ook andere aspecten van de gedachte dat uitsluitend subjectieve onzekerheid geen voorwaarde kan vormen, krijgen in de Nederlandse literatuur overigens geen aandacht. Een subjectieve ‘voorwaarde’ zou bijv. – juist door het ontbreken van werkelijke onzekerheid – geen belemmering moeten vormen voor die rechtsverhoudingen, die op grond van het vereiste van zekerheid niet voorwaardelijk kunnen worden aangegaan. Het Duitse recht wijst die mogelijkheid, met enige nuanceringsen, echter af, juist omdat de uitsluitend subjectieve onzekerheid de kern van het probleem vormt (Wolf 1999, p. 503, 516 met vermelding van rechtspraak).

303 De waarlijk scherpe lezer ziet hierin reeds mijn antwoord op de in § 2.4.3.4 besproken vraag of goederenrechtelijke verhoudingen dwingend om objectieve zekerheid vragen.

voorwaarden uit hoofde van subjectieve onzekerheid, althans voor die rechtsverhoudingen die uitsluitend werking hebben tussen de betrokken partijen. Dit ondanks het feit dat ik een zeker spanningsveld met de logisch onderbouwde afwijzing daarvan wel degelijk onderschrijf. Aanvaarding van deze mogelijkheid leidt overigens tot één bijzonderheid: terwijl het ná de totstandkoming alsnog vervallen van uitsluitend de subjectieve onzekerheid – partijen twijfelen niet langer – bij voortbestaande objectieve onzekerheid zonder gevolgen blijft voor wat betreft de reeds bestaande voorwaardelijkheid, eindigt de voorwaardelijkheid logischerwijs indien deze bestaat uit een uitsluitend subjectief onzekere gebeurtenis.

Resteert de vraag langs welke weg een dergelijke subjectieve onzekerheid bij voorwaarden moet worden geïntroduceerd. Op grond van hetgeen ik hiervoor in § 2.4.3.2 constateerde, bestaan daarvoor twee opties. Op de eerste plaats kunnen we de uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde onder het wettelijk begrip van de voorwaarde scharen. In dat geval omvat het wettelijk begrip van de voorwaarde in zekere zin twee typen: de voorwaarde gebaseerd op objectieve én subjectieve onzekerheid alsmede de voorwaarde op basis van uitsluitend subjectieve onzekerheid. Op de tweede plaats kunnen we wettelijke bepalingen van de objectief onzekere voorwaarde analoog toepassen op subjectief onzekere voorwaarden.³⁰⁴

Deze laatste optie heeft mijn duidelijke voorkeur. Dat is mede daarop gebaseerd dat het in art. 6:21 BW opgenomen vereiste van toekomstigheid vrijwel steeds geïnterpreteerd wordt als het vereiste van objectieve onzekerheid.³⁰⁵ Ik beschouw dit vereiste zelf weliswaar als ook toepasbaar op subjectieve onzekerheid, maar dat is voornamelijk in afwijking van het geldend recht. Belangrijker is mijn conclusie bij het in § 2.4.3.4 besproken vraagstuk: in afwijking van mijn vorenstaande conclusie ten aanzien van de interne relatie tussen partijen vragen goederenrechtelijke rechtsverhoudingen wel degelijk om objectieve onzekerheid. Als we bij die conclusie de subjectief onzekere voorwaarden zouden onderbrengen onder het wettelijke begrip van de voorwaarde, ontstaan binnen dit begrip nauwelijks oplosbare verschillen ten aanzien van de toepasbaarheid op niet-goederenrechtelijke en goederenrechtelijke rechtsverhoudingen. Bij analoge toepassing bestaat dit probleem daarentegen niet, omdat het uiteraard geen enkel probleem is om met een dergelijke analoge toepassing selectief om te gaan. Bij goederenrechtelijke verhoudingen niet, bij alle andere vermogensrechtelijke verhoudingen wel.

2.4.3.4 Vragen goederenrechtelijke rechtsverhoudingen om objectieve onzekerheid?

Hiervoor heb ik verdedigd dat subjectieve onzekerheid wel degelijk de grondslag zou moeten kunnen vormen van een voorwaarde, althans bij niet-goede-

³⁰⁴ Derhalve overeenkomstig de systematiek die veelal voor het Duitse recht wordt verdedigd.

³⁰⁵ Zie § 2.4.2.

renrechtelijk rechtsverhoudingen. Geldt die conclusie ook bij goederenrechtelijke verhoudingen? Daar kan ik kort over zijn: neen. Er bestaat namelijk een zeer wezenlijk verschil tussen deze beide. Een van mijn belangrijkste argumenten om de mogelijkheid van uitsluitend subjectief onzekere voorwaarden te aanvaarden is, dat een dergelijke onzekerheid uitsluitend de posities van de betrokken partijen raakt. Dat derden wellicht beter weten en zodoende niet in dezelfde onzekerheid verkeren, is voor de interne relatie tussen de betrokken partijen zonder belang.

Bij goederenrechtelijke verhoudingen is dat laatste anders. Goederenrechtelijke gerechtigdheid geeft immers een positie tegenover een ieder. Ook derden die buiten de interne partijverhouding staan, kunnen zodoende geconfronteerd worden met een onzekerheid die uitsluitend tussen partijen bestaat en vice versa. Daarmee ontstaat het volgende – mijns inziens onoverkomelijke – probleem. Tussen partijen zou bij subjectief onzekere voorwaardelijkheid sprake zijn van een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid tussen beiden. Laten we uitgaan van voorwaardelijkheid van verkregen eigendom. Derden zouden echter bekend kunnen zijn met de uitkomst van hetgeen partijen als onzeker beschouwen. Waar partijen derhalve uitgaan van voorwaardelijke eigendom, kunnen deze derden reeds weten wie van partijen onvoorwaardelijk eigenaar is.³⁰⁶ Een dergelijke figuur heeft veel weg van relatieve eigendom; tussen partijen liggen de eigendomsverhoudingen anders dan vanuit het gezichtsveld van bedoelde derden. Een dergelijke relativisering van eigendom werd door de Hoge Raad echter reeds in 1889 van de hand gewezen.³⁰⁷ Het beperkte aantal andere gevallen van een soortgelijke relativisering van goederenrechtelijke gerechtigdheid blijkt tot aanzienlijke problemen te kunnen leiden en stemt niet vrolijk.³⁰⁸

Het vorenstaande neemt niet weg dat ik de combinatie van de mogelijkheid van uitsluitend subjectief onzekere voorwaarden bij niet-goederenrechtelijke verhoudingen en de onmogelijkheid daarvan bij goederenrechtelijke verhoudingen zeker niet als ideaal beschouw. De onderbouwing van dit onderscheid

306 Hierin zou weer een kleine uitzondering gelegen kunnen zijn t.a.v. het door mij geconstateerde dwingende vereiste van objectieve onzekerheid bij goederenrechtelijke verhoudingen. De slechts subjectief onzekere gebeurtenis waarbij iedereen in subjectieve onzekerheid verkeert en die uitsluitend niet objectief onzeker is omdat de uitkomst objectief vaststaat, zou ook bij goederenrechtelijke verhoudingen geen probleem moeten zijn. Een dergelijke nuance leidt echter tot een doorgeslagen verfijning.

307 HR 22 februari 1889, W. 5684.

308 Bijv. art. 3:81 lid 3 BW (relativering bij afstand en vermenging) en art. 3:90 lid 2 BW (relatieve werking van de levering c.p.). Zie voor een bespreking van vele van deze vragen: F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom, Een analyse aan de hand van de relativisering van de levering c.p., de relatieve werking van de vernietiging van de actio pauliana en van de blokkeringsregel bij beslag op roerende zaken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

is namelijk niet alleen redelijk complex,³⁰⁹ maar zal de goederenrechtelijke mogelijkheden bij tijd en wijle ook slecht laten aansluiten bij de behoeften van het rechtsverkeer.³¹⁰ Een aanvaardbare oplossing zie ik echter niet, tenzij we de vorenbedoelde relativering van eigendom en andere goederenrechtelijke rechten voor dit geval zouden willen accepteren.

2.4.3.5 Art. 3:85 BW bij tussentijds ingetreden objectieve zekerheid

In § 2.4.3.2 noemde ik reeds kort de kwestie, waarbij partijen over een goed beschikken onder een objectief en subjectief onzekere voorwaarde, waarna objectief zeker wordt dat de gebeurtenis in de toekomst zal plaatsvinden. Partijen dragen bijvoorbeeld eigendom over onder de opschortende voorwaarde van het verkrijgen van een vergunning en de vergunningverlenende instantie neemt intern het onherroepelijke besluit dat deze vergunning in de toekomst verleend zal gaan worden. Partijen hebben die vergunning derhalve nog niet verkregen, maar wel is objectief zeker dat die vergunning verkregen zal worden. De aanvankelijke objectieve onzekerheid wijzigt derhalve in zekerheid. Door het ontbreken van objectieve onzekerheid eindigt de aanvankelijke voorwaardelijkheid steeds, zowel wat betreft het geldend recht, als in de hiervoor door mij verdedigde opvatting bij goederenrechtelijke verhoudingen. Daarmee zou de verkrijger van het goed in het voormelde voorbeeld onvoorwaardelijk rechthebbende worden.

Wat is echter in dat geval de situatie als partijen bij de overdracht beoogd hebben, dat het goed pas in het vermogen van de verkrijger overgaat indien de vergunning daadwerkelijk is verkregen? Een dergelijke afspraak was bedoeld als voorwaarde met een daaraan inherente tijdsbepaling, maar behelst door het komen te ontbreken van objectieve onzekerheid thans uitsluitend nog een tijdsbepaling.³¹¹ De aanvankelijke overdracht onder voorwaarde zou daarmee door het tussentijds ontstaan van objectieve *zekerheid* in zijn effect

309 Complexe constructies zijn boeiend in de studeerkamer, maar vrijwel steeds ongeschikt voor rechtsfiguren die op grote schaal in het rechtsverkeer worden gehanteerd.

310 Wél mogelijk is in mijn optiek bijv. de onvoorwaardelijke overdracht onder een slechts obligatoir – derhalve uitsluitend tussen partijen – werkende subjectief onzekere voorwaarde ter zake een teruglevering aan de oorspronkelijke vervreemder. Er is derhalve geen sprake van vorenbedoelde goederenrechtelijke problematiek.

311 Het daadwerkelijk verkrijgen van de vergunning door partijen is, ondanks dat het besluit daartoe door de betreffende instantie reeds is genomen, immers nog steeds een toekomstige (thans zekere) gebeurtenis. Een tijdsbepaling derhalve. Deze tijdsbepaling is ook niet meer dan inherent aan de aanvankelijke voorwaarde, doordat deze uitsluitend bestaat door het uiteenlopen in de tijd van het ontstaan van objectieve zekerheid (en daarmee eindigen van de voorwaardelijkheid) en het plaatsvinden van de gebeurtenis (verkrijgen van de vergunning) in de toekomst.

Overigens blijkt niet iedereen te beseffen dat mét het eindigen van voorwaardelijkheid (i.c. het intreden van een ontbindende voorwaarde) ter zake eigendom, die eigendom niet alsnog onder een tijdsbepaling gehouden kan worden. Zie bijv.: Rb. Leeuwarden 17 oktober 2006, LJN: AZ0604, r.o. 2.9.

alsnog een overdracht onder een tijdsbepaling zijn geworden. Beschikkingen onder tijdsbepaling botsen echter op art. 3:85 BW: een verbintenis strekkende tot overdracht van een goed voor bepaalde tijd is niet mogelijk en wordt geconverteerd in vestiging van een recht van vruchtgebruik met overdracht of behoud van bloot eigendom. Hoe moeten we deze bepaling zien in het licht van het bedoelde tussentijds komen te ontbreken van objectieve onzekerheid? Dat blijkt nog niet eenvoudig te zijn.

De systematiek van art. 3:85 BW is dat de aanvankelijke verbintenis die strekte tot overdracht onder een tijdsbepaling van rechtswege geconverteerd wordt in een verbintenis op grond waarvan de beoogde tijdelijke eigenaar een recht van vruchtgebruik dient te verkrijgen. Nakoming van die verbintenis behelst derhalve de vestiging van een recht van vruchtgebruik. Van een dergelijke systematiek kan echter bij het tussentijds (derhalve na de levering) eindigen van objectieve onzekerheid geen sprake zijn. De aanvankelijke verbintenis bestond onder een voorwaarde en is ook geheel rechtsgeldig onder voorwaarde nagekomen door middel van een beschikking met inachtneming van die voorwaarde. Het feit dat door het nadien komen te ontbreken van objectieve onzekerheid nog een tijdsbepaling zou resteren, wijzigt niets aan de aanvankelijke verplichting tot overdracht onder voorwaarde, noch aan de daarop volgende nakoming bestaande uit de levering waarmee het goed voorwaardelijk werd verkregen. Uitsluitend indien we willen aannemen dat art. 3:85 BW de reeds nagekomen verbintenis en/of de uit hoofde daarvan reeds voorwaardelijk verkregen gerechtigdheid alsnog converteert in vestiging van een vruchtgebruik, kunnen we vasthouden aan de strekking van art. 3:85 BW.

Mogelijke alternatieven liggen echter evenmin voor de hand. Het alsnog laten vervallen van de tijdsbepaling is in die zin geen optie dat partijen in hun rechtsverhouding helemaal niet beoogd hebben de onvoorwaardelijke gerechtigdheid op een eerder moment te laten overgaan dan bij het daadwerkelijk plaatsvinden van de gebeurtenis die de voorwaarde vormde. Zou de objectieve onzekerheid van aanvang aan hebben ontbroken en daarmee voor de thans besproken situatie sprake zijn geweest van een echte tijdsbepaling, dan was door middel van art. 3:85 BW ook rekening gehouden met die tijdsbepaling. Het gaat derhalve niet aan om partijen door het tussentijds vervallen van objectieve onzekerheid een eerdere onvoorwaardelijke of niet door een vruchtgebruik beperkte rechtsovergang op te dringen.

Het geheel buiten toepassing laten van de strekking van art. 3:85 BW lijkt echter ook geen optie. Daarmee zou één van de weliswaar in de literatuur bekritiseerde, maar niettemin voor het geldend recht zonder twijfel bestaande pijlers van het goederenrecht voor de thans besproken situatie geen toepassing vinden. Eigendom gehouden onder een tijdsbepaling zou alsdan voor deze vrij specifieke situatie plots tóch mogelijk zijn. Deze mogelijkheid zou echter uitsluitend bestaan doordat bij de in art. 3:85 BW neergelegde systematiek helemaal geen rekening is gehouden met de consequenties die het vereiste van objectieve onzekerheid bij voorwaarden met zich kan meebrengen.

Wat is de conclusie bij het vorenstaande? We staan voor een dubbele keuze. Willen we al dan niet rekening houden met de tijdsbepaling die inherent was aan de aanvankelijke voorwaarde en zo ja, doen we dat door alsnog tijdelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid te accepteren, dan wel door de systematiek van art. 3:85 BW op een of andere wijze te volgen? Dat de tijdsbepaling na het verval van de objectieve onzekerheid van belang moet blijven, staat voor mij vast. Een andere opvatting zou in het geheel niet aansluiten op de partijbedoeling, ook al was die aanvankelijk met name gericht op voorwaardelijkheid. De mogelijkheid van (bijvoorbeeld) tijdelijke eigendom staat echter op zo'n gespannen voet met de intentie van art. 3:85 BW, dat ik – ondanks dat de systematiek van die bepaling niet aansluit op de besproken situatie van tussentijds verval van objectieve onzekerheid – sterk geneigd ben om de strekking van dit wetsartikel desondanks toch maar toe te passen. Door het tussentijds objectief zeker worden dat de gebeurtenis later zal plaatsvinden, zal de aanvankelijk opschortend voorwaardelijke verkrijger bij een inherente tijdsbepaling derhalve alsnog bloot eigenaar worden en de vervreemder vruchtgebruiker. Vanuit (wets)systematische optiek blijft die opvatting echter zonder meer zwak.

2.4.3.6 Subjectieve zekerheid bij objectieve onzekerheid

Indien partijen bij een rechtsverhouding bewust geen rekening hebben willen houden met een objectief onzeker feit, spreekt de onvoorwaardelijkheid van die rechtsverhouding voor zich. Partijen kunnen immers zeer wel, zich bewust zijnde van de objectieve onzekerheid van een gebeurtenis, die onzekerheid opzettelijk laten voor wat zij is door niet voorwaardelijk te contracteren. Dat zij de rechtsverhouding onvoorwaardelijk tot stand brengen, is alsdan niets anders dan een stukje risicoaanvaarding door de partij ten laste van wie de eventuele gevolgen van die onzekerheid zullen komen. Partijen verkeren zodoende zelf wel degelijk in subjectieve onzekerheid, maar nemen de eventuele gevolgen van de vooralsnog bestaande onzekerheid voor lief.

Voor het tegenovergestelde geval waarin partijen niet voorwaardelijk contracteren en de onzekere gebeurtenis ook niet op andere wijze in hun rechtsverhouding opnemen, omdat zij zich *niet* bewust zijn van die objectieve onzekerheid, is dit niet anders.³¹² Het enkele feit dat bij het aangaan van de rechtsverhouding bij partijen derhalve subjectieve onzekerheid ontbrak ten aanzien van een objectief onzekere gebeurtenis dat van belang is voor de rechtsverhouding, maakt in dat verband geen verschil. Partijen hebben ook dan niet voorwaardelijk gecontracteerd, zodat er geen reden bestaat om voor die situatie plots wel een risicoverschuiving tussen partijen uit hoofde van een voorwaarde aan te nemen. Voor bijzondere gevallen kent het vermogensrecht alsdan andere figuren, zoals een beroep op dwaling of onvoorziene

312 De Coninck wijst er terecht op dat in dat geval de partijbedoeling ontbrak om voorwaardelijk te contracteren (De Coninck 2007, p. 76 e.v.).

omstandigheden, om een en ander weer in goede banen te leiden. Deze rechtsfiguren zijn juist toegespitst op gebeurtenissen waar partijen rekening mee hadden kunnen houden, maar dat niet hebben gedaan. Met name het feit dat de rechter door middel van gedeeltelijke vernietiging bij dwaling, dan wel het wijzigen of gedeeltelijk ontbinden van een overeenkomst bij onvoorziene omstandigheden veel verfijnder kan ingrijpen dan door het aannemen van een niet overeengekomen voorwaarde, maakt deze figuren ook veel geschikter voor een achteraf ingrijpen in de rechtsverhouding.

Thans echter de situatie waarbij partijen wel degelijk rekening hebben gehouden met de objectief onzekere en derhalve toekomstige gebeurtenis, maar deze in hun rechtsverhouding onterecht hebben verdisconteerd als een zekere. Anders gezegd, partijen hebben wél geanticipeerd op de toekomstigheid van de gebeurtenis, maar niet op het feit dat deze ook nog (objectief) onzeker is. Dit zal alsdan veelal in die vorm zijn gebeurd, dat partijen zijn uitgegaan van een tijdsbepaling in plaats van een voorwaarde.³¹³ Op zich zou het denkbaar zijn dat partijen zelf wel degelijk in subjectieve onzekerheid hebben verkeerd, maar desondanks de onzekere gebeurtenis als tijdsbepaling overeengekomen zijn. Waarschijnlijker is echter dat zij de objectieve onzekerheid van de gebeurtenis niet hebben onderkend en bij hen derhalve subjectieve onzekerheid ontbrak.³¹⁴ Uit de in § 2.4.5 vermelde literatuur en jurisprudentie volgt dat ook voor die situatie geen voorwaardelijkheid tussen partijen wordt aangenomen. Dat is overeenkomstig de hiervoor vermelde twee situaties, waarin partijen zich al dan niet bewust van de objectief onzekere toekomstige gebeurtenis noch voorwaardelijk, noch onder een (beoogde) tijdsbepaling hebben gecontracteerd.

Maar is het terecht dat een objectief onzekere gebeurtenis op grond van de partijwil in de rechtsverhouding kan worden verdisconteerd in de vorm van een tijdsbepaling? Meijers leek in ieder geval in 1916 – derhalve vóór het wijzen van het Plockworst-arrest³¹⁵ – voor deze situatie veel minder te hechten aan het vereiste van subjectieve onzekerheid. Hij stelt dat 'iets wat naar zijn aard een voorwaarde is toch alleen dan op grond der bedoeling der partijen dit karakter [kan] verliezen, wanneer het vooraf vaststaat, wanneer het geschieden kan, []'.³¹⁶ Oftewel, bij het ontbreken van subjectieve onzekerheid in een situatie van objectieve onzekerheid kon volgens Meijers eventueel wel een *zekere* tijdsbepaling bestaan (derhalve met een vaststaand moment waarop de tijdsbepaling van kracht wordt), maar niet een *onzekere* tijdsbepaling (met een onzeker moment waarop de tijdsbepaling van kracht zou worden).

313 Zie over die soms moeilijk vast te stellen grens § 2.4.5.

314 Dit is dan ook de zienswijze die we in de literatuur vinden: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 187; Asser/Rutten (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 116.

315 HR 21 juni 1918, NJ 1918, 790 (Plockworst).

316 Zie Meijers reactie op Vos (Vos 1916, p. 460).

Deze laatste vormde in zijn optiek alsdan steeds een voorwaarde, ondanks het ontbreken van subjectieve onzekerheid.³¹⁷

Het verschil dat Meijers constateert tussen de beoogde zekere en de beoogde onzekere tijdsbepaling wordt door hem als volgt beargumenteerd. De onzekere gebeurtenis die in de vorm van een tijdsbepaling is gegoten, kan door middel van uitlegging inderdaad als tijdsbepaling worden geïnterpreteerd. Bijvoorbeeld de onzekere gebeurtenis van het meerderjarig worden vormt een zekere tijdsbepaling, indien deze wordt geïnterpreteerd als de datum gelegen achttien jaar na de geboortedatum. Bij de onzekere tijdsbepaling ontbreekt echter die mogelijkheid, aldus Meijers. Het moment waarop de periode van de tijdsbepaling zal verlopen, is alsdan niet zonder meer vast te stellen. Deze gedachte van Meijers ten aanzien van de onzekere tijdsbepaling is logisch juist, althans voor zover de onzekere gebeurtenis uiteindelijk niet intreedt.³¹⁸

Wellicht dat Meijers zijn voormelde opvatting echter later heeft gewijzigd. In de TM vinden we over deze kwestie een passage, waar gesteld wordt dat bij een objectief onzekere gebeurtenis op grond van de partijbedoeling toch sprake kan zijn van een tijdsbepaling.³¹⁹ Over het in 1916 door Meijers gemaakte onderscheid tussen de zekere en de onzekere tijdsbepaling rept de TM met geen woord. Sterker, de TM stelt in dit verband ook nog: 'Doet zich nu een bijzondere omstandigheid voor, waardoor de gebeurtenis niet plaatsheeft of geheel onzeker wordt, dan zal de goede trouw in het algemeen eisen, dat de verbintenis wordt nagekomen op het tijdstip, waarop redelijkerwijs kan worden aangenomen, dat de gebeurtenis zou hebben plaatsgehad, indien de bijzondere omstandigheid zich niet had voorgedaan'.³²⁰ Het enkele feit dat niet (meer) zeker is wanneer de periode van de tijdsbepaling verloopt, was derhalve in de TM van duidelijk minder belang dan in 1916.

De objectief onzekere gebeurtenis die door partijen als subjectief zekere gebeurtenis en in de vorm van een *zekere* tijdsbepaling wordt overeengekomen, vormt derhalve in juridisch opzicht geen enkel probleem. De feitelijke vaststelling dat tussen partijen sprake is van een zekere tijdsbepaling is eigenlijk niets anders dan de vaststelling, dat partijen een vaststaand moment in hun onderlinge verhouding nogal ongelukkig hebben omschreven.

317 Dat die consequentie voor partijen soms 'hard' kon zijn onderkende Meijers, maar dat was z.i. onvoldoende 'om wat eenmaal een voorwaarde is, als tijdsbepaling te kunnen behandelen' (zie zijn reactie op Vos 1916, p. 460).

318 Voor zover die gebeurtenis wél intreedt, bestaat er v.w.b. de vaststelling van het moment waarop de tijdsbepaling verloopt uiteraard geen probleem. Voor zover deze echter niet intreedt, blijft onduidelijk per welk moment de periode van de tijdsbepaling zou verlopen. Die op zich juiste constatering van Meijers wordt ook vandaag de dag in de literatuur nog onderschreven (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 187).

319 PG Boek 6, TM, p. 170.

320 PG Boek 6, TM, p. 170.

Bij de objectief onzekere gebeurtenis die als onzekere tijdsbepaling is beoogd, bestaat in zekere zin wel een probleem. Dat betreft de door Meijers geconstateerde onduidelijkheid ten aanzien van het moment waarop de tijdsbepaling geacht wordt te zijn ingetreden, met name als de onzekere gebeurtenis niet of tenminste langdurig niet intreedt. Niettemin vormde in het voormelde Plockworst-arrest precies deze situatie van een objectief onzekere gebeurtenis die als onzekere tijdsbepaling beoogd was voor de Hoge Raad geen enkel probleem om – ondanks de eerdere bedenkingen van Meijers – toch een tijdsbepaling aan te nemen. De vaststelling van het moment waarop de tijdsbepaling geacht wordt te zijn ingetreden, diende volgens de Hoge Raad te worden bepaald op basis van de redelijkheid en billijkheid ('goede trouw') van art. 1374 lid 3 OBW. Met het aanvaarden van die laatste mogelijkheid verdwijnt vanzelfsprekend ook het door Meijers gesignaleerde probleem.

Samengevat: de in 1916 nog door Meijers gesignaleerde onmogelijkheid van de objectief onzekere gebeurtenis die een onzekere tijdsbepaling zou vormen, is door de Hoge Raad met het Plockworst-arrest ondervangen. Subjectieve zekerheid bij objectieve onzekerheid kan derhalve inderdaad leiden tot de aanname van een tijdsbepaling.³²¹

2.4.3.7 Is onzekerheid ten aanzien van de gevolgen van de rechtsverhouding van belang?

Het vanzelfsprekende en in de literatuur dan ook impliciet steeds onderschreven uitgangspunt bij voorwaardelijkheid is dat uit de onzekerheid van de voorwaarde volgt, dat ook de verdere gevolgen van de voorwaardelijke rechtsverhouding onzeker zijn. De betreffende gevolgen staan immers 'onder voorwaarde' en zijn daarmee rechtstreeks verbonden met de onzekerheid die voortvloeit uit de voorwaarde respectievelijk de onzekere gebeurtenis die de inhoud van die voorwaarde vormt. Daarmee is de in de vorige paragrafen besproken benadering van de onzekerheid van de gebeurtenis en niet van de verdere gevolgen begrijpelijk en veelal ook terecht.

Niettemin kunnen we er aan twijfelen of de onzekerheid soms niet toch ook expliciet betrekking dient te hebben op deze gevolgen. Zoals gezegd is vrijwel steeds sprake van dergelijke onzekerheid ten aanzien van de gevolgen, maar in deze studie komen een aantal situaties ter sprake waar de voorwaardelijkheid er juist toe leidt dat bepaalde 'normale' gevolgen van (specifiek) goederenrechtelijke rechtsverhoudingen niet zouden kunnen intreden. Dit betreft voorwaarden die samenhangen met gevolgen die om uiteenlopende redenen vaak als wezenlijk voor het tot stand komen respectievelijk bestaan van die goederenrechtelijke rechtsverhouding worden beschouwd.

³²¹ Zie in deze zin ook het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 mei 2005, nr. CPP2005/370M, V-N 2005/25.16.

Een voorbeeld is de ontbindende voorwaarde van faillissement van de verkrijger van een goed en de daarmee gepaard gaande onmogelijkheid van verhaal door diens schuldeisers. Indien een (willeurige) voorwaarde kán intreden gedurende het faillissement van de bezwaarde wordt de voorwaardelijke goederenrechtelijke rechtsverhouding zonder meer aanvaard.³²² Indien de voorwaarde zál intreden uit hoofde van dat faillissement, blijken in de literatuur – ook afgezien van faillissementsrechtelijke aspecten – bezwaren tegen een dergelijke voorwaardelijkheid te bestaan. Let wel, dit laatste ondanks het feit dat de gebeurtenis (het faillissement) als zodanig bij de totstandkoming van de rechtsverhouding een objectief onzekere gebeurtenis zal vormen. In § 5.2.4.3 zullen we zien dat het er daarmee op lijkt, dat het ontbreken van onzekerheid ten aanzien van die *gevolgen* – en dus niet van de gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde vormt – het essentiële verschil is. Voor zover deze benadering juist is, dient de onzekerheid van voorwaarden tevens betrekking te hebben op dergelijke, als wezenlijk beschouwde gevolgen van de rechtsverhouding.³²³

2.4.4 Het belang van de factor kans voor de onzekerheid

2.4.4.1 *De factor kans in de verschillende stelsels*

Geldend recht, oud BW, Duits en Zwitsers recht

In de voorgaande paragrafen heb ik beschreven dat de aan voorwaarden inherente onzekerheid hetzelfde is als een bepaalde kans op het wel of niet intreden van de gebeurtenis. De belangrijkste reden voor het overeenkomen van een voorwaardelijke rechtsverhouding is in mijn opvatting de omgang door partijen met risico, de kans maal het gevolg derhalve.³²⁴ Daarmee lijkt enige aandacht voor de factor ‘kans’ bij voorwaarden gerechtvaardigd, ook al is in de literatuur en jurisprudentie de aandacht daarvoor bescheiden.³²⁵

³²² Zie § 11.1.3 en 11.1.4.

³²³ Andere voorbeelden zijn de ontbindende voorwaarde van een beschikken door de verkrijger van een goed (waarmee de vrije overdraagbaarheid in goederenrechtelijke zin zou zijn uitgesloten, zie § 5.2.4.2) en de ontbindende voorwaarde die in materieel opzicht dwingend zou leiden tot een herverdeling van bevoegdheden die in goederenrechtelijk opzicht niet mogelijk zou zijn (zie § 5.2.4.4).

³²⁴ Zie § 2.2.1.

³²⁵ Enkele verspreide uitzonderingen zijn er wel. Bij HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393 wordt door de Hoge Raad overwogen dat voor een beroep op de Pauliana door een (opschortend) voorwaardelijke schuldeiser vereist is, dat ‘een voldoende concrete kans bestaat dat de voorwaarde wordt vervuld’. Dit n.a.v. PG Boek 3, MvA II, p. 219 ter zake art. 3:45 BW, waarin is opgenomen: ‘Toepassing van deze regel zal er vermoedelijk toe leiden dat een schuldeiser de hier bedoelde bevoegdheid wel of niet zal hebben, al naar gelang vervulling van de voorwaarde meer of minder waarschijnlijk en meer of minder nabij is’. Strikt beschouwd handelt dit derhalve niet over de factor ‘kans’ van de voorwaarde zélf, maar

Met dat laatste is reeds gegeven dat ik voor het geldend recht met betrekking tot de factor kans geen duidelijke conclusies heb kunnen trekken. Wel kan ik vaststellen dat de visies in de beperkte literatuur ten aanzien van de vraag bij welke kansen nog sprake is van onzekerheid, onderling nogal verschillen.³²⁶ Met Mollema ben ik het in dat verband eens dat de wetgever in ieder geval in het erfrecht ook bij zeer kleine kansen nog steeds van de mogelijkheid van voorwaardelijkheid – en dus van onzekerheid – uitgaat.³²⁷

Zo bescheiden als de aandacht voor de factor kans in de moderne Nederlandse literatuur en jurisprudentie is, vergeleken met de literatuur onder het OBW en het Duitse en Zwitserse recht mag deze niettemin als uitbundig worden beschouwd. Voor het OBW, alsmede het Duitse en Zwitserse recht heb ik niets over de factor kans bij voorwaarden gevonden.

2.4.4.2 *De relatie tussen de factor kans en de vorm van onzekerheid*

Niet iedere kans, hoe groot of klein dan ook, wordt in het maatschappelijk verkeer als een onzekerheid ervaren. Objectief beschouwd moge wellicht sprake zijn van een kans, vanuit algemeen menselijke optiek is bij (zeer) grote of kleine kansen niettemin vaak sprake van zekerheid.³²⁸ Is dat laatste van belang voor voorwaardelijkheid? In ieder geval wel voor zover ook partijen uitgaan van zekerheid. Bij gebreke van subjectieve onzekerheid kan immers nooit sprake zijn van een voorwaarde. Deze vraag wordt echter moeilijker als partijen wél uitgaan van onzekerheid – welk uitgangspunt objectief ook juist is – maar een dergelijke kans in het maatschappelijk verkeer als (zeer) groot of klein wordt

wel over de relatie tussen die kans en de gevolgen van de voorwaardelijke verbintenis. In het fiscale arrest HR 17 maart 1993, BNB 1993/144 wilde de Hoge Raad de werking van een voorwaarde van (samen)gevat verschuldigdheid van belasting aanvaarden, mits redelijkerwijs aan belastbaarheid zou kunnen worden getwijfeld. Er moest voor de Hoge Raad derhalve sprake zijn van een (reële) kans dat de voorwaarde al dan niet intreedt. Brahn plaatst de kans op intreden van een voorwaarde bij een eigendomsvoorbehoud in het licht van de economische waarde voor de koper (Brahn 1988, p. 183). Blijkens het door Van Gaalen genoemde voorbeeld beschouwt hij het gevolg van een (te) kleine onzekerheid als een onmogelijkheid om van een voorwaarde te kunnen spreken (Van Gaalen 2001, p. 176). Rank-Berenschot tenslotte ziet bij een kans die de 100% nadert een nog slechts marginaal verschil met de tijdsbepaling (Rank-Berenschot 1998, p. 162).

326 Zie bijv. Verstappen, die bij een kans 'hoe gering ook' bij gebrek aan onzekerheid geen tijdsbepaling wil aannemen (m.b.t. erfstellingen onder tijdsbepaling, Verstappen in: Van Mourik e.a. 2011, p. 268). Mollema zet daar echter, juist vanwege die zeer bescheiden kans, vraagtekens bij (Mollema 2007, p. 148).

327 Mollema 2007, p. 148, nt. 69. Naast de door Mollema genoemde voorbeelden kunnen we ook denken aan de redelijk gebruikelijk voorwaarde in testamenten van het tenminste dertig dagen overleven door de erfgenaam van de erflater. De kans op intreden van die voorwaarde zal veelal uiterst klein zijn.

328 Hetgeen v.w.b. die menselijke beleving van de kans uiteraard ook andersom kan zijn. Velen menen een kans te maken op het winnen van de jackpot van de Staatsloterij, terwijl de objectieve kans van daadwerkelijk winnen ongeveer overeenstemt met die van het getroffen worden door een neervallende satelliet.

beschouwd. In dat verband werpen we een korte blik op de relatie tussen deze kans en de in § 2.4.3 besproken vereisten van objectieve en subjectieve onzekerheid.

Voor het geldend recht heb ik vastgesteld dat ten behoeve van voorwaardelijkheid dwingend het vereiste geldt van objectieve onzekerheid. Voor alle niet-goederenrechtelijke verhoudingen heb ik dat vereiste zelf niettemin afgewezen; voor deze rechtsverhoudingen is naar mijn opvatting subjectieve onzekerheid afdoende. Dit verschil in de aan onzekerheid te stellen vereisten is ook van belang bij de thans besproken kwestie van de factor kans bij onzekerheid. Als we namelijk uitgaan van een vereiste van objectieve onzekerheid is de subjectieve beleving van partijen slechts in één opzicht van belang. Zij moeten het intreden van de kans inderdaad als onzeker hebben beschouwd, bij gebreke waarvan geen sprake is van subjectieve onzekerheid en daarmee evenmin van voorwaardelijkheid.

Hoe gaan we bij het vereiste van objectieve onzekerheid echter om met de factor kans, indien partijen inderdaad in subjectieve onzekerheid verkeren? Is iedere kans afdoende, ook al wordt deze op grond van de omvang daarvan in het maatschappelijk verkeer helemaal niet als onzeker beschouwd? We zagen reeds dat in de literatuur voor objectieve onzekerheid normen worden gehanteerd als 'naar algemeen menselijke ervaring' en 'naar menselijke beoordeling' onzeker.³²⁹ Uit deze normen spreekt reeds dat niet bij iedere kans – hoe onbeduidend ook – sprake is van objectieve onzekerheid. De aanwezige kans moet op grond van deze normen immers ook naar menselijke ervaring of beoordeling als onzeker worden beschouwd.³³⁰ Een van deze geobjectiveerde norm afwijkende subjectieve beleving van partijen doet bij een vereiste van objectieve onzekerheid derhalve niet ter zake.

Bij het uitsluitend vereiste van subjectieve onzekerheid wordt dit echter anders. Bij deze vorm van onzekerheid is immers de beleving van onzekerheid door partijen de essentie. Als partijen een zeer kleine of grote kans daadwerkelijk als onzeker beschouwen, is er op zich geen reden dat niet ook voor het recht te accepteren.³³¹ Iets anders is dat bij de beoordeling achteraf of partijen inderdaad een voorwaarde overeengekomen zouden zijn, het bewijzen daarvan moeilijk kan worden. Onderdeel van dat bewijs zal immers moeten zijn, dat

329 Zie § 2.4.1.

330 Een vermoedelijk andere opvatting vinden we bij A-G Wattel in zijn conclusie bij HR 5 december 2008, RN 2009, 13. De A-G verschilt met de Minister van mening over de vraag of de afgifte van een verklaring van geen bezwaar (t.b.v. oprichting van een besloten vennootschap) op grond van de zeer kleine kans dat deze niet zou worden afgegeven, nog kwalificeert als objectief onzeker. De beoogde afgifte vormde in de ogen van de A-G – 'hoe waarschijnlijk ook' – nog steeds een objectieve onzekerheid. De HR laat zich er niet over uit.

331 Hetgeen er derhalve toe kan leiden, dat objectief dezelfde kleine of grote kans t.g.v. verschillende partijbeleving soms wel en soms niet een onzekerheid vormt.

partijen hetgeen op grond van de aanwezige kans in het maatschappelijk verkeer niet als onzeker wordt beschouwd, zélf wel als onzeker hebben aangemerkt.

2.4.4.3 *Wanneer is een bepaalde kans nog te beschouwen als daadwerkelijke onzekerheid?*

De norm voor de ‘aanvaarde’ kans op een doorbraak van de zeedijken is in Nederland eens in de 20.000 jaar. Dat is een hele kleine, maar objectief beschouwd nog wel bestaande kans. Wordt zo’n kleine kans in het maatschappelijk verkeer echter ook als onzeker *ervaren*? Specifiek ten aanzien van dijkdoorbraken heb ik het niet onderzocht, maar in zijn algemeenheid zou ik durven stellen dat een dergelijke kans als te klein wordt beschouwd om nog van onzekerheid te kunnen spreken. Waarom ligt de norm voor dijkdoorbraken dan zo hoog en niet bijvoorbeeld eens in de 5000 jaar? Eén maal per vijf millennia is immers nog steeds een zeer bescheiden kans in een mensenleven. De reden daarvoor ligt in de gevolgen, mocht die kans tóch intreden. De gevolgen van het onderlopen van half Nederland zijn enorm, zodat in dit geval pas bij extreem kleine kansen gesproken kan worden van een ‘aanvaardbaar’ risico of zelfs van het in subjectieve zin ontbreken van dat risico.

Zoals ik hiervoor reeds aangaf, vormt mijns inziens de omgang met risico de voornaamste reden om een rechtsverhouding niet onvoorwaardelijk, maar voorwaardelijk tot stand te brengen. Op grond daarvan moeten we voor het vraagstuk van bestaande onzekerheid niet uitsluitend kijken naar de kans dat de gebeurtenis intreedt. Het gaat bij voorwaarden immers veelal om de kans in relatie tot de gevolgen bij het intreden van die kans – het risico derhalve. Anders gezegd, naarmate deze gevolgen groter zijn, mag de kans steeds kleiner zijn om toch nog van een reëel risico te kunnen spreken. Daarmee geven de voorwaardelijke gevolgen dus een bepaald gewicht aan de objectieve kans. Zie de vorenbedoelde kansen van een dijkdoorbraak. Dat geldt ook andersom in die zin, dat steeds minder beduidende gevolgen een steeds grotere kans vragen om nog van een risico te kunnen spreken.

Bij twijfel over de vraag of bij een bepaalde kans wel daadwerkelijk sprake is van objectieve onzekerheid, zie ik derhalve een aanvullend beoordelingscriterium in de gevolgen bij het intreden van die kans. Naarmate die gevolgen zwaarder wegen, is een steeds kleinere kans afdoende om nog van een dergelijke onzekerheid te kunnen spreken. Een zeer kleine of grote kans *sec* zegt derhalve nog niets ten aanzien van de vraag of deze kans de grondslag voor een voorwaarde kan vormen. Uitsluitend in relatie tot de mogelijke gevolgen kan die afweging worden gemaakt.

2.4.5 De verhouding tussen voorwaarde en tijdsbepaling

2.4.5.1 Voorwaarde en tijdsbepaling in de verschillende stelsels

Geldend recht, oud BW, Duits en Zwitsers recht

Theoretisch is het verschil tussen voorwaarde en tijdsbepaling eenvoudig: de voorwaarde betreft een onzekere gebeurtenis, de tijdsbepaling een bepaalde termijn of een onbepaalde termijn bestaande uit het intreden van een zekere gebeurtenis op een nog onzeker moment.³³² Dit theoretische onderscheid wordt zowel in de literatuur onder het NBW, als die onder het OBW en het Duitse en Zwitserse recht algemeen onderschreven.³³³ Desondanks is deze afgrenzing tussen beide figuren in drie opzichten wezenlijk minder duidelijk dan wellicht verwacht zou kunnen worden uit hoofde van het theoretisch heldere en algemeen onderschreven verschil tussen beide.

De eerste deuk in de strikte afgrenzing tussen voorwaarde en tijdsbepaling is gelegen in de soms lastig vast te stellen grens tussen beide, met name bij de tijdsbepaling met onzekere termijn.³³⁴ In de Duitse literatuur is dan ook wel gesteld dat de overgang tussen voorwaarde en tijdsbepaling 'vloeiend' van aard is.³³⁵ De tweede bestaat daaruit dat een groot deel van de rechtsgevolgen van een voorwaarde en een tijdsbepaling overeenstemmen, vooral

332 Het onderscheid tussen beide vormen van de tijdsbepaling werd reeds in het Romeinse recht onderkend (Honsell 2008, p. 611; Zwalve 2006, p. 23 e.v.).

333 NBW: Hijma e.a. 2013, p. 43; Asser/Hartkamp 6-I* 2008, p. 125; Den Tonkelaar 1994, p. 27. OBW: Den Tonkelaar 1983, p. 29; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 363; Asser/Van Goudoever 1913, p. 63; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 3; Opzoomer 1879a, p. 184. Duits recht: MüKo/Westermann 2012, p. 1737; Wolf/Neuner 2012, p. 643; Staudinger/Bork 2010, p. 360; Körner & Rodewald 1999, p. 854; Wolf 1999, p. 502; Flume 1992, p. 678. Zwitsers recht: Honsell 2008, p. 611; Merz 1984, p. 152, 153; Oser 1929, p. 687.

334 Dat een dergelijk afgrenzingsprobleem kan bestaan, wordt breed onderkend: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 187; Reehuis 2010, p. 103; Struycken 2007, p. 549; Zwalve 2006, p. 24, 273, 274; Van Gaalen 2001, p. 176; Rank-Berenschot 1998, p. 162 (die spreekt van een soms 'flinterdun' verschil); Den Tonkelaar 1994, p. 28 (en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 30).

Zie in gelijke zin: PG Boek 3, MvA II, p. 119 en ook de toelichtingen bij de PECL en het DCFR: Von Bar & Zimmerman 2005, p. 820; Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 699.

Zie HR 24 maart 1916, W. 9972 voor een alleraardigst voorbeeld van een verschil van inzicht of sprake was van een voorwaarde of tijdsbepaling, betreffende het toekomstige kalven door een koe. De rechtbank kwalificeerde dit als een voorwaarde. De Hoge Raad daarentegen, op grond van de gedachte dat een kalven niet kan uitblijven en derhalve geen voorwaarde maar een onzekere tijdsbepaling vormt, als een tijdsbepaling. Meijers beschouwde dit weer als een voorwaarde (zie zijn noot bij dit arrest in WPNR 2432 (1916), p. 382 en zijn reactie op Vos (Vos 1916, p. 460)). Vos daarentegen weer als een tijdsbepaling (Vos 1916, p. 459, 460) en veel later Pitlo weer als een voorwaarde (Pitlo 1964, p. 73, 74).

Interessant is ook BGH 22 oktober 2003, NJW 2004, 284, waarin de hoogste Duitse rechter een onzekere tijdsbepaling aanvaardde, waar velen toch een voorwaarde in zouden zien. Zie voor het Belgische en Franse recht: De Coninck 2007, p. 21 e.v.

335 Körner & Rodewald 1999, p. 854.

indien deze opschortend van aard zijn. Voor het Duitse recht komt daar tot slot nog bij dat het uiteindelijk de partijwil is die een zekere of onzekere gebeurtenis tot een voorwaarde of een tijdsbepaling maakt.³³⁶ Voor het Nederlandse recht is dat laatste in ieder geval voor de helft juist: een (objectief) onzekere gebeurtenis kan op grond van de partijwil een tijdsbepaling vormen. Zoals Zwalve ten aanzien van het Duitse recht opmerkt, wordt daarmee het onderscheid tussen de voorwaarde en de tijdsbepaling betrekkelijk willekeurig.³³⁷ Deze laatste kwestie, die is toegespitst op het onderscheid tussen de objectieve en de subjectieve onzekerheid en de gevolgen daarvan, heb ik in § 2.4.3.6 besproken. Daaronder is mede begrepen de vraag of door de bedoeling van partijen respectievelijk het ontbreken van subjectieve onzekerheid bij partijen een objectief onzekere gebeurtenis een tijdsbepaling kan vormen. Op de beide andere kwesties ga ik in de onderstaande twee paragrafen verder in.

2.4.5.2 De afgrenzingsproblemen tussen voorwaarde en tijdsbepaling

Tussen de figuur van de voorwaarde en van de tijdsbepaling bestaan een aantal afgrenzingsproblemen. Een eerste daarvan kan bestaan uit de zeer grote of kleine kansen die, objectief genomen, inderdaad een onzekerheid vormen. In § 2.4.4 heb ik echter ten aanzien van dergelijke kansen verdedigd, dat op grond van de gehanteerde normen voor de vraag of iets als objectief onzeker is te beschouwen, niet iedere grote of kleine kans een onzekerheid vormt. Daarmee zou derhalve geen sprake zijn van een voorwaarde, maar eventueel wel van een tijdsbepaling. De vraag óf die objectieve onzekerheid inderdaad in een specifiek geval ontbreekt, zal echter veelal lastig zijn te beantwoorden.³³⁸ Als we daarentegen de voorwaarde onder uitsluitend subjectieve onzekerheid willen aanvaarden, is de subjectieve beleving van partijen van die onzekerheid de doorslaggevende factor; van een tijdsbepaling zal alsdan nauwelijks sprake kunnen zijn.

Naast deze kwestie kan de soms lastige afgrenzing tussen voorwaarde en onzekere tijdsbepaling voortvloeien uit de focus van partijen, die gericht is op de onzekerheid die zij ervaren ten aanzien van het onzekere *moment* waarop

336 Palandt/Ellenberger 2014, p. 182; Wolf/Neuner 2012, p. 643; Staundinger/Bork 2010, p. 360. Zie ook hetgeen Zwalve hierover heeft opgemerkt (Zwalve 2006, p. 185, 274, hiervoor kort weergegeven in de noten bij § 2.4.3.1).

337 Zwalve 2006, p. 274. Zwalve constateert daarbij overigens tevens dat deze willekeurigheid bij de Duitse wetgever zou hebben geleid tot § 163 BGB. Zoals ik eerder constateerde heb ik deze laatste visie in de Duitse literatuur niet als zodanig gevonden.

338 Zie het voorbeeld bij Neuner van de *vrijwel* honderdjarige (Wolf/Neuner 2012, p. 643). Mogen we stellen dat er één dag voor het aanstaande verjaardagsfeest nog steeds sprake is van objectieve onzekerheid, ook al vormt het bereiken van die leeftijd intussen vrijwel zekerheid?

een zekere gebeurtenis zal intreden. De gelijkenis tussen de onzekere tijdsbepaling en een voorwaarde is in dat geval relatief sterk.³³⁹ Naarmate immers het onzekerheidsaspect ter zake het moment waarop de betreffende periode verloopt aan belang wint, is de zekerheid dát die periode ooit afloopt voor partijen veelal minder interessant. Bij een gebeurtenis die met zekerheid zal plaatsvinden ergens gedurende een zeer lange termijn, is deze theoretische zekerheid immers veelal van ondergeschikt belang. Partijen zullen hun handelen op de eerste plaats afstemmen op de onzekerheid die bestaat gedurende de kortere termijn, ook al bestaat het besef dat van een daadwerkelijke onzekerheid in ieder geval op langere termijn geen sprake is.

Het komt mij voor dat het vermogensrecht een dergelijke focus van partijen op deze vorm van onzekerheid niet zomaar kan passeren op basis van de gedachte, dat strikt beschouwd geen sprake is van onzekerheid. Ik denk daarbij met name aan eventuele overeenkomstige toepasselijkheid van wettelijke bepalingen ter zake voorwaarden op tijdsbepalingen.³⁴⁰ Tegelijkertijd bestaat daarmee wederom een afgrenzingsprobleem tussen voorwaarde en tijdsbepaling, maar dan een in materiële zin. In hoeverre leidt namelijk een focus van partijen op de onzekerheid omtrent het moment van intreden van de gebeurtenis inderdaad tot toepasselijkheid van wetbepalingen ter zake voorwaarden op een onzekere tijdsbepaling? Ik laat het bij deze vraagstelling; het antwoord valt buiten de reikwijdte van dit onderzoek.

Ook in dogmatisch opzicht valt wel iets af te dingen op het onderscheid tussen voorwaarde en tijdsbepaling. Althans, naast het duidelijke verschil tussen beide rechtsfiguren – er is sprake van onzekerheid dan wel zekerheid – is er namelijk ook een sterke dogmatische overeenkomst: bij zowel de voorwaarde als de tijdsbepaling vindt een scheiding in de tijd plaats tussen handeling en gevolg van dat handelen.³⁴¹ Het is mijns inziens deze overeenkomst tussen beide

339 Een dergelijke onzekere tijdsbepaling wordt niettemin inderdaad als een vorm van tijdsbepaling gezien: Verstappen 2000, p. 261; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 48. Ook de (gelijkluidende) toelichtingen bij de PECL en DCFR gaan daarvan uit (Von Bar & Zimmerman 2005, p. 820; Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 699). Bij Struycken leven ter zake deze kwalificatie niettemin wel enige twijfels (Struycken 2007, p. 643, ter zake de 'voorwaarde' van overlijden). Zwolve stelt in dat verband dat zowel het Romeinse recht als het Pruisische ALR de onzekere tijdsbepaling behandelden als ware sprake van een voorwaarde (Zwolve 2006, p. 180).

340 Te denken valt bijv. aan toepassing van art. 6:23 BW. In § 7.4.2 komt in dat verband overigens ter sprake dat in het Duitse en Zwitserse recht discussie bestaat aangaande de vraag of die bepaling ook toepassing kan vinden bij een uitsluitend vervroegen of vertragen van het intreden van een voorwaarde.

341 In § 2.2.2 ter zake de dogmatische functies van voorwaarden omschreef ik dit als de doorbreking van de gelijktijdigheid van handeling en het uiteindelijke rechtsgevolg van die handeling. In de literatuur is deze overeenkomst tussen voorwaarde en tijdsbepaling bestaande uit een splitsing in de tijd tussen handeling en gevolg o.a. naar voren gebracht ter zake beschikkingen: Struycken 2007, p. 549 e.v. (zie echter ook p. 567, waar Struycken juist i.v.m. de factor van de onzekerheid van een voorwaarde de (mogelijke) splitsing in

figuren, die in het BGB (al dan niet mede) heeft geleid tot de hierna besproken toepasselijkheid van de wetsbepalingen ter zake voorwaarden op tijdsbepalingen (§ 163 BGB). Naarmate we meer de nadruk leggen op deze overeenkomst tussen tijdsbepaling en voorwaarde en daarmee minder op het verschil van (on)zekerheid tussen deze figuren, wordt dit verschil tussen beide in zekere mate naar de achtergrond verdrongen. Als we daar echter ook materiële consequenties aan zouden verbinden, zoals ik hiervoor ook heb verdedigd ten aanzien van de focus van partijen ten aanzien van het onzekere moment waarop een zekere gebeurtenis zal intreden, dan doet zich wederom het voormelde afgrenzingsprobleem voor.

2.4.5.3 *Hoe ver strekt het verschil in rechtsgevolgen tussen voorwaarde en tijdsbepaling?*

Zowel het Duitse en Zwitserse recht als ook de toelichting bij het DCFR gaan uit van overeenkomstigheid van veel van de rechtsgevolgen van voorwaarden en tijdsbepalingen. § 163 BGB verklaart voor het Duitse recht een aantal wetsbepalingen ter zake voorwaarden bijvoorbeeld uitdrukkelijk van overeenkomstige toepassing op de tijdsbepaling.³⁴² Dat laatste óók in het kader van goederenrechtelijke kwesties.³⁴³ Voor het Zwitsers recht wordt, zónder expliciete wetsbepaling, eveneens een analoge toepassing van de wettelijke regeling van voorwaarden op tijdsbepalingen in de literatuur breed aangenomen.³⁴⁴ Tot slot gaat ook de toelichting bij het DCFR uit van een sterke verwantschap tussen voorwaarde en tijdsbepaling, die – eventueel – tot analoge toepassing van de bepalingen ter zake voorwaarden kan leiden.³⁴⁵ De gedachte van een dergelijke analoge toepassing van de wettelijke bepalingen van voorwaarden op tijdsbepalingen ben ik daarentegen noch in de moderne Nederlandse literatuur, noch die onder het OBW tegengekomen.

Het is een open deur dat overeenkomstige toepassing van de regelingen ter zake voorwaarden op tijdsbepalingen mogelijke verschillen in rechtsgevol-

de tijd onderscheid van de tijdsbepaling); Van Goudoever 1903, p. 225 e.v. (waarbij Van Goudoever uitsluitend o.g.v. de terugwerkende kracht van voorwaarden overigens de opvatting afwijst dat een voorwaarde zou leiden tot tijdelijke eigendom).

342 Dit betreft de §§ 158, 160 en 161 BGB. § 159 ter zake een overeengekomen (obligatoir, niet goederenrechtelijk werkende) terugwerkende kracht is daarmee bij de tijdsbepaling niet van overeenkomstige toepassing, maar het staat partijen vrij deze niettemin overeen te komen (althans volgens Staudinger/Bork 2010, p. 361; Wolf 1999, p. 529). § 162 BGB kan volgens de literatuur analoog worden toegepast op de onzekere tijdsbepaling (Staudinger/Bork 2010, p. 361 met literatuurvermelding). Voor zover we de literatuur in de voormelde opvattingen zouden volgen, zijn daarmee alle bepalingen van de §§ 159-162 BGB van (overeenkomstige) toepassing op tijdsbepalingen.

343 Reehuis 2010, p. 103; Zwolve 2006, p. 187; Wolf 1999, p. 529.

344 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 386; Berger 2012, p. 268; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 854; Koller 2009, p. 1298; Merz 1984, p. 153.

345 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4704.

gen tussen beide figuren op z'n minst beperkt. Het feit dat het Duitse en Zwitserse recht en het DCFR een dergelijke analoge toepassing onderschrijven, terwijl van die mogelijkheid van een dergelijke analoge toepassing in het huidige en vroegere Nederlandse recht in ieder geval niet blijkt, suggereert in dat verband een verschil in insteek tussen deze rechtsstelsels. Wat daar verder van zij, een aantal verschillen tussen voorwaarden en tijdsbepalingen lijkt in het Nederlandse (materiële) geldend recht in elk geval te bestaan.³⁴⁶ Ik loop deze kort langs.

Een overdracht onder tijdsbepaling is uitgesloten (art. 3:85 BW), maar de overdracht is wel mogelijk onder een voorwaarde. De conversie die in dat verband op grond van art. 3:85 BW bij de tijdsbepaling plaats heeft, werkt daarbij uiteraard door in eventuele opvolgende beschikkingen over hetzelfde goed door de oorspronkelijke vervreemder of verkrijger. De 'tijdelijk gerechtigde' beschikt alsdan over een recht van vruchtgebruik en de uiteindelijke verkrijger over (bloot) eigendom.³⁴⁷ De voorwaardelijk bezwaarde beschikt na een voorwaardelijke beschikking daarentegen over zijn voorwaardelijke recht. Of ook de voorwaardelijke verwachter reeds over zijn voorwaardelijk recht (in de vorm van een Anwartschaftsrecht) kan beschikken, is voor het Nederlandse geldend recht echter omstreden.³⁴⁸

Een tweede materiële verschil bestaat daaruit dat een opschortende voorwaarde de *werking* van de verbintenis opschort, terwijl de tijdsbepaling normaal gesproken de *opeisbaarheid* opschort.³⁴⁹ Dit leidt in de thans merendeels in de literatuur onderschreven visie tot een onmogelijkheid (althans onverschuldigdheid) van een eerdere nakoming bij de voorwaarde. Bij een tijdsbepaling kan daarentegen wél voor verloop van de termijn verschuldigd nagekomen

346 Ik wijs tevens op het door De Coninck voor het Belgisch recht gestelde ter zake de gebeurtenis met een zuiver potestatief karakter. In de vorm van een opschortende voorwaarde wordt in het Belgisch recht eveneens aangenomen dat deze tot nietigheid van een overeenkomst leidt. Als 'zuiver potestatieve' tijdsbepaling is deze echter mogelijk (De Coninck 2007, p. 25, 26).

347 Opgemerkt zij dat er in de PG vanuit wordt gegaan dat de vruchtgebruiker in dit geval niet zonder meer gerechtigd is over de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen zelf te beschikken (of deze te verteren). Wel kan volgens de PG uit de partijbedoeling anders volgen (PG Boek 3, MvA II, p. 320).

348 Zie § 11.3.3.

349 Het OBW maakte tussen voorwaarde en tijdsbepaling nog dit uitdrukkelijke onderscheid: de (opschortende) voorwaarde schort de verbintenis op (art. 1289 OBW), terwijl de tijdsbepaling de *uitvoering* van de verbintenis opschort (art. 1304 OBW). Zie verder: Opzoomer 1879a, p. 186 e.v. (uitgebreid); Diephuis 1885, p. 295 e.v. Of uit deze 'opgeschorte uitvoering' inderdaad kon worden afgeleid dat de verbintenis onder tijdsbepaling direct bestond, was in de (oudere) literatuur onder het OBW – ondanks dit verschil in bewoordingen met de voorwaarde – omstreden: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 413; Hofmann 1937, p. 119 (beide met literatuurverwijzingen).

worden, althans voor zover niet anders overeengekomen is (art. 6:39 lid 1 BW).³⁵⁰

Een derde verschil is gelegen in de mogelijke gevolgen van het presteren zelf. Als gepresteerd is vóór het moment van intreden van een ontbindende tijdsbepaling, behoeven deze prestaties bij het intreden van de tijdsbepaling niet ongedaan gemaakt te worden.³⁵¹ Afhankelijk of het intreden van een ontbindende voorwaarde al dan niet uitsluitend gevolgen voor de toekomst dient te hebben, kan dat bij voorwaarden anders zijn (zie art. 6:24 BW).

In het verband van de beperkingen aan het verrichten van rechtshandelingen onder een voorwaarde of tijdsbepaling tot slot, zijn die aangaande voorwaarden in kwantitatief opzicht duidelijk omvangrijker. Vrijwel alle rechtshandelingen kunnen worden verricht met inachtneming van een tijdsbepaling, terwijl met name de onzekerheid die inherent is aan voorwaarden een aantal beperkingen met zich meebrengt.³⁵² Dé uitzondering op het vorenstaande wordt uiteraard gevormd door de onmogelijkheid van een overdracht onder tijdsbepaling (art. 3:85 BW).³⁵³

Voor het overige zijn er voor het materiële vermogensrecht nauwelijks verschillen in gevolgen tussen de voorwaarde en de tijdsbepaling aan te wijzen.³⁵⁴ Moeten we, de vorenstaande verschillen in rechtsgevolgen tussen voorwaarde en tijdsbepaling in ogenschouw nemend, vaststellen dat deze rechtsfiguren niet alleen theoretisch maar ook in materieel opzicht wezenlijk anders zijn? Dat is niet alleen een vraag van weging van de geconstateerde verschillen, maar met name ook een vraag of überhaupt wel sprake is van daadwerkelijke verschillen. Onverlet de (zwarte) kritiek in de literatuur op de wettelijke onmogelijkheid van een overdracht onder tijdsbepaling, lijdt het geen twijfel dat ter zake dit punt voor het geldend recht een verschil in gevolgen bestaat. Ook voor wat betreft het aan dit materiële verschil toe te kennen gewicht is zonder meer sprake van een belangrijk verschil tussen voorwaarde en tijdsbepaling. Interessant genoeg is de dogmatische onderbouwing voor dit verschil echter niet op de eerste plaats gelegen in een verschil tussen voorwaarde en tijdsbepaling, maar in de veronderstelde onmogelijkheid van tijdelijkheid van eigendom.

350 Overigens wordt in de moderne Nederlandse literatuur en ook de TM bij art. 3:38 BW voor de gevolgen van beide figuren niettemin nogal eens de term opgeschorte of ontbindende 'werking' en niet 'opeisbaarheid' gehanteerd (Hijma & Olthof 2014, p. 27; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 185, 186; PG Boek 3, TM, p. 185).

351 In gelijke zin: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 20012, p. 195. Zoals ik hiervoor reeds aangaf, wordt voor in de Duitse literatuur aangenomen dat ook aan een tijdsbepaling (obligatoire) terugwerkende kracht kan zijn verbonden. Daarmee zouden ook aan een tijdsbepaling ongedaanmakingsverplichtingen kunnen zijn verbonden.

352 Zie verder hoofdstuk 5.

353 Wel bevat art. 6:40 BW nog een aantal bijzondere gevallen waarin de debiteur zich niet meer op een tijdsbepaling kan beroepen.

354 Vergelijk het overzicht van de rechtsgevolgen van een (opschortende) tijdsbepaling in: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 190, 191.

De aan art. 3:85 BW ten grondslag liggende opvatting vloeit derhalve voort uit het gehanteerde eigendomsbegrip en niet zozeer uit een dogmatisch onderscheid tussen voorwaarde en tijdsbepaling.³⁵⁵ Hoe dan ook, in het verband van de thans besproken verschillen in materiële gevolgen tussen voorwaarde en tijdsbepaling maakt dit vanzelfsprekend niets uit.

De juistheid van het geconstateerde materiële verschil tussen de overdracht onder voorwaarde of tijdsbepaling geldt mijns inziens in veel mindere mate of zelfs in het geheel niet voor een aantal andere hiervoor vermelde materiële verschillen. De opvatting dat een opschortend voorwaardelijke verbintenis voor het intreden van de voorwaarde nog niet verschuldigd zou kunnen worden nagekomen, wijs ik bijvoorbeeld af. Een dergelijke nakoming is mijns inziens in beginsel mogelijk.³⁵⁶ Daarmee zou ter zake deze kwestie dan ook geen sprake zijn van een materieel verschil tussen voorwaarde en tijdsbepaling. Dat geldt tot op zekere hoogte ook voor het genoemde verschil bestaande uit het ontbreken van ongedaanmakingsverplichtingen bij het intreden van een ontbindende tijdsbepaling. Ongetwijfeld juist is de gedachte dat partijen bij een tijdsbepaling normaal gesproken inderdaad geen dergelijke ongedaanmaking zullen beogen. Maar is het ook uitgesloten? Zoals ik hiervoor reeds aangaf, wordt in de Duitse literatuur aangenomen dat ook aan een tijdsbepaling (obligatoir werkende) terugwerkende kracht kan zijn verbonden. Het gevolg daarvan is dat bij een tijdsbepaling sprake kan zijn van ongedaanmakingsverplichtingen ter zake hetgeen reeds is gepresteerd. Ik zou niet weten waarom deze mogelijkheid van het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen bij ontbindende tijdsbepalingen voor het Nederlandse recht anders zou zijn.³⁵⁷ Ook al ligt in het rechtsverkeer een ongedaanmakingsverplichting bij een tijdsbepaling veel minder voor de hand dan bij een voorwaarde, mogelijk is het wel.

Het laatste genoemde onderscheid – de onmogelijkheid om bepaalde rechtshandelingen onder voorwaarde of tijdsbepaling te verrichten – vormen daarentegen weer wel een materieel verschil. Het gewicht daarvan is mijns inziens echter bescheiden, met name omdat dit zelf een uitzonderingsgeval op de hoofdregel van mogelijke voorwaardelijkheid en tijdelijkheid vormt.

We gaan naar een tussenconclusie. Hét materiële verschil tussen voorwaarde en tijdsbepaling is gelegen in de (on)mogelijkheid van een overdracht onder tijdsbepaling dan wel een voorwaarde. Die – overigens van het Duitse en

355 Zie in dat verband ook Suijling, die zowel bij de tijdsbepaling *als* bij de voorwaarde uitging van de onmogelijkheid van een splitsing in de tijd (Suijling 1940, p. 93, 94 en ook geciteerd bij Struycken 2007, p. 549, 550). Voor Suijling bestond er ter zake dit punt derhalve helemaal geen onderscheid tussen voorwaarde en tijdsbepaling.

356 Daar zijn ook sterke argumenten voor, zoals ik in § 3.2.3 zal verdedigen. Dit i.t.t. de veelal aangehangen opvatting dat een dergelijke verschuldigde nakoming nog niet mogelijk is.

357 Waarbij het bestaan daarvan m.i. overigens helemaal niet via de band van obligatoire terugwerkende kracht behoeft te lopen.

Zwitserse recht afwijkende – onmogelijkheid bij een tijdsbepaling voor het Nederlands geldend recht is in materieel opzicht zeer wezenlijk. Ten aanzien van de overige geconstateerde verschillen in rechtsgevolgen tussen voorwaarde en tijdsbepaling heb ik echter verdedigd, dat deze bij nadere beschouwing óf ontbreken, óf van bescheiden belang zijn. Daarmee komt voor wat betreft de verschillen in rechtsgevolgen tussen voorwaarde en tijdsbepaling de nadruk sterk te liggen op het verschil in mogelijkheid van een overdracht onder voorwaarde en de onmogelijkheid daarvan bij een tijdsbepaling.

Ik ga dit laatste verschil ten aanzien van de overdracht thans enigszins verder uitwerken. Niet vanuit zeer theoretische beschouwingen als de vraag óf de veronderstelde eeuwigheid van eigendom zich wel verdraagt met een tijdelijkheid van verkregen of behouden eigendom, maar vanuit de vraag of de te onderscheiden posities van partijen bij de onzekerheid van een voorwaarde en de zekerheid van een tijdsbepaling ook het thans besproken verschil in de (on)mogelijkheid van een overdracht onder die voorwaarde of tijdsbepaling rechtvaardigen. Daarbij beperk ik mij tot de in de PG neergelegde overwegingen van de wetgever die tot art. 3:85 BW hebben geleid.³⁵⁸

In het OM kwam art. 3:85 BW niet voor, maar wel bevatte art. 4.4.5.1 OM (thans 4:136 BW) voor het erfrecht een bepaling met een overeenstemmende strekking.³⁵⁹ Ook in de TM bij art. 3:38 BW komt de gedachte achter het huidige art. 3:85 BW duidelijk naar voren. Meijers stelt daar: 'Eigendom onder een opschortende of een ontbindende tijdsbepaling wordt echter in het ontwerp als een vruchtgebruik aangemerkt'.³⁶⁰ In de TM bij art. 4:136 BW vinden we in navolging van de wetsbepaling zelf een soortgelijke opmerking ten aanzien van erfstellingen (en in het OM van dit artikel tevens nog legaten van de eigendom van een zaak).³⁶¹

Welke argumenten worden in de TM en andere delen van de PG genoemd om de eigendom onder tijdsbepaling niet toe te staan? Bij art. 3:38 BW stelt

358 Ongetwijfeld zijn er veel meer bronnen die hierover zijn te raadplegen. Gezien het relatief bescheiden belang van het thans besproken deelonderwerp in de toch al zo ruime aandacht daarvoor in deze studie, laat ik deze andere bronnen voor wat ze zijn. Bij de conclusies ter zake dit deelonderwerp behoud ik vanzelfsprekend dienaangaande wel een slag om de arm.

359 Zie over de ontstaansgeschiedenis van o.m. deze wetsbepalingen uitgebreid: Mollema 2007.

360 PG Boek 3, TM, p. 185. Gezien het feit dat het OM helemaal geen bepaling als art. 3:85 BW kende, is dat overigens – als we ervan uit mogen gaan dat het OM in de opvatting van Meijers op dit punt geen hiaat vertoonde – nog in een ander opzicht een interessante opmerking. Meijers bespreekt deze kwestie in samenhang met de mogelijkheid van een overdracht onder voorwaarde. Hij plaatst daarmee de overdracht onder voorwaarde of tijdsbepaling bij art. 3:38 BW en niet in afd. 3.4.2 (w.o. voor de voorwaarde art. 3:84 lid 4 BW en het later voor de tijdsbepaling toegevoegde art. 3:85 BW). Zoals ik nog uitgebreid zal bespreken, kunnen we ook daarin een aanwijzing zien, dat Meijers in art. 3:84 lid 4 BW helemaal niet de wettelijke grondslag zag voor de mogelijkheid van een overdracht onder voorwaarde. Zie verder § 11.2.2.2.

361 PG Boek 4, TM, p. 801.

Meijers dat een tijdelijk eigenaar evenals een vruchtgebruiker bij het hem toekomende genot rekening moet houden met het recht van degene die na hem komt.³⁶² Bij art. 4:136 BW vinden we in overeenstemming daarmee de gedachte, dat een regeling van tijdelijke eigendom zoveel gelijkenis met een vruchtgebruik zou hebben, dat het niet wenselijk zou zijn twee verschillende rechtsfiguren te erkennen.³⁶³ Als variant op deze laatste gedachte vinden we in de PG nog de opvatting dat tijdelijke eigendom de mogelijkheid zou creëren de bepalingen betreffende vruchtgebruik te ontwijken, met name de beperkingen in de tijd als neergelegd in art. 3:203 BW.³⁶⁴ Andere inhoudelijke argumenten vinden we echter niet.³⁶⁵ Daarmee kunnen we de onderbouwing van de wetgever voor het afwijzen van tijdelijke eigendom daarop terugbrengen, dat de bezwaarde bij het genot van zijn eigendomsrecht nu eenmaal rekening zou moeten houden met de opvolgende eigenaar.³⁶⁶ Dat zou kunnen door middel van een separate regeling in het wetboek ter zake tijdelijke eigendom náást die van vruchtgebruik, maar de dwingende keuze voor toepasselijkheid van de regeling van vruchtgebruik zou meer voor de hand liggen.

Bij voorwaardelijk gehouden eigendom is van dat alles echter geen sprake. A contrario geredeneerd zouden we derhalve kunnen menen, dat de wetgever ervan uit is gegaan dat de bezwaarde bij een voorwaardelijke overdracht – blijkbaar – geen rekening behoeft te houden met de (eventuele) rechtsopvolger bij het intreden van de voorwaarde.³⁶⁷ Dit ‘rekening houden met’ is immers blijkens de voormelde PG dé reden voor de wetgever om tijdelijk beoogde eigendom van rechtswege te converteren in vruchtgebruik, welke dwingendrechtelijke conversie bij een voorwaardelijke overdracht ontbreekt. Het verschil tussen de zekerheid van de tijdsbepaling en de onzekerheid van de voorwaarde zou aldus resulteren in het wel of niet rekening moeten houden met de partij die (eventueel) de bezwaarde in de eigendom zou opvolgen.

362 PG Boek 3, TM, p. 185.

363 PG Boek 4, TM, p. 801; PG Boek 4, MvA II, p. 802.

364 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), INota II Inv., p. 1204.

365 Meijers noemt bij art. 4:136 BW nog dat in de tijd beperkte eigendom zelden voorkomt (PG Boek 4, TM, p. 801). Dat is echter geen inhoudelijk argument en mist ook eigenlijk doel als we bedenken, dat de mogelijkheid van tijdelijke eigendom onder de werking van het OBW reeds omstreden was. Weinig partijen zijn immers bereid juridische handelingen te verrichten waarvan de geldigheid duidelijk betwist is.

366 Mollema lijkt dat iets anders te zien, waar zij stelt dat het in de visie van Meijers de gelijkenis tussen tijdelijke eigendom en vruchtgebruik was die het niet wenselijk zou maken om beide figuren te erkennen (Mollema 2007, p. 149). In mijn optiek zou die gelijkenis er volgens Meijers echter uitsluitend zijn, omdat de tijdelijk eigenaar – overeenkomstig de situatie bij een vruchtgebruik – rekening moet houden met de opvolgend eigenaar.

367 Dat de wetgever een dergelijke opvatting helemaal niet aanhangt, volgt reeds uit art. 4:138 lid 2 BW en de bijbehorende PG. De reden dat de wetgever bij een erfstelling onder opschortende voorwaarde de wettelijke regels ter zake vruchtgebruik van overeenkomstige toepassing verklaart, is namelijk juist gelegen in de door de wetgever gewenste bescherming van de erfrechtelijke verwachter. Zie: PG Boek 4, VV I, 2 p. 818; PG Boek 4, MvA I, p. 819. Zie verder § 6.2.3 en 9.2.4.3.

Voorop zij gesteld dat in de Nederlandse rechtskring en ook specifiek bij de Nederlandse wetgever minder expliciete aandacht bestaat voor de bescherming van de positie van de (voorwaardelijke) verwachter in diens relatie tot de bezwaarde, dan in het Duitse en Zwitserse recht. Sterker, een belangrijk deel van de Duitse en Zwitserse wetsbepalingen ter zake voorwaarden is specifiek gericht op die bescherming van de verwachter.³⁶⁸ De literatuur in beide landen besteedt in navolging daarvan ruimhartig aandacht aan die bescherming. De relatief bescheiden belangstelling in de Nederlandse rechtskring is echter nog wat anders, dan dat de verwachter onder het Nederlandse recht een dergelijke bescherming op soortgelijk niveau zou ontberen. Zo wordt het verval van tussenbeschikkingen door de bezwaarde bij het intreden van de voorwaarde in het Duitse en Zwitserse recht uitdrukkelijk geplaatst in het licht van de bescherming van de bezwaarde. In het Nederlandse recht wordt dit verval daarentegen geplaatst in het goederenrechtelijk kader van een beschikken onder voorwaarde.³⁶⁹ Met dat laatste is echter niet gezegd, dat de verwachter een mindere bescherming zou genieten dan onder het Duitse of Zwitserse recht. Zoals ik nog zal verdedigen, geldt het vorenstaande eigenlijk voor tal van aspecten die we kunnen scharen onder de brede noemer van het 'rekening houden met'.³⁷⁰ Anders gezegd, ondanks de vorenstaande suggestie van de wetgever dat bij een overdracht onder tijdsbepaling de tijdelijk eigenaar rekening moet houden met een opvolgende eigenaar en de voorwaardelijke bezwaarde niet, is dat laatste onjuist.

Ik kom bij de eindconclusie. Verreweg de belangrijkste reden die de wetgever aandraagt voor de onmogelijkheid van tijdelijke eigendom is gelegen in het rekening moeten houden met de opvolgende eigenaar door de tijdelijk eigenaar. Dat argument geldt echter net zo goed voor de voorwaardelijk bezwaarde jegens de voorwaardelijk verwachter. Zoals ik onder meer in § 6.2.3 zal bespreken, moet een bezwaarde op grond van het geldend recht ook rekening houden met de verwachter. Daarmee is het door de wetgever met art. 3:85 BW aangebrachte voornaamste materiële verschil tussen voorwaarde en tijdsbepaling gebaseerd op een argumentatie, die een verschil tussen voorwaarde en tijdsbepaling helemaal niet rechtvaardigt. Met andere woorden, er bestaat dankzij art. 3:85 BW een belangrijk verschil in rechtsgevolgen tussen voorwaarde en tijdsbepaling, maar op basis van de door de wetgever gehanteerde argumentatie zou dat verschil er niet moeten zijn. De overige hiervoor door mij geconstateerde verschillen in rechtsgevolgen tussen voorwaarde en tijdsbepaling ontbreken naar mijn opvatting bij nader inzien of hebben een beperkt gewicht.

368 Duitse recht: §§ 160 lid 1 en 2, 161 leden 1-3 en 162 lid 1 en 2 BGB.

Zwitsers recht: artt. 152 leden 1-3 en 156 OR. Het BW moet het in dat opzicht doen met art. 6:23 leden 1 en 2.

369 Zie § 11.2.6.

370 Zie m.n. § 6.2.3.

Materiële verschillen tussen voorwaarde en tijdsbepaling zouden derhalve in mijn optiek zeer bescheiden moeten zijn.

2.5 DE INHOUD VAN DE GEBEURTENIS

Geldend recht, oud BW, Duits en Zwitsers recht

In de voorgaande paragrafen heb ik ruim aandacht besteed aan de vereisten van 'onzekerheid' en 'toekomstigheid', zoals deze worden gesteld aan de gebeurtenis die de inhoud van een voorwaarde vormt. Van een dergelijke ruimere aandacht ten aanzien van de inhoud van de gebeurtenis kan daarentegen geen sprake zijn. De reden daarvoor is eenvoudig: ten aanzien van de inhoud van de gebeurtenis bestaat in de verschillende rechtsstelsel nauwelijks aandacht – de zogeheten potestatieve voorwaarde daargelaten³⁷¹ – en door het vrijwel geheel ontbreken van werkelijke vraagstukken dienaangaande is deze beperkte aandacht ook terecht.³⁷² Niettemin bespreek ik kort enkele aspecten.

Blijkens art. 6:22 BW is de werking van een voorwaarde gekoppeld aan 'het plaatsvinden der gebeurtenis'. Dat moeten we in die zin niet te letterlijk nemen, dat – afhankelijk van wat de voorwaarde inhoudt – ook het uitblijven van een gebeurtenis dit effect kan hebben.³⁷³ Strikt genomen zou men wellicht kunnen stellen, dat onder 'gebeurtenis' ook een uitblijven van die gebeurtenis kan zijn begrepen, waardoor art. 6:22 BW wel degelijk een alle mogelijkheden omvattende bepaling is. Het maakt inhoudelijk echter geen verschil. Ook overigens heb ik slechts weinig aanwijzingen kunnen vinden om aan te nemen, dat aan de term gebeurtenis een beperkte betekenis zou toekomen. Deze zeer ruime mogelijke inhoud van de gebeurtenis staat derhalve toe, dat de meest uiteenlopende gebeurtenissen de inhoud van een voorwaarde kunnen vormen, uiteraard met inachtneming van het besproken aspect van onzekerheid.

Dat betekent dat niet alleen fysieke, maatschappelijke, economische of juridische omstandigheden een gebeurtenis kunnen vormen, maar in feite iedere omstandigheid, waaronder in beginsel ook eigen handelen of dat van derden is begrepen.³⁷⁴ Deze ruime visie op de gebeurtenis wordt eveneens

371 Bij een dergelijke voorwaarde heeft een partij bij de rechtsverhouding een doorslaggevende invloed op het al dan niet intreden van de gebeurtenis. De gebeurtenis wordt daarbij gevormd door een doen of nalaten dat geheel in de macht van die partij staat, dan wel uit een loutere wilsuiking van die partij, zie § 7.3.

372 De Coninck gaat voor het Belgisch recht niettemin vrij uitgebreid in op de gebeurtenis (De Coninck 2007, p. 35 e.v.)

373 In deze verder onbetwiste zin ook: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 342. Bij de Zwitserse omschrijving van de voorwaarde in art. 151 OR speelt hetzelfde. Ook naar Zwitsers recht wordt de mogelijkheid van het uitblijven van een gebeurtenis als inhoud van de voorwaarde uiteraard onderkend: BSK OR I-Ehrt 2011, p. 857.

374 Ook De Coninck komt tot deze conclusie (De Coninck 2007, p. 35 e.v., p. 45). V.w.b. het handelen van derden ook: Den Tonkelaar 1983, p. 20, 21.

in het Duitse recht zonder voorbehoud onderschreven.³⁷⁵ De weinige Nederlandse auteurs die aandacht geschonken hebben aan de gebeurtenis onderkennen deze brede strekking.³⁷⁶ Een uitzondering die Diephuis en incidenteel ook latere auteurs daarop maken, is de gebeurtenis die bestaat uit de enkele wil van een partij, de (zuiver) potestatieve voorwaarde derhalve.³⁷⁷ Ook lijken soms de constitutieve vereisten waaraan bij de totstandkoming van de rechtsverhouding dwingendrechtelijk moet zijn voldaan respectievelijk de essentialia van een rechtsverhouding niet als gebeurtenis te worden gezien. Dergelijke visies vormen waarschijnlijk niet het geldend recht in die zin, dat de veronderstelde beperkingen geen betrekking hebben op de gebeurtenis als zodanig.³⁷⁸

Dan komen we tot slot bij de mogelijke indelingen van verschillende typen gebeurtenissen, zoals die van oudsher wel werden gehanteerd. Uit het Romeinse recht is de indeling afkomstig waarbij op grond van de invloed die partijen op het intreden van de gebeurtenis hebben, verschillende typen voorwaarden worden onderscheiden.³⁷⁹ Deze invloed kan uiteraard geheel ontbreken (de casuele of toevalsvoorwaarde), doorslaggevend zijn (de potestatieve voorwaarde) en ook beide elementen omvatten (de gemengde voorwaarde). Een dergelijke indeling van voorwaarden vinden we soms nog wel in de literatuur, maar niet in de wetboeken van de bestudeerde stelsels.³⁸⁰ Voor de Duitse wetgever was daarbij de overweging dat een dergelijke indeling voortvloeit uit de rechtssystematiek³⁸¹ en derhalve – althans zo lijkt daarmee te zijn bedoeld – opname in de wet geen functie zou hebben. Die gedachte lijkt ook voor het

375 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164; Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; Bork 2011, p. 498; Medicus 2010, p. 340, 341; Staudinger/Bork 2010, p. 311; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1061; Johannsen e.a. 1982, Vor § 158 nr. 3. In de Zwitserse literatuur heb ik hierover niets gevonden.

376 Zwalve 2006, p. 311, 312; Scheltema 2003, p. 368, 369; Diephuis 1885, p. 109. Ook Van Proosdij lijkt dezelfde brede strekking van het begrip 'gebeurtenis' aan te nemen (Van Proosdij 1917, p. 24).

377 Diephuis 1885, p. 109.

378 Indien we een dergelijke potestatieve voorwaarde inderdaad als onmogelijk zouden beschouwen, vloeit dat niet zozeer voort uit de bedoelde beperking van mogelijke gebeurtenissen, maar uit het vooralsnog ontbreken van wilsovereenstemming en derhalve van *iedere* binding tussen partijen (zie § 7.3.3.2). Datzelfde geldt in zekere zin voor alle constitutieve vereisten waaraan bij de totstandkoming van de rechtsverhouding dwingendrechtelijk moet zijn voldaan. Ook voor die vereisten geldt dat zij op zich zouden kwalificeren als 'gebeurtenis' – waarom immers niet? – maar dat deze totstandkoming vooralsnog geheel uitblijft (zie § 4.1.4.3 inzake de (onmogelijke) wettelijke voorwaarde). V.w.b. de essentialia van een overeenkomst is dat niet anders. Zie HR 13 november 1968, BNB 1969, 7 waar de Hoge Raad het directe bestaan van een koopovereenkomst onder de opschortende voorwaarde van toekomstige vaststelling van de koopprijs niet aanvaardde.

379 Aldus: Flume 1992, p. 683.

380 Anders dan de Code Civil, waar we in de artt. 1169-1171 CC deze driedeling nog wel terugvinden. Zie verder over deze indeling § 7.1.2.

381 In deze zin: Flume 1992, p. 683.

Nederlandse recht juist, ook al heb ik deze in de literatuur niet in expliciete zin gevonden.

2.6 HET INTREDEN VAN DE VOORWAARDE

2.6.1 Werking van rechtswege...

Geldend recht

Het intreden van een voorwaarde heeft *van rechtswege* werking. Met deze term wordt bedoeld op de koppeling tussen het in vervulling gaan van de voorwaarde en het intreden van de rechtsgevolgen die van die voorwaarde afhankelijk zijn.³⁸² Deze rechtsgevolgen treden derhalve als uitgangspunt vanzelf – van rechtswege – in door het in vervulling gaan van de ontbindende of de opschortende voorwaarde. Voor dit effect behoeft voor het Nederlands geldend recht ten tijde van het intreden van de voorwaarde dan ook geen sprake (meer) te zijn van een nadere, hernieuwde of ook maar voortgezette wilsovereenstemming,³⁸³ het door partijen nog verrichten van enigerlei handeling³⁸⁴ of be-

382 In deze betekenis: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 224; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 343; Wessels 2012, p. 26; Peter 2007, p. 132; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 182 en 187; Louwman in: Louwman & Kleijn 1998, p. 4; Salomons 1993, p. 862; Vriesendorp 1985, p. 31 (overigens is het ook mogelijk dat Vriesendorp hier doelt op de betekenis van 'uit hoofde van de wet'); Mijnssen 1981, p. 646. In deze zin ook de aangehaalde driemanschapstoelichting in het advies R.v.S.: PG Boek 6, Advies RVS, p. 150. Zie tevens: Rb. Arnhem (vzr.) 19 december 2003, LJN: AO2986; HR 24 mei 1996, NJ 1996, 685 (Van Zeil-Van Koppen); HR 6 november 1987, NJ 1988, 212 (ter zake het intreden van rechtswege van een ontbindende voorwaarde van een financieringsvoorbehoud zonder dat daar door de koper een beroep op was gedaan. Overigens bestond daar ook geen contractuele verplichting toe).

383 Reehuis 2013, p. 19, 50; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 694 (m.b.t. beschikking onder opschortende voorwaarde); Mezas 1985, p. 4. Uiteraard staat het partijen vrij om vóór het intreden van de voorwaarde de (voorwaardelijke) rechtsverhouding op grond van een nadere wilsovereenstemming te beëindigen.

384 Reehuis 2013, p. 19, 50; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 343, 345 (en ook Snijders in zijn noot bij HR 12 januari 2001. NJ 2002, 371); Wessels 2012, p. 27.

Zo is ook de inschrijving in de registers van het in vervulling gaan van een voorwaarde als bedoeld in art. 3:17 lid 1 sub c BW van een declaratoir en niet constitutief karakter en derhalve ook uitsluitend facultatief (Louwman & Kleijn 1998, p. 6). Iets anders is of het intreden van een voorwaarde slechts kan worden ingeschreven indien de voorwaardelijkheid van de eerdere rechtshandeling ook uit de (in de registers ingeschreven) akte blijkt. Mijnssen gaat daar in elk geval van uit (Mijnssen 2003, p. 70, 71) en ook de redactie van art. 17 lid 1 sub c BW lijkt dit te stellen. Daar staat tegenover dat de door Meijers voorgestane betekenis van art. 3:84 lid 4 BW – ook als de voorwaardelijkheid bij de levering ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis niet nogmaals overeengekomen is, vindt toch een overdracht onder voorwaarde plaats (zie verder § 11.2.2.2.) – anders suggereert. Dat Meijers deze systematiek ook bij leveringen d.m.v. inschrijving van akten in de registers voor ogen stond, blijkt duidelijk uit de Toelichting (PG Boek 3, TM, p. 318). De relatieve eenvoud van deze systematiek van art. 3:84 lid 4 BW staat daarmee op nogal gespannen voet met de door

schikkingsbevoegdheid van de vervreemder.³⁸⁵ Een beroep op dit intreden door partijen is als breed geldend uitgangspunt evenmin vereist.³⁸⁶ Zie over een dergelijk beroep hetgeen ik onderstaand schrijf alsmede in § 7.1.2.3, 7.3.4.2 alsmede 8.1.3. Een enkele maal wordt in de literatuur met name in dit verband van een beroep als consitutief vereiste gesteld, dat het van rechtswege intreden van de voorwaarde respectievelijk van de gevolgen daarvan essentieel is om van een voorwaarde te kunnen spreken.³⁸⁷ Buiten het geval dat een dergelijk beroep zou kwalificeren als een – eventueel – onmogelijke zuiver potestatieve voorwaarde wordt die benadering in de literatuur echter nauwelijks onderbouwd en lijken daarvoor ook geen overtuigende argumenten te bestaan.³⁸⁸

Het voortbestaan van handelingsbekwaamheid of goede trouw van partijen dan wel de kennisname door partijen van het intreden van de voorwaarde vormt geen vereiste voor de werking van rechtswege. Het komen te ontbreken van handelingsbekwaamheid of goede trouw gedurende de periode van onzekerheid laat derhalve onverlet, dat de aanvankelijk voorwaardelijke gevolgen intreden. Dat geldt ook indien partijen nog geen kennis dragen van het feit dat de voorwaarde ingetreden is. De onbekendheid van partijen met een – intussen – objectief zekere gebeurtenis kan voor het geldend recht immers niet langer een voorwaarde vormen.³⁸⁹ In het verband van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden is deze werking van rechtswege niet anders.

Mijnssen voorgestane wijze van het alsnog inschrijven van het in vervulling gegaan zijn van de voorwaarde d.m.v. het verkrijgen van een (inschrijfbaar) rechterlijk vonnis.

385 Zie het literatuuroverzicht in § 11.1.4.

386 Althans, alles voor zover dit op grond van een andersluidende wilsovereenstemming of de redelijkheid en billijkheid niet anders is: Louwman in: Louwman & Kleijn 1998, p. 4; Rb. Arnhem (vzr.) 19 december 2003, LJN: AO2986; HR 6 november 1987, NJ 1988, 212 (waarin door het hof was aangenomen dat voor het effect van een ontbindende voorwaarde ter zake een financieringsvoorbehoud geen beroep of mededeling aan de verkoper was vereist). Het doen van een dergelijk (niet-constitutief) beroep kwalificeert overigens als een 'rechtsmaatregel' in de zin van art. 3:51 lid 3 BW (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2640).

387 Breedveld-de Voogd 2007, p. 131; Van Rijssen 2006, p. 38; Dammingh 2002, p. 780, 781 (en eerder: zijn noot bij HR 2 oktober 1998, JOR 1999, 52). Vermoedelijk in soortgelijke zin ook: Schoordijk/Schoordijk 2009, p. 781.

Van Wechem en Drion lijken bij hun bespreking van het arrest HR 24 oktober 2008 eveneens terughoudend: 'Echter, wij zien niet goed in dat als de vervulling van de voorwaarde zodanig is geformuleerd – en dat is karakteristiek aan een voorwaarde – dat de vervulling buiten de partijwil wordt geplaatst, dat de partijwil toch weer een rol gaat spelen voor zover het het inroepen van het rechtsgevolg van art. 6:22 BW betreft' (Van Wechem & Drion 2009, p. 846).

388 M.n. de gedachte dat alsdan sprake zou zijn van een *wilsrecht* – en daarmee klaarblijkelijk niet van een voorwaarde – overtuigt mij niet. V.z.v. met dat argument bedoeld zou zijn dat objectieve onzekerheid als essentieel vereiste voor voorwaardelijkheid ontbreekt, verdedig ik in § 7.3.3.2 dat wel degelijk sprake is van 'echte' onzekerheid.

389 Zie verder § 2.4.3, waar ik tevens verdedig dat deze onbekendheid van partijen (subjectieve onzekerheid) bij niet-goederenrechtelijke verhoudingen wel degelijk de inhoud van een voorwaarde zou moeten kunnen vormen.

Vanzelfsprekend kunnen de voorwaardelijke rechtsgevolgen met het in vervulling gaan van de (opschortende) voorwaarde echter slechts intreden, indien reeds was of uiterlijk bij het in vervulling gaan van de voorwaarde is voldaan aan alle totstandkomingsvereisten voor de betreffende rechtsverhouding.³⁹⁰

De eerste van twee (mogelijke) uitzonderingen op deze werking van rechtswege wordt gevormd door de afwijkende wilsovereenstemming van partijen. Partijen kunnen – voor het geldend recht althans waarschijnlijk – het intreden van een voorwaarde afhankelijk maken van het beroep daarop door een partij.³⁹¹ Deze mogelijkheid bestaat daaruit dat een aanvankelijk onzekere gebeurtenis na het intreden daarvan aan een of beide partijen de mogelijkheid biedt zich op dat intreden te 'beroepen'. Dit beroep vormt derhalve een constitutief vereiste voor het intreden van de voorwaarde. Voor zover de overeenstemmende partijwil echter niet gericht is geweest op deze uitzondering van het doen van beroep, werkt het intreden van de voorwaarde inderdaad van rechtswege.³⁹²

Een tweede uitzondering wordt wellicht gevormd door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Daarbij gaat het in dit verband niet om het geheel buiten toepassing laten van de ingetreden voorwaarde – dan zou het intreden van de voorwaarde immers in het geheel geen effect hebben – maar uitsluitend om het alsnog stellen van het vereiste van het doen van een beroep, ook al is dat niet als zodanig overeengekomen.³⁹³ Beide voormelde mogelijkheden zijn ook door de Hoge Raad onderkend.³⁹⁴

Oud BW

Voor het OBW was het vorenstaande niet wezenlijk anders. Voor zowel de opschortend als de ontbindend voorwaardelijke verbintenis verklaarde Diephuis reeds, dat deze volle werking verkreeg 'zonder dat er nog eene nadere wilsverklaring of eenige andere oorzaak nodig is'.³⁹⁵ Het Hof 's-Hertogen-

390 Dit is m.n. van belang bij de zogeheten *wettelijke voorwaarde*, waar de voorwaarde wordt gevormd door een totstandkomingsvereiste en derhalve in eerste instantie juist niet voldaan is aan alle vereisten voor de rechtsverhouding, zie § 4.1.4.3.

391 Zie § 7.3.4.2 en m.n. § 8.1.3.

392 Hof Leeuwarden 21 oktober 2008, LJN: BG3275. In casu was een financieringsvoorbehoud overeengekomen (een ontbindende voorwaarde van het niet verkrijgen van externe financiering), waarbij het in de rechtspraak zonder meer zeer gebruikelijk is om deze voorwaarde uitsluitend te laten intreden na een (tijdig) beroep daarop. In het voorliggende geval was dat laatste i.e.g. niet expliciet overeengekomen, zodat het hof vaststelde dat de ontbindende voorwaarde van rechtswege was ingetreden.

393 Zie de noot onder Ktg. Utrecht 28 februari 1996, PRG 1996, 4568, waar annotator Van der Heiden stelt dat voor werking van een financieringsvoorbehoud de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij en de redelijkheid en billijkheid een dergelijk 'inroepen' vereisen.

394 HR 24 oktober 2008, NJ 2008, 558.

395 Diephuis 1886, p. 255, p. 271.

bosch stelde in 1921 dan ook nogmaals uitdrukkelijk vast, dat het in vervulling gaan van een voorwaarde van rechtswege de gevolgen van dat intreden met zich brengt.³⁹⁶ Ook in latere perioden van het OBW lijkt weinig twijfel te bestaan aan het van rechtswege intreden van de gevolgen van het in vervulling gaan voorwaarden.³⁹⁷ Een wettelijke uitzondering op dit uitgangspunt van werking van rechtswege werd gevormd door art. 1302 OBW, waarin de afwijkende figuur van de ontbindende voorwaarde ter zake wanprestatie was opgenomen.³⁹⁸

Duits en Zwitsers recht

Ook het Duitse en Zwitserse recht gaan voor zowel de ontbindende als de opschortende voorwaarde uit van het van rechtswege intreden van alle gevolgen van de voorwaardelijke rechtsverhouding.³⁹⁹ Voor deze gevolgen van het intreden van de voorwaarde is derhalve geen nadere of voortdurende wilsovereenstemming vereist,⁴⁰⁰ noch nadere handelingen⁴⁰¹ en evenmin

396 Hof 's-Hertogenbosch 11 januari 1921, NJ 1921, 709.

397 De Bruijn 1945, p. 235; Van Dijk 1940, p. 61.

Zie ook: HR 6 november 1987, NJ 1988, 212; de noot van Kleijn bij HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.) ter zake de rechtsovergang van eigendom bij het intreden van een ontbindende voorwaarde.

398 Het intreden van de voorwaarde – feitelijk de ontbinding van de overeenkomst – moest blijkens lid 2 van art. 1302 OBW aan de rechter gevraagd worden. Mede n.a.v. deze wetsbepaling was er in de literatuur enige discussie of ook voor toepassing van art. 1300 lid 4 OBW (inzake vermindering van de waarde van een zaak gedurende de periode van onzekerheid door toedoen van de opschortend voorwaardelijke schuldenaar) een rechterlijk vonnis vereist was: Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1973, p. 146, 147.

399 Duits recht: PWW/Brinkmann 2014, p. 220; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Wolf/Neuner 2012, p. 648; Hübner 1996, p. 475.

Zwitsers recht: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 379, 381; Berger 2012, p. 265, 266, 267; Schwenzer 2012, p. 69; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 865; Honsell 2008, p. 610, 613, 621; Huguenin e.a. 2008, p. 200, 201; Guhl/Koller 2000, p. 59, 61; Staehelin 1993, p. 17-19; Bucher 1988, p. 513; Merz 1984, p. 159, 163; Oser 1929, p. 689.

Zie voor het Belgisch recht in dezelfde zin: De Coninck 2007, p. 139, 140.

Schwenzer heeft daarbij voor het Zwitserse recht geconstateerd dat het juist deze werking van rechtswege is, die de ontbindende voorwaarde onderscheidt van een contractueel ontbindingsrecht dat wordt uitgeoefend door een nadere wilsverklaring (Schwenzer 2012, p. 70).

400 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Jauernig/Mansel 2014, p. 125; PWW/Brinkmann 2014, p. 220; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; MüKo/Westermann 2012, p. 1705, 1708; Wolf/Neuner 2012, p. 648; Staudinger/Bork 2010, p. 337.

Zwitsers recht: Berger 2012, p. 266, 267; Schwenzer 2012, p. 69; Honsell 2008, p. 622; Huguenin e.a. 2008, p. 200; Staehelin 1993, p. 17, 19; Merz 1984, p. 159; Oser 1929, p. 689.

401 Zwitsers recht: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 379, 381; Schwenzer 2012, p. 69; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 858; Honsell 2008, p. 610; Huguenin e.a. 2008, p. 200; Gutmans 1995, p. 11. In de door mij bestudeerde Duitse literatuur heb ik dit niet in expliciete zin gevonden, maar niettemin is er geen reden aan te nemen dat voor het Duitse recht iets anders gelden zou.

kennis bij partijen van het intreden van de voorwaarde⁴⁰² of het voortduren van beschikkingsbevoegdheid bij de vervreemder.⁴⁰³ Ook een na de totstandkoming van de voorwaardelijke rechtsverhouding ingetreden handelingsonbekwaamheid van een partij blijft zonder consequenties,⁴⁰⁴ evenals een verlies van goede trouw voor zover deze zou zijn vereist,⁴⁰⁵ alsmede een nadien ingetreden strijd met wet of goede zeden.⁴⁰⁶ Dit alles geldt ook voor de gevolgen na een beschikkingshandeling onder voorwaarde.⁴⁰⁷

Nadere uitwerking

De vraag naar de verklaring van de werking van rechtswege van voorwaarden is sterk verbonden met het begrip 'voorwaardelijke werking'. Aan dit laatste begrip wordt een groot deel van de gevolgen verbonden die samenhangen met de voorwaardelijkheid. Daarbij wordt de voorwaardelijke werking vaak gebruikt als zou sprake zijn van een verklarend begrip: bij een opschortende voorwaarde verbonden aan een verbintenis zou 'dus' sprake zijn van opschorting van de gevolgen van die verbintenis. En andersom, mét het intreden van diezelfde voorwaarde eindigt de opgeschorte werking en treden alsnog de gevolgen volledig in. De werking 'van rechtswege' hangt in die zin ten nauwste samen met de voorwaardelijke werking van voorwaarden, dat met het intreden van de voorwaarde de opgeschorte of ontbindende werking vanzelf eindigt.

In hoofdstuk 3 zullen we zien dat het begrip voorwaardelijke werking bepaald niet eenvoudig is. Dat laat onverlet dat de belangstelling voor dit begrip uiterst bescheiden genoemd mag worden. Dat laatste is ook in het kader van de gezochte verklaring voor de werking van rechtswege van voorwaarden van belang. In ieder geval voor de relatie tussen partijen is immers de vraag

402 Zwitsers recht: Berger 2012, p. 266, 267; Honsell 2008, p. 615; Huguenin e.a. 2008, p. 200, 201; Guhl/Koller 2000, p. 59, 61; Gutmans 1995, p.10; Merz 1984, p. 163. Wederom heb ik in de bestudeerde Duitse literatuur dit niet in expliciete zin gevonden, maar ook hier is er geen reden aan te nemen dat voor het Duitse recht iets anders geldt.

403 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Jauernig/Mansel 2014, p. 125; PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Wolf/Neuner 2012, p. 648; Staudinger/Bork 2010, p. 337; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 120.

Zwitsers recht: BSK OR I-Ehrt 2011, p. 858; Staehelin 1993, p. 40-43.

404 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Jauernig/Mansel 2014, p. 125; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Wolf/Neuner 2012, p. 648; Staudinger/Bork 2010, p. 337; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 120.

Zwitsers recht: Berger 2012, p. 266; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 858; Staehelin 1993, p. 17; Keller & Schöbi 1988, p. 108; Buchem 1988, p. 513 nt. 41.

405 Duits recht: Jauernig/Mansel 2014, p. 125 (althans, ter zake aanwezigheid van kwade trouw); Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Wolf/Neuner 2012, p. 648; Staudinger/Bork 2010, p. 337; Wolf 1999, p. 512. In de Zwitserse literatuur heb ik dit niet gevonden, maar uit niets volgt dat voor het Zwitsers recht iets anders gelden zou.

406 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Wolf 1999, p. 521. In vrijwel gelijke zin ook: Flume 1992, p. 690.

407 Zie § 11.1.3 en 11.1.4.

wáárom de aanvankelijke voorwaardelijke werking dankzij het plaatsvinden of definitief niet meer plaatsvinden van de gebeurtenis vanzelf eindigt. Bij gebreke aan wezenlijke aandacht voor de voorwaardelijke werking ontbreekt ook iedere aandacht voor deze laatste vraag. Mijn conclusie in hoofdstuk 3 ten aanzien van de grondslag voor en specifieke inhoud van de voorwaardelijke werking is, dat deze beide voortvloeien uit de partijwil. Partijen *willen* dat bepaalde gevolgen zijn verbonden aan het toekomstige al dan niet plaatsvinden van de gebeurtenis en daarmee vormt deze partijwil de verklarende factor voor de voorwaardelijke werking. Dat geldt daarmee tevens voor de werking van rechtswege; partijen willen dat *mét* het plaatsvinden van de gebeurtenis bepaalde gevolgen vanzelf in werking treden. Zoals ik in hoofdstuk 3 ten aanzien van de voorwaardelijke werking uitgebreid zal verdedigen, wil ik derhalve ook de verklaring voor de *werking van rechtswege* zien in de partijwil.

Het begrip ‘werking van rechtswege’ wordt in het verband van voorwaarden ook wel anders benaderd dan in het verband van de vorenbesproken vraag naar de grondslag daarvan. Dit betreft de vraag per welk moment getoetst moet worden of voldaan is aan alle totstandkomingsvereisten van de rechtsverhouding. Zoals we zagen wordt die vraag in alle door mij onderzochte stelsels aldus beantwoord, dat ná een eerdere totstandkoming bij het latere intreden van de voorwaarde niet nogmaals wordt getoetst. Vanzelfsprekend is die vraag vooral van belang bij opschortend voorwaardelijke verhoudingen, omdat juist de opgeschorte werking tot de gedachte zou kunnen leiden dat bij het intreden van die voorwaarde alsnog (of eventueel nogmaals) wordt getoetst. Het feit dat bij het intreden van de voorwaarde echter juist niet meer voldaan behoeft te worden aan alle totstandkomingsvereisten – althans indien daaraan op een eerder moment reeds was voldaan en de rechtsverhouding derhalve tot stand is gekomen – maakt dat voorwaarden ook vrijwel steeds van rechtswege *kunnen* werken. Dit laatste is de benadering van de werking van rechtswege zoals we die veelal vinden.

Daarmee is het belang van deze systematiek van het bedoelde toetsingsmoment evident, maar is de verklaring voor die systematiek nog niet gegeven. In de Duitse literatuur wordt die verklaring daarin gezien dat uitsluitend het rechtsgevolg respectievelijk de werking voorwaardelijk is en niet de rechtshandeling zelf.⁴⁰⁸ De achterliggende (maar door mij niet in uitdrukkelijke zin in de Duitse literatuur gevonden) gedachte is, dat de toetsing of voldaan is aan alle totstandkomingsvereisten uitsluitend plaatsvindt tegen het door partijen beoogde totstandkomingsmoment. Omdat in het Duitse recht óók een opschortend voorwaardelijke rechtshandeling als reeds tot stand gekomen

408 Zie § 3.1.3.1.

wordt gezien,⁴⁰⁹ wordt dit toetsingsmoment niet verschoven naar het latere moment van intreden van de voorwaarde.⁴¹⁰

Naar Nederlands geldend recht is een rechtsverhouding 'onder opschortende voorwaarde' een bestaande rechtsverhouding en eveneens zijn daarmee slechts de gevolgen opgeschort. Overeenkomstig het Duitse recht is er derhalve geen reden om ten gevolge van de opschortende voorwaarde een ander toetsingsmoment aan te nemen, dan bij de eerdere (beoogde) totstandkoming.⁴¹¹ Dat de gevolgen van die rechtsverhouding pas intreden bij het eventuele in vervulling gaan van de voorwaarde, staat aldus geheel los van de totstandkoming. In de Nederlandse noch overigens in de Zwitserse literatuur ben ik de vorenstaande gedachtengang tegengekomen. Desondanks zou ik menen dat deze wel de heersende opvatting ten aanzien van vorenbedoelde verklaring weergeeft voor wat betreft het feit dat voorwaarden ook vrijwel steeds van rechtswege *kunnen* werken.

2.6.2 ... en zonder terugwerkende kracht

2.6.2.1 De betekenis van terugwerkende kracht

Inleiding

Partijen bij voorwaardelijke rechtsverhoudingen zijn, ook als sprake is van een opschortende voorwaarde, gebonden. Deze visie op de positie van partijen bij een rechtsverhouding onder voorwaarde is onder het NBW vrijwel onbetwist.⁴¹² Uit deze gebondenheid gedurende de periode van onzekerheid vloeien echter een aantal vervolgvragen voort. Worden de posities van partijen gedurende de periode van onzekerheid beschermd en zo ja, op welke wijze? Wie draagt het risico met betrekking tot een zaak? Welke partij heeft recht op de tussentijds verschenen vruchten? Bij de beantwoording van deze en andere vragen kunnen we twee verschillende systemen onderscheiden, met name waar het de opschortende voorwaardelijke verhouding betreft.⁴¹³ De

409 Zie § 3.1.3.1.

410 Let wel, de rechtshandeling bestaat ondanks de opschortende voorwaardelijkheid voor het Duitse recht meteen, maar de rechtsverhouding in vele opzichten (nog) niet. Zie over deze systematiek hoofdstuk 3.

411 Mede hierom zie ik dan ook niets in de onder het OBW deels en thans nog door Out voorgestane systematiek dat een opschortende voorwaarde het ontstaan van de rechtsverhouding zou (moeten) opschorten. Zie § 3.1 en Out 2003, p. 72 e.v.

412 Zie § 3.1.3.2. Onder het OBW werd eveneens veelal uitgegaan van een dergelijke gebondenheid van partijen. Veel auteurs worstelden in dat verband niettemin met de opgeschorte werking, zie voormelde paragraaf.

413 T.a.v. de ontbindende voorwaarde spelen bij het intreden van de voorwaarde drie echte vragen, nl. die naar de verklaring van de goederenrechtelijke werking (zie hoofdstuk 11), van de grondslag van het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen (zie § 3.3.2) en de grondslag voor de beëindiging van de rechtsverhouding (zie § 3.3.3).

jongste papieren heeft het in de negentiende eeuw in Duitsland ontwikkelde systeem van de *Vorwirkung*. Ten gevolge van de opschortende voorwaarde zijn vele rechten en verplichtingen tussen partijen weliswaar in hun werking of zelfs bestaan opgeschort, zo is de gedachte, maar een zekere directe werking vloeit uit de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding niettemin voort.⁴¹⁴ Zoals ik nog zal schetsen heeft in de Duitse dogmatiek deze directe werking met name betrekking op die vraagstukken, die samenhangen met de bescherming van de posities van partijen.

Van veel oudere datum is de systematiek waarbij aan het intreden van een voorwaarde de fictie van terugwerkende kracht is verbonden. In hoeverre het Romeinse recht reeds een dergelijke systematiek reeds kende, is omstreken.⁴¹⁵ Vanaf de middeleeuwen vormde deze echter met zekerheid onderdeel van het rechtsdenken.⁴¹⁶ In de ons omringende landen zien we thans een zekere tweedeling: het Franse en Belgische recht hanteren als uitgangspunt terugwerkende kracht, terwijl het Duitse en Zwitserse recht, alsmede overigens ook de PECL en het DCFR, uitgaan van een *ex nunc* werking.⁴¹⁷ Dat laatste geldt uiteraard ook voor het NBW. Dankzij het OBW is de systematiek van terugwerkende kracht in met name de oudere Nederlandse literatuur niettemin ook bij ons veelbesproken.

De verschillen tussen de systemen van *Vorwirkung* en terugwerkende kracht heb ik niet systematisch geanalyseerd. Dit onderscheid is intussen voor het Nederlandse recht met name rechtshistorisch interessant – in de moderne literatuur bestaat hiervoor ook nauwelijks meer aandacht – en valt daarmee buiten de kern van dit onderzoek. Ik wil niettemin wel een enkel woord aan deze verschillen wijden. Zeer wezenlijk is het verschil in type voorwaarde waar deze systemen toepassing bij vinden. De *Vorwirkung* ondervangt een aantal problemen, die zouden voortvloeien uit een systeem waarbij opschortende voorwaarden in ieder opzicht tot een opgeschorte werking zouden leiden.

414 Een visie die met name door Windscheid vaste voet in de Duitse rechtskring verkreeg (aldus: HKK/Finkenauer 2003, p. 882).

415 Aldus: Jansen 2009, p. 380 e.v. (met literatuuroverzicht); Out 2003, p. 88; Jörs e.a./Honsell e.a. 1987, p. 93 (met literatuuroverzicht). Schiemann stelt dat de verschillende Romeinse bronnen zich zeer verschillend uitlieten over de vraag naar het bestaan van terugwerkende kracht (Schiemann 1973, p. 19 e.v.).

Scheltema daarentegen verdedigt dat in ieder geval het Justiniaanse recht terugwerkende kracht bij voorwaarden kende (Scheltema 2003, p. 64, 85 e.v.). Nève spreekt voor het Justiniaanse recht van een accentverschuiving richting erkenning van de terugwerkende kracht (Nève 2000, p. 12). Potjewijd stelt dat het intreden van voorwaarden weliswaar terugwerkende kracht kon hebben, maar dat in de regel niet had (Potjewijd 1998, p. 76, 103). Dit laatste stemt overeen met de visie van Cleveringa, volgens wie de terugwerkende kracht van het intreden van een opschortende voorwaarde in het Romeinse recht een uitzondering bleef (Cleveringa 1919, p. 55). Van Oven stelt hetzelfde t.a.v. de ontbindende voorwaarde in het Romeinse recht (Van Oven 1918, p. 146).

416 Aldus: HKK/Finkenauer 2003, p. 887; Scheltema 2003, p. 117 e.v.

417 Hartkamp en Sieburgh beschouwen dit onderscheid als het opvallendste verschil tussen rechtsstelsels v.w.b. voorwaarden (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 127).

Waar die opgeschorte werking gedurende de periode van onzekerheid ongewenst is – lees: de bescherming van de (voorwaardelijke) posities van partijen – vindt deze geen toepassing. Deze problematiek van de opgeschorte werking is echter kenmerkend voor opschortende voorwaarden. Bij ontbindende voorwaarden, waar de rechtsverhouding toch al direct werking heeft, vervult het systeem van de *Vorwirkung* geen enkele functie. Daarmee vormt de *Vorwirkung* een systematiek uitsluitend ten behoeve van opschortende voorwaarden. Daarentegen vormt de terugwerkende kracht een systeem dat zowel toepasbaar is bij opschortende als ontbindende voorwaarden. Er zijn immers geen systematische gronden aan te voeren, waarom de fictie van terugwerkende kracht niet bij beide soorten voorwaarden toepasbaar zou zijn.

Tussen beide systemen bestaan ook in andere opzichten verschillen, waarvan de belangrijkste de volgende is. Zoals ik nog zal bespreken, vervult de *Vorwirkung* in één opzicht niet de rol van de bescherming van partijen, die deze systematiek in de Duitse dogmatiek geacht wordt te vervullen. Dat betreft de situatie van het verrichten van een tussenbeschikking door de bezwaarde. De bezwaarde is na een beschikking ‘onder opschortende voorwaarde’ – ondanks de *Vorwirkung* van de rechtsverhouding – in het Duitse en Zwitserse recht nog steeds volledig beschikkingsbevoegd.⁴¹⁸ Het gevolg daarvan zou zijn dat de verwachter bij het intreden van de opschortende voorwaarde geconfronteerd zou worden met een goed, waarover ook ten nadele van hem (nogmaals) is beschikt.⁴¹⁹ De figuur van de terugwerkende kracht kent een dergelijk hiaat in de bescherming van de verwachter in beginsel niet. Zoals we nog zullen zien, is dit onderscheid tussen beide systemen ook van belang voor het NBW in het kader van de verklaring van de goederenrechtelijke werking.⁴²⁰ Ik laat de figuur van de *Vorwirkung* op deze plaats verder voor wat zij is en bespreek deze verder in § 3.2.2.

Op de figuur van de terugwerkende kracht ga ik onderstaand relatief uitgebreid in. Dat is niet uitsluitend omdat de terugwerkende kracht tot nog maar twee decennia geleden het geldend recht vormde, maar ook omdat deze in de moderne Nederlandse literatuur nog steeds de nodige aandacht krijgt. Daarnaast vormt de terugwerkende kracht in het Nederlandse, Duitse en

418 Hetgeen overigens ook geldt voor de bezwaarde bij een beschikken ‘onder ontbindende voorwaarde’.

419 Deze lacune in de bescherming van de verwachter wordt echter gedicht door wetsduiding: § 161 BGB en art. 152 III OR. Iets anders is dat in de literatuur van beide stelsels geprobeerd wordt de strekking van deze bepalingen toch te plaatsen in enigerlei systematiek. Zie § 11.2.5.

420 Zeer kort samengevat betreft dit het punt dat met het ontbreken in het NBW van de onder het OBW bestaande systematiek van terugwerkende kracht onduidelijk is hoe de (verder onbetwiste) goederenrechtelijke werking van voorwaarden moet worden verklaard. Zoals nog zal blijken geldt dat m.n. voor het verval van tussenbeschikkingen verricht door de bezwaarde ingeval de voorwaarde intreedt. De Duitse en Zwitserse dogmatiek zag zich niet voor niets genoodzaakt terug te vallen op wetsduiding. Zie verder § 11.2.5.

Zwitserse recht weliswaar niet het (wettelijk) uitgangspunt, maar kan deze wel overeengekomen worden, waarbij het Zwitsers OR zelfs een enigszins hybride systematiek lijkt te volgen.

Geldend recht

Met art. 3:38 lid 2 BW volgt uit het huidige wetboek zonneklaar dat het intreden van voorwaarden geen terugwerkende kracht heeft. Voor wat betreft de obligatoire gevolgen van het in vervulling gaan van een voorwaarde is deze bepaling van regelend recht, ten aanzien van de goederenrechtelijke gevolgen dwingendrechtelijk van aard.⁴²¹ Daarmee kunnen we derhalve vaststellen dat de betekenis van terugwerkende kracht voor het geldend recht in ieder geval beperkt is tot eventuele obligatoire aspecten. Deze obligatoire aspecten hebben daarop betrekking, dat tussen partijen verplichtingen bestaan tot het creëren van een situatie alsof de rechtsverhouding onder opschortende voorwaarde van aanvang af onvoorwaardelijk was geweest dan wel bij een ontbindende voorwaarde nooit tot stand was gekomen.⁴²²

De terugwerkende kracht wordt (ook) in de moderne Nederlandse literatuur veelal als een juridische fictie beschouwd.⁴²³ Daarbij moeten we echter bedenken dat een dergelijke zienswijze op de eerste plaats gericht lijkt op goederenrechtelijke consequenties. In obligatoire zin behelst terugwerkende kracht immers niets anders dan een systematiek om vast te stellen, welke ongedaanmakings- of andersoortige verbintenissen tussen partijen bestaan bij het intreden van een voorwaarde. Ik ga hier bij de 'nadere uitwerking' in beperkte mate verder op in. In § 9.2.4.2 bespreek ik dit specifieke onderwerp van de betekenis van de terugwerkende kracht in het verband van de ongedaanmaking overigens uitgebreider.

⁴²¹ Zie § 2.6.2.5.

⁴²² Theoretisch zou het denkbaar zijn dat ook het ontstaan van dergelijke verplichtingen terugwerkende kracht zou hebben. De desbetreffende vorderingen zouden alsdan – fictief – zijn ontstaan per het moment waarop de rechtsverhouding tussen partijen werd aangegaan, dan wel het latere moment waarop het feit zich voerde waar de (ongedaanmakings-) verplichting betrekking op heeft. Een dergelijke visie ben ik echter nergens tegengekomen en laat ik verder rusten.

⁴²³ Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 94 (en eerder: Reehuis 2010, p. 88); Wolfert 2001, p. 27, 28; Potjewijd 1998, p. 75; Den Tonkelaar 1994, p. 86 (ter zake de terugwerkende kracht onder het OBW); Piron 1993, p. 503, 504; Hartkamp 1991, p. 868. Zie in gelijke zin voor het Belgisch recht: Jansen 2006, p. 378. Zie ook De Coninck, die eveneens voor het Belgisch recht ingaat op de betekenis van de terugwerkende kracht als fictie (De Coninck 2007, p. 263 e.v.). Voormelde auteurs geven deze opvatting overigens alle (m.u.v. De Coninck) in het kader van goederenrechtelijke verhoudingen. Anders echter Scheltema, die betoogt dat terugwerkende kracht géén fictie behelst (Scheltema 2003, p. 295). Bakels neemt een genuanceerd standpunt in, afhankelijk van hetgeen men onder een fictie verstaat (Bakels 1993, p. 73 e.v.).

Oud BW

Overeenkomstig de hedendaagse visie werd de terugwerkende kracht van voorwaarden onder het OBW vaak, zij het niet onbetwist, als een juridische fictie beschouwd.⁴²⁴ Ook Meijers onderschreef die opvatting.⁴²⁵ Inhoudelijk kwam de terugwerkende kracht er algemeen gesteld op neer, dat na het intreden van de voorwaarde de rechtsverhouding beoordeeld moest worden of deze van aanvang af onvoorwaardelijk was geweest (opschortende voorwaarde), dan wel nooit tot stand gekomen (ontbindende voorwaarde).⁴²⁶ Echter, onder het OBW bleef dit algemeen verwoorde uitgangspunt ter zake de terugwerkende kracht in de nadere uitwerking daarvan op deelaspecten omstreden. Wat onder het OBW derhalve onder de betekenis van de terugwerkende kracht moest worden begrepen, was in een aantal opzichten onduidelijk.

Op de eerste plaats was er het grote twistpunt ter zake de omvang van de terugwerkende kracht. Had deze op ieder rechtsgevolg van de voorwaardelijke verhouding betrekking, of moest men aannemen dat deze beperkt was of tenminste beperkt kon zijn? Zo speelde in dat verband de vraag welke ongedaanmakingsverplichtingen tussen partijen bestonden bij het intreden van een ontbindende voorwaarde en met name de vraag wie gerechtigde diende te zijn tot de intussen verschenen vruchten.⁴²⁷ Ook ten aanzien van de in art. 1297 OBW opgenomen terugwerkende kracht bij opschortende voorwaarden bestond de discussie aangaande de omvang daarvan. Wederom had deze discussie betrekking op de reeds verschenen vruchten,⁴²⁸ maar tevens op bijvoorbeeld de risico-overgang zonder terugwerkende kracht van art. 1300 lid 1 OBW en het moment waarop verjaring een aanvang zou nemen.⁴²⁹ Ook van het moment waarop de prestatie uit hoofde van de verbintenis verschuldigd werd, werd verdedigd dat de terugwerkende kracht geen toepassing diende te vinden.⁴³⁰ Daarnaast was er nog de verder door mij onbesproken kwestie of bij de terugwerking soms ook een beperking in de tijd moest

424 Den Tonkelaar 1994, p. 86 (en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 98, waarbij Den Tonkelaar echter tevens stelt dat de terugwerkende kracht 'meer' is dan een fictie. Waaruit dat 'meerdere' in zijn opvatting bestaat is mij niet helemaal duidelijk); Fikkers 1992, p. 65; PG Wijnveldt in zijn conclusie bij HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120 (Conversie-arrest); Van Oven 1919, p. 557; Van Ossenbruggen 1893, p. 99.

Anders: Everts 1883, p. 131 e.v., 169. De terugwerkende kracht vloeide z.i. voort uit de aard van de voorwaardelijke rechtshandeling. De Bruijn was kritisch over de kwalificatie als fictie (De Bruijn 1945, p. 236).

425 Meijers 1948, p. 236; PG Boek 3, TM, p. 185, 186. Zie echter hierna bij de 'nadere uitwerking' over de beperking door Meijers van het begrip *terugwerkende kracht*.

426 Brahn 1988, p. 37; Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 143, 146; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 384; Hofmann 1937, p. 92; Veegens/Oppenheim 1917, p. 39.

427 Zie verder § 9.2.4.2 en 9.2.4.5.

428 Zie § 9.2.4.5.

429 Hofmann 1937, p. 92.

430 (vermoedelijk) Hofmann/Van Opstall 1976, p. 386; Van Brakel 1935a, p. 26; Van Brakel 1935b, p. 1.

worden aangenomen.⁴³¹ Algemeen gesteld gingen eigenlijk alle auteurs uit van een bepaalde mate van beperking van de terugwerkende kracht bij opschortende voorwaarden.⁴³² Ten aanzien van de inhoud van die beperking hield men er echter onderling veelal verschillende opvattingen op na.

In verband met deze mogelijke beperkingen van de terugwerkende kracht trad een tweede strijdpunt naar voren: waarin lag de grondslag van de uit de wet blijken de terugwerkende kracht? Was sprake van een door de wetgever veronderstelde partijwil gericht op terugwerkende kracht, dan wel van een wetssystematiek waar de (veronderstelde) partijwil juist geen grondslag voor vormde?⁴³³ Het belang van deze vraag was met name daarin gelegen dat de opvatting van een wettelijk veronderstelde partijwil in ieder geval alle ruimte bood om de terugwerkende kracht als regelend recht te beschouwen. Daarmee zou het eenvoudig zijn de omvang van de terugwerkende kracht op basis van diezelfde partijwil geheel of gedeeltelijk terzijde te stellen, waarmee tevens het verband met het eerste twistpunt was gelegd.⁴³⁴ Wat er overigens van dit twistpunt ook zij, zoals ik in § 2.6.2.5 zal beschrijven, werd de terugwerkende kracht vrijwel steeds als van regelend recht beschouwd.

Het laatste belangrijke discussiepunt was of de terugwerkende kracht de grondslag vormde voor de veelal aangenomen goederenrechtelijke werking van voorwaarden. Anders dan het thans wel bestaande beeld aangaande het OBW werd die grondslag tót aanvang van de jaren tachtig van de vorige eeuw

431 Annotator Rutten stelt bijv. in zijn noot bij het Seneca-arrest (HR 6 januari 1961, NJ 1962, 19 (Seneca)), dat tot dit arrest in de literatuur wel werd aangenomen dat een ontbinding ex art. 1302 OBW slechts terugwerkte tot het moment van wanprestatie en niet tot de contractssluiting. Volgens Rutten blijkt uit dit arrest dat een dergelijke terugwerking wel degelijk tot aan de contractssluiting plaatsvond.

432 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 384, 385; Asser/Rutten 1973, p. 144 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 156 e.v.); Pitlo 1964, p. 80; Hofmann 1937, p. 92; Van Brakel 1935a, p. 25; Van Brakel 1935b, p. 1; Suijling 1934, p. 421 (althans, Suijling twijfelde over de omvang van de terugwerkende kracht); Veegens/Oppenheim 1917, p. 39; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 59, 61; Diephuis 1886, p. 262. Zie ook P-G Wijnveldt in zijn conclusie bij HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120 (Conversie-arrest). Van Ossenbruggen wees in zijn wat chaotische betoog de terugwerkende kracht (vermoedelijk) geheel af, maar zag i.i.g. nogal wat beperkingen (Van Ossenbruggen 1893, p. 97 e.v., m.n. ook p. 101). Van de door mij bestudeerde auteurs zag Opzoomer de minste ruimte voor beperkingen. De terugwerkende kracht moest z.i. steeds worden erkend waar de wet niet uitdrukkelijk anders bepaalde (Opzoomer 1879a, p. 156).

433 Voor de veronderstelde partijwil spraken zich uit: De Bruijn 1945, p. 235 (die spreekt van de heersende mening); Suijling 1934, p. 421; Diephuis 1886, p. 261, 262. Afwijzend: Van Brakel 1935a, p. 1, 2; Asser/Van Goudoever 1913, p. 59 (Van Goudoever onderkent wél dat de wet uitgaat van deze veronderstelde partijwil, maar keert zich tegen de juistheid van die veronderstelling); Van Ossenbruggen 1893, p. 96 e.v. (ook Van Ossenbruggen erkent dat art. 1297 OBW van deze veronderstelling uitgaat (p. 99), maar wijst de gedachtengang daarachter af); (vermoedelijk) Opzoomer, die niet alleen nergens de wettelijk veronderstelde partijwil noemt, maar uitzonderingen op de terugwerkende kracht ook uitsluitend erkent voor zover die zelf uit wet uitdrukkelijk volgen (Opzoomer 1879a, p. 156).

434 Zeer kritisch over deze opvatting was Van Brakel (Van Brakel 1935a, p. 1, 2).

zeker niet altijd in de terugwerkende kracht gezien.⁴³⁵ Dat laatste met name niet waar een grondslag werd gezocht voor de goederenrechtelijke werking van specifiek de *opschortende* voorwaarde. Niettemin vormde terugwerkende kracht bij een belangrijk deel van de auteurs wél de spil waarlangs de verschillende verklaringen werden vormgegeven. Een blijvend discussiepunt was echter waar deze betrekking op zou hebben: de titel of de levering respectievelijk goederenrechtelijke overeenkomst? Op de verklaring van de goederenrechtelijke werking door de terugwerkende kracht ga ik nog uitgebreid in.⁴³⁶

In het vorenstaande zagen we dat ter zake de betekenis van de terugwerkende kracht drie wezenlijke discussiepunten bestonden: de omvang, de grondslag alsmede de vraag of de terugwerkende kracht zelf de verklaring voor goederenrechtelijke werking vormde. Ondanks dat in de literatuur in meerdere of mindere mate sprake was van verschillen van inzicht, komt tegelijkertijd wel een zeker beeld naar voren van de – mogelijke, want omstreden – betekenis die de terugwerkende kracht had. In hoeverre de terugwerkende kracht de grondslag vormde voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde, bespreek ik in § 3.3.2.1. Incidenteel werd die betekenis in de literatuur echter ook nog op andere terreinen gevonden. Van Oven bijvoorbeeld beschouwde de ontbindende voorwaarde met of zonder terugwerkende kracht als verschillende soorten van voorwaarden.⁴³⁷ De ontbindende voorwaarde zonder terugwerkende kracht was in zijn opvatting niet meer dan de vaststelling van de (aanvankelijk onzekere) eindtermijn van de rechtsverhouding. De voorwaarde met terugwerkende kracht betreft daarentegen 'om te voorzien in een geval waarin men geacht wil worden niet te hebben overeengekomen'.⁴³⁸ Een ander bijzonder standpunt ter zake de betekenis van terugwerkende kracht vinden we bij Van Goudoever. Deze leidde uit de terugwerkende kracht af dat eigendom onder voorwaarde niet gelijk te stellen is met tijdelijke eigendom.⁴³⁹ De verwachter werd in Van Goudoever's opvatting vanaf het intreden van de voorwaarde geacht steeds eigenaar te zijn geweest, waardoor de bezwaarde nooit – tijdelijke – eigendom zou hebben gehad.

435 Ik wijs hier reeds op de deels afwijkende conclusies van Scheltema ter zake de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden onder het OBW, vooral v.w.b. zijn conclusies ter zake de 19e eeuw (Scheltema 2003, m.n. p. 188, 262).

436 Zie § 11.2.3.2 en 11.2.3.3 alsmede § 11.2.4 v.w.b. het OBW.

437 Van Oven 1918, p. 135.

438 Van Oven 1918, p. 135. Van Oven stelt het niet als zodanig, maar dit door hem geconstateerde verschil blijkt uitsluitend in die gevallen waarin gedurende de periode van onzekerheid gepresteerd wordt. Daarmee komt de opvatting van Van Oven vertaald naar huidig recht neer op het verschil of geleverde prestaties bij het intreden van de ontbindende voorwaarde wel of niet ongedaan gemaakt dienen te worden.

439 Van Goudoever 1903, p. 234.

Voor specifiek de opschortend voorwaardelijke verbintenis werd door een deel van de literatuur nog een andere betekenis in de terugwerkende kracht gezien. Deze auteurs namen aan dat tót het intreden van de voorwaarde de opschortend voorwaardelijke verbintenis niet bestond. Met het intreden van de voorwaarde bleek die verbintenis – achteraf derhalve – er alsnog steeds geweest te zijn.⁴⁴⁰ Bij een eventueel vroegtijdig verrichte nakoming was daarmee ná het intreden van de opschortende voorwaarde toch steeds verschuldigd gepresteerd.⁴⁴¹ In het verband van de (on)mogelijkheid van cessie van een opschortend voorwaardelijk vorderingsrecht plaatste ook Wiarda de terugwerkende kracht in het licht van het al dan niet bestaan van dat vorderingsrecht. Zonder terugwerkende kracht was zijns inziens vóór het intreden van de voorwaarde geen sprake van een bestaande, maar van een toekomstige vordering. Andersom zou de opschortende voorwaarde met terugwerkende kracht leiden tot een direct bestaand vorderingsrecht, ook voor zover beoordeeld per een moment vóórdat de voorwaarde was ingetreden.⁴⁴² Terugwerkende kracht bij opschortende voorwaarden zou daarmee tevens betekenis hebben voor de overdraagbaarheid van vorderingen. Bij andere auteurs onder het OBW ben ik een dergelijke gedachtengang echter niet tegengekomen en ook de Hoge Raad is nadien van een andere opvatting uitgegaan.⁴⁴³

Het is met de beperkte aandacht die ik aan dit onderdeel besteed niet diepgaand te onderbouwen, maar mijn indruk is dat vanaf het begin van de twintigste eeuw een pragmatische benadering ter zake de terugwerkende kracht steeds meer terrein won. Van Brakel bijvoorbeeld verwoordde zijn opvatting over de strekking van de terugwerkende kracht als volgt: 'Het adagium van de terugwerkende kracht, aan de vervulling der voorwaarde verbonden, heeft altijd gediend, en dient daarom ook thans nog, om een definitief oordeel mogelijk te maken over handelingen en den invloed vast te stellen van gebeurtenissen, welke vóór de vervulling der voorwaarde plaats hadden. Dat was de traditioneele beteekenis van dezen regel en daartoe dienen wij hem ook te beperken'.⁴⁴⁴ Van Brakel zag in de terugwerkende kracht derhalve vooral een praktisch instrument om rekening te houden met hetgeen

440 Zie over de discussie van het al dan niet direct bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis § 3.1.3.1.

441 Van Brakel 1935a, p. 25.

442 Wiarda in: Houwing & Wiarda 1940, p. 12, 65. Deze gedachte van Wiarda heeft enig verband met het Romeinse recht, waarvoor Out stelt dat hét onderscheid tussen de toekomstige en de opschortend voorwaardelijke vordering daaruit bestond dat de laatste eventueel dankzij terugwerkende kracht alsnog op een eerder moment tot stand kon komen (Out 2003, p. 88). Zoals gezegd ging Wiarda daarbij echter nog een stap verder, waar hij de voorwaardelijke vordering reeds voor het intreden van de voorwaarde als bestaand beschouwde.

443 Zie verder § 6.2.5.2 over het onderscheid tussen opschortend voorwaardelijke en toekomstige vorderingen, alsmede de visies van de Hoge Raad.

444 Van Brakel 1935a, p. 26.

was gebeurd gedurende de periode van onzekerheid bij een (opschortende) voorwaarde.⁴⁴⁵ Een dergelijke minder theoretische insteek vinden we bij meer auteurs onder het OBW.⁴⁴⁶ Betwistbare deelaspecten van de terugwerkende kracht bleven er als gezegd desondanks.

Duits recht

Het Duitse recht onderschrijft het uitgangspunt dat het intreden van opschortende en ontbindende voorwaarden geen terugwerkende kracht heeft.⁴⁴⁷ Dit volgt ook rechtstreeks uit de §§ 158 en 159 BGB.⁴⁴⁸ Voor wat betreft de goederenrechtelijke gevolgen is het ontbreken van terugwerkende kracht van dwingend recht en in obligatoire verhoudingen van regelend recht.⁴⁴⁹ Daarmee is overeenkomstig het huidige Nederlandse recht de betekenis van eventuele terugwerkende kracht beperkt tot obligatoire gevolgen.

Het belang van het al dan niet toepasselijk zijn van (obligatoire) terugwerkende kracht wordt in de moderne literatuur met name gezien in verplichtingen ten aanzien van vergoeding voor het gedurende de periode van onzekerheid genoten gebruik, alsmede de verschenen vruchten. Daarnaast wordt deze ook een betekenis toegekend in het kader van de risicoverdeling tussen partijen.⁴⁵⁰ Terugwerkende kracht bij een opschortende voorwaarde behelst in die zienswijze een vervroeging van de risico-overgang tussen partijen.⁴⁵¹ Bij de ontbindende voorwaarde geldt hetzelfde ten aanzien van de risico-overgang in het verband van de retro-eigendomsovergang. Of en in hoeverre een dergelijke obligatoire terugwerkende kracht betekenis toekomt ten aanzien van het ontstaan en de verdere inhoud van ongedaanmakingsverplichtingen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde, zal ik nog behandelen.⁴⁵²

445 Zie ook: Van Brakel 1935b, p. 1.

446 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 143; Pitlo 1964, p. 80.

447 HK-BGB/Dörner 2014, p. 165; Jauernig/Mansel 2014, p. 126; Palandt/Ellenberger 2014, p. 180; Schellhammer 2014, p. 1066; Wolf/Neuner 2012, p. 649; Bork 2011, p. 500; Medicus 2010, p. 344; Staudinger/Bork 2010, p. 333; Hübner 1996, p. 476. Ook: BGH 26 september 1996, NJW 1997, 1706.

448 Gezien de redactie van de beide voormelde wetsbepalingen was het een expliciete keuze van de Duitse wetgever ten faveure van het ontbreken van terugwerkende kracht te besluiten (zie over deze wetsgeschiedenis van het BGB: Schiemann 1973, p. 128 e.v.). Die keuze was vooral gebaseerd op de inzichten van Windscheid en betekende een breuk met de voorliggende perioden vanaf Bartolus, waarin juist de terugwerkende kracht heersende leer was (aldus: HKK/Finkenauer 2003, p. 882, 887; Schiemann 1973, p. 129). Een dergelijke terugwerkende kracht werd echter door de wetgever van het BGB als niet nodig beschouwd, uitdrukkelijk ook niet in het kader van het gewenste verval van tussenbeschikkingen door de bezwaarde bij latere intreding van de voorwaarde. Zie over de verklaring van dit verval van tussenbeschikkingen voor het Duitse recht § 11.2.5.2.

449 Zie § 2.6.2.5.

450 Staudinger/Bork 2010, p. 340.

451 Medicus noemt deze vervroegde risico-overgang niet zozeer als uitgangspunt, maar als mogelijkheid (Medicus 2010, p. 344).

452 Zie § 9.2.4.2. Ik wil hier echter reeds vaststellen dat de ontstaansgrondslag voor deze ongedaanmakingsverplichtingen in het Duitse recht omstreden is.

Voor zover aan terugwerkende kracht ook goederenrechtelijke gevolgen zouden zijn verbonden – hetgeen als gezegd niet het huidige Duitse recht vormt – wordt een dergelijke terugwerkende kracht als een fictie gezien.⁴⁵³

Zwitsers recht

Ook het Zwitsers recht kent met de artt. 151 II en 154 II OR als wettelijk uitgangspunt het ontbreken van terugwerkende kracht.⁴⁵⁴ In het OR 2020 vinden we art. 154 II OR niet terug, maar volgt het ontbreken van terugwerkende kracht niettemin duidelijk uit art. 210 lid 1. Dit uitgangspunt is in ieder geval in obligatoire zin van regeland recht, waarbij aangetekend zij dat het OR voor enkele bijzondere gevallen wettelijke vermoedens van een andersluidende partijwil kent.⁴⁵⁵ Zoals ik nog zal bespreken, wordt door een deel van de auteurs het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde verbonden aan het overeengekomen zijn van terugwerkende kracht.⁴⁵⁶ Ten aanzien van de specifieke groep van reeds nagekomen *eenmalige* verplichtingen geldt volgens deze auteurs daarbij het uitgangspunt dat terugwerkende kracht overeengekomen is. De reden daarvoor zou zijn dat dergelijke rechtsverhoudingen 'sinnvoll nur so verstanden [können] werden, dass mit dem Bedingungseintritt die erbrachten Leistungen zurückzuerstatten sind'.⁴⁵⁷ Daarmee zou bij ontbindend voorwaardelijke rechtsverhoudingen die tot eenmalige prestaties verplichten juist een aan het OR tegengesteld uitgangspunt gelden. Het spreekt voor zich dat deze zienswijze een zeer wezenlijke uitzondering vormt op het wettelijk uitgangspunt van het ontbreken van terugwerkende kracht.

Anders dan bij de obligatoire gevolgen is het ontbreken van terugwerkende kracht met betrekking tot goederenrechtelijke gevolgen *misschien* van dwingend recht. Deze kwalificatie als al dan niet van dwingend recht blijft voor het Zwitsers recht echter onzeker.⁴⁵⁸ Voor wat betreft de thans besproken betekenis van de terugwerkende kracht is er derhalve de vraag, of we die betekenis al dan niet tevens moeten zien in het licht van goederenrechtelijke consequenties. Die onduidelijkheid blijkt bijvoorbeeld, indien vóór het intreden van een

453 Radke 2001, p. 82 e.v. Blomeyer beschouwde de terugwerkende kracht steeds als een fictie, ongeacht of al dan niet sprake is van goederenrechtelijke gevolgen (Blomeyer 1938, p. 5, 42).

454 Dit lijkt in de literatuur verder ook onbetwist: Huguenin e.a. 2008, p. 200, 201; Peter 1994, p. 202, nt. 33; Staehelin 1993, p. 20; Guhl 1944, p. 57; Oser 1929, p. 689.

455 Zie § 2.6.2.5.

456 Zie § 3.3.2. Ik wijs er echter hier reeds op dat het o.b.v. de door mij bestudeerde Zwitserse literatuur onduidelijk blijft hoeveel gewicht we moeten toekennen aan voormelde opvatting van uiteindelijk slechts een deel van de auteurs. Een niet onaanzienlijk deel van de literatuur verkondigt i.e.g. afwijkende opvattingen, overigens zonder dat van een werkelijk debat sprake lijkt te zijn.

457 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 382. In gelijke zin: Huguenin e.a. 2008, p. 201; Staehelin 1993, p. 20.

458 Zie § 2.6.2.5.

opschortende voorwaarde een zaak reeds aan de verwachter is overhandigd. Op grond van het in art. 153 I OR neergelegde wettelijke vermoeden is de verwachter – indien de voorwaarde uiteindelijk intreedt en andersluidende partijwil daargelaten – alsdan ook gerechtigd tot de afgescheiden vruchten van die zaak in de periode tot het intreden van de voorwaarde.⁴⁵⁹ Het blijft echter opvallend genoeg onduidelijk of het Zwitsers recht aan deze vorm van terugwerkende kracht goederenrechtelijke of uitsluitend obligatoire gerechtigdheid verbindt. Moeten derhalve de afgescheiden vruchten nog separaat aan de verwachter geleverd worden, of komt de eigendom daarvan bij het intreden van de opschortende voorwaarde en ten gevolge van de terugwerkende kracht van rechtswege aan de verwachter toe? Beide opvattingen worden in de literatuur verdedigd.⁴⁶⁰ In verband met de goederenrechtelijke gevolgen wil ik bij deze overigens reeds vaststellen, dat de figuur van de terugwerkende kracht voor het Zwitsers recht vermoedelijk geen betekenis heeft in het kader van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden.⁴⁶¹ In het verband van de betekenis van de terugwerkende kracht in het Zwitsers recht laat ik eventuele goederenrechtelijke aspecten op deze plaats verder rusten.⁴⁶²

Op grond van het vorenstaande kunnen we concluderen dat terugwerkende kracht *misschien* betekenis heeft in het kader van het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde en in ieder geval ten aanzien van de (obligatoire) gerechtigdheid tot vruchten verschenen gedurende de periode van onzekerheid. Daarnaast heeft de terugwerkende kracht betekenis voor het moment van risico-overgang bij koop (art. 185 III OR).⁴⁶³ Tot slot vinden we bij Koller nog de bijzondere opvatting, dat terugwerkende kracht betekenis kan hebben voor de vraag of de schuldenaar *toerekenbaar* tekort schiet.⁴⁶⁴ Voor de vraag of terugwerkende kracht moet worden beschouwd als een fictie, bestaat vrijwel geen aandacht.⁴⁶⁵

Nadere uitwerking

Naar aanleiding van de duiding van de terugwerkende kracht in de verschillende stelsels wil ik thans nader uitwerken in hoeverre we deze als een fictie

459 De Zwitserse literatuur ziet dit veelal als een vorm van terugwerkende kracht: Berger 2012, p. 266; Schwenzer 2012, p. 70; Honsell 2008, p. 619; Guhl/Koller 2000, p. 60; Oser 1929, p. 692. Zie v.w.b. deze afgescheiden vruchten ook § 9.2.4.5.

460 Zie § 9.2.4.5.

461 Zie verder § 11.2.5.3.

462 Eén opvatting noem ik toch nog: volgens Becker heeft de verwachter na een ontbindend voorwaardelijke overdracht t.g.v. het ontbreken van terugwerkende kracht te gelden als rechtsopvolger van de bezwaarde (Becker 1941, p. 730). Andersom beredeneerd, indien wel sprake zou zijn van goederenrechtelijk terugwerkende kracht, dan zou deze verwachter niet hebben te gelden als rechtsopvolger.

463 Guhl/Koller 2000, p. 60.

464 Guhl/Koller 2000, p. 60. Koller werkt die gedachte verder niet uit.

465 Uitsluitend bij Staehelin trof ik de opvatting aan dat terugwerkende kracht inderdaad een fictie zou zijn (Staehelin 1993, p. 21).

moeten beschouwen. Zoals ik hiervoor reeds stelde, heeft sinds de invoering van het NBW een eventuele terugwerkende kracht bij het intreden van een voorwaarde uitsluitend nog obligatoire werking. Deze bestaat globaal gezegd daaruit dat tussen partijen verplichtingen ontstaan om elkaar in die situatie te brengen *alsof* de rechtsverhouding direct onvoorwaardelijk overeengekomen was, dan wel deze nooit tot stand was gekomen. Moeten we een dergelijke systematiek als een juridische fictie zien? Ik zou willen verdedigen van niet. Daarvoor kijken we om te beginnen naar hetgeen Meijers onder terugwerkende kracht verstand, alsmede zijn opvatting dienaangaande voor het NBW.

In de TM wordt de terugwerkende kracht omschreven als 'een constructief hulpmiddel, waarmede men aanduidt, dat voor het vervolg de rechtsgevolgen volkomen gelijk zijn als zij zouden zijn geweest, wanneer het betreffende feit op een vroeger tijdstip had plaats gevonden, b.v. bij een opschortende voorwaarde gelijk als wanneer de handeling van meet aan onvoorwaardelijk ware geweest, bij een ontbindende voorwaarde gelijk als wanneer de rechtshandeling van meet aan ongeldig ware geweest'.⁴⁶⁶ In de visie van Meijers is aan terugwerkende kracht echter wezenlijk dat de daaraan verbonden rechtsgevolgen geheel van rechtswege intreden. De rechtsgevolgen dienen in zijn visie immers 'voor het vervolg volkomen gelijk' te zijn aan de situatie waarin direct een onvoorwaardelijke rechtsrelatie zou hebben bestaan, dan wel deze direct ongeldig zou zijn geweest.⁴⁶⁷ Daarmee is tevens duidelijk, waarom Meijers obligatoire verplichtingen tussen partijen tot het doen ontstaan van een situatie alsof sprake is van een dergelijke werking van rechtswege, niet als terugwerkende kracht in de zin van het NBW beschouwt.⁴⁶⁸ Althans, 'in de zin van het ontwerp' van het NBW is in de opvatting van Meijers alsdan geen sprake van terugwerkende kracht. Daarmee kunnen we vaststellen dat een dergelijke *obligatoire* terugwerkende kracht tussen partijen in de opvatting van Meijers dan ook niet op gespannen voet staat met de artt. 3:38 lid 2 en 6:22 BW. Er is in Meijers' opvatting bij obligatoire verplichtingen immers helemaal geen sprake van terugwerkende kracht.⁴⁶⁹

466 PG Boek 3, TM, p. 185, 186.

467 Overigens wijkt Meijers met deze visie af van een groot gedeelte van de auteurs onder het OBW. Veel auteurs wensten aan de terugwerkende kracht juist een beperkte strekking te geven, zie hierna.

468 PG Boek 3, TM, p. 186. Ik meen een zelfde opvatting wellicht ook bij Hartkamp te kunnen lezen (Hartkamp 1991, p. 870). Voor het overige heb ik de indruk dat deze nogal specifieke kwalificatie van Meijers van de terugwerkende kracht als fictie in de literatuur onjuist – namelijk ruimer dan waar Meijers van uitging – wordt geïnterpreteerd. Voor het Zwitsers recht vinden we overigens een soortgelijke gedachte bij Staehelin (Staehelin 1993, p. 88, 89). Staehelin wijst de opvatting van terugwerkende kracht als zodanig af, maar interpreteert deze als partijafsprake om de ander in de situatie te brengen alsof sprake was van terugwerkende kracht.

469 Dat brengt ons tevens bij een andere logische consequentie van Meijers' opvatting ter zake de betekenis van terugwerkende kracht: art. 3:38 lid 2 BW is bij die opvatting niet van

Ik zou menen dat Meijers het vorenstaande juist zag. Meijers' visie dat een uitsluitend 'obligatoire' terugwerkende kracht geen daadwerkelijke terugwerkende kracht behelst, wil ik dan ook zeker onderschrijven.⁴⁷⁰ Het spanningsveld dat een fictie als de terugwerkende kracht oproept is immers, dat hetgeen in het verleden de juridische werkelijkheid vormde, op het latere moment van het intreden van de voorwaarde toch niet juist geweest blijkt te zijn. Anders dan door middel van een door het recht aanvaard 'alsof' – een fictie derhalve – valt dit niet vorm te geven. Ik kan het betoog van Scheltema dan ook niet volgen waar hij de kwalificatie van de terugwerkende kracht in (ook) goederenrechtelijke zin als fictie afwijst.⁴⁷¹ Dit is echter anders als het vorenbedoelde 'alsof' helemaal geen betrekking heeft op aanpassing van de rechtstoestand in het verleden. Dat partijen per het moment van het intreden van de voorwaarde verplicht zijn een bepaalde rechtstoestand tot stand te brengen overeenkomstig het verleden, heeft vanzelfsprekend niets fictiefs. Het heden laat zich immers juridisch gezien heel goed vormgeven, waarbij enigerlei fictie geen enkele functie heeft te vervullen.

Inhoudelijk ligt de betekenis van de *obligatoire* terugwerkende kracht op een breed scala van onderwerpen. Te denken valt aan (obligatoire) gerechtigheid tot de tussentijds verschenen vruchten, het gebruik van een zaak en het risico van beschadiging en tenietgaan. Naar aanleiding van het vorenstaande spreekt het voor zich dat onder het NBW *goederenrechtelijke* aspecten buiten deze betekenis van de terugwerkende kracht moeten blijven. Bijvoorbeeld moge de verwachter op grond van de *obligatoire* terugwerkende kracht bij het intreden van de voorwaarde jegens de bezwaarde een (vorderings)recht hebben op de tussentijds verschenen vruchten, dat neemt niet weg dat deze vruchten hoe dan ook nog wel aan de verwachter geleverd dienen te worden.

2.6.2.2 Was onder het OBW inderdaad sprake van terugwerkende kracht?

Vandaag de dag bestaat het beeld dat onder het OBW het intreden van zowel opschortende als ontbindende voorwaarden – tenminste als uitgangspunt – terugwerkende kracht had.⁴⁷² Incidenteel vinden we onder het OBW echter

regelend recht, want ziet in Meijers' opvatting uitsluitend op goederenrechtelijke aspecten van de terugwerkende kracht.

470 De terminologie van de *obligatoire terugwerkende kracht* zal ik niettemin blijven gebruiken.

471 Scheltema 2003, p. 295.

472 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 15, 225; Zwitser 2013, p. 249, 250 (en eerder: Zwitser 1993, p. 524 (m.b.t. ontbindende voorwaarde)); Reehuis 2010, p. 88 (althans volgens Reehuis i.i.g. vanaf de tweede helft van de twintigste eeuw, waarbij Reehuis spreekt over ontbindende voorwaarden); A-G Niessen in zijn conclusie bij HR 30 maart 2007, BNB 2007, 181; Out 2003, p. 72 (m.b.t. opschortende voorwaarden); Den Tonkelaar 1994, p. 85, 86; Fikkers 1992, p. 65; Hartkamp 1991, p. 869; Van Buchem-Spapens 1982, p. 60.

Ook in de PG wordt op meerdere plaatsen gesteld dat onder het destijds geldende recht voorwaarden in zijn algemeenheid terugwerkende kracht hadden: PG Boek 3, TM, p. 186,

kleine aanwijzingen dat de terugwerkende kracht van voorwaarden ook wel zou zijn betwijfeld.⁴⁷³ Ik wil derhalve thans enige aandacht besteden aan de vraag, in hoeverre de terugwerkende kracht als uitgangspunt onder het OBW werd betwist. Ten overvloede wijs ik er op dat we deze vraag moeten onderscheiden van die naar de verklaring van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden onder het OBW. Op deze laatste ga ik separaat in.⁴⁷⁴

Voor wat betreft de opschortende voorwaarde bestond over de terugwerkende kracht bij het intreden daarvan feitelijk geen twijfel. Art. 1297 OBW noemde de terugwerkende kracht voor de opschortende voorwaarde expliciet en ook in de literatuur onder het gehele OBW vinden we geen aanwijzingen voor verdere twijfel dienaangaande.⁴⁷⁵ Ten aanzien van de ontbindende voorwaarde kunnen we echter wel enkele bescheiden kanttekeningen plaatsen.

nt. 1; PG Boek 3, VV II, p. 187; PG Boek 3, MvA II, p. 187; PG Boek 6, Advies RvS, p. 150. Ik verwijs in deze m.n. ook naar Scheltema, die o.b.v. zijn studie inderdaad tot de conclusie komt dat de terugwerkende kracht als dé verklaringsgrond voor de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden onder het OBW moet worden beschouwd. Scheltema onderbouwt zijn standpunt dat de terugwerkende kracht ook bij ontbindende voorwaarden toepassing vond onder meer met het argument, dat uit niets blijkt dat de wetgever van het OBW heeft willen breken met de tot 1838 geldende, uit de Code civil afkomstige goederenrechtelijke werking van (ook) de ontbindende voorwaarde. De verklaringsgrond voor deze goederenrechtelijke werking bleef volgens Scheltema de eveneens uit het Franse recht afkomstige terugwerkende kracht (Scheltema 2003, p. 175. Zie ook p. 176, 188, 262 ter zake het bestaan van terugwerkende kracht). Hoe dit ook zij, inderdaad werd door veel van de hierna en in § 11.2.4 vermelde auteurs onder het OBW aangenomen, dat het intreden van een ontbindende voorwaarde terugwerkende kracht had.

⁴⁷³ Zie bijv. de conclusie van A-G Mok bij HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (Staal Bankiers/Ambags q.q.) (m.nt. WMK), waar de A-G stelt dat onder het OBW de terugwerkende kracht 'in het algemeen' wel werd aangenomen. T.a.v. de terugwerkende kracht stelde Schoordijk onder het OBW dat hij deze 'als thans geldend Nederlands recht zou willen beschouwen' (Schoordijk 1971, p. 459 nt. 14). Meijers stelde t.a.v. de terugwerkende kracht bij opschortende voorwaarden dat deze 'veelal aangenomen' werd (Meijers 1948, p. 91). Van Oven ging er in 1918 van uit dat de auteurs 'over het geheel' uitgingen van terugwerkende kracht (Van Oven 1918, p. 134). In zijn proefschrift uit 1883 verdedigde Everts zelf het bestaan van terugwerkende kracht bij beide soorten voorwaarden, maar hij stelde daarbij tevens dat de vraag naar het bestaan daarvan zeer verschillend werd beantwoord (Everts 1883, p. 109). Daarbij zij aangetekend dat Everts zich m.n. richtte op buitenlandse juristen, alsmede dat hij tevens constateerde dat de 'meest bekende' juristen het bestaan van de terugwerken- de kracht onderkenden.

Van deze opmerkingen gaat i.i.g. de suggestie uit dat ook andersluidende opvattingen bestonden. Ik interpreteer e.e.a. dan ook aldus, dat sprake was van een merendeels of breed – maar dus niet algemeen – aanvaarde opvatting. Dat laat onverlet dat ik geen expliciete afwijzingen van de terugwerkende kracht heb gevonden.

⁴⁷⁴ Zie § 11.2.4.

⁴⁷⁵ In bevestigende zin: Den Tonkelaar 1983, p. 91, 95, 97; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 384; Asser/Rutten 1958, p. 156; Wiarda 1937, p. 126 e.v.; Hofmann 1937, p. 92; Hofmann 1936, p. 242; Van Brakel 1935a, p. 25 e.v.; Asser/Scholten 1933, p. 444, 445; Van Proosdij 1917, p. 53; Asser/Van Goudoever 1913, p. 59 (waarbij Van Goudoever wél de juistheid van de wettelijk 'veronderstelde partijwil' betwist); Land/De Savornin Lohman 1907, p. 59; Diephuis 1885, p. 132; Everts 1883, p. 134, 145.

De eerste daarvan betreft de wettelijke grondslag voor terugwerkende kracht bij de ontbindende voorwaarde. Werd met name in de oudere literatuur nog verdedigd dat art. 1297 OBW óók gelding had ten aanzien van ontbindende voorwaarden, later werd die gedachte in de literatuur grotendeels afgewezen.⁴⁷⁶ Met art. 1301 OBW, dat specifiek was toegesneden op ontbindende voorwaarden, omvatte het wetboek weliswaar in zekere zin een alternatief voor art. 1297 OBW, maar in het verband van de aanneming van terugwerkende kracht bestond er een probleem. Anders dan het op opschortende voorwaarden gerichte art. 1297 OBW, noemde art. 1301 OBW ter zake ontbindende voorwaarden de terugwerkende kracht namelijk niet als zodanig. Althans, de redactie van het wetsartikel liet ruimte voor verschil van inzicht. De bepaling omschreef naar de letter slechts de gevolgen van het intreden van een ontbindende voorwaarde: het intreden van een ontbindende voorwaarde doet de verbintenis ophouden en 'de zaken weder tot den vorigen stand [] terug keeren'. Met deze redactie bestond derhalve enige ruimte ten aanzien van de vraag, in hoeverre aan het intreden van een ontbindende voorwaarde inderdaad terugwerkende kracht was verbonden.

Beperkte twijfel dienaangaande vloeit ook voort uit een arrest van de Hoge Raad uit 1868, waar de Hoge Raad en met name ook de AG aansluiting zoeken bij de tekst van art. 1301 OBW.⁴⁷⁷ De Hoge Raad oordeelde daarbij dat het intreden van een ontbindende voorwaarde in een overeenkomst niet gelijk is te stellen met 'eene volkomene vernietiging, als of zij [de overeenkomst, HS] nimmer had bestaan'.⁴⁷⁸ Het essentiële verschil tussen het intreden van een ontbindende voorwaarde en een dergelijke vernietiging lag blijkens dit arrest daarin, dat reeds ontstane verbintenissen ten tijde van het intreden van de voorwaarde (in ieder geval niet steeds) door het intreden van die voorwaarde komen te vervallen.⁴⁷⁹ Voor zover de Hoge Raad in dit arrest derhalve al uitging van de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde – de Hoge Raad en de AG noemen de terugwerkende kracht in het geheel niet –

476 Vóór toepassing op ontbindende voorwaarden: Van Straaten 1990, p. 47; Kalma 1940, p. 222; Van Proosdij 1917, p. 53 (m.n. nt. 2); Veegens/Oppenheim 1917, p. 39; Diephuis 1885, p. 132 (Diephuis zag de strekking van art. 1297 echter ook in art. 1301 OBW terugkomen. Zie ook Diephuis 1886, p. 269); Everts 1883, p. 145 e.v.; Opzoomer 1879a, p. 152 e.v. (o.b.v. de gedachte dat een ontbindende voorwaarde in feite een opschortende voorwaarde van vernietiging van de overeenkomst is. Zie ook p. 123, 124). Zie ook Van Ossenbruggen (Van Ossenbruggen 1893, p. 99 e.v.).

Uitdrukkelijk tegen: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 384; (vermoedelijk) Pitlo 1965, p. 197; De Bruijn 1945, p. 235; Suijling 1934, p. 426; Asser/Scholten 1933, p. 445.

477 HR 19 juni 1868, W. 3018.

478 Het arrest handelt weliswaar over de ontbindende voorwaarde van wanprestatie van art. 1302 OBW, maar de Hoge Raad verwijst uitdrukkelijk naar art. 1301 OBW, waardoor de opvatting van de HR toch een algemene strekking heeft.

479 Het beeld dat bij een algehele terugwerkende kracht van een ontbindende voorwaarde wel sprake is van een dergelijke vernietiging, vinden niettemin bij Van Oven (Van Oven 1918, p. 134, nt. 2 (tweede kolom), p. 147).

dan is deze aanzienlijk beperkt; de Hoge Raad laat de ontbinding in casu uitsluitend werken vanaf het moment van intreden van de voorwaarde.⁴⁸⁰

Wat er verder van de voormelde bescheiden kanttekeningen ook zij, van enige serieuze betwisting van de terugwerkende kracht bij het intreden van een ontbindende voorwaarde onder het OBW is geen sprake. Zo zag een groot deel van de literatuur in art. 1301 OBW wel degelijk terugwerkende kracht.⁴⁸¹ Daarnaast was er de voormelde groep van auteurs die de terugwerkende kracht voor ontbindende voorwaarden uit art. 1297 OBW afleidde. Daarnaast onderkende een enkele auteur de terugwerkende kracht bij ontbindende voorwaarden nog zonder dat blijkt op welke wetsbepaling deze zou zijn gegrond.⁴⁸² Bezien vanuit de opvattingen in de literatuur was de betwisting van de terugwerkende kracht dan ook uiterst bescheiden. Ook uit de latere jurisprudentie volgt dat het intreden van ontbindende voorwaarden terugwerkende kracht kon hebben.⁴⁸³ We kunnen derhalve vaststellen dat in de 19e eeuw misschien nog enige bedenkingen ten aanzien van de terugwerkende kracht bij ontbindende voorwaarden bestonden, maar deze nadien plaats maakten voor een algemene aanvaarding van de terugwerkende kracht als uitgangspunt.

2.6.2.3 De nadelen van terugwerkende kracht

Inleiding

In de literatuur is sinds lange tijd onbetwist dat aan de terugwerkende kracht zowel in zijn algemeenheid als ook specifiek bij voorwaarden nadelen kunnen zijn verbonden. Radke wijst er dan ook op dat de historische aanvaarding van de terugwerkende kracht niet gebaseerd was op een afweging van de nadelen van terugwerkende kracht in relatie tot de (in § 2.6.2.4 besproken) voordelen van de terugwerkende kracht.⁴⁸⁴ Het was het gezag van het veronderstelde

480 A-G Karseboom drukte zich als volgt uit: 'Art. 1301, al. 1, B.W. spreekt dan ook niet van eene volkomene vernietiging der overeenkomst, alsof deze nimmer bestaan had, maar van een doen ophouden der verbindtenis, dat is, voor het vervolg de rechtsgevolgen ontnemen, []; en het rechtsgevolg wordt er aan verbonden, dat door die ontbinding de zaken weder terugkeeren tot den vorigen stand, even alsof er geene verbindtenis bestaan had'.

481 Zwitser 2013, p. 250; Van Velten 2001, p. 793; Fikkers 1992, p. 65; Hartkamp 1991, p. 869; Brahn 1988, p. 55; Hijma & Olthof 1982, p. 259; Mijnssen & Schut 1982, p. 55; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 394; Pitlo 1965, p. 197; Asser/Rutten 1958, p. 160; De Bruijn 1945, p. 235; Hofmann 1937, p. 97; Wiarda 1937, p. 405; Van Brakel 1935a, p. 27 e.v.; Suijling 1934, p. 426, 427; Asser/Scholten 1933, p. 179, 445; Asser/Van Goudoever 1913, p. 61.

482 Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 39 e.v.; Wery 1930, p. 179, nt. 40.

483 HR 6 januari 1961, NJ 1962, 19 (Seneca) (waar de Hoge Raad expliciet spreekt van de terugwerkende kracht van de ontbinding van een overeenkomst u.h.v. art. 1302 OBW); HR 10 december 1943, NJ 1944, 159.

484 Radke stelt dit in het verband van de vraag of de terugwerkende kracht als fictie negatief te beoordelen is. Indien een dergelijke fictie zou leiden tot gewenste gevolgen die zonder fictie niet bereikt zouden kunnen worden, ziet Radke daarin geen bezwaar. Echter, de historische aanvaarding van de terugwerkende kracht is niet het gevolg van een analyse

Romeinse recht dat tot de brede aanvaarding van die figuur leidde. Wat er met name in de eerste helft van de twintigste eeuw onder het OBW van dat gezag ook moge zijn, de reeds lang onderkende nadelen van terugwerkende kracht leidden in elk geval tot een rechtswetenschappelijke discussie over de omvang van de terugwerkende kracht en gaven vervolgens aanleiding tot het verval daarvan onder het NBW.⁴⁸⁵

De discussie ter zake de nadelen van terugwerkende kracht was en is dan ook niet gelegen bij de vraag óf er nadelen zijn, maar bij de vraag wélke nadelen dit zou betreffen alsmede het aan die nadelen toe te kennen gewicht. Het zijn deze beide laatste verschillen van inzicht die in de literatuur leiden tot het onderschrijven dan wel afwijzen van een systeem met terugwerkende kracht.⁴⁸⁶ De wetgever van het NBW is daarentegen eenduidig in zijn beoordeling van de terugwerkende kracht bij (onder andere) voorwaarden: terugwerkende kracht is volgens de wetgever per saldo een als negatief te kwalificeren

van deze gevolgen, maar uitsluitend van het gezag van het (veronderstelde) Romeinse recht in deze (Radke 2001, p. 84).

485 In afwijking hiervan betoogt Scheltema dat het verval van de terugwerkende kracht in het NBW bij voorwaarden mede voortvloeit uit de discussie in de eerste helft van de twintigste eeuw of ook het Nederlandse recht een abstract (en derhalve geen causaal) stelsel kende (zie m.n. Scheltema 2003, p. 252 e.v.). Meijers als verdediger van de abstracte leer zou vooral hebben gekozen voor het verval van terugwerkende kracht, omdat deze als verklaringsgrond voor goederenrechtelijke werking van voorwaarden minder voor de hand zou liggen. Ook na 'Damhof/Staat' en de daarin gelegen erkenning van het causale stelsel bleef Meijers in de visie van Scheltema de ingeslagen weg van verval van de terugwerkende kracht volgen.

Ik heb bij deze opvatting van Scheltema echter aanzienlijke twijfels. V.w.b. de discussie aangaande de goederenrechtelijke werking van voorwaarden verwijs ik in deze naar hoofdstuk 11. Op deze plaats wil ik echter reeds stellen dat aan een systematiek met terugwerkende kracht gewoon nogal wat nadelen zijn verbonden (hetgeen door Scheltema in ieder geval v.w.b. voorwaarden grotendeels wordt ontkend). Deze nadelen bestaan zowel buiten het terrein van voorwaarden (zie o.a. de ontbinding wegens tekortschieten) als ook bij voorwaarden. De keuze van Meijers en in navolging van hem ook de wetgever tegen terugwerkende kracht laat zich m.i. zeer wel uit die nadelen verklaren. In de literatuur wordt die visie ook goeddeels aangenomen: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 131; Mezas 1985, p. 24; Den Tonkelaar 1983, p. 96; Van Buchem-Spapens 1982, p. 60.

486 Auteurs die de afweging ten positieve v.w.b. de terugwerkende kracht maken zijn: Scheltema 2003, p. 288 e.v.; (waarschijnlijk) Zwitser 1990, p. 35; Schoordijk 1971, p. 459 nt. 14; Van Brakel 1935a, p. 28 (uitsluitend m.b.t. ontbindende voorwaarde).

Auteurs die de afweging ten negatieve v.w.b. de terugwerkende kracht maken zijn: De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 54; Jansen 2009, p. 385 e.v. (t.a.v. het Belgisch recht); De Coninck 2007, p. 291 (t.a.v. het Belgisch recht); Brunner & De Jong 2004, p. 54; Huizink 1995, p. 502 (m.b.t. het vennootschapsrecht); Bakels 1993, p. 50-75 (waarbij Bakels overigens wel kritisch blijft t.a.v. het verval van terugwerkende kracht); Van Brakel 1935a, p. 28 (uitsluitend m.b.t. opschortende voorwaarde); Cleveringa 1919, p. 54, 55 (althans, Cleveringa is zeer kritisch v.w.b. terugwerkende kracht bij opschortende voorwaarden); Asser/Van Goudoever 1913, p. 59 (uitsluitend m.b.t. opschortende voorwaarde); Van Ossenbruggen 1893, p. 102; Opzoomer 1879a, p. 152.

systematiek.⁴⁸⁷ De in de literatuur geconstateerde nadelen van de terugwerkende kracht neem ik onderstaand door, waarbij ik mij beperkt tot terugwerkende kracht bij voorwaarden. In § 9.2.4.2 komen overigens in het verband van de ongedaanmaking nog een aantal systematische problemen van de terugwerkende kracht ter sprake die we verder niet in de literatuur vinden en die ik daarom in deze paragraaf buiten beschouwing laat.

Nadeel van de 'fictie' van terugwerkende kracht

We hebben reeds gezien dat terugwerkende kracht niet geheel onweersproken, maar wel door een ruime meerderheid van de auteurs en in de PG als een fictie wordt beschouwd.⁴⁸⁸ Deze kwalificatie als fictie wordt door een deel van de literatuur als negatief bestempeld. Bijvoorbeeld Cleveringa stelde zich op het standpunt dat een dergelijke terugwerking 'een ontkenning der werkelijkheid' en dus 'steeds iets abnormaals' was.⁴⁸⁹ Ook Van Ossenbruggen beschouwde de terugwerkende kracht als 'iets gekunstelds' en in strijd met aard en wezen van de voorwaarde.⁴⁹⁰ Hartkamp heeft in soortgelijke zin het 'nadeel' van terugwerkende kracht in haar kwalificatie als fictie omschreven als het neerkomen op een bewuste onwaarheid: 'in strijd met de werkelijkheid wordt een feit dat als al dan niet bestaand of geschied aangenomen of wordt het ene feit met het andere gelijk gesteld'.⁴⁹¹

Uit de TM bij art. 3:38 lid 2 BW⁴⁹² wordt overigens door een aantal auteurs afgeleid dat ook Meijers negatief stond tegenover de terugwerkende kracht als fictie.⁴⁹³ Die gedachte wil ik echter bestrijden. Op de eerste plaats onderkende Meijers heel duidelijk het nut van ficties en liet hij zich dan ook in zijn algemeenheid positief uit over de figuur van de juridische fictie.⁴⁹⁴ Dat Meijers een dergelijke positieve benadering van ficties alsnog ten aanzien van specifiek de figuur van de terugwerkende kracht zou hebben laten varen, ligt nauwelijks voor de hand. Daarnaast heeft Meijers verschillende afwijzende argumenten aangevoerd tégen de terugwerkende kracht, maar het argument

487 PG Boek 6, TM, p. 1002; PG Boek 6, MvA II, p. 1011. Zie in dergelijke zin ook: PG Boek 4, MO, p. 816, 817.

488 Zie § 2.6.2.1.

489 Cleveringa 1919, p. 54, 55.

490 Van Ossenbruggen 1893, p. 102.

491 Hartkamp 1991, p. 868. Hartkamp oordeelt op zich echter niet negatief over ficties, zie hierna.

492 Dit betreft de reeds eerder geciteerde overweging in PG Boek 3, TM, p. 185, 186: 'Terugwerkende kracht is een fictie d.w.z. een constructief hulpmiddel, waarmee men aanduidt, dat voor het vervolg de rechtsgevolgen volkomen gelijk zijn als zij zouden zijn geweest, wanneer het betreffende feit op een vroeger tijdstip had plaats gevonden, b.v. bij een opschortende voorwaarde gelijk als wanneer de handeling van meet aan onvoorwaardelijk ware geweest, bij een ontbindende voorwaarde gelijk als wanneer de rechtshandeling van meet aan ongeldig ware geweest'.

493 Scheltema 2003, p. 295; Bakels 1993, p. 73, 74.

494 Meijers 1948, p. 31.

van het fictieve karakter daarvan hanteert hij daarbij niet.⁴⁹⁵ Ook dit wijst er duidelijk op dat Meijers met de terugwerkende kracht als fictie geen enkele moeite had. De vorenbedoelde passage uit de TM geeft, anders dan vorenbedoelde auteurs menen, evenmin aanleiding om aan te nemen dat Meijers een probleem had met de terugwerkende kracht als fictie. Direct aansluitend aan deze passage geeft Meijers een toelichting in welke gevallen geen sprake is van terugwerkende kracht. In onderling verband gelezen – en het komt mij alleszins aannemelijk voor dat Meijers dit onderlinge verband ook bedoelde – geeft hij niets meer dan een toelichting wanneer wél en in welke gevallen géén sprake is van terugwerkende kracht in de zin van art. 3:38 lid 2 BW. Of anders gezegd, Meijers verwoordde in de TM slechts in welke gevallen het ‘verbod’ van het wetsartikel toepassing vond door vast te stellen, wanneer sprake zou zijn van de fictie van terugwerkende kracht. Een negatief oordeel door Meijers ter zake het fictieve karakter kan ik er niet in lezen. Ik zou dan ook willen stellen dat Meijers zich helemaal niet tegen de figuur van terugwerkende kracht verzette omdat deze een fictie zou zijn.

Terug naar het ‘nadeel’ van de terugwerkende kracht als fictie. Moeten we dat fictieve karakter als negatief bestempelen? Hartkamp heeft gesteld dat in veel gevallen niets negatiefs aan een dergelijke fictie valt te zien. Hij constateert daarbij dat een fictie een zinvolle functie kan vervullen: ‘het op doelmatige wijze uitbreiden van de rechtsgevolgen van een regeling buiten haar strikte toepassingsgebied’.⁴⁹⁶ Zoals gezegd stond ook Meijers op zich positief tegenover ficties, maar op basis van een geheel andere argumentatie. Hij stelde dat het weliswaar mogelijk zou zijn iedere juridische fictie te vermijden, maar zag een belangrijk voordeel in de ‘beeldende kracht’ die van een fictie kon uitgaan.⁴⁹⁷ Zowel het door Hartkamp als het door Meijers gehanteerde argument komt mij juist voor. De eerdergenoemde argumentatie tegen de fictie van terugwerkende kracht als een ontkenning der werkelijkheid legt daarentegen weinig gewicht in de schaal. Grote delen van de juridische werkelijkheid wijken immers af van de feitelijke werkelijkheid of de werkelijkheid zoals partijen deze beleven, zonder dat het recht daar enige boodschap aan heeft. Waarom dat bij de fictie van terugwerkende kracht plots anders zou moeten zijn, is mijns inziens niet te onderbouwen.

De balans voor wat betreft ficties slaat echter in het negatieve door op het moment dat toepassing van een fictie zou leiden tot gevolgen, die om allerlei redenen ongewenst zijn en zonder die fictie ook niet zouden hebben bestaan. Daarvan is bij de figuur van terugwerkende kracht bij voorwaarden sprake, zoals ik hierna verder zal bespreken. Dit negatieve oordeel heeft echter niets met het fictieve karakter als zodanig te maken, maar vloeit uitsluitend voort

⁴⁹⁵ Meijers 1948, p. 236 e.v.

⁴⁹⁶ Hartkamp 1991, p. 868.

⁴⁹⁷ Meijers 1948, p. 31.

uit de bedoelde ongewenste gevolgen. Het fictieve karakter van de terugwerkende kracht op zich zelf is in mijn opvatting dan ook geen argument tegen terugwerkende kracht bij voorwaarden.⁴⁹⁸

Nadeel van de consequenties voor derden door goederenrechtelijke werking

In de literatuur en de PG vinden we de stelling dat de figuur van terugwerkende kracht ongewenste consequenties voor derden kan hebben.⁴⁹⁹ Deels wordt daarmee bedoeld op de hierna besproken uitoefening van bevoegdheden jegens derden, welke uitoefening door de terugwerkende kracht achteraf onbevoegd heeft plaatsgevonden. Met name wordt echter bedoeld op de goederenrechtelijke werking die terugwerkende kracht in beginsel met zich meebrengt. Deze goederenrechtelijke werking treft alsdan in beginsel ook de intussen verkregen rechten van derden. Zodoende zou de terugwerkende kracht in het verband van de goederenrechtelijke posities van derden een nadeel zijn.

Op deze kwalificatie als 'nadeel' van de terugwerkende kracht valt echter het nodige af te dingen. In overeenstemming met de opvattingen van een bekende Nederlander kunnen we op de eerste plaats vaststellen, dat ieder nadeel ook een voordeel heeft. Waar namelijk de derde zijn rechten ziet vervallen door de goederenrechtelijke werking, is de goederenrechtelijke positie van de verwachter beschermd.⁵⁰⁰ Dit laatste wordt over het algemeen positief beoordeeld, maar is niets meer dan het spiegelbeeld van het nadeel van de derde. Ten tweede kon op grond van derdenbescherming ook onder het OBW het nodige worden afgedongen op dit nadeel voor derde-verkrijgers. Tot slot is er in dit opzicht evenmin sprake van een nadeel ten opzichte van de systematiek van het NBW zonder terugwerkende kracht. De goederenrechtelijke werking – en daarmee het dreigende verlies van tussentijds van de bezwaarde verkregen rechten door derden – is onder het NBW immers in stand gebleven, onverminderd het verval van de terugwerkende kracht.⁵⁰¹ Samengevat, in verschillende opzichten is eigenlijk geen sprake van een nadeel ten gevolge van de terugwerkende kracht, dan wel is dit nadeel duidelijk beperkt.

498 Hartkamp uitte zich in gelijke zin (Hartkamp 1991, p. 868).

499 Brunner & De Jong 2004, p. 54; Hartkamp 1977, p. 13. Ook: PG Boek 3, TM, p. 186; PG Boek 6, TM, p. 1003.

500 Let wel, de Duitse en Zwitserse wetgever gingen uit van een systematiek waarbij een dergelijke bescherming van de verwachter niet zonder meer gegeven was. Het belang van een dergelijke bescherming werd echter zo groot geacht dat beide wetboeken ter zake specifieke beschermingsbepalingen voor de verwachter bevatten (§ 161 BGB en art. 152 III OR). Afgezet tegen het veronderstelde *nadeel* van de terugwerkende kracht onder het OBW, werden diezelfde gevolgen derhalve door de Duitse en Zwitserse wetgevers bewust als een te handhaven *voordeel* in de beide wetboeken opgenomen.

501 Een enkele maal is dit in de literatuur over het hoofd gezien, zie: De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 54; Brunner & De Jong 2004, p. 54.

Nadeel van het ongewenste verval van positieve tussenbeschikkingen

Anders dan het hiervoor gehanteerde uitgangspunt zijn in sommige gevallen de gevolgen van een tussenbeschikking positief voor de verwachter. Ten behoeve van het aan de verwachter toekomende perceel is bijvoorbeeld een erfdiensbaarheid gevestigd. Een systeem van terugwerkende kracht zou echter ook een dergelijke, voor de bezwaarde positieve tussenbeschikking laten vervallen. Dit nadeel van de terugwerkende kracht was een van de redenen voor de Duitse wetgever de figuur van de terugwerkende kracht niet in het BGB over te nemen en te vervangen door een systematiek van een wettelijke beschermingsbepaling voor de verwachter.⁵⁰² Gezien echter het feit dat het overgrote deel van de tussenbeschikkingen ten nadele van de verwachter zal strekken, is het gewicht van dit negatieve gevolg van de terugwerkende kracht zonder meer bescheiden. Een nadeel blijft het echter.

Nadeel van de veronderstelde partijbedoeling

In de literatuur is het sinds lange tijd een discussiepunt of de 'veronderstelde partijbedoeling' nu wel of niet overeenstemt met de gevolgen van terugwerkende kracht.⁵⁰³ Het moeilijke bij de vaststelling van de (on)juistheid van deze beide opvattingen ter zake de veronderstelde partijwil is, dat de veronderstelling uitgaat van hetgeen in het algemeen de partijbedoeling zal zijn. De individuele partijbedoeling kan en zal daarvan uiteraard soms afwijken, ongeacht welke van beide opvattingen juist moge zijn. Het ligt in ieder geval voor de hand om, als toch gekozen moet worden voor een uitgangspunt, aan te knopen bij hetgeen in de meerderheid van de gevallen de partijbedoeling zal zijn. Een kwantitatieve onderbouwing voor de vaststelling van die meerderheid van gevallen is echter onmogelijk te geven. Er rest derhalve niets anders dan de vaststelling van hetgeen merendeels de partijbedoeling zal zijn, op andere wijze te beargumenteren.

Voor de opschortende voorwaarde bestaat in dat verband weinig twijfel: slechts in uitzonderingsgevallen zal terugwerkende kracht door partijen zijn beoogd. Partijen kwamen immers niet voor niets een opgeschorte werking overeen.⁵⁰⁴ Hadden zij beoogd om reeds eerder *werking* aan hun rechtsver-

502 HKK/Finkenauer 2003, p. 891; Schiemann 1973, p. 128 e.v.

503 Voor de juistheid van die veronderstelling: Scheltema 2003, p. 295 (Scheltema spreekt althans van de partijwil die hierdoor 'meestal het dichtst zal worden benaderd'); Van Brakel 1935a, p. 27, 28 (uitsluitend t.a.v. de ontbindende voorwaarde).

Afwijzend: Jansen 2009, p. 387 (althans Jansen stelt dat dat 'vaak' het geval zal zijn); Den Tonkelaar 1994, p. 81; Van Brakel 1935a, p. 27, 28 (uitsluitend t.a.v. de opschortende voorwaarde); Asser/Van Goudoever 1913, p. 59; Van Ossenbruggen 1893, p. 96 e.v.

504 Dat is eventueel anders voor zover we het bestaan van de rechtsverhouding vóór het intreden van de voorwaarde zouden ontkennen. Voor die situatie is onder het OBW wel gesteld, dat de terugwerking een 'correctief' vormt om bepaalde handelingen (m.n. gericht op securisering van de positie van de verwachter) achteraf te legitimeren (zie verder Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 142, 143). Voor het NBW bestaat er echter

houding te geven, dan zouden partijen merendeels hebben gekozen voor een ontbindende voorwaarde voor het geval de gebeurtenis in de toekomst niet zou intreden. Ook voor zover we de goederenrechtelijke werking na een beschikking tussen partijen zouden willen afleiden uit de terugwerkende kracht, is dit niet anders. Partijen willen immers niet zozeer terugwerkende kracht, maar goederenrechtelijke werking als de voorwaarde intreedt. Dat de juridische verklaring voor die goederenrechtelijke werking gelegen zou zijn in de terugwerkende kracht, wil daarmee niet zeggen dat de wil van partijen ook daadwerkelijk gericht is op terugwerkende kracht.

Bij ontbindende voorwaarden is de vermoedelijke partijbedoeling minder evident. In ieder geval ligt het bij een aantal rechtsverhoudingen – duurovereenkomsten, overeenkomsten om niet te doen of te dulden, overeenkomsten die verplichten tot periodieke prestaties – weinig voor de hand om uit te gaan van terugwerkende kracht. Uit de terugwerkende kracht van ontbindende voorwaarden wordt immers afgeleid dat hetgeen reeds gepresteerd is, bij het intreden van de voorwaarde weer ongedaan gemaakt dient te worden. Dat zal, voor zover al mogelijk, bij de vorenbedoelde rechtsverhoudingen slechts in zeldzame gevallen zijn beoogd. Bij eenmalige prestaties ligt een dergelijke ongedaanmaking daarentegen weer wél voor de hand en daarmee ook een partijbedoeling gericht op terugwerkende kracht.⁵⁰⁵ Daarbij moeten we echter bedenken dat ook in dat geval de beoogde terugwerkende kracht veelal gericht zal zijn op slechts een deel van de mogelijk ongedaan te maken feiten. Het is bijvoorbeeld nog maar de vraag of onder die ongedaanmaking ook de tussentijds verschenen vruchten moeten zijn begrepen.

Op grond van het vorenstaande zou ik menen dat de partijwil in een meerderheid van de gevallen niet of slechts ten dele gericht zal zijn op terugwerkende kracht. Als veronderstelde partijwil zou daarmee bij een systeem van terugwerkende kracht sprake zijn van een uitgangspunt, dat geen recht doet aan die meerderheid van gevallen.

Nadeel van onterechte uitoefening van bevoegdheden

Aan bepaalde hoedanigheden zoals eigenaar, beperkt gerechtigde of aandeelhouder zijn bepaalde bevoegdheden verbonden. Die bevoegdheden kunnen ondanks een voorwaardelijkheid meestal ook gewoon worden uitgeoefend door de *bezwaarde*. Een eigenaar kan revindiceren, een beperkt gerechtigde zich verzetten tegen inbreuken op zijn recht door derden, een aandeelhouder stemmen in de vergadering van aandeelhouders, alles ondanks diens slechts voorwaardelijke gerechtigdheid. Een systeem met terugwerkende kracht heeft in die zin een versturende werking dat daardoor niet slechts de hoedanigheid van de betreffende partij achteraf beschouwd niet bestond, maar ook niet de

geen enkele twijfel, dat ook de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding direct bestaat (zie § 3.1.3.1).

505 Zie in gelijke zin een deel van de Zwitserse auteurs (§ 2.6.2.1).

gerechtigdheid om de bedoelde bevoegdheden gedurende de periode van onzekerheid uit te oefenen. Een consequentie die onder meer in de opvatting van Meijers wel aan terugwerkende kracht is verbonden.⁵⁰⁶ Wellicht – ik ben bij gebreke aan wezenlijke erfrechtelijke kennis voorzichtig – dat we hierin een reden kunnen zien voor de specifieke figuur van het fidei-commis van het OBW, welke figuur juist in verband met de terugwerkende kracht lastig was vorm te geven door middel van een voorwaardelijke making.⁵⁰⁷

In dat verband wijst Bakels er op dat de essentie van dit nadeel is gelegen in de uitoefening van bevoegdheden in de verhouding met derden en derhalve niet zozeer tussen partijen.⁵⁰⁸ Die op zich terechte constatering beperkt het probleem echter slechts, maar lost het niet op. Evenmin is een oplossing denkbaar waarbij op grond van de partijwil de terugwerkende kracht geen betrekking zou hebben op deze bevoegdheden en deze daarmee toch bevoegd zouden zijn uitgeoefend. Dergelijke bevoegdheden vloeien immers normaal gesproken voort uit de betreffende hoedanigheid en kunnen daarvan niet afgesplitst worden. Bijvoorbeeld de rechtsgeldigheid van een revindicatie door een partij die – achteraf – geen eigenaar blijkt te zijn, komt mij uiterst kwestieus voor. Tegelijkertijd lijkt het aannemelijk dat de gevolgen van een dergelijke onbevoegde uitoefening vaak fors kunnen zijn. Dit nadeel van een systeem met terugwerkende kracht beschouw ik dan ook als zwaarwegend.

Nadeel van de moeilijke voorzienbaarheid van de gevolgen

Naast de voormelde, al dan niet terecht in de literatuur geconstateerde nadelen, zijn er verscheidene andere die worden genoemd. Hartkamp noemt als nadeel dat partijen en derden uitgaan van en handelen naar een bepaalde rechtstoestand, die naar later blijkt toch niet bestond.⁵⁰⁹ In zeker verband daarmee kunnen we het eveneens door Hartkamp genoemde nadeel zien van het feit, dat de gevolgen van terugwerkende kracht vaak moeilijk zijn te overzien.⁵¹⁰ Ook de TM stelt dat de terugwerkende kracht ‘telkens opnieuw’ leidt tot ‘geheel

506 PG Boek 3, TM, p. 186. Ook: Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 188; Huizink 1995, p. 501, 502 (Huizink ter zake de hoedanigheid van aandeelhouder).

507 Zie in dit verband ook de conclusie van P-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 16 januari 2004, NJ 2004, 487(Boerenplaatsje).

508 Bakels 1993, p. 72. Anders dan Bakels overigens voor een deel lijkt te stellen, wijzen de door Meijers in voormelde toelichting gegeven voorbeelden m.n. in die richting van de verhouding tot derden.

509 Hartkamp noemt dit nadeel t.a.v. terugwerkende kracht, maar niet specifiek t.a.v. terugwerkende kracht bij voorwaarden (Hartkamp 1991, p. 868). Bij voorwaarden ligt dit argument iets minder voor de hand dan bij bijv. ontbinding wegens tekortschieten. Partijen bij een voorwaardelijke rechtsverhouding zijn o.g.v. het dwingende vereiste van subjectieve onzekerheid (zie § 2.4.3) immers steeds bekend met de voorwaarde en kunnen hun handelen daar dan ook op afstemmen. Ook Scheltema uit zich in deze laatste zin (Scheltema 2003, p. 293).

510 Hartkamp 1977, p. 13. Snijders spreekt in dat verband van ‘menig dogmatische puzzel’, waarmee hij wellicht ook doelt op de lastige voorzienbaarheid van de gevolgen van terugwerkende kracht (Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 349).

onverwachte en ongewenste consequenties'.⁵¹¹ Dat laatste argument neemt ook in het verband van terugwerkende kracht bij voorwaarden in gewicht toe, naarmate de periode waarop de terugwerkende kracht betrekking zal hebben langer wordt. Alsdan zullen immers tussentijds steeds meer gebeurtenissen hebben plaatsgevonden, waarvan ook in de onderlinge combinatie van die gebeurtenissen bij het aangaan van de rechtsverhouding redelijkerwijs niet is in te schatten wat de verschillende gevolgen daarvan zullen zijn. Mede in dat verband worden in de literatuur ook de mogelijke fiscale nadelen van een systeem van terugwerkende kracht genoemd, waarop mijns inziens overigens wel het nodige valt af te dingen.⁵¹²

Scheltema, als duidelijke voorstander van een systeem met terugwerkende kracht, stelt deels terecht dat dergelijke problemen ook bestaan bij het ontbreken van terugwerkende kracht in een systematiek van het – eventueel – wel bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen.⁵¹³ De vraag óf en zo ja, op welke wijze wát ongedaan gemaakt dient te worden na het intreden van een ontbindende voorwaarde, kan immers zowel in een systeem met als zonder terugwerkende kracht opkomen. Toch zijn er wel verschillen ten aanzien van de omvang van dit vraagstuk bij beide systemen. Persoonlijke ongedaanmakingsverplichtingen in een systeem zonder terugwerkende kracht raken de ontstane posities van derden in beginsel niet, zoals deze bijvoorbeeld zijn ontstaan naar aanleiding van de uitoefening van bevoegdheden door de bezwaarde. In een systeem met terugwerkende kracht is daarvan eerder sprake, hetgeen derhalve niet alleen leidt tot een grotere mate van rechtsonzekerheid bij die derden, maar ook tot een complexere afwikkeling na het intreden van de voorwaarde.

Daarnaast is in een systeem met terugwerkende kracht de omvang van hetgeen ongedaan gemaakt dient te worden waarschijnlijk groter dan in een systeem van ongedaanmaking als thans neergelegd in de artt. 3:38 lid 2 en 6:24 BW. Bij deze laatste systematiek is het uitgangspunt dat partijen hetgeen

511 PG Boek 6, TM, p. 1002.

512 Zie ook: Hartkamp 1991, p. 871. V.w.b. deze nadelen moeten we bedenken dat belastingplichtigheid uitsluitend leidt tot een vermogensverschuiving tussen de belastingplichtige en (meestal) de Staat der Nederlanden. Het nadeel van de ene partij is het voordeel van de andere, zowel v.w.b. het ontstaan als het vervallen van die belastingplicht. Neutraal beschouwd is er echter geen voor- of nadeel als het ontbreken van terugwerkende kracht tot andere fiscale consequenties leidt. Daarnaast is de wetgever heel goed in staat om ongewenste fiscale gevolgen van het ontbreken van terugwerkende kracht te ondervangen. Zie bijv. art. 19 Wet op belastingen van rechtsverkeer ter zake geheven overdrachtsbelasting bij het intreden van een ontbindende voorwaarde of ontbinding wegens tekortschieten: géén terugwerkende kracht, wél teruggaaf.

Tot slot wijs ik er op dat in de literatuur ook het tegendeel is verdedigd; juist het ontbreken van terugwerkende kracht (bij ontbindende voorwaarden) maakt de fiscale afwikkeling moeilijker (Zwemmer 1997, p. 9). Schoordijk ziet daarentegen voordelen van terugwerkende kracht op fiscaal terrein, zie: Schoordijk 1971, p. 459, nt. 14.

513 Scheltema 2003, p. 290.

gepresteerd is 'terugdraaien', al dan niet op basis van goederenrechtelijke werking. Bij terugwerkende kracht is daarentegen het ruimere uitgangspunt dat partijen over en weer in een positie worden gebracht alsof er nooit was gepresteerd. Daaronder zijn derhalve mede begrepen de verdere gevolgen van het feit dat gepresteerd is. Het vorenstaande is zeker niet voor alle situaties juist, te denken valt met name aan een afwijkende partijwil, maar wél als uitgangspunt in de verhouding tussen systemen met en zonder terugwerkende kracht.⁵¹⁴ Daarbij is de ruimere ongedaanmakingsverplichting bij terugwerkende kracht mijns inziens veelal als een nadeel te beschouwen. Juist die additionele ongedaanmakingsverplichting zal vaak betrekking hebben op gevolgen, die bij het ontstaan van de voorwaardelijke rechtsverhouding moeilijk waren te voorzien. Bovendien is de afwikkeling van de ongedaanmaking ook tussen partijen waarschijnlijk moeilijker dan zonder dergelijke verplichtingen.⁵¹⁵ In dat verband is het nog maar de vraag of een dergelijke ruimere ongedaanmaking wel altijd een zinvolle functie heeft. In de praktijk zal daar bij het ontbreken van een zinvolle functie wel een mouw aan te passen zijn, maar eenvoudiger wordt het er allemaal niet op.

Buiten de gevallen van ongedaanmaking vinden we in de TM nog een aantal gevallen genoemd, waarbij de terugwerkende kracht buiten het specifieke verband van voorwaarden tot overwachte gevolgen leidt.⁵¹⁶ Een eerste betreft de opvolgende gevallen van wanprestaties door dezelfde partij, die ten gevolge van de terugwerkende kracht en het daarmee beëindigd zijn van de betreffende overeenkomst niet meer zouden kunnen leiden tot een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van wanprestatie. Een slechts gedeeltelijke ontbinding is volgens de TM eveneens lastig. Ook zou de ontbinding uit hoofde van een contractueel overeengekomen scheidsgerecht dankzij de terugwerkende kracht de bevoegdheid van de arbiters aantasten.

Nadeel van de niet consistent toepasbare systematiek van terugwerkende kracht

Bij de vorenbesproken nadelen van terugwerkende kracht moeten we bedenken, dat veel van deze nadelen slechts bestaan bij onverkorte toepassing van de terugwerkende kracht.⁵¹⁷ Een zeer ruime meerderheid van de auteurs onder het OBW wenste de omvang van de terugwerkende kracht dan ook te beperken en voor een aantal gevallen geheel uit te sluiten om zodoende de vorenbedoelde nadelen zoveel mogelijk te ondervangen. Een voorbeeld daarvan

⁵¹⁴ Zie verder § 9.2.4.2.

⁵¹⁵ Deze relatieve complexiteit van een systeem met terugwerkende kracht vergeleken met een systeem zonder terugwerkende kracht wordt ook in de toelichtingen bij de PECL en het DCFR onderkend: Von Bar & Zimmerman 2005, p. 825; Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 693.

⁵¹⁶ PG Boek 6, TM, p. 1002, 1003.

⁵¹⁷ Dit zou uiteraard niet gelden voor het 'nadeel' van de terugwerkende kracht als fictie; dat is nu eenmaal inherent aan ieder aspect waar terugwerkende kracht wel toepassing zou vinden. Zoals gezegd heeft dat argument als 'nadeel' m.i. echter weinig gewicht.

is de verder niet door mij besproken kwestie van de theoretische problemen rond een gedeeltelijke ontbinding bij wanprestatie (uit hoofde van art. 1302 OBW vorm gegeven als ontbindende voorwaarde). Met name deze mogelijkheid van beperking respectievelijk uitsluiting van de terugwerkende kracht vormt voor Scheltema de onderbouwing voor zijn stelling, dat wérkelijke nadelen van terugwerkende kracht vrijwel ontbreken.⁵¹⁸ Wat er op deze plaats verder van de opvatting van Scheltema ook moge zijn, juist is dat het geheel of deels niet toepassen van terugwerkende kracht inderdaad een aantal problemen van een systeem met als uitgangspunt terugwerkende kracht oplost. Echter, juist deze flexibiliteit ten aanzien van de terugwerkende kracht vormt tevens een argument tegen een dergelijke systematiek. Dat vraagt uiteraard om een nadere toelichting.

Voor het Belgisch recht is Jansen tot de conclusie gekomen dat de aldaar bestaande terugwerkende kracht bij voorwaarden vooral een goederenrechtelijke functie heeft, bestaande uit een bescherming van de verwachter tegen de gevolgen van tussenbeschikkingen door de bezwaarde.⁵¹⁹ Met uitzondering van dat aspect is de figuur van terugwerkende kracht zijns inziens niet nodig of in tegenspraak met de partijbedoeling, zodat op het uitgangspunt van terugwerkende kracht belangrijke uitzonderingen moeten worden gemaakt.⁵²⁰ In overeenstemming daarmee heeft De Coninck, eveneens voor het Belgisch recht, vastgesteld dat voor wat betreft het verbintenissenrecht de terugwerkende kracht in geen enkele behoefte voorziet.⁵²¹ Ook uit de toelichtingen bij de PECL en het DCFR volgt een min of meer met de opvatting van voormelde auteurs overeenstemmende visie. De toelichting bij de PECL stelt voorop dat terugwerkende kracht hoofdzakelijk betekenis heeft ten aanzien van goederenrechtelijke gevolgen.⁵²² Daarnaast stellen ook de beide toelichtingen dat in

518 Scheltema 2003, p. 288 e.v.

519 Jansen 2009, p. 387. Overigens is het opvallend dat uit de wetsgeschiedenis van het BGB juist volgt dat als een van de grote nadelen van terugwerkende kracht werd beschouwd het algeheel vervallen van de gevolgen van tussenbeschikkingen door de bezwaarde, óók voor zover die gunstig waren voor de verwachter. Zie verder: HKK/Finkenauer 2003, p. 891; Schiemann 1973, p. 128 e.v.

520 Jansen stelt in verband met de negatieve aspecten van terugwerkende kracht: 'De terugwerkende kracht gedraagt zich dan ook als de spreekwoordelijke olifant in de porseleinkast' (Jansen 2009, p. 390).

521 De Coninck 2007, p. 267 e.v.

522 Von Bar & Zimmerman 2005, p. 825. Overigens stelt de toelichting daarbij dat de PECL geen regels voor overgang van goederenrechtelijke rechten bevatten. Ook daarom is blijkens de toelichting voor een systeem zonder terugwerkende kracht gekozen. De DCFR kent daarentegen wel regels voor een dergelijke overgang en onderkent ook de mogelijkheid van een overdracht 'onder ontbindende of opschortende voorwaarde' (art. VIII.-2:203 DCFR). Niettemin was dit voor het DCFR blijkbaar geen reden om terugwerkende kracht als uitgangspunt te nemen.

een systeem met terugwerkende kracht belangrijke uitzonderingen van toepassing zouden moeten zijn.⁵²³

Als we het vorenstaande samenvatten, dan is de verdedigde opvatting dat terugwerkende kracht met name een functie heeft ten aanzien van goederenrechtelijke gevolgen. Scheltema lijkt dit eveneens ongeveer zo te zien.⁵²⁴ Zoals ik hierna nog zal bespreken, vormt terugwerkende kracht ook naar mijn inzicht op zich een goede systematiek om goederenrechtelijke gevolgen van *ontbindende* voorwaarden te kunnen verklaren, zij het dat de goederenrechtelijke werking ook door middel van een andersoortige fictie onderbouwd zou kunnen worden.⁵²⁵

Als we echter naar de voormelde discussies in de literatuur onder het OBW kijken,⁵²⁶ de hiervoor door mij beschreven nadelen van terugwerkende kracht, de kritiek die auteurs als Jansen en De Coninck hebben op de terugwerkende kracht buiten het goederenrecht, alsmede de voormelde opmerkingen dienaangaande in de toelichtingen bij het PECL en het DCFR, dan is het uitgangspunt van terugwerkende kracht bij voorwaarden in het vermogensrecht bepaald geen eenduidig toepasbare figuur. Als we de nadelen van een algemene toepassing van terugwerkende kracht immers niet willen aanvaarden, moeten daarop belangrijke uitzonderingen worden gemaakt. De voor de hand liggende keuze om dergelijke uitzonderingen te accepteren zou echter betekenen, dat weliswaar binnen het goederenrecht ten aanzien van ontbindende voorwaarden een goede systematiek bestaat, maar voor het vermogensrecht als geheel sprake zou zijn van een weinig consistente systematiek. Jansen stelt diensgevolge dan ook terecht dat uit een systeem met terugwerkende kracht geen algemene principes zijn te trekken.⁵²⁷ Of anders gezegd, de terugwerkende kracht die binnen het goederenrecht voor – uitsluitend – ontbindende voorwaarden een eenduidige systematiek zou vormen, vormt daarbuiten een behoorlijke stoorzender. Een nadeel waaraan we aanzienlijk gewicht mogen toekennen.

Resteert de vraag of een zelfde nadeel niet ook geldt bij een systeem van wél ongedaanmaking bij het intreden van een ontbindende voorwaarde, maar zónder dat sprake is van terugwerkende kracht. Een dergelijk nadeel ontbreekt echter. De reden daarvoor is daarin gelegen dat bij een dergelijke systematiek helemaal geen sprake is van een systeem waarbij goederenrechtelijke werking,

523 Von Bar & Zimmerman 2005, p. 825; Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 693. Volgens de toelichting bij de PECL zouden die uitzonderingen ook nog eens moeilijk te formuleren zijn geweest.

524 Althans, Scheltema stelt het ontbreken van terugwerkende kracht ter discussie voor zover niettemin goederenrechtelijke werking wordt aangenomen (zie o.a. Scheltema 2003, p. 288). Zijn verdere betoog is er dan ook niet op gericht te verdedigen dat terugwerkende kracht ook overigens een functie toekomt, maar uitsluitend dat deze in andere opzichten nauwelijks nadelen zou hebben. Van een positieve onderbouwing ten faveure van terugwerkende kracht buiten het goederenrecht is bij Scheltema slechts zeer beperkt sprake.

525 Zie hoofdstuk 11.

526 Zie § 2.6.2.1.

527 Jansen 2009, p. 387.

andersoortige ongedaanmakingsverplichtingen en eventuele andere gevolgen worden afgeleid uit een algemeen uitgangspunt. Dat laatste geldt wel voor een systeem gebaseerd op terugwerkende kracht. Daardoor kan de vorenbesproken vraag opkomen waar zich de eventuele grenzen van terugwerkende kracht bevinden en waar de consistentie van een dergelijke systematiek wordt doorbroken.

Samengevat wil ik naar aanleiding van het vorenstaande vaststellen dat een aantal van de in de literatuur genoemde nadelen van terugwerkende kracht mijns inziens ontbreken of van weinig belang zijn. Dat neemt niet weg dat, onverminderd het feit dat terugwerkende kracht in goederenrechtelijk opzicht voor ontbindende voorwaarden een duidelijke en consistente systematiek biedt, de resterende nadelen fors zijn. De keuze van de wetgever van het NBW tegen terugwerkende kracht bij voorwaarden was naar mijn opvatting dan ook de juiste. Daar komt nog bij dat, zoals ik in § 9.2.4.2 verdedig, de systematiek van de terugwerkende kracht in het verband van de ongedaanmaking bij het intreden van een ontbindende voorwaarde bepaald niet overzichtelijk of consistent is. Dat is echter kritiek die we verder in de literatuur niet aantreffen, zodat ik die op deze plaats verder niet bespreek.

2.6.2.4 *De voordelen van terugwerkende kracht*

In de vorige paragraaf heb ik verdedigd dat terugwerkende kracht bij voorwaarden per saldo meer na- dan voordelen kent. Dat neemt niet weg dat een systeem gebaseerd op terugwerkende kracht wel degelijk ook voordelen biedt. Het mijns inziens belangrijkste voordeel is de reeds genoemd verklaring voor de goederenrechtelijke werking van ontbindende (maar niet de opschortende) voorwaarden. Zoals ik in hoofdstuk 11 zal bespreken, zijn er ook zonder terugwerkende kracht wel verklaringsmogelijkheden voor die goederenrechtelijke werking, maar geen daarvan kent de eenvoud of algemene toepasbaarheid van de terugwerkende kracht.⁵²⁸ Iets anders is dat achter deze verklaring in mijn optiek helemaal geen werkelijke systematiek schuilgaat. De fictie van de terugwerkende kracht kan immers net zo goed vervangen worden door de wetsduiding: 'voorwaarden hebben goederenrechtelijke werking'. Zoals ik in voormeld hoofdstuk althans zal bespreken, is de systematiek van de terugwerkende kracht geheel gebaseerd op de daarin gelegen fictie. Een fictie die – als gebaseerd op de wet – derhalve ook vervangen kan worden door een andersoortige wetsduiding.

Dit alles geldt in zekere zin ook ten aanzien van de verklaring voor het ontstaan van een verplichting tot ongedaanmaking na het intreden van een ontbindende voorwaarde. Door terugwerkende kracht ontvalt alsnog de

⁵²⁸ In gelijke zin t.a.v. de goederenrechtelijke werking bij ontbindende voorwaarden: Scheltema 2003, p. 300.

rechtsgrond aan de reeds geleverde prestatie en vindt het leerstuk van de onverschuldigde betaling toepassing.⁵²⁹ Door het ontbreken van terugwerkende kracht in het NBW is voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen een wettelijke grondslag nodig (art. 6:24 BW), althans in de opvatting van wetgever en een groot deel van de literatuur.⁵³⁰ Tegelijkertijd wil ik echter stellen dat het de voorkeur heeft als gewenste rechtsgevolgen voortvloeien uit de systematiek en niet uit wettelijke 'correctiebepalingen', maar dat we dat voordeel ook niet moeten overschatten.

Dit laatste geldt ook voor het feit dat in een systeem van terugwerkende kracht een correctiebepaling als art. 6:161 lid 2 sub c BW ten aanzien van ontbindende voorwaarden niet vereist is.⁵³¹ Zonder een dergelijke wetsbepaling zou bij het ontbreken van terugwerkende kracht vermenging plaatsvinden van een vordering en een schuld uit hoofde van dezelfde verbintenis in het geval het crediteur- respectievelijk debiteurschap zich in één persoon verenigen. Dankzij deze correctiebepaling treedt deze vermenging echter pas in bij het vervallen van de ontbindende voorwaarde.⁵³² Vergeleken met de veel ruimere correcties die veelal nodig zijn in een systeem met terugwerkende kracht valt dit voordeel echter vrijwel in het niet.

Al met al zijn er derhalve wel enige voordelen verbonden aan terugwerkende kracht, maar in verhouding tot de in de vorige paragraaf besproken nadelen blijven deze – uiteraard wel afhankelijk van het gewicht dat we daaraan willen toekennen – zeer bescheiden.

2.6.2.5 *Terugwerkende kracht als regelend recht*

Geldend recht

In § 2.6.2.1 kwam reeds ter sprake dat op grond van art. 3:38 lid 2 BW voorwaarden onder het NBW geen terugwerkende kracht (meer) hebben. Althans, in ieder geval niet als uitgangspunt. De vraag is echter, of het ontbreken van terugwerkende kracht al dan niet van regelend recht is. Voor de beantwoording

529 Deze functie van de terugwerkende kracht in het verband van het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen wordt ook in de TM onderkend: PG Boek 6, TM, p. 1003. De 'dubbele' functie van de terugwerkende kracht – verklaring voor goederenrechtelijke werking en het ontstaan van verbintenissenrechtelijke ongedaanmakingsverplichtingen – vinden we ook in de Belgische literatuur: De Coninck 2007, p. 276.

530 Zelf zal ik anders verdedigen; deze verplichting tot ongedaanmaking behoeft helemaal geen wettelijke grondslag, want deze vloeit voort uit de (ontbindend) voorwaardelijke rechtsverhouding. Zie § 3.3.2.

531 Uit de TM volgt dat deze bepaling (reeds in de afwijkende redactie van het OM) was bedoeld als correctie voor het ontbreken van terugwerkende kracht in het NBW (PG Boek 6, TM, p. 591). Ook Hartkamp en Sieburgh beschouwen art. 6:161 lid 2 BW als wettelijke correctiebepaling (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, p. 304).

532 Overigens in afwijking van de systematiek in het OM, waar de betreffende verbintenis wel degelijk door vermenging teniet zou gaan, maar bij het eventuele vervallen van de ontbindende voorwaarde alsnog zou 'herleven' (art. 6.1.10.2 lid 2 OM, PG Boek 6, p. 590).

van die vraag moeten we een onderscheid aanbrengen tussen terugwerkende kracht met uitsluitend obligatoire en met goederenrechtelijke werking.

In het kader van de goederenrechtelijke werking zij direct opgemerkt, dat onder het NBW geen sprake is van een aan het OBW spiegelbeeldige situatie. Onder het OBW bestond onder andere de visie dat de goederenrechtelijke werking van voorwaarden voortvloeide uit de daaraan toegekende terugwerkende kracht.⁵³³ Het ontbreken van terugwerkende kracht zou daarmee leiden tot het eveneens ontbreken van goederenrechtelijke werking, in ieder geval met betrekking tot de gevolgen van eventuele tussenbeschikkingen door de bezwaarde. Ook het op grond van partijwil wijzigen van het tijdstip tot waar de voorwaarde terugwerkte was mogelijk, alsmede het juist overeenkomen van terugwerkende kracht voor de afwijkende situatie waarin deze niet als uitgangspunt gold.⁵³⁴

In het NBW heeft de voorwaarde daarentegen goederenrechtelijke werking, zónder dat de verklaring daarvoor is gelegen in terugwerkende kracht.⁵³⁵ Onder het huidig recht is de eventuele mogelijkheid van terugwerkende kracht voor het al dan niet bestaan van de goederenrechtelijke werking derhalve zonder betekenis. Wel zou deze voor het NBW van belang zijn voor het moment waarop bij het intreden van de voorwaarde een partij geacht wordt de eigendom te hebben ge- of herkreten.⁵³⁶ De goederenrechtelijke werking als zodanig bestaat derhalve ongeacht het bestaan van terugwerkende kracht, maar de laatste zou in theorie nog wel van betekenis kunnen zijn voor het (eerdere) moment waarop die goederenrechtelijke werking geacht wordt te hebben plaatsgevonden.⁵³⁷ In zeker verband daarmee is terugwerkende kracht misschien tevens van belang voor regelingen waarbij rechthebbenden met een ouder, dan wel juist een jonger recht worden beschermd tegen andere gerechtigden.⁵³⁸ Of de laatstbedoelde anciënniteit van een recht bij voorwaardelijke verkrijgingen inderdaad een juiste zienswijze is, is echter omstreden.⁵³⁹

Met het vorenstaande is de vraag naar een eventuele terugwerkende kracht met een goederenrechtelijke werking voor het NBW ten opzichte van het OBW van duidelijk minder, maar ook weer niet geheel zonder belang. Wat er echter ook moge zijn van dat beperkte belang, naar alle waarschijnlijkheid is het

533 In ieder geval lijkt dit in latere perioden waarin het OBW gelding had het merendeels heersende inzicht te zijn geweest, al bleef omstreden of de terugwerkende kracht aan de titel of aan de levering was verbonden.

534 HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745 (zie ook hierna onder 'Oud BW'). Ook: Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 187.

535 Zie verder § 11.1.4 en 11.2.6.

536 Zie verder m.n. Zwitser, die betoogt dat een goederenrechtelijk terugwerkende kracht van wezenlijk belang is voor het internationale handelsverkeer (Zwitsers 2013, p. 249 e.v.).

537 Vermoedelijk in dezelfde zin: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 226.

538 Snijders noemt in dat verband de artt. 3:90 lid 2, 3:97 lid 2, 3:284 en 3:291 BW (Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 277).

539 Zie verder i.v.m. de al dan niet goederenrechtelijke positie van de verwachter ook: Zwitser 1993.

overeenkomen van terugwerkende kracht met goederenrechtelijk effect onder het NBW niet mogelijk. De literatuur is in die opvatting vrijwel eensluidend⁵⁴⁰ en ook de PG stelt deze onmogelijkheid expliciet.⁵⁴¹ Jurisprudentie gewezen voor het NBW dienaangaande ontbreekt.

Een uitsluitend obligatoir terugwerkende kracht – op partijen komen verbintenissen te rusten om elkaar in de positie te brengen alsof de gevolgen van terugwerkende kracht van rechtswege zouden zijn ingetreden – is daarentegen zonder twijfel mogelijk. In de literatuur en de PG is een dergelijke obligatoire terugwerkende kracht in ieder geval onbetwist.⁵⁴² Voor Meijers geldt dat hij uitsluitend obligatoire verplichtingen tot het terugbrengen van ieder van partijen in de staat alsof de rechtshandeling niet had plaats gevonden, niet beschouwde als terugwerkende kracht.⁵⁴³ Het ‘verbod’ van art. 3:38 lid 2 BW had daarmee in Meijers opvatting ook geen betrekking op dergelijke obligatoire gevolgen.⁵⁴⁴ Tot slot zijn er ook weinig inhoudelijke argumenten waarom een obligatoire terugwerkende kracht niet mogelijk zou moeten zijn; de terugwerkende kracht vormt immers niet meer dan een instrument om vast te stellen welke verbintenissen tussen partijen (zullen) bestaan. Van de hiervoor genoemde nadelen van terugwerkende kracht resteert bij een dergelijke functie slechts één, namelijk in hoeverre aangenomen moet worden dat de obligatoire gevolgen van die terugwerkende kracht tussen partijen wellicht toch beperkt zijn. Een kwestie van een wat lastig te beantwoorden vraag van uitleg van de rechtsverhouding.

540 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 226; Zwitsers 2013, p. 249 (hetgeen onverlet laat dat Zwitser betoogt dat die terugwerkende kracht mogelijk zou moeten zijn); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 143 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 131); Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 349 (met enige nuanceringen); Schols 2011, p. 42; Reehuis 2010, p. 88; Janssen 2005, p. 141; Scheltema 2003, p. 304; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 186 e.v.; Bakels 1994, p. 58 (en eerder: Bakels 1993, p. 98); Den Tonkelaar 1994, p. 82; Zwitser 1993, p. 524; (vermoedelijk) Schoordijk 1986, p. 119; Hartkamp 1991, p. 870.

Anders echter: Van Mierlo 2002, p. 93 nt. 9 (althans, Van Mierlo noemt de mogelijkheid van terugwerkende kracht met goederenrechtelijke werking m.b.t. de ontbinding van art. 6:265 BW. Als deze o.g.v. de partijwil mogelijk zou zijn bij een dergelijke ontbinding, ligt die mogelijkheid ook bij voorwaarden voor de hand).

541 PG Boek 6, TM, P. 146; PG Boek 6, Advies RvS, p. 150; PG Boek 6, VV II, p. 1011 (m.b.t. ontbinding).

542 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 226; Reehuis 2010, p. 89; Janssen 2005, p. 141; Scheltema 2003, p. 310; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 188; Bakels 1993, p. 98; Perrick 1992, p. 790; Hartkamp 1991, p. 870; Schoordijk 1986, p. 119; Hoetink 1955, p. 20. Ook: PG Boek 6, TM, P. 146; PG Boek 6, Advies RvS, p. 150; PG Boek 6, VV II, p. 1011 (m.b.t. ontbinding).

543 PG Boek 3, TM, P. 186 en § 2.6.2.1.

544 In deze beperktere betekenis van terugwerkende kracht zou art. 3:38 lid 2 BW dan ook wel geheel van dwingend recht zijn; *obligatoire* terugwerkende kracht in voormelde zin is bij die opvatting immers helemaal geen terugwerkende kracht.

Oud BW

Onder het oud BW leed het geen twijfel dat de terugwerkende kracht van voorwaarden van regelend recht was. Vrijwel alle auteurs onder het OBW onderschreven deze opvatting en ook in de rechtspraak werd in deze zin beslist.⁵⁴⁵ Uitsluitend Opzoomer verdedigde het standpunt dat de terugwerkende kracht dwingend was voor zover de wet zélf daar geen uitzondering op maakte.⁵⁴⁶ Deze vrijwel algemene aanvaarding van de terugwerkende kracht als regelend recht lag bij een deel van de literatuur in die zin voor de hand, dat de betreffende auteurs de in de wet neergelegde terugwerkende kracht beschouwden als de door de wet veronderstelde wil van partijen.⁵⁴⁷ Bij die opvatting bestond dan ook alle ruimte voor een afwijkende partijwil. Zoals gezegd werd het niet-dwingendrechtelijke karakter van de terugwerkende kracht echter ook bij vrijwel alle overige auteurs aangenomen. Naast de afwijkende partijwil kon terugwerkende kracht tevens uit hoofde van gebruik of strekking terzijde zijn gesteld.⁵⁴⁸ Dit laatste werd vooral aangenomen bij duurovereenkomsten en overeenkomsten die tot periodieke prestaties verplichtten, voor zover de toepasselijkheid van art. 1301 OBW op dergelijke overeenkomsten niet reeds in zijn algemeenheid werd betwist.⁵⁴⁹

De algemene vraag naar de mogelijkheid van een afwijkende partijwil ter zake terugwerkende kracht kon naar twee zijden verder worden uitgewerkt. De eerste daarvan betrof de kwestie of een beperking van terugwerkende kracht steeds betrekking had op *alle* gevolgen die samenhangen met de terugwerkende kracht, dan wel dat het partijen vrijstond de terugwerkende kracht slechts ten aanzien van *bepaalde* gevolgen uit te sluiten. Van Opstall stelde zich uitdrukkelijk op het standpunt dat de terugwerkende kracht door partijen zowel geheel als ten dele uitgesloten kon worden.⁵⁵⁰ Impliciet lijkt die opvatting door een groot deel van de auteurs te zijn onderschreven. Dat volgt

545 Fikkers 1992, p. 65; Hartkamp 1991, p. 869; Mezas 1985, p. 24, nt. 66; Den Tonkelaar 1983, p. 92; Pitlo 1964, p. 80; Asser/Rutten 1958, p. 138, 160; De Bruijn 1948, p. 361 (en eerder: De Bruijn 1945, p. 235, 236); Wiarda in: Houwing & Wiarda 1940, p. 12, 48 (en eerder: Wiarda 1937, p. 405); Hofmann 1937, p. 93; Van Brakel 1935b, p. 1; Suijling 1934, p. 421, 426; Wery 1930, p. 179, nt. 40; Van Oven 1918, p. 134, 165 (m.b.t. ontbindende voorwaarde); Van Goudoever 1913, p. 237; Diephuis 1886, p. 262 (en eerder: Diephuis 1885, p. 132). In deze zin ook: Van Velten 2001, p. 793.

HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745; Hof 's-Gravenhage 31 mei 1957, BNB 1957, 329 (het ontbreken van terugwerkende kracht zou althans inherent zijn aan het voorliggende geval).

Deze zelfde kwalificatie als regelend recht geldt overigens nog steeds voor het Belgisch recht, waar het uitgangspunt v.w.b. het huidige recht juist uit terugwerkende kracht bestaat (Jansen 2009, p. 387, met vermelding van literatuur en rechtspraak).

546 Opzoomer 1879a, p. 156.

547 Zie § 2.6.2.1.

548 Asser/Rutten 1958, p. 160; De Bruijn 1945, p. 235; Van Brakel 1935a, p. 28; Van Brakel 1935b, p. 1 (hetgeen onverlet laat dat Van Brakel wel terughoudend is t.a.v. een dergelijke stilzwijgende afwijking); Suijling 1934, p. 421, 427; Asser/Van Goudoever 1913, p. 60.

549 Hofmann 1937, p. 98; Van Brakel 1935a, p. 26; Suijling 1934, p. 427.

550 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 384.

daaruit dat veel auteurs allerlei specifieke uitzonderingen op de terugwerkende kracht verdedigden (bijvoorbeeld ten aanzien van verschenen vruchten), onverminderd de instandhouding van de terugwerkende kracht ten aanzien van andere rechtsgevolgen. Een tweede punt betrof de vraag of de terugwerkende kracht ook in die zin beperkt kon worden, dat deze niet terugwerkte tot het moment van ontstaan van de voorwaardelijke rechtsverhouding, maar tot een ander (later gelegen) tijdstip. De Hoge Raad aanvaardde uiteindelijk deze laatste mogelijkheid;⁵⁵¹ in de literatuur werd deze incidenteel reeds eerder verdedigd.⁵⁵²

Duits recht

Zoals ik reeds stelde, is ook voor het Duitse recht het uitgangspunt dat het intreden van voorwaarden ex nunc werking heeft.⁵⁵³ Voor goederenrechtelijke gevolgen is dit van dwingend recht,⁵⁵⁴ waaruit in de literatuur wordt afgeleid dat een overeengekomen terugwerkende kracht daarmee zonder werking blijft ten aanzien van de positie van derden.⁵⁵⁵ Voor Duits recht blijkt deze dwingendrechtelijke aard reeds uit § 159 BGB, waar uit de strekking volgt dat een tussen partijen overeengekomen terugwerkende kracht uitsluitend obligatoire werking heeft.⁵⁵⁶ Uit dit zelfde wetsartikel volgt derhalve tevens dat het partijen vrijstaat om terugwerkende kracht met obligatoire werking overeen te komen. Indien partijen deze terugwerkende kracht overeen komen en de voorwaarde treedt in, dan zijn zij blijkens § 159 BGB jegens elkaar verplicht de wederpartij te verschaffen wat deze zou hebben gehad, indien de voorwaarde op het overeengekomen moment zou zijn ingetreden. Ook deze omvang van de alsdan ontstane verplichtingen staat echter ter nadere vrije bepaling van partijen.⁵⁵⁷ Partijen kunnen dan ook – weinig verrassend – zelf bepalen tot welk moment deze (obligatoire) terugwerkende kracht dient plaats te

551 HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745. De Hoge Raad stelde het niet, maar logischerwijs kon dat moment niet vóór het verrichten van de rechtshandeling liggen, althans niet v.w.b. goederenrechtelijke gevolgen.

552 Asser/Van Goudoever 1913, p. 237.

553 Zie § 2.6.2.1.

554 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Jauernig/Mansel 2014, p. 126; Palandt/Ellenberger 2014, p. 180; PWW/Brinkmann 2014, p. 222; Schellhammer 2014, p. 1066; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 619; Wolf/Neuner 2012, p. 649; Bork 2011, p. 500; Medicus 2010, p. 344; Staudinger/Bork 2010, p. 333; Fikentscher & Heinemann 2006, p. 352 (m.b.t. cessie); Wolf 1999, p. 519, 529; Hübner 1996, p. 476; Flume 1992, p. 701, 702; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 842.

Anders echter Armgardt i.v.m. de verklaring van de goederenrechtelijke werking v.w.b. het Anwartschaftsrecht (Vieweg/Armgardt 2010, p. 1063).

555 PWW/Brinkmann 2014, p. 222; Fikentscher & Heinemann 2006, p. 352.

556 Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 619; MüKo/Westermann 2012, p. 1717; Wolf/Neuner 2012, p. 649, 650; Staudinger/Bork 2010, p. 339. Nogal impliciet: BGH 21 mei 1953, NJW 1953, 1099.

557 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; PWW/Brinkmann 2014, p. 222; Staudinger/Bork 2010, p. 340.

vinden⁵⁵⁸ en kunnen derhalve ten aanzien van verschillende prestaties ook onderling verschillende momenten overeen komen.⁵⁵⁹

Van een dergelijke verbintenisrechtelijke regeling tussen partijen moet door middel van uitleg wel blijken, zij het dat ook impliciete wilsovereenstemming voldoende is.⁵⁶⁰ Er geldt derhalve geen algemeen vermoeden dat partijen een obligatoire terugwerkende kracht hebben beoogd,⁵⁶¹ ook niet ingeval van een ontbindende voorwaarde.⁵⁶² Dat laatste is met name in die zin van belang dat een deel van de Duitse literatuur voor het bestaan en de omvang van ongedaanmakingsverplichtingen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde het vereiste stelt van het overeengekomen zijn van terugwerkende kracht. Onbetwist is dit echter niet.⁵⁶³

Zwitsers recht

Voor het Zwitserse recht geldt eveneens als uitgangspunt dat het intreden van voorwaarden geen terugwerkende kracht heeft.⁵⁶⁴ Op dat uitgangspunt kent het Zwitsers recht drie, deels wettelijke uitzonderingen. Zo staat het partijen vrij om andersluidende afspraken te maken.⁵⁶⁵ De andersluidende verbintenis kan uiteraard uitdrukkelijk zijn overeengekomen, maar wordt ook wel afgeleid uit andersoortige partijafspraken.⁵⁶⁶ Een tweede uitzondering geldt uitsluitend ten aanzien van ontbindende voorwaarden. Indien een ontbindend voorwaardelijke verbintenis betrekking heeft op eenmalig te verrichten prestaties – zoals meestal bij een ontbindend voorwaardelijke koop- of schenking – dan wordt aangenomen dat partijen terugwerkende kracht hebben beoogd.⁵⁶⁷ In feite is deze uitzondering niets anders dan een in de literatuur aangenomen en derhalve geen wettelijk vermoeden van een andersluidende partijwil. Het eventuele belang van dat vermoeden is wellicht groot. Overeenkomstig de

558 PWW/Brinkmann 2014, p. 222; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 619; MüKo/Westermann 2012, p. 1717; Staudinger/Bork 2010, p. 340; Wolf 1999, p. 519.

559 PWW/Brinkmann 2014, p. 222; MüKo/Westermann 2012, p. 1718.

560 PWW/Brinkmann 2014, p. 222 (wijzend op de bewijsplicht van de betreffende partij); Staudinger/Bork 2010, p. 339; Wolf 1999, p. 519.

561 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; (impliciet) Jauernig/Mansel 2014, p. 126; (impliciet) Schellhammer 2014, p. 1066; Wolf/Neuner 2012, p. 649; Bork 2011, p. 500; Medicus 2010, p. 344; Staudinger/Bork 2010, p. 333; Hübner 1996, p. 476. Ook: BGH 26 september 1996, NJW 1997, 1706.

562 Zie voor enige literatuur en enkele in de jurisprudentie aangenomen uitzonderingen: Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 619; Bork 2011, p. 500. In deze zin ook: Staudinger/Bork 2010, p. 339.

563 Zie § 3.3.2.

564 Zie § 2.6.2.1.

565 Koller 2009, p. 1289; Honsell 2008, p. 613, 623; Huguenin e.a. 2008, p. 200, 201; Guhl/Koller 2000, p. 60, 62; Peter 1994, p. 265, nt. 27; Staehelin 1993, p. 20; Merz 1984, p. 161, 163; Becker 1941, p. 723, 724; Oser 1929, p. 689, 693.

566 Oser 1929, p. 689. Becker noemt het geval dat de bezwaarde de zaak gedurende de periode van onzekerheid onderhoudt of verzekert op kosten van de verwachter (Becker 1941, p. 724).

567 BSK OR I-Ehrt 2011, p. 863 e.v.; Huguenin e.a. 2008, p. 201.

voormelde situatie onder het Duitse recht wordt namelijk door een deel van de Zwitserse literatuur het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen verbonden aan het overeengekomen zijn van terugwerkende kracht. Ook voor het Zwitsers recht is dat echter allesbehalve onweersproken.⁵⁶⁸

Uit hoofde van art. 153 I OR geldt tot slot het wettelijk vermoeden dat partijen terugwerkende kracht hebben beoogd, indien de onderhavige zaak vóór het intreden van een opschortende voorwaarde reeds is overhandigd aan de verwachter.⁵⁶⁹ Ook hier is derhalve sprake van een wettelijk vermoeden van een andersluidende partijwil. Het rechtsgevolg daarvan bestaat uit de gerechtigdheid van de verwachter tot het gebruik van de afgeleverde zaak,⁵⁷⁰ alsmede tot de natuurlijke en burgerlijke vruchten die zijn verschenen voor het moment van intreden van de opschortende voorwaarde.⁵⁷¹ Dit wettelijk vermoeden van art. 153 I OR heeft echter geen betrekking op de overgang van het risico met betrekking tot de zaak. Gaat de voorwaarde alsnog niet in vervulling, ontstaat – bij gebrek aan terugwerkende kracht door het ontbreken van de voorwaarde – uiteraard geen gerechtigheid van de verwachter tot deze vruchten en zal hij deze aan de bezwaarde dienen af te geven (art. 153 II OR). Het door hem genoten gebruik dient hij aan de bezwaarde te vergoeden uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.⁵⁷²

Opvallend genoeg blijft bij de meeste auteurs onduidelijk of de voormelde terugwerkende kracht van uitsluitend obligatoire aard is, dan wel of deze ook goederenrechtelijke consequenties kan hebben. Het beperkte aantal auteurs dat zich over deze kwestie uitspreekt, verdedigt tegengestelde standpunten.⁵⁷³

⁵⁶⁸ Zie § 3.3.2.

⁵⁶⁹ Schwenzer 2012, p. 70; Honsell 2008, p. 613.

⁵⁷⁰ Art. 185 III OR bevat overigens een regeling op grond waarvan het recht van gebruik bij een opschortend voorwaardelijk koopovereenkomst pas mét het intreden van de voorwaarde op de koper overgaat. In de heersende leer gaat de werking van art. 153 I OR echter voor op die van art. 185 III OR.

⁵⁷¹ Blijkens de literatuur heeft art. 153 I OR analoge werking voor andere prestaties dan (levering van) zaken (Koller 2009, p. 1289).

⁵⁷² Schwenzer 2012, p. 70; Koller 2009, p. 1291 (althans, Koller onderkent een 'afgifteplicht' ter zake het genoten gebruik, maar noemt niet specifiek de ongerechtvaardigde verrijking).

⁵⁷³ Als uitsluitend obligatoir: Schwenzer 2012, p. 70; Staehelin 1993, p. 31, 32.

Als tevens goederenrechtelijk: (waarschijnlijk) Rey 2007, p. 102; (vermoedelijk) Merz 1984, p. 161; (waarschijnlijk) Guhl 1944, p. 57; Oser 1929, p. 689 en 693 (Oser stelt expliciet dat partijen de keuze hebben of de terugwerkende kracht goederenrechtelijke werking heeft). Onduidelijk: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 381, 382; Koller 2009, p. 1291; Honsell 2008, p. 618 e.v.; Huguenin e.a. 2008, p. 200, 201; Becker 1941, p. 727. Deze laatste auteurs hanteren allen termen als de vruchten 'afgeven', waarbij onduidelijk is of een uitsluitend feitelijk handelen is bedoeld, dan wel een juridische eigendomsovergang.

Afwijkende opvattingen vinden we nog bij Staehelin en Ehrat. Staehelin wijst de terugwerkende kracht als zodanig af, maar interpreteert deze als partijafsprake om de ander in de situatie te brengen alsof sprake was van terugwerkende kracht. V.w.b. art. 153 I OR verdedigt Staehelin dat hierin het vermoeden is neergelegd dat partijen bij voorbaat en opschortend voorwaardelijk hebben beschikt over de toekomstige vruchten t.b.v. de verkrijger van de zaak (Staehelin 1993, p. 88, 89). Ehrat lijkt interessant genoeg een aan de rest van de

Wellicht dat dit vraagstuk in de Zwitserse rechtskring slechts bescheiden aandacht krijgt, omdat het antwoord daarop overeenkomstig het huidige Nederlandse recht vermoedelijk slechts beperkte consequenties heeft. De 'normale' goederenrechtelijke werking wordt naar Zwitsers recht globaal genomen erkend, echter zonder dat sprake is van een duidelijke verklaring en derhalve evenmin of deze al dan niet zou voortvloeien uit terugwerkende kracht.⁵⁷⁴ Wél is dit vraagstuk van belang voor het in § 9.2.4.5 verder besproken onderwerp van de gedurende de periode van onzekerheid verschenen vruchten. Indien de terugwerkende kracht slechts obligatoire werking heeft, dienen deze na het intreden van de voorwaarde nog aan de verwachter te worden geleverd. Bij een goederenrechtelijke werking verbonden aan de terugwerkende kracht komen deze bij het intreden van de voorwaarde van rechtswege aan de verwachter toe.⁵⁷⁵

PECL, DCFR

Het in de PECL en het DCFR neergelegde uitgangspunt van het ontbreken van terugwerkende kracht is blijkens de beide toelichtingen van regelend recht.⁵⁷⁶ Ten aanzien van de ontbindend voorwaardelijke overdracht stelt art. VIII.-2:203 DCFR echter uitdrukkelijk vast, dat partijen geen terugwerkende kracht met goederenrechtelijk effect overeen kunnen komen. Dit laatste moeten we zien in het kader van de voor het DCFR gemaakte keuze, dat tussenbeschikkingen verricht door de bezwaarde niet vervallen bij het intreden van de voorwaarde.⁵⁷⁷ Waarom een dergelijke expliciete bepaling ten aanzien van opschortende voorwaarden ontbreekt, is mij niet duidelijk. De PECL bevat geen regels

literatuur diametraal tegengesteld standpunt in te nemen, waar hij ervan uit lijkt te gaan dat de (opschortend voorwaardelijke) verwachter hoe dan ook eigenaar wordt van de tussentijds verschenen vruchten. Bij het verval van de opschortende voorwaarde zou de bezwaarde (vervreemder van de zaak) v.w.b. die vruchten een aanspraak u.h.v. ongerechtvaardigde verrijking jegens de verwachter kunnen uitoefenen (BSK OR I-Ehrt 2011, p. 863, 864).

Zie t.a.v. deze onduidelijkheid in het Zwitsers recht ook Meijers, die het blijkens de TM als 'twijfelachtig' beschouwde of terugwerkende kracht in het Zwitsers recht al dan niet uitsluitend obligator werkt (PG Boek 3, TM, p. 186, nt. 2). Reehuis en Hartkamp stellen daarentegen onverkort dat het Zwitsers recht (in ieder geval v.w.b. de goederenrechtelijke gevolgen) geen terugwerkende kracht bij voorwaarden kent (Reehuis 2010, p. 88; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 131).

⁵⁷⁴ Zie verder § 11.2.5.3.

⁵⁷⁵ Oser erkende de mogelijkheid van een dergelijke goederenrechtelijke werking ook bij een opschortende voorwaarde, maar nam niettemin aan dat de vruchten op enig moment wel (voorwaardelijk) geleverd zouden moeten worden aan de verwachter (Oser 1929, p. 689). Daaruit volgt echter in feite dat de terugwerkende kracht van de opschortende voorwaarde juist geen goederenrechtelijke werking heeft. Ware dat anders dan zou immers geen separate levering van de verschenen vruchten zijn vereist.

⁵⁷⁶ Von Bar & Zimmerman 2005, p. 825; Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 693.

⁵⁷⁷ Zie § 11.2.5.4.

omtrent overdracht, zodat de vraag van terugwerkende kracht met goederenrechtelijk effect uit hoofde van een partijbeding niet aan de orde komt.

2.6.2.6 Inhoudelijke wijzigingen door het verval van de terugwerkende kracht

Uit de PG volgt dat met het vervallen van de terugwerkende kracht bij voorwaarden onder het OBW in elk geval ten aanzien van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden geen inhoudelijke wijziging van het geldend recht was beoogd.⁵⁷⁸ Wat er verder zij van deze bedoeling van de wetgever, er is voldoende reden om te twijfelen of met dit verval niet tóch andersoortige inhoudelijke wijzigingen hebben plaatsgehad. Onderstaand noem ik een aantal mogelijke wijzigingen en de paragrafen waar ik deze verder bespreek.

- de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van voorwaarden is onder het NBW in ieder geval niet meer gelegen in de terugwerkende kracht. Of die verklaring onder het OBW wel in de terugwerkende kracht werd gezien, ligt enigszins genuanceerd en bespreek ik in § 11.2.4. Wat van dit laatste ook zij, er zijn redenen om er in ieder geval aan te twijfelen of het verval van de terugwerkende kracht niet toch heeft geleid tot een aantal afwijkende goederenrechtelijke consequenties. Daarbij kunnen we met name denken aan een onderscheid ten aanzien van het verval van tussenbeschikkingen die voor de verwachter positief zouden zijn;⁵⁷⁹
- de verklaring voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde is met het vervallen van de terugwerkende kracht niet meer gelegen in het ontstaan van een vordering uit onverschuldigde betaling. Waardoor die grondslag thans – zonder terugwerkende kracht – wordt gevormd, is niet helemaal duidelijk. De literatuur ziet deze in de veronderstelde wetsduiding van art. 6:24 BW, maar zelf zal ik verdedigen dat deze grondslag is gelegen in de partijwil.⁵⁸⁰ Mét het niet (langer) rechtstreeks van toepassing zijn van de figuur van de onverschuldigde betaling is onder het NBW tevens onduidelijk welke wetssystematiek voor ongedaanmaking (analoog) toepassing vindt.⁵⁸¹ Tot slot zou het verschil in grondslag consequenties kunnen hebben voor de vraag, of een vordering tot ongedaanmaking vóórdat de voorwaarde is ingetreden moet worden beschouwd als een bestaande of een toekomstige vordering;⁵⁸²

⁵⁷⁸ Zie § 11.1.4. Zie in het verband van het verval van de terugwerkende kracht in het NBW bij de figuur van de ontbinding wegens tekortschieten ook de TM: 'Deze wijziging in het recht is van zuiver technische, niet van principiële aard' (PG Boek 6, TM, p. 1003).

⁵⁷⁹ Zie § 2.6.2.3 en 11.2.7.

⁵⁸⁰ Zie § 3.3.2.

⁵⁸¹ Zie § 9.2.4.3.

⁵⁸² Zie § 6.2.5

- uit het vervallen van de terugwerkende kracht vloeien wellicht verschillen voort ten aanzien van de aansprakelijkheid van de bezwaarde jegens de verwachter en het risico ten aanzien van een voorwaardelijk overgedragen goed;
- de gerechtigdheid tot de vruchten verschenen gedurende de periode van onzekerheid is wellicht gewijzigd. Althans, onder het OBW bestond over die gerechtigdheid juist in verband met de terugwerkende kracht discussie. Onder het NBW komen deze vruchten in elk geval in goederenrechtelijk opzicht de bezwaarde toe;⁵⁸³
- het uitoefenen van bevoegdheden door de bezwaarde die zijn verbonden aan de (voorwaardelijke) hoedanigheid van de bezwaarde is bij het ontbreken van terugwerkende kracht niet onbevoegd verricht. Bij terugwerkende kracht kan dat anders worden gezien.⁵⁸⁴

2.7 EIGENDOMSVOORBEHOUD, HUURKOOP EN KOOP OP PROEF

De zonder twijfel bekendste toepassing van voorwaarden vinden we in het eigendomsvoorbehoud. Een figuur waarbij het BW in art. 3:92 BW het vermoeden hanteert dat een zaak wordt overgedragen onder de opschortende voorwaarde van voldoening van de verschuldigde tegenprestatie.⁵⁸⁵ De wet spreekt weliswaar van een 'vermoeden', maar bij de omschrijving van art. 3:92 lid 1 BW is eigenlijk geen alternatief voor deze juridische opzet te bedenken.⁵⁸⁶ Economisch beschouwd is vanzelfsprekend sprake van een zekerheidsrecht voor de verkoper, maar juridisch wordt door de koper een voorwaardelijk recht verkregen zonder enig (juridisch) zekerheidselement.⁵⁸⁷ Een tweede

⁵⁸³ Zie § 9.2.4.5.

⁵⁸⁴ Zie § 2.6.2.3.

⁵⁸⁵ In deze zin ook: Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 524; Boeve 2007b, p. 340; Snijders 2006, p. 223; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 185, 186; Vriesendorp 1985, p. 15; Mijnsen & Schut 1982, p. 54 (althans, Mijnsen en Schut spreken van 'levering onder opschortende voorwaarde').

⁵⁸⁶ Vriesendorp noemt als eventueel alternatief de overdracht onder ontbindende voorwaarde (Vriesendorp 1985, p. 15), maar tekent terecht aan dat dan geen sprake is van een 'voorbehoud'. Bij een dergelijke juridische opzet is echter geen sprake van het voorbehouden van de eigendom van een zaak, waar art. 3:92 BW betrekking op heeft (in gelijke zin: Faber & Van Hees 1994, p. 194).

⁵⁸⁷ Dat is niet alleen in formele zin het geval, maar ook v.w.b. de vele verschillen in gevolgen. Ik noem willekeurig enkele van die verschillen. Uitwinning bij een zekerheidsrecht geschiedt volgens dwingende wetsbepalingen, terwijl daarvan bij eigendomsvoorbehoud geen sprake is (in gelijke zin: Reehuis 2013, p. 4, 5, 67). Tussen de vordering tot betaling van de koopprijs en de voorbehouden eigendom bestaat geen afhankelijkheid – beide kunnen onafhankelijk van elkaar worden overgedragen (in gelijke zin: Reehuis 2013, p. 22). Als partijen in juridische zin een zekerheidsrecht voor de verkoper in het leven willen roepen, hebben ze de mogelijkheid van overdracht onder voorbehoud van een pandrecht voor de verkoper.

bekende voorwaardelijke figuur is de in art. 7A:1576h BW omschreven huurkoop, waarbij de eigendom van een op afbetaling verkochte zaak pas op de koper overgaat met de betaling van de laatste termijn. Deze 'algehele betaling van wat door de koper uit hoofde van de koopovereenkomst verschuldigd is' vormt in de wettelijke benadering – overeenkomstig het eigendomsvoorbehoud – een opschortende voorwaarde. Een laatste breed bekende toepassing van voorwaarden is de koop op proef, die blijkens art. 7:45 BW geacht wordt te zijn gesloten onder de opschortende voorwaarde dat de zaak aan de koper 'voldoet'.

Deze drie figuren worden veelal in de literatuur en deels ook in de PG besproken als voorwaardelijke rechtsverhoudingen met een min of meer zelfstandige betekenis. Voor een beperkt deel is deze benadering als zelfstandige figuren ook juist. De specifieke betekenis van de wettelijke erkenning van het eigendomsvoorbehoud en de huurkoop is daarin gelegen dat het in art. 3:84 lid 3 BW neergelegde fiduciaverbod zonder twijfel geen belemmering vormt voor deze vormen van zekerheid voor een verkoper. De wettelijke aanvaarding van de koop op proef heeft in die zin betekenis, dat deze voor de bijzondere voorwaarde van het 'aan de koper voldoen' steun in de rug biedt in de discussie of deze figuur niet in strijd komt met de vaak aangenomen onmogelijkheid van een potestatieve opschortende voorwaarde.⁵⁸⁸ De expliciete aanvaarding in het BW van het eigendomsvoorbehoud, de huurkoop en de koop op proef is in die zin dan ook zeker functioneel.

In dit onderzoek komen deze drie specifieke figuren op uiteenlopende plaatsen vanzelfsprekend aan bod, maar niet als zelfstandige – en daarmee evenmin als separaat te bestuderen – figuren. De reden daarvoor is dat bezien vanuit *voorwaardelijkheid* van rechtsverhoudingen in het algemene vermogensrecht het eigendomsvoorbehoud, de huurkoop noch de koop op proef bijzondere betekenis hebben. Voor wat betreft de voorwaardelijke aspecten van deze in de wet benoemde voorwaardelijke rechtsverhoudingen geldt niets anders dan bij voorwaardelijke rechtsverhoudingen die niet afzonderlijk in het BW zijn geregeld. Bijvoorbeeld wordt de levering van roerende zaken, niet-registergoederen door middel van de in art. 3:91 BW genoemde machtsverschaffing in het BW behandeld in het specifieke verband van het eigendomsvoorbehoud. Deze wijze van levering is echter – gezien de in § 10.3.1 besproken reden voor deze afwijkende wijze van levering – de geëigende wijze van levering voor dergelijke zaken ook buiten de specifieke voorwaarde van voldoening van de tegenprestatie. Een zelfde benadering geldt voor de koop op proef. De achterliggende problematiek van deze figuur bestaande uit het (eventueel)

Schoordijk behandelt het eigendomsvoorbehoud daarentegen zeer onterecht als *juridisch* zekerheidsrecht (Schoordijk 1971, p. 457 e.v.). Zie kritisch daarover: Mezas 1985, p. 8 e.v., die er niettemin van uitgaat dat een eigendomsvoorbehoud ook voor het NBW een 'eigendom tot zekerheid' is (p. 12).

⁵⁸⁸ Zie daarover § 7.3.3.

ontbreken van bindingswil bij een van partijen is zeker niet specifiek voor de koop op proef. Bij vrijwel iedere voorwaarde waarbij de 'wilsgerechtigde' partij vrijheid heeft de rechtsverhouding te laten bestaan of eindigen vinden we discussie aangaande de vraag of wel sprake is van een minimaal vereiste omvang van binding.

Niettemin vinden we bij de wetgever incidenteel benaderingen waarbij met name het eigendomsvoorbehoud lijkt te worden beschouwd als een van de voorwaardelijkheid in het algemene vermogensrecht deels afwijkende figuur. Met art. 6:180 lid 2 BW vinden we in elk geval ook een in de wet opgenomen onderscheid tussen de opschortende voorwaarde van het eigendomsvoorbehoud en andere opschortende voorwaarden. Op grond van deze wetsbepaling geldt de aldaar genoemde bezittersaansprakelijkheid óók voor de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud – vooralsnog slechts houder⁵⁸⁹ – maar *niet* voor andere verkrijgers onder opschortende voorwaarde. De PG noemt uitsluitend voor de huurkoper als redenen voor deze overgang van de bezittersaansprakelijkheid de overgang van het 'prijsrisico', het feit dat de huurkoper eigenaar onder opschortende voorwaarde is en het feit dat in de regel alle aan de zaak verbonden lasten op hem rusten.⁵⁹⁰ Deze argumenten zijn echter sterk gericht op redengeving voor het *überhaupt* overgaan van bezittersaansprakelijkheid op een verkrijger onder opschortende voorwaarde en niet zozeer op een beperking daarvan tot de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud respectievelijk de huurkoper. Zeker de eerste twee argumenten gelden immers voor vrijwel iedere verkrijger onder opschortende voorwaarde.⁵⁹¹

In art. 7:9 lid 3 BW vinden we overigens nog een bijzondere regeling met betrekking tot de 'aflevering' van een zaak ingeval van een eigendomsvoorbehoud. Ook daar lijken echter geen daadwerkelijke afwijkingen van het algemene vermogensrecht mee te zijn beoogd.⁵⁹² We kunnen de incidenteel uit de wet voortvloeiende suggestie dat het eigendomsvoorbehoud en de huurkoop voor wat betreft de voorwaardelijkheid afwijkende figuren zouden zijn dan ook naast ons neerleggen.⁵⁹³

⁵⁸⁹ Zie § 10.3.

⁵⁹⁰ PG Boek 6, MvA II, p. 766, 767.

⁵⁹¹ Veel wezenlijker voor de rechtvaardiging van deze overgang van bezittersaansprakelijkheid is het feit dat de desbetreffende verkrijgers onder opschortende voorwaarde de feitelijke macht over de (onder opschortende voorwaarde) verkregen goederen zullen uitoefenen en derhalve ook de fysieke mogelijkheid hebben om de in de artt. 6:173, 174 en 179 BW bedoelde schades te voorkomen. Dát argument noemt de wetgever echter niet en bovendien vindt die benadering ook toepassing buiten de specifieke figuur van het eigendomsvoorbehoud.

⁵⁹² Zie § 9.2.4.5.

⁵⁹³ Iets anders is dat art. 6:180 lid 2 BW m.i. uitsluitend in deze beperkte strekking toepassing vindt. Het creëren van de daaruit voortvloeiende risico-aansprakelijkheid dient immers geen ruimere strekking te hebben dan uit de wet volgt, onbegrijpelijk als deze beperkte strekking ook moge zijn.

Samengevat, het eigendomsvoorbehoud, de huurkoop en de koop op proef benader ik in deze studie als in de verschillende rechtsbronnen uitgewerkte voorbeelden van voorwaardelijke rechtsverhoudingen, maar niet als separaat te bestuderen figuren.

2.8 RESUMÉ: WAT IS EEN VOORWAARDE?

In de voorgaande paragrafen heb ik bij wijze van inleiding op het begrip van de voorwaarde een aantal zeer uiteenlopende aspecten van voorwaarden besproken. Onderstaand geef ik als afsluiting van dit hoofdstuk een korte samenvatting van de voornaamste onderdelen van dit begrip. Of beter, ik geef naast elkaar twee benaderingen van dat begrip. De ene van de voorwaarde overeenkomstig hetgeen we kunnen beschouwen als een weergave van de huidige opvattingen in het Nederlandse recht, de ander overeenkomstig hetgeen ik in dit onderzoek verdedig.

<i>De voorwaarde in de huidige Nederlandse benadering</i>	<i>De voorwaarde in de door mij verdedigde benadering</i>
Een voorwaarde bestaat uit een in subjectief én objectief opzicht onzekere gebeurtenis, waarvan het intreden reeds op grond van het vereiste van objectieve onzekerheid steeds in de toekomst is gelegen. Zie § 2.4.3.	Een voorwaarde bestaat uit een in subjectief en <i>veelal</i> ook objectief opzicht onzekere gebeurtenis, waarbij het vereiste van toekomstigheid uitsluitend dwingend samenhangt met de subjectieve onzekerheid. De objectieve onzekerheid vormt daarentegen geen dwingend vereiste, met uitzondering van de voorwaarde bij <i>goederenrechtelijke</i> verhoudingen.
Het in vervulling gaan van een voorwaarde leidt <i>van rechtswege</i> tot het intreden van de gevolgen die voortvloeien uit de voorwaardelijkheid. Dat laat onverlet dat partijen eventueel een grote mate van invloed kunnen hebben op dit in vervulling gaan, waarmee het intreden van deze gevolgen in hoge mate afhankelijk kan zijn van de partijwil. Zie § 2.6.1 en hoofdstuk 7.	Idem.

<i>De voorwaarde in de huidige Nederlandse benadering</i>	<i>De voorwaarde in de door mij verdedigde benadering</i>
Het intreden van een voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht, hetgeen voor de obligatoire gevolgen van regeland recht is. Zie § 2.6.2.	Idem.
Niet de rechtshandeling of verbintenis zélf is voorwaardelijk, maar de <i>werking</i> respectievelijk de rechtsgevolgen die daaruit voortvloeien. Zie § 3.1.3.1.	Idem.
De voorwaardelijke werking vormt – met name bij opschortende voorwaarden – een <i>verklarend</i> begrip, derhalve een begrip waaruit verdere rechtsgevolgen van de voorwaardelijkheid kunnen worden afgeleid. Daaruit volgt onder meer dat een opschortend voorwaardelijke verbintenis (nog) <i>niet</i> verschuldigd kan worden nagekomen en dat ongedaanmakingsverplichtingen ontstaan uit hoofde van de wet, waarbij art. 6:24 BW een <i>constitutieve</i> strekking heeft. Zie § 3.1.4.2, § 3.2.3 en § 3.3.2.	De voorwaardelijke werking vormt uitsluitend een <i>beschrijvend</i> begrip. De rechtsgevolgen van de voorwaardelijkheid worden afgeleid uit de partijwil ten tijde van het ontstaan van de rechtsverhouding, welke partijwil voor wat betreft de gevolgen zijn logische grens vindt waar de gevolgen niet voorwaardelijk zijn. Daaruit volgt onder meer dat een opschortend voorwaardelijke verbintenis <i>wel</i> verschuldigd kan worden nagekomen mits de prestatie zich daarvoor leent en dat ongedaanmakingsverplichtingen ontstaan uit hoofde van de eerdere partijwil, waarbij art. 6:24 BW een <i>declaratoire</i> strekking heeft.
Zowel de ontbindend voorwaardelijke als de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding bestaat direct. Voor de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding is het uit hoofde van de opgeschorte werking echter de vraag welke wettelijke regelingen <i>wel</i> toepassing vinden en voor welke toepasselijkheid alsdan een additionele verklaring vereist is. Zie § 3.2.5.	Zowel de ontbindend voorwaardelijke als de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding bestaat direct. Voor de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding is het uit hoofde van de opgeschorte werking daarom de vraag welke wettelijke regelingen <i>geen</i> toepassing vinden, terwijl de toepasselijkheid van de overige regelingen voortvloeit uit dit directe bestaan.

<i>De voorwaarde in de huidige Nederlandse benadering</i>	<i>De voorwaarde in de door mij verdedigde benadering</i>
De mogelijke grondslag voor voorwaardelijkheid is in ieder geval gelegen in de partijwil, terwijl de mogelijkheid van andersoortige grondslagen – gewoonte, wet, door de rechter gestelde voorwaarden – in de bestaande benaderingen niet helder uit de verf komt. Zie § 4.1.	De mogelijke grondslag voor voorwaardelijkheid is uitsluitend gelegen in de partijwil.
Het intreden van een voorwaarde na een beschikking onder voorwaarde heeft goederenrechtelijke werking, waarvan de verklaring sterk omstreden is. Zie § 11.2.8.	Het intreden van een voorwaarde na een beschikking onder voorwaarde heeft goederenrechtelijke werking, waarvoor echter in systematisch opzicht geen sluitende verklaring bestaat.

3 | De voorwaardelijke werking

3.1 DE PROBLEMATIEK VAN DE 'VOORWAARDELIJKE WERKING'

3.1.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik onder meer besproken hoe de rechtsfiguur van de voorwaarde is ingepast in het systeem van het algemene vermogensrecht.¹ Daarbij heb ik geconstateerd dat deze vraag vanuit vier te onderscheiden invalshoeken kan worden benaderd. Zo is er de invalshoek van de plaats van de voorwaarde in de wettelijke systematiek, zoals deze uit het BW volgt. Een andere benaderingswijze betreft de vraag waar een voorwaarde aan is verbonden. Een derde invalshoek ziet op de kwalificatie van de voorwaarde bij de rechtsverhouding. Vormt deze een onzelfstandig onderdeel respectievelijk bestanddeel daarvan of is in zekere zin sprake van een min of meer zelfstandige modaliteit? De laatste door mij genoemde benaderingswijze betrof de gevolgen van de voorwaardelijkheid in de vermogensrechtelijke systematiek. Deze gevolgen worden, in de hedendaagse visies nauwelijks weersproken, gezien in de 'voorwaardelijke werking' van de rechtsverhouding. Gezien het belang, de omvang en zeker ook de complexiteit van dit onderwerp heb ik dit niet in het voorgaande vooral inleidende hoofdstuk besproken, maar is het thans voorliggende hoofdstuk geheel aan dit laatste onderwerp gewijd.

Een van de voornaamste stellingen die ik in dit hoofdstuk zal verdedigen is, dat het begrip 'voorwaardelijke werking' geen eenduidige betekenis heeft. Dat is een gevolg daarvan dat, naast het *ontstaan* van voorwaardelijkheid dat afhankelijk is van de partijwil en de hoge mate van vrijheid van partijen bij de invulling van hetgeen de *gebeurtenis* van de voorwaarde vormt, ook – en daar ligt de essentie van dit hoofdstuk – partijen aanzienlijke vrijheid hebben aangaande de verdere *gevolgen* van die voorwaardelijkheid. Met andere woorden, het is de partijwil die het bestaan en in de door mij verdedigde opvatting tevens de inhoud en de rechtsgevolgen van een voorwaarde vorm geeft. Dat de totstandkoming van voorwaardelijkheid voortvloeit uit de partijwil is voor het geldend recht nauwelijks weersproken en behandel ik in hoofdstuk 4. Dat de partijwil in hoge mate ook de inhoud van de voorwaarde (de gebeurtenis)

1 Zie § 2.3.

bepaalt, is op zich eveneens onomstreden. Met mijn eerder verdedigde opvatting dat uitsluitend subjectieve onzekerheid bij het ontbreken van objectieve onzekerheid ten aanzien van die gebeurtenis veelal voldoende is, ga ik met betrekking tot de vrijheid van de partijwil echter wel een stap verder dan in de huidige Nederlandse literatuur als mogelijk wordt aangenomen.²

Tot slot is er de in dit hoofdstuk te bespreken 'voorwaardelijke werking' van voorwaarden. Of anders gezegd, de betekenis van de voorwaardelijkheid voor de rechtsgevolgen van de rechtsverhouding. Ook van deze voorwaardelijke werking zal ik verdedigen, dat het de partijwil is die deze in het concrete geval nader vorm geeft. Het zijn derhalve partijen die in hoge mate bepalen wat de gevolgen van de voorwaardelijkheid zijn. Voor een deel van die gevolgen wordt dit laatste ook breed aanvaard. Althans, twee aspecten van de partijvrijheid ten aanzien van de inhoud van de voorwaardelijke werking zijn voor het geldend recht onomstreden: partijen kunnen de gevolgen van het intreden van een ontbindende voorwaarde beperken tot de toekomst – er ontstaan derhalve geen ongedaanmakingsverplichtingen voor hetgeen reeds gepresteerd is bij het intreden van de voorwaarde – en partijen kunnen de goederenrechtelijke werking van het intreden van een voorwaarde uitsluiten.³ Maar ook ten aanzien van andere aspecten van de voorwaardelijke werking zal ik verdedigen, dat deze het gevolg zijn van de partijwil en niet van een door de wet of anderszins opgelegde systematiek.

Uit het vorenstaande volgt dat het begrip voorwaardelijke werking niet eenduidig kán zijn. De betekenis van de voorwaardelijke werking is immers, althans voor zover mijn opvatting ten aanzien van de invloed van de partijwil juist is, afhankelijk van de partijwil in het concrete geval. Daarmee kunnen de rechtsgevolgen van een voorwaarde in verder identieke situaties derhalve toch verschillen en kan de betekenis van de voorwaardelijke werking dan ook van geval tot geval verschillen.

Om het vorenstaande inzichtelijk te maken, hebben we in dit hoofdstuk een lange weg te gaan. Daarbij merk ik meteen op dat als er in dit onderzoek over voorwaarden een deelonderwerp is dat een geheel op dat onderwerp gericht onderzoek zou verdienen, het de voorwaardelijke werking is. Of anders gezegd, ik doe het onderwerp tekort door er slechts één hoofdstuk aan te wijden. Daarmee is tevens gegeven dat verdere onderbouwing en ongetwijfeld ook meer tegenwerpingen mogelijk zijn. Dat neemt niet weg dat de hoofdlijnen van het betoog in dit hoofdstuk zodanig beargumenteerd zijn, dat ik zonder meer 'sta' voor de conclusies.

De eerste stap die we moeten maken is het ontleden van de begrippen *overeenkomst* en *verbintenis* voor de verschillende stelsels. Daarbij zal blijken dat weliswaar in de onderzochte stelsels dezelfde terminologie wordt gehan-

2 Zie § 2.4.3.

3 Zie § 11.4.2.

teerd, maar er wezenlijke verschillen bestaan tussen de betekenissen van deze begrippen. Verschillen die van belang blijken te zijn voor de systematiek van de voorwaardelijke werking zoals deze in de verschillende stelsels wordt gezien. Vervolgens komen we in § 3.1.3 in zekere zin bij de waterscheiding van de bestudeerde stelsels. Zoals we zullen zien, kunnen in de onderzochte stelsels met betrekking tot de voorwaardelijke werking twee systemen worden onderscheiden. De eerste daarvan is een systematiek waarbij de rechtsverhouding aanvankelijk nog niet bestaat (opschortende voorwaardelijkheid) of alsnog komt te eindigen (ontbindende voorwaardelijkheid), al dan niet met terugwerkende kracht. De materiële gevolgen van de voorwaardelijkheid worden derhalve afgeleid uit een nog niet of niet meer bestaan van de rechtsverhouding waar die gevolgen uit zouden voortvloeien. Dit is de systematiek van het OBW en deels die van het Duitse en Zwitserse recht.⁴ Daarnaast is er de systematiek waarbij de materiële gevolgen van de voorwaardelijkheid niet voortvloeien uit het wel of niet bestaan van de rechtsverhouding. Daarbij is vanzelfsprekend de vraag hoe deze gevolgen alsdan wél verklaard kunnen worden. Deze systematiek van het bestaan van de rechtsverhouding is die van het NBW, in zekere mate van het Zwitsers recht en wellicht – een zwart wetenschappelijk gat staart ons tegemoet – deels ook die van het Duitse recht.

Met het vorenstaande in gedachten komen we bij een van de kernvragen van dit hoofdstuk, namelijk of het begrip voorwaardelijke werking als een verklarend dan wel als een beschrijvend begrip is te beschouwen. In de literatuur lijkt daarbij de voorwaardelijke werking bij de ontbindende voorwaarde veelal als een beschrijvend begrip te worden gehanteerd.⁵ De voorwaardelijke werking vormt daarbij niet zozeer de veronderstelde grondslag voor de materiële gevolgen van de ontbindende voorwaarde, maar is in feite niets meer dan een duiding van die gevolgen. Bij die kwalificatie komt vanzelfsprekend wederom de vraag op, wat in dat geval wél de grondslag is voor de verdere gevolgen van de ontbindende voorwaarde. Bij opschortende voorwaarden is dit andersom: de 'opgeschorte werking' vormt voor veel auteurs de verklaring respectievelijk grondslag voor de gevolgen van een opschortende voorwaarde. De gevolgen van de rechtsverhouding zijn bij die kwalificatie van de 'werking'

4 Incidenteel bespreek ik in dit hoofdstuk ook de PECL en het DCFR, maar uit de beperkte door mij bestudeerde bronnen kwam t.a.v. deze systemen inhoudelijk te weinig naar voren om daar in het kader van de voorwaardelijke werking veel aandacht aan te besteden.

5 Dit lijkt i.i.g. deels daarvan het gevolg te zijn, dat de rol van de nagekomen ontbindend voorwaardelijke verbintenis door die nakoming in de heersende optiek is uitgespeeld. De verbintenis is immers t.g.v. die nakoming teniet gegaan. Bij een dergelijk uitgangspunt is het moeilijk om aan de ontbindend voorwaardelijke werking van de verbintenis nog een verklarende betekenis te geven – bijv. in de zin van het ontstaan van ongedaanmakingsverbintenissen bij het intreden van de voorwaarde – omdat de verbintenis zelf niet meer bestaat.

uit hoofde van de voorwaarde opgeschort, uit welke opschorting vervolgens bepaalde consequenties worden afgeleid.⁶

In § 3.2 en § 3.3 werk ik vervolgens een en ander verder uit voor de opschortend en de ontbindend voorwaardelijke werking. Voor de opschortend voorwaardelijke werking doe ik dat aan de hand van de *Vorwirkung* en de vraag naar de (on)mogelijkheid van nakoming ondanks de nog voortbestaande opschortende voorwaardelijkheid. Deze beide onderwerpen vormen de belangrijkste elementen bij de vraag naar wat de opschortend voorwaardelijke werking eigenlijk is. Voor de ontbindend voorwaardelijke werking betreft dit de vragen naar de grondslag voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen alsmede naar de beëindiging van de rechtsverhouding bij het intreden van de voorwaarde.

Bestudering van de voorwaardelijke werking bij de opschortende en de ontbindende voorwaarde leidt tot de conclusie waarmee ik deze inleiding ook begon. De materiële gevolgen van de voorwaardelijkheid staan voor een belangrijk deel ter bepaling door partijen, ten gevolge waarvan de voorwaardelijke werking geen eenduidig begrip kan zijn. Het is de van geval tot geval vast te stellen partijwil die de grondslag vormt voor deze materiële gevolgen en deze daarmee ook nadere invulling geeft. Deze conclusie werk ik verder uit in § 3.4. Bij wijze van toegift bespreek ik in § 3.5 nog de kwestie of de nadruk in het Nederlandse recht op de voorwaardelijke werking van specifiek verbintenissen wel terecht is.

3.1.2 De begrippen 'overeenkomst' en 'verbintenis'

3.1.2.1 Een bescheiden studie naar de begrippen 'overeenkomst' en 'verbintenis'

Inleiding

Voordat ik in § 3.1.3 aanvang met de daadwerkelijke bestudering van het begrip van de voorwaardelijke werking besteed ik in de onderhavige paragraaf aandacht aan de begrippen *overeenkomst* en *verbintenis*. In dat verband zal ik veelvuldig de onderstaand verder uit te werken term 'rechtsbetrekking' hanteren, welke term onderscheiden moet worden van de door mij gebezigde term 'rechtsverhouding'. In deze rechtsbetrekking, die is gelegen in of voortvloeit uit de overeenkomst dan wel de verbintenis en die ziet op de relatie tussen partijen, vinden we de basis voor tal van antwoorden op vragen die samenhangen met de voorwaardelijke werking. Daarbij wil ik beginnen met de constate-

6 Het meest treffende voorbeeld hiervan is de veelal aangenomen onmogelijkheid van verschuldigde nakoming voordat een opschortende voorwaarde is ingetreden. Enerzijds bestaat de opschortend voorwaardelijke verbintenis eigenlijk onbetwist direct, anderzijds zou een vroegtijdige nakoming daarvan een onverschuldigde betaling vormen. Zie verder hierover § 3.2.3.

ring dat de begrippen *overeenkomst* en *verbintenis* weliswaar tot de basale begrippen van het vermogensrecht behoren, maar dat tegelijkertijd de betekenis van deze beide begrippen alsmede de verhouding tussen beide niet eenvoudig is. Dat laatste is zacht uitgedrukt. Voor wat betreft de vergelijking met de stelsels van het OBW en het Duitse en Zwitserse recht komt daar nog bij dat deze weliswaar eenzelfde terminologie hanteren, maar deze terminologie deels onderling afwijkende begrippen omvat.

De bedoelde complexe en zeker ook verwarrende terminologie betreft met name de vraag waar we de rechtsbetrekking tussen partijen bij deze beide begrippen willen plaatsen.⁷ In verband met de voorwaardelijke werking is deze allocatie van de rechtsbetrekking vaak echter essentieel, met name in de systematiek waarbij de gevolgen van de voorwaardelijkheid worden afgeleid uit het wel of niet bestaan van de rechtsverhouding. Ik begin derhalve mijn onderzoek naar de voorwaardelijke werking van voorwaarden met een studie naar de begrippen *overeenkomst* en *verbintenis*.

Geldend recht, oud BW

Art. 6:213 lid 1 BW omschrijft de overeenkomst als de meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan.⁸ Aldus is de overeenkomst – in de woorden van Schut – ‘de handeling van het overeenkomen’.⁹ Daarin vinden we naast de handeling met beoogd rechtsgevolg ook feitelijke elementen: zowel de wilsverklaringen als de wilsovereenstemming zijn immers (tevens) feitelijk van aard.¹⁰ Op de wilsovereenstemming als verondersteld bestanddeel van de overeenkomst kom

7 Zie uitgebreid over het begrip *rechtsbetrekking* Van Erp (Van Erp 1990, p. 284 e.v.). Van Erp plaatst de rechtsbetrekking noch specifiek bij het begrip van de verbintenis, noch bij het begrip van de overeenkomst (p. 290, 291). In zijn opvatting is deze ‘te gebruiken ter aanduiding van de zich in de tijd ontwikkelende juridische relatie tussen deelgenoten in een rechtsgemeenschap waaruit voor hen gehoudenheden voortvloeien’. De rechtsbetrekking vormt bij die opvatting derhalve een dynamisch, want in de loop van de tijd tussen partijen qua inhoud wisselend begrip, dat (mede) door de overeenkomst en verbintenis wordt gevormd. Bij die betekenis is het begrijpelijk dat de rechtsbetrekking geen deel kan vormen van het begrip van de overeenkomst of verbintenis, waar diezelfde overeenkomst en verbintenis het begrip rechtsbetrekking immers mede vorm geven. Zelf hanteer ik de rechtsbetrekking als een statisch begrip: het gaat mij om de (hieronder nader te bespreken) verhouding tussen partijen op een bepaald moment, zoals m.n. gelegen vóór of juist ná het intreden van een voorwaarde. Volgens Van Erp in zijn dissertatie uit 1990 is de thans ook door mij gehanteerde betekenis van de rechtsbetrekking degeen zoals deze in de Nederlandse literatuur t.a.v. de rechtsbetrekking wordt gehanteerd (Van Erp 1990, p. 285).

8 Ten overvloede zij erop gewezen dat deze omschrijving uiteraard gericht is op de verbintenis-scheppende overeenkomst. Andersoortige overeenkomsten zijn uiteraard mogelijk, maar laat ik verder onbesproken.

9 Schut 1977, p. 32.

10 Een aantal auteurs legt bij de verdedigde opvatting van de onmogelijkheid van de overeenkomst onder voorwaarde sterk de nadruk op dit feitelijke element (Out 2003, p. 68; Vriesendorp 1985, p. 12 e.v.).

ik nog terug.¹¹ Tegelijkertijd is de overeenkomst de ontstaansbron van verbintenissen, namelijk als gebaseerd op die wilsovereenstemming tussen partijen. Het begrip van de overeenkomst valt echter niet te scheiden in enerzijds een begrip van de totstandkoming en anderzijds een separaat begrip als bron van verbintenissen. Daarvoor zou sprake moeten zijn van zelfstandigheid van ieder van deze elementen, waarvan echter geen sprake is. Beide elementen kunnen echter wel van elkaar worden onderscheiden, te weten in een relatie van oorzaak en gevolg. Deze betekenis van het begrip *overeenkomst* bestaande uit beide voormelde elementen is in de literatuur nauwelijks weersproken.¹²

Daarnaast heeft de overeenkomst in de opvatting van een belangrijk deel van de literatuur nog een tweede betekenis, namelijk die van 'rechtsbetrekking', 'rechtsverhouding' of eventueel ook 'rechtsband' tussen partijen.¹³ In deze betekenis, waarbij in ieder geval de termen 'rechtsbetrekking' en 'rechtsverhouding' mijns inziens niet anders dan synoniemen kunnen zijn,¹⁴ is in de opvatting van Hijma sprake van het door de rechtshandeling in het leven geroepen samenstel van de ingetreden rechtsgevolgen.¹⁵ In soortgelijke zin spreekt Van Rijssen van de overeenkomst die 'meer is dan de optelsom van de in het leven geroepen verbintenissen'.¹⁶ Van Opstall omschrijft de overeenkomst in dit verband als 'het door zodanig rechtshandeling [de overeenkomst beschouwd als meerzijdige rechtshandeling, HS] teweeggebrachte complex van rechtsgevol-

11 Zie § 3.1.2.2.

12 Van Dunné verdedigt echter een in die zin afwijkende opvatting dat het begrip 'overeenkomst' z.i. geen meerzijdige rechtshandeling is, maar *uitsluitend* de betekenis van 'rechtsverhouding' heeft (Van Dunné 1971, p. 181, 182).

13 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 12, 631; Hijma e.a. 2013, p. 7; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 9; Van Rijssen 2006, p. 41; Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 11; Köster 1979, p. 210; Van Dunné 1971, p. 181 e.v. Zie voor het OBW reeds Van Goudoever (Van Goudoever 1913, p. 238, nt. 2). Zie in waarschijnlijk eenzelfde zin voor het Belgisch recht: De Coninck 2007, p. 171.

Lastiger te duiden is de opvatting van Out. Ook Out gaat uit van de feitelijkheid van de overeenkomst ('als gebeurtenis'), die zelf niet voorwaardelijk kan zijn (Out 2003, p. 68). Er ontstaat z.i. óók bij opschortende voorwaardelijkheid direct een 'contractuele relatie', 'rechtsbetrekking' of 'contractuele rechtsverhouding' tussen partijen (p. 69, 72). Deze rechtsverhouding vormt in de visie van Out i.e.g. geen deel van de verbintenis, waar deze in de door Out verdedigde opvatting vooraf dient te gaan aan het ontstaan van de (opschortend voorwaardelijke) verbintenis. Of deze daarmee naar de opvatting van Out deel uitmaakt van het vorenbedoelde ruime begrip van de overeenkomst – derhalve in andere zin dan de 'gebeurtenis' – dan wel een zelfstandig begrip vormt, is mij niet gebleken.

14 Van Dunné gebruikt beide begrippen dan ook door elkaar (Van Dunné 1971, p. 182). Van Erp ziet daarentegen in die zin een (mogelijk) verschil tussen beide begrippen, dat de rechtsbetrekking z.i. een dynamische relatie uitdrukt, terwijl de rechtsverhouding eerder een statische betekenis heeft (Van Erp 1990, p. 284, 285). Zoals ik hiervoor reeds stelde, hanteer ik het begrip rechtsbetrekking eveneens in een statische betekenis.

15 Hijma in: Hijma e.a. 2013, p. 7. Ik wijs in deze op De Coninck die wellicht in soortgelijke zin voor het Belgisch recht spreekt van een overeenkomst die is te beschouwen 'als een norm, bestemd om de verhouding tussen de contractspartijen te beheersen' (De Coninck 2007, p. 170).

16 Van Rijssen 2006, p. 41.

gen'.¹⁷ De overeenkomst als rechtsbetrekking zou derhalve een ruim begrip zijn dat enerzijds de (gevolgen van de) gezamenlijke verbintenissen omvat en anderzijds ook méér is dan dat.

De wetgever van het NBW is in zijn acceptatie van het begrip van de overeenkomst als rechtsbetrekking redelijk duidelijk.¹⁸ Bijvoorbeeld uit de toelichtingen bij de artt. 6:159 en 6:248 BW kunnen we afleiden, dat het begrip *overeenkomst* inderdaad een rechtsbetrekking tussen partijen kan belichamen of tenminste dat deze rechtsbetrekking uit de overeenkomst zelf kan voortvloeien zonder dat deze bij het begrip van de *verbintenis* wordt geplaatst.¹⁹ De TM stelt bij art. 6:159 BW dat door middel van de contractsovername de rechtspositie van een partij bij een overeenkomst respectievelijk 'de gehele rechtsverhouding tot de wederpartij' kan worden overgedragen.²⁰ Daarmee doelt deze niet zozeer op overdracht van de overeenkomst als bron van verbintenissen, maar op de rechtsbetrekking tussen partijen zoals deze in al haar facetten op het moment van de contractsovername bestaat. Ook uit de TM bij art. 6:248 BW – en overigens tevens uit de redactie van de wetbepaling zelf – kunnen we afleiden, dat de overeenkomst méér is dan alleen de bron van verbintenissen.²¹ Daarnaast kan ook uit andere wetbepalingen worden afgeleid, dat de overeenkomst onder het NBW tevens als rechtsbetrekking kan worden opgevat.²²

We kunnen derhalve concluderen dat het begrip van de overeenkomst als tévens een rechtsbetrekking tussen partijen door een wezenlijk deel van de

17 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 361.

18 Hijma stelt overigens dat de overeenkomst 'in het spraakgebruik' ook als rechtsverhouding wordt gebezigd (Hijma e.a. 2013, p. 7). Overeenkomstig het navolgende is die insteek van het begrip te beperkt; ook de wetgever hanteert dit begrip in deze zin.

19 Hartkamp en Sieburgh stellen dat de rechtsbetrekking in ruimere zin tussen partijen voortvloeit uit de wederkerige overeenkomst (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 9). Daarmee lijkt de stelling inderdaad te zijn dat deze rechtsband niet belichaamd wordt door de overeenkomst, maar deze laatste uitsluitend de ontstaansgrond daarvan vormt.

20 PG Boek 6, TM, p. 584. Overigens ligt in de TM wel degelijk de suggestie besloten dat met de term 'rechtsverhouding' de overeenkomst zelf bedoeld is en niet dat deze uit de overeenkomst voortvloeit. De TM stelt namelijk, dat 'de overdracht van de rechtsverhouding – dus de contractsoverneming – heeft de overgang van de rechten ten gevolge' (p. 585). Het gevolg van de contractsoverneming is, ook blijkens de TM, dat de overnemende partij de nieuwe partij bij de overeenkomst wordt. De termen rechtsverhouding en overeenkomst lijken daarmee als dezelfde begrippen te worden gehanteerd.

21 PG Boek 6, TM, p. 919.

22 Hartkamp wijst er bijv. op dat de ontbinding van overeenkomsten als bedoeld in art. 6:265 BW juist ziet op het begrip van de overeenkomst als rechtsbetrekking (Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 527). Schut, die de opvatting van de overeenkomst als rechtsverhouding afwijst (waarop ik onderstaand verder inga), spreekt in dat verband echter van 'onzuiver woordgebruik' door de wetgever (Schut 1977, p. 34). Ook worden in de literatuur wetbepalingen genoemd, waar het begrip van de overeenkomst als 'rechtsverhouding' wordt gebruikt, náást het eerdergenoemde begrip van 'het overeenkomen'. Smits wijst daarbij op de artt. 6:1, 6:41, 6:160, 6:271 en 6:279 BW (Smits 2003, p. 5). Zie ook de PG bij art. 6:258 BW (PG Boek 6, Eindverslag I, p. 978).

moderne auteurs die zich hierover uitlaten alsmede door de wetgever is aanvaard. Dit laatste in tegenstelling tot de auteurs onder het OBW, door wie het begrip van de overeenkomst veelal uitsluitend werd gehanteerd als (verbintenisscheppende) handeling.²³ De Coninck spreekt ten aanzien van deze laatste opvatting aangaande het begrip van de overeenkomst dan ook van de 'traditionele leer'.²⁴

Deze in de moderne opvattingen opgekomen aanvulling of zo men wil verruiming of wijziging van het begrip van de overeenkomst is een langdurig proces geweest. Van enige werkelijke discussie dienaangaande of de constatering dat sprake is van de bedoelde verruiming van het begrip ten opzichte van de eerdere opvattingen is mij in de hedendaagse literatuur slechts in beperkte mate gebleken.²⁵ Dat wekt in die zin niet echt verbazing, dat voor een groot deel van de vraagstukken op het terrein van het overeenkomsten-respectievelijk verbintenissenrecht de bedoelde wijziging van het begrip van de overeenkomst zonder enig belang is. Zoals ik echter zal verdedigen, geldt dat laatste niet voor de (verklaring van de) werking van voorwaarden.

Met het vorenstaande komt voor het thans geldend recht de vraag op wat we onder die overeenkomst als rechtsbetrekking zouden moeten verstaan. Uit de TM volgt dat deze in elk geval meer is dan de optelsom van de afzonderlijke vorderingen en schulden; een benadering die we (tevens) op andere plaatsen bij Meijers vinden.²⁶ De vordering en schuld vormen de enige elementen van de hieronder te bespreken verbintenis 'in enge zin'. De vorenbedoelde rechtsbetrekking moet in de visie van Meijers dan ook meer zijn geweest dan de

23 Asser/Rutten II (Algemene leer der overeenkomsten) 1982, p. 3-13, 21, 22; Pitlo 1964, p. 127 e.v.; Hofmann 1937, p. 157 e.v.; Van Brakel 1935a, p. 3 e.v. (van het derde deel); Asser/Van Goudoever 1913, p. 246 e.v.; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 165 e.v.; Diephuis 1886, p. 436 e.v. (zie m.n. het slot van nt. 1 op p. 438). Zie ook de onderstaand bij de verbintenis besproken expliciete afwijzing door Schut (Schut 1977, p. 32 en eerder: Schut 1973, p. 67). Bij Abas vond ik daarentegen de opvatting dat de overeenkomst tevens gezien kan worden als rechtsgevolg of rechtsbetrekking (Hofmann/Abas 1977, p. 3). Ik noemde reeds de door Van Dunné verdedigde visie dat het begrip overeenkomst juist geen meerzijdige rechtshandeling zou zijn maar *uitsluitend* de betekenis van rechtsverhouding heeft (Van Dunné 1971, p. 181, 182). Zie verder ook de door Van Erp weergegeven opvattingen onder het OBW (Van Erp 1990, p. 284 e.v.), m.n. ook de door hem weergegeven opvatting van Van der Grinten (p. 288).

24 De Coninck 2007, p. 157.

25 Zie echter de betwisting door Schut van de (hiervoor reeds genoemde) opvattingen van Van Dunné: Schut 1977, p. 32; Schut 1973, p. 67.

26 PG Boek 6, TM, p. 584. T.a.v. de term *rechtsbetrekking* – vermoedelijk ook door Meijers gebruikt als synoniem voor 'rechtsverhouding' – merkt hij in zijn 'Algemene begrippen' op, dat daarbij de nadruk ligt 'op de verhouding, die tussen de verplichte en de gerechtigde bestaat' (Meijers 1948, p. 97, 98). Ook hier stelt Meijers dat dit méér is dan de optelsom van subjectief recht en daar tegenover staande verplichting, omdat bij de rechtsbetrekking ook de persoon van de crediteur en debiteur van belang is. Hoe Meijers dit meer geconcretiseerd zag, is mij echter niet duidelijk geworden.

gezamenlijke verbintenissen 'in enge zin', zoals deze uit de overeenkomst (als verbintenisscheppende figuur) voortvloeien. De TM noemt in dat verband inderdaad de nevenrechten, nevenverplichtingen en wilsrechten, die blijkbaar onderdeel vormen van de gehele rechtsbetrekking, maar niet van de afzonderlijke vorderingen en schulden. Van Erp zoekt ook voor het Nederlandse recht aansluiting bij de visie van Larenz, die in de rechtsbetrekking een zeer breed begrip ziet.²⁷ Van Dunné plaatst het begrip eigenlijk geheel buiten alle materiële gevolgen, waar het begrip zijns inziens niet meer betekent 'dan dat bepaalde personen in een bijzondere verhouding tot elkaar staan, die in bepaalde opzichten afwijkt van de verhouding tussen personen die geen contractspartners zijn'.²⁸

Voor het overige is het echter nauwelijks of niet mogelijk om vast te stellen, hoe die overeenkomst als rechtsbetrekking in de huidige Nederlandse opvattingen wordt gezien.²⁹ Bij de verschillende auteurs vinden we in elk geval vrijwel geen nadere uitwerkingen en ook overigens is het bepaald niet eenvoudig om de betekenis daarvan nader in te kleuren.³⁰ Niettemin neig ik er naar om, zoals ook Hijma in voormelde zin doet, de overeenkomst in deze betekenis als een zeer ruim begrip op te vatten. Onder dit ruime begrip van de 'rechtsbetrekking tussen partijen' zijn in mijn opvatting mede begrepen de verbintenissen, zoals deze voortvloeien uit de overeenkomst als bron van verbintenissen. Daarmee omvat de term *overeenkomst* in mijn optiek twee duidelijk van elkaar te onderscheiden begrippen: de meerzijdige rechtshandeling uit hoofde waarvan verbintenissen (zullen) ontstaan en de 'rechtsbetrekking' tussen partijen, waarvan ook de verbintenissen als ontstaan uit hoofde van die overeenkomst (in de eerstvermelde betekenis) deel uitmaken. Bij een dergelijk onderscheid ware het zonder meer beter geweest om niet dezelfde term voor verschillende begrippen te hanteren. Gezien de gangbare (maar dus wel enigszins verwarrende) terminologie in deze houd ik ten aanzien van beide begrippen toch maar vast aan de term *overeenkomst*.

27 Naast het subjectieve recht en de daarmee corresponderende verplichtingen noemt Larenz tevens de *Einzelrechte* en *Befugnisse*, *Erwerbsaussichten*, *Rechtspflichten* und *sonstige Gebundenheiten*, *Obliegenheiten* en *Zuständigkeiten* (zie Van Erp 1990, p. 289). Aangetekend daarbij zij dat Larenz (zoals ook Van Erp) de rechtsbetrekking buiten het begrip van de overeenkomst plaatst.

28 Van Dunné 1971, p. 182.

29 Van Erp kwam in 1990 m.b.t. het begrip *rechtsbetrekking* – derhalve niet specifiek als deel van het begrip van de overeenkomst – tot dezelfde conclusie (Van Erp 1990, p. 289).

30 Hijma merkt op dat de betekenis van het begrip *overeenkomst* als verbintenisscheppende handeling en die van de daardoor geschapen rechtsverhouding nauw met elkaar zijn verbonden en soms maar moeilijk van elkaar zijn te (onder)scheiden (Hijma e.a. 2013, p. 7). Daarin meen ik een aanwijzing te mogen zien dat ook in de visie van Hijma de betekenis van de overeenkomst als rechtsverhouding lastig is weer te geven. Zie verder ook de voormelde opvatting van Van Rijssen dat de overeenkomst 'meer is dan de optelsom van de in het leven geroepen verbintenissen' (Van Rijssen 2006, p. 41).

Met betrekking tot het begrip van de overeenkomst zien we derhalve het volgende. Zonder twijfel heeft deze voor het geldend recht de betekenis van de meerzijdige rechtshandeling op grond waarvan tussen partijen een of meerdere verbintenissen ontstaan. De tweede betekenis in de zin van rechtsbetrekking wordt in de moderne literatuur door een belangrijk deel van de literatuur erkend, maar is ook weer niet geheel onomstreden. Onder het OBW werd deze laatste visie op het begrip van de overeenkomst slechts incidenteel onderschreven. De wetgever van het NBW gaat daarentegen wel uit van het bestaan van een rechtsbetrekking, die is gelegen in of voortvloeit uit de overeenkomst (maar in elk geval geen deel uitmaakt van het hierna besproken begrip van de *verbintenis*).

Van hetgeen we moeten verstaan onder deze 'rechtsbetrekking' bestaat weliswaar een zeker beeld, maar de exacte inhoud daarvan is lastig vast te stellen. Verder is niet bij iedere auteur geheel duidelijk of de overeenkomst in deze betekenis als synoniem van de rechtsbetrekking wordt beschouwd, dan wel of deze laatste een gevolg is van de overeenkomst. Tot slot is de relatie tussen het begrip van de overeenkomst als rechtsbetrekking en het hierna besproken begrip van de verbintenis in ruime zin – welk begrip eveneens ziet op een vorm van rechtsbetrekking tussen partijen – moeilijk te duiden. De overeenkomst als *rechtsbetrekking* is derhalve een allesbehalve makkelijk te plaatsen begrip.

We komen bij het begrip van de verbintenis. Bij de verbintenis kunnen we waarschijnlijk drie verschillende betekenissen onderscheiden.³¹ Op de eerste plaats is er de betekenis van de verplichting met een daar tegenover staand vorderingsrecht.³² In de literatuur wordt daarbij geregeld de nadruk gelegd op het passieve deel van de verbintenis, de verplichting derhalve.³³ Tegelijkertijd wordt echter veelal onderkend dat binnen het kader van een verbintenis tegenover een verplichting steeds een vorderingsrecht staat.³⁴ Gezien het feit dat een verbintenis tussen twee of meer partijen bestaat, staat tegenover de debiteur immers altijd een crediteur. Hoe dan ook, in de thans bedoelde betekenis is de verbintenis gefixeerd op respectievelijk beperkt tot een bepaalde verplichting met een daarmee corresponderend vorderingsrecht: de verbintenis 'in enge zin'.

31 Schut noemt overigens ook nog een vierde betekenis van de verbintenis, namelijk als uitsluitend vorderingsrecht (Schut 1977, p. 64). Ik laat deze mogelijke betekenis voor wat zij is, omdat zij voor de thans besproken kwestie zonder belang is.

32 In deze zin: De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 7; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 9; Van Rijssen 2006, p. 16; Brunner & De Jong 2004, p. 4.

Smits wijst er op, dat in het BW vrijwel steeds deze betekenis van de verbintenis wordt gehanteerd. Zie het door Smits gegeven overzicht van wetbepalingen (Smits 2003, p. 5).

33 Zie verder: De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 7; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 9; Brunner & De Jong 2004, p. 4, 5; Schut 1977, p. 63 e.v.

34 Zo ook de wetgever: PG Boek 6, p. 38. In deze zin ook: Smits 2003, p. 10.

Daarnaast wordt het begrip van de verbintenis zowel onder het OBW als het NBW gebezigd in een ruimere betekenis. In deze ruimere betekenis wordt overeenkomstig de voormelde terminologie bij de overeenkomst eveneens gesproken van vermogensrechtelijke *rechtsbetrekking*, *rechtsverhouding* of *rechtsband*.³⁵ Smits beschrijft de verbintenis in deze betekenis als 'een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen twee of meer bepaalde personen op grond waarvan de ene persoon jegens een of meer anderen recht heeft op een prestatie'.³⁶ Als ik het juist zie, is daarmee aan het voormelde begrip van de *verbintenis in enge zin* toegevoegd dat de schuld en het vorderingsrecht tussen deze respectievelijk bepaalde partijen bestaan. De rechtsbetrekking bestaat in deze betekenis derhalve daaruit, dat de ene partij jegens de andere tot de prestatie is gerechtigd. Andere auteurs laten zich in eenzelfde zin uit.³⁷ Daarmee is bij de term *rechtsbetrekking* (of ook *rechtsverhouding*) van de verbintenis weliswaar sprake van dezelfde terminologie als bij de overeenkomst als rechtsbetrekking, maar vormt de rechtsbetrekking van de verbintenis een geheel andersoortig begrip dan als ik hiervoor ten aanzien van de overeenkomst heb omschreven.³⁸

Van de voormelde ruimere betekenis van het begrip *verbintenis* als vermogensrechtelijke rechtsbetrekking moeten we weer onderscheiden de nog weer ruimere betekenis, zoals onder meer gehanteerd door Suijling onder het OBW. Suijling zag in de verbintenis 'het geheel der rechten en verplichtingen, onverschillig van welke soort, gelijk zich dit in verloop van tijd [] tussen schuldenaar en schuldeischer ontwikkelt'.³⁹ Suijling spreekt in dat verband van een 'verzamelbegrip'. Ook bij Schut, Pitlo en Van Goudoever vinden we een dergelijk ruimer begrip van de verbintenis als rechtsbetrekking.⁴⁰ Deze

35 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 4, 5 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 4); Van Rijssen 2006, p. 14; Smits 2003, p. 5, 6. Zie ook in deze zin: PG Boek 6, TM, p. 921. Zie voor het OBW: Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 4, 10; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 7; Pitlo 1964, p. 2; Hofmann 1937, p. 4; Wiarda 1937, p. 75; Veegens/Oppenheim 1917, p. 6; Asser/Van Goudoever 1913, p. 6; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 1; Diephuis 1886, p. 11, 14; Opzoomer 1879a, p. 22.

36 Smits 2003, p. 6.

37 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 9; Van Rijssen 2006, p. 14; Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 5, 10; Schut 1977, p. 32; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 9; Hofmann 1937, p. 4, 5; Asser/Van Goudoever 1913, p. 6; Veegens/Oppenheim 1917, p. 6; Diephuis 1886, p. 11 e.v.

38 Van Erp ziet dit geheel anders, waar hij juist geen onderscheid maakt tussen de rechtsbetrekking als deel van de verbintenis (zoals dit in de door hem genoemde literatuur wordt gebruikt) en het begrip van de rechtsbetrekking zoals door mij bij de overeenkomst wordt geplaatst (Van Erp 1990, p. 288).

39 Suijling 1934, p. 13, 14.

40 Schut stelt: 'Het onderscheid tussen overeenkomst (als oorzaak van de rechtsbetrekking) en verbintenis (als de rechtsbetrekking zelf) brengt mee dat het niet juist is de overeenkomst aan te duiden als rechtsverhouding. Alleen de verbintenis zelf kan rechtsverhouding of rechtsbetrekking worden genoemd. Daarbij kan men behalve aan een band (de binding tussen de partijen) ook denken aan het geheel van rechten en verplichtingen dat aan die

benadering van de verbintenis als rechtsbetrekking is derhalve duidelijk meeromvattend dan de verbintenis 'in ruime zin' zoals hiervoor omschreven.⁴¹ Sterker, dit (zeer) ruime begrip van de verbintenis als rechtsbetrekking stemt voor wat betreft die rechtsbetrekking voor een belangrijk deel overeen met het vorenbesproken begrip van de *overeenkomst* als rechtsbetrekking, voor zover deze inhoudelijk niet zelfs geheel overeenstemmen. Daarnaast lijkt dit begrip van de verbintenis veel op het hierna besproken begrip van de Duitse *Schuld-verhältnis im weiteren Sinn*, eveneens voor zover deze beide begrippen niet zelfs exact hetzelfde zouden betekenen.

Als we thans de relatie met het begrip van de overeenkomst leggen, blijkt het volgende. De overeenkomst als uitsluitend verbintenisscheppende handeling verhoudt zich probleemloos tot ieder van de vorenbedoelde drie betekenissen van het begrip van de verbintenis. Er bestaat in elk geval geen frictie tussen de begrippen overeenkomst en verbintenis. Bij de overeenkomst bezien als rechtsbetrekking is dat wellicht anders voor zover we de verbintenis eveneens als een vorm van rechtsbetrekking willen zien. Alsdan doet zich immers de vraag voor, hoe de begrippen van de overeenkomst en verbintenis als rechtsbetrekking zich onderling verhouden.

Zoals ik in zekere zin reeds stelde, bestaat bij de onder meer door Smits gehanteerde betekenis van de verbintenis als rechtsbetrekking (de 'verbintenis in ruime zin') geen spanningsveld met de overeenkomst als rechtsbetrekking. De rechtsbetrekking van de overeenkomst en van de verbintenis zijn alsdan immers andersoortige begrippen waartussen geen frictie bestaat. Terwijl de laatste ziet op de relatie waarbij de ene partij een recht kan uitoefenen jegens – specifiek – de wederpartij, ziet de overeenkomst als rechtsbetrekking op het geheel van alle rechten en plichten (derhalve ook diegene die zelf geen onderdeel van de verbintenis vormen) tussen partijen.

Bij het onder meer door Suijling gehanteerde zeer ruime begrip van de verbintenis als rechtsbetrekking bestaat daarentegen zonder meer een spanningsveld met de overeenkomst als rechtsbetrekking, voor zover het begrip van de rechtsbetrekking bij de verbintenis en de overeenkomst niet zelfs synoniem zouden zijn. Met name in dit laatste geval is de vraag naar de rechtsbetrekking een vraagstuk van allocatie daarvan onder het begrip van de overeenkomst dan wel onder dat van de verbintenis. Voor het geldend recht bestaat, zoals we in feite reeds zagen bij voormelde bespreking van de overeenkomst als rechtsbetrekking, nauwelijks twijfel ten aanzien van die allocatie;

band is opgehangen' (Schut 1977, p. 32). Zie in dit verband ook: Schut 1973, p. 67. Pitlo beschouwde de (gehele) rechtspositie van iedere partij bij een overeenkomst een eenheid en dientengevolge als één verbintenis (Pitlo 1964, p. 4). Van Goudoever sprak van 'de gehele tusschen partijen bestaande rechtsbetrekking' (Asser/Van Goudoever 1913, p. 8).

41 In deze zin ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 9, 10; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 9.

de rechtsbetrekking in ruime zin wordt geplaatst bij het begrip van de overeenkomst en niet bij de verbintenis. Zo stelt de reeds genoemde TM bij art. 6:248 BW: 'Men bedenke dat in artikel 6.1.1.2 [art. 6:2 BW, HS] het woord [sic] 'verbintenis', evenals in het algemeen in Boek 6 niet wordt gebezigd ter aanduiding van de gehele rechtsverhouding tussen twee contractanten, maar de betekenis heeft van de rechtsband tussen degene die tot een bepaalde prestatie verplicht is en degene die met betrekking tot die prestatie een vorderingsrecht heeft'.⁴² Ook in de moderne literatuur wordt het (zeer) ruime begrip van de verbintenis als rechtsbetrekking van onder meer Suijling afgewezen.⁴³ Ik wil derhalve concluderen dat in ieder geval in de huidige visies de rechtsbetrekking in de bedoelde ruime zin tussen partijen wordt geplaatst bij het begrip van de overeenkomst en niet bij dat van de uit die overeenkomst voortvloeiende verbintenis.

In zeker verband met het vorenstaande staat de vraag naar de gebondenheid van partijen aan een (met name opschortend voorwaardelijke) rechtsverhouding. Zoals ik ook in § 3.1.3.2 bespreek, is het directe bestaan van deze gebondenheid onbetwist, derhalve ook ten aanzien van de periode van onzekerheid vóór het eventuele moment van intreden van de opschortende voorwaarde. De vraag is echter *waarom* partijen – ondanks de opgeschorte werking – reeds gebonden zijn.⁴⁴ Verschillen van inzicht ter zake de verklaring voor deze gebondenheid vloeien voort uit de verschillende opvattingen aangaande de grondslag voor die gebondenheid: is deze het rechtstreekse gevolg van de overeenkomst óf is deze gebondenheid het gevolg van de verbintenissen die tussen partijen uit hoofde van die overeenkomst zijn ontstaan? Onder het OBW werd deze gebondenheid door een deel van de literatuur gezien als gevolg van de verbintenis respectievelijk werd de gebondenheid gevormd door de

⁴² PG Boek 6, TM, p. 921.

⁴³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 9, 10.

⁴⁴ In bepaalde mate speelt die vraag ook bij ontbindende voorwaarden. Waarom zouden partijen na het intreden van een ontbindende voorwaarde nog gehouden zijn aan bepaalde verplichtingen jegens elkaar en derhalve over en weer gebonden?

verbintenissen.⁴⁵ Andere auteurs plaatsten deze gebondenheid op basis van art. 1374 OBW echter niettemin bij de overeenkomst.⁴⁶

Heden ten dage wordt overeenkomstig de hierna besproken Duitse en Zwitserse opvattingen de gebondenheid van partijen onweersproken gezien als gevolg van het aangaan van de overeenkomst. Althans, het zeer bescheiden aantal auteurs dat zich daar over uitspreekt gaat van die opvatting uit.⁴⁷ Voor zowel de periode onder het OBW als het NBW teken ik daarbij echter aan, dat niet iedere auteur zich in deze even nauwkeurig of duidelijk uitdrukt en bovendien soms wellicht ook iets anders wordt bedoeld dan naar de letter gesteld. Het credo 'de overeenkomst bindt' kan immers ook zeer wel worden opgevat als de weergave van de gedachte, dat de overeenkomst bron is van de partijen bindende verbintenissen. Voor het OBW komt daar bij, dat het (nog) niet ontstaan van verbintenissen in de veelal heersende opvattingen de aanname van het bestaan van een overeenkomst in de weg stond.⁴⁸ Met andere woorden, het bestaan van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende

45 In deze zin: Schut 1977, p. 31 e.v.; Suijling 1934, p. 83, 102, 103; Asser/Van Goudoever 1913, p. 7 (zie Van Goudoever's opmerking aangaande de opschortend voorwaardelijke verbintenis); (vermoedelijk) Land/De Savornin Lohman 1907, p. 172, 250 m.n. nt. 2 (zie echter ook p. 4, waar De Savornin Lohman de verbindende kracht wel degelijk bij de overeenkomst lijkt te plaatsen); Diephuis 1886, p. 253, 254, 356, 357 (zie echter ook p. 436 e.v.). Wellicht in deze zin ook Opzoomer, waar hij de figuur van de overeenkomst uitsluitend lijkt te plaatsen in het licht van het ontstaan van verbintenissen (Opzoomer 1879b, p. 146 e.v. Zie echter in andere zin ter zake de opvatting van Opzoomer: Bregstein 1938, p. 446). Zie ook § 3.1.3.1 onder 'Oud BW', waar ik beschrijf hoe in de literatuur geworsteld werd met het al dan niet direct bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis en de 'rechtsband' tussen partijen.

46 Asser/Rutten II (Algemene leer der overeenkomsten) 1982, p. 32 e.v.; Hofmann/Abas 1977, p. 15; Bregstein 1938, p. 443; Hofmann 1937, p. 236, 237; Van Brakel 1935a, p. 33; (vermoedelijk) Veegens/Oppenheim 1917, p. 79; Diephuis 1886, p. 436 e.v. (zie echter ook de vorige noot).

In deze zin t.a.v. het OBW ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 43; Schrage 2008, p. 47; Mok 1997, p. 4.

47 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 39 e.v.; Mok 1997, p. 4.

48 Ook voor het Belgisch recht beschrijft De Coninck hoe juist de aanname van het ontbreken van verbintenissen bij opschortende voorwaardelijkheid theoretische problemen oproept t.a.v. deze gebondenheid. Volgens haar wordt de 'verbindende kracht van de overeenkomst [] beschouwd als een essentieel kenmerk van het ((geldig) bestaand) contract en tegelijkertijd als een bestaansvoorwaarde van het contract. [] Daar de verbindende kracht van de overeenkomst echter doorgaans wordt ingevuld als – of gereduceerd tot – de afdwingbaarheid van (haar) verbintenissen, zou men de aanwezigheid van de (per definitie afdwingbare) verbintenis als bestaansvereiste voor het contract kunnen beschouwen als het parafraseren van de vereiste van de aanwezigheid van verbindende kracht voor het bestaan van het contract' (De Coninck 2007, p. 160 e.v.). Anders gezegd, door het vooralsnog ontbreken van verbintenissen doet zich voor het Belgisch recht de vraag voor, hoe de gebondenheid van partijen bij opschortende voorwaardelijkheid kan worden verklaard. Een vraag die – nog afgezien van het feit dat deze gebondenheid van partijen voor het huidige Nederlandse recht voortvloeit uit de overeenkomst en niet uit de verbintenis – reeds daarom voor het Nederlandse geldend recht niet speelt, omdat het directe bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis sinds de invoering van het NBW vrijwel onomstreden is.

verbintenissen gingen hand in hand. Daarmee is ook de allocatie van de binding van partijen uit hoofde van de overeenkomst of wilsovereenstemming dan wel op grond van het bestaan van de verbintenissen van slechts zeer theoretisch belang. Dit laatste zal wellicht ook verklaren, waarom er in de literatuur onder het OBW niet van een echte discussie sprake lijkt te zijn geweest aangaande de plaatsing van deze gebondenheid bij de figuur van de overeenkomst dan wel de verbintenis.

Wat is in het kader van dit onderzoek het belang van de vorenstaand besproken vraag naar de allocatie van de rechtsbetrekking tussen en de gebondenheid van partijen? Dit belang bestaat op de eerste plaats daaruit, dat bij het aannemen van een rechtsbetrekking en gebondenheid buiten het begrip van de verbintenis de theoretische onderbouwing voor de verdere effecten van de voorwaardelijkheid aanzienlijk eenvoudiger wordt. Immers, indien de rechtsbetrekking en gebondenheid geen deel uitmaken van de (voorwaardelijke) verbintenis, behoeven deze niet steeds het voorwaardelijk lot te delen van de verbintenis zelf. Of andersom, als we willen verdedigen dat de rechtsbetrekking en gebondenheid óók als onderdeel van de verbintenis niet steeds haar lot met deze zouden behoeven te delen, vraagt deze stellingname een verdere onderbouwing. Wáárom zouden deze als elementen van de verbintenis immers zijn uitgezonderd van de gevolgen van de voorwaardelijkheid? Het was precies deze vraag die in de literatuur onder het OBW tot lastige constructies leidde. Bij de rechtsbetrekking als deel van de overeenkomst is van een dergelijke vraagstelling geen sprake; uiteraard behoeven de gevolgen van voorwaardelijkheid niet van invloed te zijn op de rechtsbetrekking, als deze laatste geen deel uitmaakt van de verbintenis onder voorwaarde.

Ik maak het vorenstaande concreter. Als we uitgaan van een opschortend voorwaardelijke verbintenis is in de gangbare opvatting de werking van die verbintenis opgeschort.⁴⁹ Zouden we ook de rechtsbetrekking in ruime zin tussen partijen onder het begrip van de verbintenis plaatsen, ontstaat vanzelf de vraag wat het effect van die opgeschorte werking van de verbintenis is op deze rechtsbetrekking. Omdat allerlei effecten van het bestaan van de rechtsbetrekking – de gebondenheid van partijen (voor zover we deze willen onderbrengen bij het begrip *rechtsbetrekking*), een verplichting tot redelijk handelen en dergelijke – in alle gangbare visies helemaal niet zijn opgeschort, ontstaat derhalve de reeds hiervoor aangestipte vraag hoe dit alsnog ontbreken van opgeschorte werking alsdan zou moeten worden verklaard. Een vraag die in het Duitse en Zwitserse recht heeft geleid tot de figuur van de *Vorwirkung*. Voor de ontbindend voorwaardelijke verbintenis bestaat een soortgelijke kwestie. Als de voorwaarde intreedt, eindigt deze verbintenis, maar eindigt daarmee ook de rechtsbetrekking? Dat zal veelal niet de bedoeling zijn, omdat

49 Zie § 3.1.3.

tussen partijen nog allerlei kwesties kunnen spelen die een voorlopige voortzetting van de rechtsbetrekking in ruime zin vereisen.⁵⁰ Ook bij ontbindende voorwaarden kan derhalve de vraag gesteld worden, hoe we zouden moeten verklaren dat de rechtsbetrekking vooralsnog kan voortbestaan, ondanks dat de verbintenis waarvan deze deel zou uitmaken door het intreden van de voorwaarde is beëindigd.

Daarnaast is er in het kader van voorwaardelijkheid nog een tweede belang bij de allocatie van de rechtsbetrekking. Het blijkt namelijk, althans vanuit een theoretisch opzicht, systematisch zinvol te zijn om de overeenkomst specifiek met betrekking tot haar element van ontstaansbron van verbintenissen wel degelijk zelf ook voorwaardelijk te kunnen maken. Dit laatste met name om de overeenkomst als bron van verbintenissen te beëindigen.⁵¹ Om een dergelijke systematiek te kunnen bereiken, is het moeizaam om de rechtsbetrekking in ruime zin te plaatsen bij de verbintenis. Het begrip van de overeenkomst bestaat in dat geval uit niet meer dan de 'handeling van het overeenkomen' en de daaruit voortvloeiende bron van verbintenissen. Wil het al dan niet intreden van een voorwaarde in dat geval gevolgen kunnen hebben voor de overeenkomst als bron van verbintenissen, dan zou in de systematiek de voorwaardelijkheid van de verbintenis moeten teruggrijpen op de overeenkomst als ontstaansbron van die verbintenis. Oorzaak (de overeenkomst als bron van verbintenissen) en gevolg (de ontstane verbintenis) zouden derhalve bij een dergelijke systematiek elkaar over en weer beïnvloeden. Of anders gezegd, de gevolgen zijn op hun beurt van invloed op de oorzaak waar zij uit voortvloeien.

Bij een systematiek waarbij de rechtsbetrekking wordt geplaatst onder het begrip van de overeenkomst (en derhalve niet op dat van de verbintenis) kan de bedoelde beëindiging van de overeenkomst als bron van verbintenissen langs een eenvoudiger en begrijpelijker weg plaatsvinden. Hetgeen partijen met de voorwaardelijkheid beogen – in dit geval de beëindiging van het (verdere) ontstaan van verbintenissen – vloeit immers voort uit de tussen hen bestaande rechtsbetrekking. De voorwaardelijkheid van de rechtsbetrekking zelf heeft in die zin dan ook een functie, dat de gevolgen van deze voorwaardelijkheid volgens een inzichtelijke systematiek betrekking kunnen hebben op die rechtsbetrekking. Door de voorwaardelijkheid derhalve te plaatsen op hetzelfde niveau als de bron van verbintenissen, derhalve op het niveau van de overeenkomst, valt beter in te zien waarom de voorwaardelijkheid ook gevolgen kan hebben ten aanzien van de overeenkomst als bron van verbintenissen. Van enige beïnvloeding van het gevolg (de ontstane verbintenis) op

50 Voorbeelden zijn er te over: ontruiming van het gehuurde pand binnen een redelijke termijn, voldoende zorg voor de eerder geleende zaak totdat deze daadwerkelijk is teruggeven, het niet naar buiten brengen van informatie verkregen in het kader van het aangaan van de verbintenis die de belangen van de wederpartij kunnen schaden.

51 Zie verder § 3.1.2.2.

de oorzaak (de overeenkomst als bron van verbintenissen) is bij deze systematiek dan ook geen sprake.

Met de beide vorenomschreven belangen ten aanzien van de vraag naar de allocatie van de rechtsbetrekking in het kader van voorwaardelijkheid lijken deze met name van (sterk) theoretisch gewicht te zijn. Voor een belangrijk deel is dat ook juist. De reden daarvoor is dat veel van de gevolgen van voorwaardelijkheid voor het geldend recht toch wel duidelijk zijn en vast staan.⁵² Het lijkt bijvoorbeeld geen enkele twijfel dat na een presteren 'onder ontbindende voorwaarde' tussen partijen ongedaanmakingsverplichtingen kunnen bestaan als de voorwaarde intreedt. Of de grondslag voor die verplichtingen met art. 6:24 BW is gelegen in de wet of, zoals ik zal verdedigen, in de rechtsbetrekking als gelegen in de overeenkomst is voor dit materiële gevolg van het intreden van de voorwaarde zonder belang. Uitsluitend de theoretische onderbouwing verschilt.

Toch zijn er wel degelijk ook verschillen in materiële gevolgen van voorwaardelijkheid die voortvloeien uit de allocatie van de rechtsbetrekking. Om bij het voorbeeld van de ongedaanmakingsverplichtingen te blijven kunnen we ons de vraag stellen, of vóór het moment van intreden van de ontbindende voorwaarde een vorderingsrecht tot ongedaanmaking als *toekomstig* dan wel als *bestaand* voorwaardelijk kwalificeert.⁵³ Als de grondslag voor dit vorderingsrecht is gelegen in art. 6:24 BW dan ontstaat deze vordering waarschijnlijk pas met het intreden van de voorwaarde en is voordien toekomstig van aard.⁵⁴ Indien daarentegen deze grondslag gevonden kan worden in de rechtsbetrekking, kunnen we het vorderingsrecht eventueel kwalificeren als direct bestaand onder een voorwaarde.⁵⁵ Een ander materieel verschil bestaat wellicht daaruit dat ongedaanmakingsverplichtingen na wederzijds nagekomen verbintenissen thans meestal niet als wederkerig worden gezien. Dat heeft gevolgen indien een van partijen door overmacht zijn ongedaanmakingsverplichting niet meer kan nakomen, maar zijn wederpartij nog wel. Bij de aanname van een rechtsbetrekking op het niveau van de overeenkomst ligt daarentegen wederkerigheid van ongedaanmakingsverplichtingen na het intreden

52 Zie § 3.1.4.3.

53 Zie verder § 6.2.5.7.

54 Strikt genomen zouden we zelfs kunnen twijfelen, of die alsdan toekomstige vordering wel zal worden verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding. Het vorderingsrecht ontstaat bij deze visie immers u.h.v. de wet en juist niet uit de voorliggende rechtsverhouding. Daarmee zou een dergelijk vorderingsrecht tot ongedaanmaking overeenkomstig art. 3:239 lid 1 BW zelfs niet verpandbaar zijn vóór het intreden van de voorwaarde.

55 I.i.g. wordt het vorderingsrecht alsdan verkregen uit een bestaande rechtsverhouding, zodat de beperking aan de mogelijkheid van verpanding van art. 3:239 lid 1 BW hoe dan ook niet toepasselijk is.

van een ontbindende voorwaarde veel meer voor de hand.⁵⁶ In andere delen van dit onderzoek lopen we tegen meer voorbeelden aan.

Duits recht

Anders dan het BW kent het BGB geen omschrijving van hetgeen we onder het begrip van de (verbintenisscheppende) overeenkomst moeten verstaan.⁵⁷ Niettemin lijkt het geen twijfel dat de overeenkomst in het Duitse recht – het verbaast niet – als bron van verbintenissen een betekenis heeft die overeenstemt met het Nederlandse begrip. De overeenkomst kan derhalve ook worden begrepen als de handeling van het overeenkomen die leidt tot het ontstaan van verbintenissen.⁵⁸ § 311 lid 1 BGB verwoordt dit aldus: ‘Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft [] ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt’. Het begrip van de overeenkomst in de betekenis van rechtsbetrekking tussen partijen is, zoals deze voor het huidige Nederlands recht is aanvaard, in het Duitse recht echter onbekend.⁵⁹ Dat heeft alles te maken met het hierna besproken begrip van de verbintenis ‘in ruime zin’.

Ten aanzien van verbintenissen – *Schuldverhältnisse* – gaat het Duitse recht eveneens uit van de verbintenis ‘in enge’ en ‘in ruime zin’,⁶⁰ ook al wordt deze terminologie niet door iedere auteur als zodanig gehanteerd. Dit begrippenpaar heeft echter niet (geheel) dezelfde betekenis als hiervoor omschreven voor het Nederlands geldend recht. De verbintenis ‘in enge zin’ wordt gevormd door de vordering en de verplichting.⁶¹ Waarschijnlijk anders dan in het Nederlandse recht – helemaal duidelijk is mij dit niet geworden – betreft de verbintenis ‘in enge zin’ de vordering en de verplichting tussen déze partijen en is daarmee een synoniem voor de hierna besproken Zwitserse

⁵⁶ Zie verder § 9.2.4.6.

⁵⁷ Overeenkomstig hetgeen ik hiervoor bij het Nederlandse recht stelde, beperk ik mijn onderzoek tot de verbintenisscheppende overeenkomst.

⁵⁸ Hk-BGB/Schulze 2014, p. 444; Jauernig/Stadler 2014, p. 388; PWW/Stürner/Medicus 2014, p. 567; Staudinger/Eckpfeiler 2014, p. 320, 321; Vieweg/Backmann 2010, p. 953 (verwijzend naar § 241 BGB waar de verbintenis is beschreven).

⁵⁹ Althans, bij geen van de door mij bestudeerde auteurs heb ik enige aanwijzing gevonden dat de overeenkomst ook kan staan voor de rechtsbetrekking tussen partijen.

⁶⁰ Jauernig/Mansel 2014, p. 181; Palandt/Grüneberg 2014, p. 257; PWW/Schmidt-Kessel 2014, p. 348; Schellhammer 2014, p. 645; Bamberger/Roth/Sutschet 2012, p. 830; Medicus 2012, p. 4; Hütte & Hütte 2010, p. 4; Schlechtriem/Schmidt-Kessel 2005, p. 2.

⁶¹ Jauernig/Mansel 2014, p. 181; PWW/Schmidt-Kessel 2014, p. 348; Schellhammer 2014, p. 645; Bamberger/Roth/Sutschet 2012, p. 830. Overigens stelt Schmidt-Kessel dat t.g.v. de door de *Schuldrechtsreform* (veronderstelde) wijziging van het begrip van de verbintenis het begrip ‘verbintenis in enge zin’ niet meer toegepast zou moeten worden (PWW/Schmidt-Kessel 2014, p. 348).

Obligation.⁶² De rechtsbetrekking zoals deze in het Nederlandse recht wel wordt gezien als deel van het begrip van de verbintenis 'in ruime zin' zou daarmee in het Duitse recht – waar de term 'rechtsbetrekking' in dit verband overigens in het geheel niet wordt gehanteerd – deel uitmaken van het begrip van de verbintenis 'in enge zin'. Voor zover juist zou daarmee het Duitse begrip van de verbintenis 'in enge zin' overeenstemmen met het vorenomschreven begrip van de verbintenis 'in ruime zin' zoals gehanteerd in de moderne Nederlandse literatuur.

Wezenlijker voor dit onderzoek is dat de verbintenis 'in ruime zin' volgens de Duitse literatuur wordt gevormd door de *gehele rechtsbetrekking* tussen partijen respectievelijk de crediteur en de debiteur.⁶³ Onder deze gehele rechtsbetrekking wordt verstaan de hoofdverplichtingen van partijen (derhalve zoals deze door de verbintenis 'in enge zin' worden gevormd) tezamen met alle nevenverplichtingen alsmede eventuele andere verplichtingen en de daarmee corresponderende rechten van de wederpartij.⁶⁴ De *Schuldverhältnis im weiteren Sinne* vormt derhalve de rechtsbetrekking, zoals deze in de moderne Nederlandse leer veelal wordt geplaatst bij het begrip van de overeenkomst.

Uit de Duitse literatuur volgt overigens niet helemaal eenduidig welk begrip van de *Schuldverhältnis* het BGB hanteert. Een deel van de auteurs stelt dat het BGB zowel het enge als het ruime begrip gebruikt.⁶⁵ Andere auteurs

62 Expliciet in deze zin: Hk-BGB/Schulze 2014, p. 257; Jauernig/Mansel 2014, p. 181, 182 (Mansel spreekt van een *Leistungsbeziehung*); PWW/Schmidt-Kessel 2014, p. 348; Hütte & Hütte 2010, p. 4. Daarnaast wordt dit in een deel van de literatuur in ieder geval gesuggereerd: Staudinger/Eckpfeiler 2014, p. 318. Juist anders suggererend: Fikentscher & Heinemann 2006, p. 20.

63 Jauernig/Mansel 2014, p. 181, 182; PWW/Schmidt-Kessel 2014, p. 348; Schellhammer 2014, p. 645; Bamberger/Roth/Sutschet 2012, p. 830; Medicus 2012, p. 4; Fikentscher & Heinemann 2006, p. 20; Schlechtriem/Schmidt-Kessel 2005, p. 2. Zie ook Schießer die wijst op het bestaan van de hierna besproken nevenverplichtingen (Schießer 1998, p. 31). Geheel onweersproken is dit niet, zie de opvattingen van Larenz zoals besproken door Van Erp (Van Erp 1990, p. 289).

64 De opvattingen welke verplichtingen zouden kwalificeren als andere verplichtingen dan wel nevenverplichtingen verschilt nogal tussen de geraadpleegde auteurs. Voor de thans door mij besproken kwestie maakt dat echter niets uit. Schellhammer noemt in dit verband verplichtingen ter zake de wijze van verzending, verzekering, informatie- en waarschuwingsplichten, alsmede de verplichting tot een handelen conform *Treu und Glauben* die leidt tot het rekening moeten houden met de belangen van de wederpartij (Schellhammer 2014, p. 645). Sutschet noemt in algemenere zin de verplichtingen tot bescherming, het verstrekken van informatie en de verplichting tot bepaald gedrag (Bamberger/Roth/Sutschet 2012, p. 830. Zie voor een uitgebreid overzicht p. 813 e.v.). Mansel plaatst ook de eventuele *Gestaltungsrechte* (zie verder § 5.3.2.1) bij dit begrip van de verbintenis in ruime zin (Jauernig/Mansel 2014, p. 181).

65 Jauernig/Mansel 2014, p. 181 (stellend dat het BGB meestal uitgaat van de verbintenis 'in enge zin'); PWW/Schmidt-Kessel 2014, p. 348; Schellhammer 2014, p. 645 (verwijzend naar de §§ 241 en 362 BGB v.w.b. de verbintenis 'in enge zin' en naar de §§ 273 en 425 BGB v.w.b. de verbintenis 'in ruime zin'); Medicus 2012, p. 4; Schlechtriem/Schmidt-Kessel 2005, p. 2.

erkennen dat weliswaar een aantal wetsbepalingen in het BGB uitgaan van de *Schuldverhältnis im engeren Sinn*, maar dat het eigenlijke begrip is gelegen in de *Schuldverhältnis im weiteren Sinn*.⁶⁶ Tot slot wordt in de literatuur ook wel uitgegaan van een uitsluitend ruim begrip van de verbintenis.⁶⁷ Deze enigszins onduidelijke situatie vindt zijn weerslag in de niet geheel adequate beoordelingen door Zwitserse auteurs van het Duitse begrip van de *Schuldverhältnis* in het BGB.⁶⁸

Uit het vorenstaande volgt dat we voorzichtig moeten zijn met het omzetten van de Nederlandse term *verbintenis* naar het Duitse en overigens ook naar het Zwitserse recht. De Duitse *Schuldverhältnis* en het Zwitserse begrip *Obligation* kunnen beide worden vertaald met 'verbintenis'. Zoals we zagen gaat het BGB daarbij echter uit van óf – 'vertaald' naar het Nederlandse begrip – de verbintenis 'in ruime zin', óf van de gehele rechtsbetrekking tussen partijen zoals onder meer Suijling die onder het OBW verdedigde. Het hierna besproken Zwitserse OR hanteert het begrip van de *Obligation* daarentegen uitsluitend in de Nederlandse betekenis van de verbintenis 'in ruime zin'. Daarmee is derhalve bij het begrip van de verbintenis (deels) sprake van een belangrijk verschil in insteek tussen het Nederlandse, Duitse en Zwitserse recht. Het Nederlandse recht hanteert het begrip van de verbintenis immers in de hiervoor beschreven enge of ruime zin, het Zwitserse in een betekenis die overeenstemt met de (Nederlandse) verbintenis in ruime zin en het Duitse recht in de zin van de verbintenis in ruime zin dan wel als de gehele rechtsbetrekking tussen partijen. Daarmee vaart met name het Duitse recht een andere koers ten aanzien van het begrip van de verbintenis waar het betreft de rechtsbetrekking tussen partijen. Dat heeft, zoals we nog zullen zien, ook consequenties ten aanzien van vooral opschortend voorwaardelijke rechtsverhoudingen.

Voor het Duitse recht bestaat geen twijfel dat de binding van de partijen in de heersende opvatting het gevolg is van de overeenkomst.⁶⁹ Van deze binding wordt in de literatuur expliciet gesteld dat deze geen verplichtingen omvat, maar slechts de onmogelijkheid van partijen om eenzijdig terug te treden.⁷⁰ Het is dan ook niet de verbintenis zoals deze (eventueel) ontstaat uit hoofde van de overeenkomst als verbintenisscheppende figuur waar de

⁶⁶ Palandt/Grüneberg 2014, p. 257; Bamberger/Roth /Sutschet 2012, p. 830.

⁶⁷ Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 207, 210 (eveneens verwijzend naar § 241 BGB).

⁶⁸ Zo gaan Berger en Bucher er vanuit dat het BGB – anders dan het Zwitserse OR – uitsluitend het ruime begrip van de *Schuldverhältnis* hanteert (Berger 2012, p. 80, 81; BSK OR I-Bucher 2011, p. 18). Koller gaat t.a.v. § 241 BGB daarentegen juist uit van het 'enge' begrip en constateert daarnaast slechts dat de Duitse rechtsleer ook het ruime begrip hanteert (Koller 2009, p. 15).

⁶⁹ Palandt/Ellenberger 2014, p. 163; Schellhammer 2014, p. 1023; Staudinger/Eckpfeiler 2014, p. 259; Bork 2011, p. 256; Vieweg/Backmann 2010, p. 953, 954; Wolf 1999, p. 371, 376; Flume 1992, p. 605.

⁷⁰ Schellhammer 2014, p. 1023; Bork 2011, p. 256; Flume 1992, p. 605.

binding tussen partijen uit voortvloeit. Dit onderscheid tussen binding en verplichting komt bij opschortende voorwaardelijkheid in die zin duidelijk naar voren, dat blijkens de literatuur de voorwaarde leidt tot een opgeschorte werking van de overeenkomst en derhalve – door het nog niet ontstaan van verbintenissen – nog niet verplicht, maar partijen desalniettemin wel bindt.⁷¹ Daarmee volgt het Duitse recht een systematiek met aan de ene zijde de overeenkomst als binding tussen partijen en als bron van verbintenissen en aan de andere zijde de verbintenis als omvattend begrip voor al hetgeen waartoe partijen jegens elkaar verplicht respectievelijk gerechtigd zijn. Dat lijkt een heldere systematiek. Tegelijkertijd leidt deze bij met name opschortende voorwaardelijkheid tot lastige vraagstukken.⁷²

Zwitsers recht

Het begrip van de (verbintenisscheppende) overeenkomst kent in overeenstemming met het Nederlandse recht de dubbele betekenis van enerzijds de rechtshandeling als bron van verbintenissen en anderzijds de rechtsbetrekking tussen partijen.⁷³ Ook voor het Zwitserse recht wordt de binding tussen partijen gezien als het gevolg van deze overeenkomst.⁷⁴ Zoals ik hiervoor bij de bespreking van het Duitse recht reeds stelde, hanteert het Zwitsers recht veelal de term *Obligation* voor het begrip van de verbintenis. De *Obligation* wordt gevormd door het vorderingsrecht en de daarmee corresponderende verplichting tussen crediteur en debiteur. Blijkens de literatuur is bij de *Obligation* in die zin van een rechtsbetrekking sprake, dat het vorderingsrecht tussen déze partijen bestaat.⁷⁵

Incidenteel wordt voor de verbintenis echter ook de term *Schuldverhältnis* gebruikt.⁷⁶ Gebruikt als synoniem voor de *Obligation* wordt deze alsdan betiteld als de *Schuldverhältnis im engeren Sinn*.⁷⁷ Let wel, vanuit Nederlands perspectief zou daarbij juist de term van de verbintenis 'in ruime zin' worden gehanteerd, omdat deze *Schuldverhältnis im engeren Sinn* immers ook ziet op de rechtsbetrekking zoals deze voortvloeit uit het vorderingsrecht van de crediteur jegens de debiteur. Van een begrip van de *Schuldverhältnis* als de gehele rechtsbetrekking tussen partijen zoals gehanteerd in het Duitse recht is daarbij echter geen sprake. Naast deze *Schuldverhältnis im engeren Sinn* – de

71 Schellhammer 2014, p. 1024; Flume 1992, p. 606.

72 Dit betreft o.a. vragen naar de bescherming van de wederpartij in de periode vóór het intreden van de opschortende voorwaarde (waarvoor het in § 3.2.2 besproken leerstuk van de *Vorwirkung* is ontwikkeld), maar ook naar de (on)mogelijkheid van vroegtijdige nakoming (zie § 3.2.3).

73 Koller 2009, p. 52, 53; Gauch, Schluep, Schmid 2008, p. 44, 45.

74 Koller 2009, p. 54; Gauch, Schluep, Schmid 2008, p. 45.

75 Berger 2012, p. 75; Schwenger 2012, p. 21; BSK OR I-Bucher 2011, p. 18; Koller 2009, p. 3, 15; Gauch, Schluep, Schmid 2008, p. 14; Huguenin e.a. 2008, p. 4; Honsell 2010, p. 1.

76 Zie bijv. art. 101 OR.

77 Schwenger 2012, p. 21; Koller 2009, p. 15; Gauch, Schluep, Schmid 2008, p. 14; Huguenin e.a. 2008, p. 5.

'verbintenis' derhalve – heeft de term *Schuldverhältnis* nog een buiten het begrip van de verbintenis staande tweede betekenis, namelijk van de gehele rechtsverhouding tussen partijen.⁷⁸ Dit ruime begrip wordt ook wel aangeduid als de *Schuldverhältnis im weiteren Sinn*.⁷⁹ In die ruime betekenis is sprake van een zelfde allesomvattend begrip van de *Schuldverhältnis* als in het Duitse recht. Daaronder zijn derhalve te verstaan de hoofdverplichtingen van partijen (zoals deze volgen uit de *Obligation*) tezamen met alle nevenverplichtingen en andere verplichtingen. Bij dit begrip mogen we echter absoluut niet uit het oog verliezen, dat dit geen betrekking heeft op de verbintenis (*Obligation*) als bedoeld in het OR.⁸⁰

Met het vorenstaande doet zich dezelfde vraag voor als bij het Nederlandse recht, namelijk hoe het begrip van de overeenkomst als rechtsbetrekking en dat van de *Schuldverhältnis* als rechtsbetrekking zich tot elkaar verhouden. Blijkens het feit dat in elk geval een aantal Zwitserse auteurs het begrip van de overeenkomst ook ziet als de rechtsbetrekking tussen partijen, ligt de gedachte voor de hand dat de *Schuldverhältnis im weiteren Sinn* is gelegen in dit begrip van de overeenkomst. Schmid stelt ten aanzien van de overeenkomst als rechtsbetrekking dan ook inderdaad, dat deze bestaat uit het rechtsgevolg van het aangaan van de overeenkomst.⁸¹ Schwenger stelt dat met het aangaan van de overeenkomst de *Schuldverhältnis im weiteren Sinne* ontstaat.⁸² Huguenin gaat er van uit dat de *Schuldverhältnis im weiteren Sinne* wordt gevormd door de overeenkomst zelf (met als voorbeeld de koopovereenkomst).⁸³ Deze opvattingen roepen derhalve een beeld op dat in grote mate overeenstemt met de huidige Nederlandse opvattingen dienaangaande: de rechtsbetrekking 'in ruime zin' tussen partijen bestaat of vloeit voort uit de overeenkomst. De *Obligation* of *Schuldverhältnis im engeren Sinn* heeft de veel beperktere betekenis van de rechtsbetrekking zoals deze tussen crediteur en debiteur bestaat uit hoofde van het vorderingsrecht respectievelijk de verplichting.

78 Berger 2012, p. 81; Schwenger 2012, p. 22; BSK OR I-Bucher 2011, p. 18; Koller 2009, p. 15; Gauch, Schluep, Schmid 2008, p. 26; Huguenin e.a. 2008, p. 5.

79 Schwenger 2012, p. 22; Koller 2009, p. 15; Gauch, Schluep, Schmid 2008, p. 26; Huguenin e.a. 2008, p. 5.

80 Expliciet in deze zin: Berger 2012, p. 81; BSK OR I-Bucher 2011, p. 18. Keller en Schöbi stellen t.a.v. het in het OR neergelegde uitgangspunt van het begrip van de *Obligation* juist het tegendeel (Keller & Schöbi 1988, p. 6). Buiten Keller en Schöbi ben ik deze afwijkende opvatting bij Zwitserse auteurs niet tegengekomen.

81 Gauch, Schluep, Schmid 2008, p. 45.

82 Schwenger 2012, p. 22.

83 Huguenin e.a. 2008, p. 5.

Conclusie

De begrippen *verbintenis* en *overeenkomst* zijn, indien we proberen daar de rechtsbetrekking in ruime zin tussen partijen bij te plaatsen, bepaald niet eenvoudig. Daarnaast zijn deze beide begrippen – voor het Duitse en Zwitserse recht voor wat betreft de verbintenis vertaald naar de *Schuldverhältnis* en *Obligation* – vergeleken tussen het NBW, OBW, Duitse en Zwitserse recht evenmin eenduidig als we daar het begrip van de rechtsbetrekking in verdisconteren. Dat leidt er toe dat we voorzichtig moeten zijn met het overhevelen van conclusies ten aanzien van de voorwaardelijke overeenkomst of verbintenis van het ene stelsel naar het andere. Dit laatste blijkt reeds als we de Duitse systematiek van de opschortend voorwaardelijke *Schuldverhältnis* vergelijken met de Nederlandse opschortend voorwaardelijke verbintenis. Ten gevolge van de opschortende voorwaarde ontstaat de Duitse *Schuldverhältnis* waarschijnlijk vooralsnog niet,⁸⁴ hetgeen niet zonder consequenties kan blijven voor de aan het begrip van de *Schuldverhältnis* verbonden rechtsbetrekking. De Nederlandse verbintenis ontstaat daarentegen onder het NBW direct en bovendien maakt de rechtsbetrekking in ruime zin als zodanig geen deel uit van het begrip van de verbintenis. Een verschil in de systematiek en mogelijke gevolgen van de voorwaardelijkheid ligt reeds daarmee voor de hand.

*3.1.2.2 De (on)mogelijkheid van een voorwaardelijke overeenkomst**Geldend recht, oud BW, Duits en Zwitsers recht*

In het vorige hoofdstuk noemde ik reeds dat in de huidige Nederlandse literatuur de mogelijkheid van een overeenkomst onder voorwaarde omstreden is.⁸⁵ Dat gold ook voor de literatuur onder het OBW.⁸⁶ De wetgever van het NBW stelt en passant dat een overeenkomst als rechtshandeling voorwaardelijk kan zijn, maar onderbouwt dat standpunt verder niet.⁸⁷ De Duitse en Zwitserse literatuur neemt in afwijking van de Nederlandse nauwelijks weersproken aan, dat het verbinden van een voorwaarde aan een overeenkomst wél mogelijk

⁸⁴ Zie § 3.2.2.

⁸⁵ Afwijzend Reehuis 2010, p. 85; Out 2003, p. 68. A-G Verkade stelt daarentegen dat de aanvaarding van een voorwaardelijk aanbod leidt tot het ontstaan van een voorwaardelijke overeenkomst (HR 12 november 2004, NJ 2005, 500).

Enigszins lastiger vast te stellen is het standpunt van Den Tonkelaar. Enerzijds stelt hij dat de overeenkomst zelf onvoorwaardelijk is (Den Tonkelaar 1994, p. 78; Den Tonkelaar 1983, p. 87, 97). Anderzijds stelt hij dat een voorwaarde wel degelijk kan worden verbonden aan de meerzijdige rechtshandeling die de overeenkomst vormt (Den Tonkelaar 1994, p. 10; Den Tonkelaar 1983, p. 11).

⁸⁶ Afwijzend: Vriesendorp 1985, p. 12 e.v.; Pitlo 1964, p. 72; Van Brakel 1935a, p. 14, m.n. nt. 2. Vóór die mogelijkheid: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 361 (echter specifiek v.w.b. het begrip van de overeenkomst als rechtsverhouding); Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 293; Hofmann 1937, p. 92; Van Ossenbruggen 1893, p. 88.

⁸⁷ PG Boek 4, MvA II, p. 814.

is.⁸⁸ We werpen een korte blik op de bij deze standpunten gehanteerde argumentaties.

Reehuis baseert de onmogelijkheid van de voorwaardelijke overeenkomst op het feit, dat niet het ontstaan maar de werking van de rechtshandeling voorwaardelijk is.⁸⁹ Blijkbaar beschouwt Reehuis de overeenkomst uitsluitend als de wilsovereenstemming respectievelijk totstandkoming van de rechtsverhouding, want alleen bij die invullingen van het begrip van de overeenkomst kan deze visie van Reehuis logisch juist zijn. Out en Vriesendorp wijzen de mogelijkheid van een voorwaardelijke overeenkomst af op basis van de gedachte, dat daarmee de wilsovereenstemming zelf voorwaardelijk zou zijn. Dat zou bij een opschortende voorwaarde leiden tot het ontbreken van wilsovereenstemming. Daarnaast beschouwen zij de geopenbaarde wil uitsluitend als een feitelijke aangelegenheid.⁹⁰ Ook Out en Vriesendorp leggen derhalve bij het begrip van de overeenkomst de nadruk op het aspect van de totstandkoming en niet op het feit dat de overeenkomst ook een rechtshandeling is die de bron van verbintenissen vormt, noch dat het begrip van de overeenkomst ook als de rechtsbetrekking tussen partijen wordt gezien.

Voor het Zwitsers recht volgt Staehelin een zelfde benadering. Op grond daarvan komt hij tot de slotsom dat een opschortende voorwaarde het ontstaan van die overeenkomst opschort.⁹¹ De door Van Ossenbruggen onder het OBW juist onderkende mogelijkheid van een voorwaardelijke overeenkomst is vanuit zijn benadering van de 'voorwaardelijke wil' begrijpelijk; bij het begrip van de overeenkomst als de overeenstemmende wil van partijen laat zich eenvoudig inzien, dat Van Ossenbruggen geen enkele moeite had aan de overeenkomst een voorwaarde te verbinden.⁹² De visie van de 'voorwaardelijke wil' is echter sinds lange tijd geheel verlaten, zodat we de opvattingen van Van Ossenbruggen kunnen laten voor wat ze zijn. Bij de overige voormelde voor- en tegenstanders van de voorwaardelijke overeenkomst onder het NBW zowel als het OBW vinden we geen nadere onderbouwingen voor hun standpunt.

Opvallend genoeg geven ook de voormelde Duitse en Zwitserse auteurs die de mogelijkheid van de voorwaardelijke overeenkomst juist onderschrijven daarvoor niet alleen geen onderbouwing, maar zelfs de stellingname als

88 Zie voor het Duitse recht (m.n. de gegeven voorbeelden): Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; (impliciet) PWW/Brinkmann 2014, p. 218; Schellhammer 2014, p. 1064, 1065; MüKo/Westermann 2012, p. 1693 e.v.; Wolf/Neuner 2012, p. 646; Tonner, Willingmann, Tamm, 2010, p. 121.

Voor het Zwitsers recht: Schwenzler 2012, p. 64; Honsell 2008, p. 610; Peter 1994, p. 202 e.v.; Staehelin 1993, p. 16, 22; Becker 1941, p. 712. Zie ook art. 13 lid 2 van het OR 2020, waar eveneens duidelijk uit volgt dat aan een overeenkomst een voorwaarde kan zijn verbonden.

89 Reehuis 2010, p. 85.

90 Out 2003, p. 68; Vriesendorp 1985, p. 12 e.v.

91 Staehelin 1993, p. 16. Opgemerkt zij dat Staehelin de enige van de door mij bestudeerde Zwitserse auteurs is die tot deze consequentie komt.

92 Van Ossenbruggen 1893, p. 88 e.v.

zodanig kunnen we over het algemeen uitsluitend afleiden uit vrij willekeurig gegeven voorbeelden. Ik kan dat niet anders interpreteren dan dat de mogelijkheid van de overeenkomst onder voorwaarde als dusdanig voor de hand liggend wordt beschouwd, dat er geen expliciete aandacht aan wordt geschonken.

Nadere uitwerking

Hiervoor zagen we dat in alle onderzochte stelsels de (on)mogelijkheid van een overeenkomst onder voorwaarde niet of slechts in beperkte mate wordt beargumenteerd. Zelf wil ik verdedigen dat de figuur van de voorwaardelijke overeenkomst wel degelijk mogelijk is, waarvoor ook argumenten bestaan die ik in de bestudeerde literatuur niet ben tegengekomen. Deze argumenten kunnen worden onderscheiden in een begripsmatige en een meer inhoudelijke argumentatie. Voordat ik daar aan toe kom wil ik echter reeds stellen, dat de werkelijke problematiek van de voorwaardelijke overeenkomst mijns inziens niet zozeer is gelegen in de vraag naar de mogelijkheid daarvan, maar in de gevolgen die we zouden willen verbinden aan een voorwaardelijke overeenkomst. Uit de overeenkomst vloeit immers meestal een complex van rechtsgevolgen voort, waardoor de gevolgen van voorwaardelijkheid bij een overeenkomst veelal minder eenduidig zullen zijn dan bij bijvoorbeeld een enkele verbintenis. Ik kom hier in § 3.5 op terug.

De vorenbedoelde begripsmatige argumentatie bestaat uit het volgende. Onweersproken kunnen aan rechtshandelingen voorwaarden worden verbonden. Dat volgt reeds uit art. 3:38 lid 1 BW. Een overeenkomst is een meerzijdige rechtshandeling. De grondslag voor die rechtshandeling is wilsovereenstemming tussen partijen; geen wilsovereenstemming, geen meerzijdige rechtshandeling in de vorm van de overeenkomst. De wilsovereenstemming vormt daarmee voor deze meerzijdige rechtshandeling de aanvulling op het vereiste van de eenzijdige partijwil, zoals deze overeenkomstig het bepaalde in art. 3:33 BW de grondslag vormt voor iedere rechtshandeling. Zoals ik in de vorige paragraaf echter reeds noemde, wordt een overeenkomst nogal eens gelijk gesteld aan die wilsovereenstemming, uiteraard naast de overeenkomst als ontstaansbron van verbintenissen. In die zienswijze kan ik mij niet vinden. Wilsovereenstemming is vanzelfsprekend wel een vereiste voor de totstandkoming van de rechtshandeling die de overeenkomst is – zo leert art. 6:217 lid 1 BW ons reeds – maar is vanaf de totstandkoming van die meerzijdige rechtshandeling verder zonder belang. Dat volgt reeds daaruit dat nádat de overeenkomst tot stand is gekomen, het alsnog ‘niet meer willen’ van een van beide partijen in juridische zin volstrekt oninteressant is. De meerzijdige rechtshandeling van de overeenkomst is nu eenmaal verricht, waaruit ook de blijvende gebondenheid van partijen voortvloeit.

Het bij de figuur van de voorwaardelijke overeenkomst koppelen van de voorwaardelijkheid aan het totstandkomingsvereiste van de wilsovereenstem-

ming, zoals door een aantal van de voormelde auteurs wordt gedaan, miskent deze systematiek. De aanvankelijke wilsovereenstemming is een vereiste om tot de meerzijdige rechtshandeling van de overeenkomst te komen. Is die wilsovereenstemming er echter, dan is daarmee de rechtshandeling verricht en is er ook geen enkele reden om ingeval van voorwaardelijkheid van die rechtshandeling weer terug te grijpen op het ontstaansvereiste van de wilsovereenstemming. Bij eenzijdige voorwaardelijke rechtshandelingen is de daaraan ten grondslag liggende wil voor wat betreft die voorwaardelijkheid immers ook zonder enig belang; het idee van de voorwaardelijkheid van de wil hebben we juist reeds lang achter ons gelaten. Dat geldt uiteraard ook bij opschortende voorwaardelijkheid van de meerzijdige rechtshandeling van de overeenkomst. Een opschortende voorwaarde verbonden aan een overeenkomst schort dan ook niet de wilsovereenstemming en daarmee het ontstaan van die overeenkomst op. Geheel overeenkomstig de normale systematiek is derhalve ook bij de voorwaardelijke overeenkomst sprake van een rechtshandeling onder voorwaarde.

Met het vorenstaande is tevens gegeven dat de veronderstelde feitelijkheid van de wilsverklaring of wilsovereenstemming voor wat betreft de mogelijkheid van een voorwaardelijke overeenkomst zonder enig belang is. Deze feitelijke elementen zien immers uitsluitend op de tot standkoming van de meerzijdige rechtshandeling die de overeenkomst is. Zoals gezegd onderscheidt de overeenkomst als rechtshandeling zich daarin echter niet van willekeurig welke andere rechtshandeling. Iedere rechtshandeling vraagt immers om een geopenbaarde wil en voor zover we daarin feitelijke elementen zien, staan deze de voorwaardelijkheid van de rechtshandeling op geen enkele wijze in de weg. Het valt niet in te zien waarom dat voor de meerzijdige rechtshandeling van de overeenkomst plots anders zou zijn.

Dan de inhoudelijke argumentatie voor de mogelijkheid van een overeenkomst onder voorwaarde. In de vorige paragraaf zagen we dat het huidige begrip van de overeenkomst in het Nederlandse recht niet alleen wordt gezien als de bron van verbintenissen, maar ook als de rechtsbetrekking tussen partijen. Ten aanzien van beide betekenissen van de overeenkomst kan het zinvol zijn om daar een voorwaarde aan te kunnen verbinden. In het kader van de overeenkomst als bron van verbintenissen blijkt dat reeds, indien deze bestaat als duurovereenkomst dan wel daaruit periodiek verbintenissen ontstaan. Partijen kunnen alle reden hebben om de overeenkomst als bron van (toekomstige) verbintenissen te beëindigen indien een toekomstig onzekere gebeurtenis zou intreden. Maar ook in andere zin kan voorwaardelijkheid gevolgen hebben

voor de overeenkomst als bron van verbintenissen, zo zal ik nog verdedigen.⁹³ Anders gezegd, de overeenkomst als bron van nieuwe verbintenissen zou om die reden afhankelijk gemaakt moeten kunnen worden van een ontbindende voorwaarde.

Daarnaast kan ook de voorwaardelijkheid van de overeenkomst als rechtsbetrekking functioneel zijn. Ook al kon ik in § 3.1.2.1 niet heel vastomlijnd aangeven wat deze rechtsbetrekking méér is dan de individuele verbintenissen, de gedachte ligt voor de hand dat het intreden van een voorwaarde wel degelijk van betekenis kan zijn voor de verschillende elementen van die rechtsbetrekking. Zo zullen de nevenrechten en verplichtingen alsmede wilsrechten die begripsmatig deel uitmaken van de overeenkomst als rechtsbetrekking veelal het lot delen van de uit die overeenkomst voortvloeiende voorwaardelijke verbintenissen. Op zich zou een systematiek denkbaar zijn waarbij de voorwaardelijkheid van een verbintenis gevolgen heeft voor de overeenkomst als rechtsbetrekking. Een dergelijke benadering staat echter op uiterst gespannen voet met de gebruikelijke visie van oorzaak en gevolg zoals de begrippen *overeenkomst* en *verbintenis* vrijwel steeds in hun onderlinge verband worden gezien. Het in directe zin kunnen verbinden van een voorwaarde aan de overeenkomst als rechtsbetrekking ligt dan ook veel meer voor de hand. Ook op deze kwestie kom ik in § 3.5 nog terug. De conclusie is derhalve dat aan overeenkomsten wel degelijk voorwaarden kunnen worden verbonden en dat die mogelijkheid ook zinvol is.

3.1.3 Waarop heeft de voorwaardelijkheid betrekking?

3.1.3.1 Voorwaardelijk ontstaan of voorwaardelijke werking?

Geldend recht

De in de literatuur merendeels aangehangen opvatting voor het Nederlandse recht alsmede de benadering van het BW is dat niet het *bestaan* van de overeenkomst, verbintenis of rechtshandeling als zodanig voorwaardelijk is, maar uitsluitend de *rechtsgevolgen* of *werking* van deze rechtsfiguren.⁹⁴ Uit de TM

93 In § 3.3.2 zal ik de systematiek bespreken van het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen na een 'presteren onder ontbindende voorwaarde'. Aldaar zal ik verdedigen dat de verbintenissen tot ongedaanmaking niet voortvloeien uit de wet (art. 6:24 BW), maar – als in beginsel opschortend voorwaardelijke verbintenissen – uit de overeenkomst tussen partijen.

94 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 216; Asser/Hijma 7-I* 2013, p. 119; Reehuis 2013, p. 12; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 7, 131; Heyman & Bartels 2012, p. 140; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 93, 694; Haentjens & Meijer 2011, p. 65; Koops 2011, p. 52; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 84; Mijnsen 2010, p. 25; Reehuis 2010, p. 85, 93; Koops 2009, p. 120; Wibier 2009b, p. 25; Breedveld-de Voogd 2007, p. 39, nt. 35; Hockx 2003, p. 201; Scheltema 2003, p. 309 (uitsluitend t.a.v. rechtshandelingen, zie ook de hierna besproken afwijzende opvattingen); Brahn & Reehuis 1997, p. 63; Asser/Hartkamp 4-I 1996,

alsmede andere delen van de PG volgt zonder meer, dat dit ook de opvatting van de wetgever is.⁹⁵ Daarnaast oordeelden de Hoge Raad en lagere rechters eveneens in deze zin.⁹⁶ Tot slot volgt het directe bestaan van specifiek de opschortende voorwaardelijke verbintenis ook nog uit de wetssystematiek. Art. 6:25 BW bepaalt immers dat indien 'een krachtens een verbintenis onder opschortende voorwaarde verschuldigde prestatie vóór de vervulling van de

p. 119; Den Tonkelaar 1994, p. 9 en 77 (echter anders op p. 64); Van Boom 1993, p. 721; Hijma 1988, p. 360; Olthof 1986, p. 41; Vriesendorp 1985, p. 12, 13 (althans vermoedelijk stelt Vriesendorp dit ook voor het NBW); Den Tonkelaar 1983, p. 11; Van Buchem-Spapens 1982, p. 58, 59; Schoordijk 1977, p. 108; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 94 nt. 3 (m.b.t. het NBW).

Dit lijkt ook de opvatting van Faber te zijn. De verrekeningsverklaring – derhalve de eenzijdig gerichte rechtshandeling – onder voorwaarde leidt z.i. namelijk tot een voorwaardelijke verrekening, waardoor de desbetreffende verbintenissen voorwaardelijk tenietgaan (Faber 2005, p. 152).

Over de opvatting van Zwemmer twijfel ik. Enerzijds stelt hij dat bij een opschortende voorwaarde de *gevolgen* van een rechtshandeling – en derhalve niet de rechtshandeling zelf – zijn uitgesteld (Zwemmer 1997, p. 12). Anderzijds stelt hij dat een transactie pas tot stand komt met het intreden van een opschortende voorwaarde (Zwemmer 1997, p. 23). Hoe dit door de Romeinse juristen werd gezien, is mij uit de geraadpleegde literatuur niet eenduidig gebleken. Zwalve stelt dat de rechtshandeling zelf als (opschortend) voorwaardelijk werd beschouwd en niet zozeer de rechtsgevolgen van die rechtshandeling (Zwalve 2006, p. 8). In min of meer gelijke zin: Everts 1883, p. 91 e.v. Out stelt daarentegen, dat de 'opschortend voorwaardelijke' rechtshandeling in de Romeinse opvattingen zelf direct bestond, maar met het voorwaardelijke gevolg van het pas ontstaan van de verbintenis bij het intreden van de voorwaarde (Out 2003, p. 68). In vermoedelijk gelijke zin als Out: Jörs e.a./Honsell e.a. 1987, p. 93; Kaser 1955, p. 219.

95 PG Boek 6, TM, p. 146 (zie echter ook hierna onder 'oud BW'); PG Boek 6, MvA II, p. 144, 146 en 153.

96 HR 30 maart 2007, BNB 2007, 181; HR 7 april 2000, NJ 2000, 602 (zie r.o. 3.4). In het arrest van 30 maart 2007 stelde de Hoge Raad: 'Het tengevolge van de opschortende voorwaarde aan de schenking klevende voorwaardelijke karakter heeft op de voet van art. 6:26 BW niet tot gevolg dat daardoor de schenking zelf eerst met de vervulling van die voorwaarde tot stand kwam, doch ziet op het feit dat eerst na de vervulling van die voorwaarde van een uit die schenking voortvloeiende, aan belanghebbende toekomstende, afdwingbare prestatie sprake is' (r.o. 5.3). Zie verder over dit arrest: Idsinga 2007, p. 4 e.v. Bij het arrest van 7 april 2000 heb ik overigens wel enige twijfels. Ik kan niet geheel uitsluiten dat de HR weliswaar in casu in de voormelde zin besliste, maar niettemin de mogelijkheid open liet dat de rechtsverhouding wel degelijk pas later tot stand zou komen.

Zie ook: HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569 (Beliën/Provincie). In dit arrest ging het om twee (opvolgende) overeenkomsten die waren aangegaan onder een opschortende voorwaarde van goedkeuring door Gedeputeerde Staten. Het hof had aangenomen dat enige schadevergoeding u.h.v. precontractuele aansprakelijkheid niet kon worden gevorderd, omdat de rechtsverhouding reeds definitief (maar opschortend voorwaardelijk) was. De Hoge Raad sanctioneert, omdat de maatstaven in het kader van deze precontractuele aansprakelijkheid in dat geval van *overeenkomstige toepassing* kunnen zijn. Anders gezegd, de Hoge Raad onderschrijft in die zin het oordeel van het hof, dat de – opschortend voorwaardelijke – overeenkomsten inderdaad reeds tot stand gekomen zijn.

Zie verder ook de conclusie van A-G Wattel bij HR 5 december 2008, RN 2009, 13; Rb. Rotterdam 5 oktober 2011, RN 2012, 8 en Rb. Alkmaar 6 april 2005, BR 2008, 444 (m.b.t. opschortend voorwaardelijke overeenkomst).

voorwaarde (is) verricht, dan kan overeenkomstig afdeling 2 van titel 4 [de onverschuldigde betaling, HS], ongedaanmaking van de prestatie worden gevorderd []'. Indien echter een verbintenis onder opschortende voorwaarde in het geheel niet zou bestaan, dan zou het leerstuk van de onverschuldigde betaling niet van *overeenkomstige* toepassing zijn, maar rechtstreeks. Echter, omdat de verbintenis onder opschortende voorwaarde juist een bestaande verbintenis is, kan het leerstuk van de onverschuldigde betaling in de wetssystematiek niet rechtstreeks maar uitsluitend van *overeenkomstige* toepassing zijn.⁹⁷ Helemaal onweersproken is de opvatting van dit directe bestaan in de moderne literatuur echter niet, met name niet ten aanzien van de opschortend voorwaardelijke verbintenis.⁹⁸

De gedachte dat 'slechts' de werking voorwaardelijk is, hangt uiteraard ten nauwste samen met het gehanteerde uitgangspunt van het directe bestaan van de overeenkomst et cetera. Bij dit uitgangspunt moeten we voor ogen houden, dat dit uitsluitend van belang is voor de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding. Ten aanzien van ontbindende voorwaarden was onder het OBW noch NBW sprake van enige twijfel over dit directe bestaan. De ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding roept immers meteen haar rechtsgevolgen in het leven, hetgeen zonder een bestaande rechtsverhouding ondenkbaar zou zijn.⁹⁹ Het volgt echter ook uit art. 6:26 BW en het tweede gedeelte van art. 6:22 BW, waarin is bepaald dat de verbintenis onder ontbindende voorwaarde eindigt bij het intreden van de ontbindende voorwaarde en derhalve logischerwijs vóór dit intreden bestaat.

97 Deze consistente wetssystematiek lijkt door o.a. Den Tonkelaar over het hoofd te zijn gezien, in die zin dat hij het leerstuk van de onverschuldigde betaling rechtstreeks van toepassing acht (Den Tonkelaar 1994, p. 77). Deze misvatting is in die zin echter begrijpelijk, dat onder het OBW eveneens vrij algemeen werd aangenomen dat in het betreffende geval sprake was van onverschuldigde betaling – ongeacht of de betreffende auteurs de werking of het ontstaan van de verbintenis als opschortend beschouwden. Zie hierna voor een verdere bespreking.

98 Struycken verdedigt bijv. dat een voorwaarde steeds deel uitmaakt van de rechtshandeling zelf en daarmee niet zozeer het rechtsgevolg van die handeling voorwaardelijk zou zijn (Struycken 2007, p. 552, nt. 209). Ook Scheltema plaatst de voorwaardelijkheid van verbintenissen niet in de werking, maar in het (voort)bestaan van de verbintenis (Scheltema 2003, p. 270, zie echter hiervoor t.a.v. rechtshandelingen). Zie tevens Fruytier 2007, p. 195, alsmede de 'wenk' (onbekende auteur) bij HR 24 oktober 2008, RN 2009, 1, waar het directe bestaan van de opschortend voorwaardelijke overeenkomst wordt ontkend. Ook A-G Wissink oppert de mogelijkheid dat de voorwaarde betrekking heeft op het bestaan van de rechtsverhouding, maar stelt daarbij dat art. 6:21 BW van een andere constructie uitgaat (A-G Wissink in zijn conclusie bij HR 1 juni 2012, NJ 2012, 471, r.o. 4.7.1, 4.7.2). Zie m.n. ook Out, die weliswaar onderkent dat het NBW uitgaat van een systeem waarbij ook opschortend voorwaardelijke verbintenissen en vorderingsrechten direct bestaan, maar bij de juistheid van die systematiek duidelijk vraagtekens plaatst (Out 2003, p. 66 e.v.).

99 De TM spreekt t.a.v. de ontbindend voorwaardelijke rechtshandeling van een 'volledige werking', waarmee vermoedelijk hetzelfde is bedoeld (PG Boek 3, TM, p. 185). Zie in deze zin ook voor het Belgisch recht: De Coninck 2007, p. 177.

Bij een opschortende voorwaarde zou men aan dit bestaan daarentegen ernstig kunnen twijfelen als het bestaan respectievelijk ontstaan van de rechtsverhouding van die voorwaarde afhankelijk zou zijn.¹⁰⁰ Het is dit laatste dat veelal tot uitdrukking wordt gebracht met de gedachte, dat het in dat geval de rechtsverhouding zélf zou zijn die afhankelijk is van het intreden van de opschortende voorwaarde. De afwijzing van die gedachte dat een opschortende voorwaarde het bestaan van de rechtsverhouding zou opschorten, vormt daarmee de grondslag voor de opvatting, waarbij niet de rechtsverhouding maar de gevolgen van die rechtsverhouding als voorwaardelijk worden beschouwd.¹⁰¹

Uit het direct bestaan van – in elk geval gedeelten van – de voorwaardelijke rechtsverhouding wordt in het hierna besproken Duitse en Zwitserse recht afgeleid, dat onverminderd die voorwaardelijkheid geheel voldaan moet zijn aan alle totstandkomingsvereisten voor die rechtsverhouding. Deze totstandkomingsvereisten zijn derhalve evenmin zelf voorwaardelijk, noch kunnen deze de inhoud van een voorwaarde bij de reeds tot stand gekomen rechtsverhouding vormen.¹⁰² Voor het Nederlandse geldend recht geldt zeer waarschijnlijk hetzelfde, al wordt dit in de literatuur als zodanig eigenlijk uitsluitend ten aanzien van voorwaardelijke beschikkingen gesteld.¹⁰³ Als we echter inderdaad uitgaan van het directe bestaan van – ook – de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding, dan vloeit uit dit bestaan reeds voort dat ook in het Nederlandse recht voldaan moet zijn aan deze vereisten voor de totstandkoming en dat deze voor wat betreft deze totstandkoming ook direct ‘werking’ hebben.

We kunnen het directe bestaan van opschortend voorwaardelijke rechtsverhoudingen ook vanuit een systematische invalshoek benaderen. Als we daarbij uitgaan van een overeenkomst ‘onder opschortende voorwaarde’ als bron van verbintenissen tussen partijen, is bij de vorenomschreven opvatting van het directe bestaan hoe dan ook geen sprake van daadwerkelijke voorwaardelijk-

100 Hetgeen overigens door een deel van de Belgische literatuur wordt verdedigd, waarmee voor het Belgisch recht een duidelijk discussiepunt ter zake de kwalificatie van de opschortend voorwaardelijke verbintenis bestaat. De Franse heersende leer gaat uit van het nog niet bestaan van de verbintenis (aldus Jansen 2009, p. 347, 380 e.v.).

101 Of deze voorwaardelijkheid van de rechtsgevolgen zijn oorzaak vindt in de voorwaardelijke werking van de rechtsverhouding (de ‘voorwaardelijke werking’ is alsdan een verklarend begrip), dan wel deze voorwaardelijke gevolgen en de voorwaardelijke werking in feite hetzelfde betekenen (de *voorwaardelijke werking* vormt in dat geval een beschrijvend begrip), komt in de literatuur veelal niet expliciet naar voren. Zie § 4.1.4.3.

102 Zie verder over deze wettelijke voorwaarden § 5.1.1.5.

103 Wessels 2012, p. 26, 27; Reehuis 2010, p. 85; Pitlo/Reehuis e.a. 2006, p. 101 (in Pitlo/Reehuis e.a. 2012 kon ik deze expliciete vaststelling overigens niet terug vinden); Faber 2000, p. 181; Mezas 1985, p. 4.

De enige twijfel die ik dienaangaande heb, is dat soms in de literatuur gesteld wordt dat het de levering zelf zou zijn die voorwaardelijk wordt verricht (zie § 11.2.6.2).

heid van die overeenkomst zelf.¹⁰⁴ Deze moet immers bestaan om bron van verbintenissen te kunnen zijn. Wel zijn de rechtsgevolgen van die overeenkomst voorwaardelijk. Moeten we bij het begrip van de overeenkomst als bron van verbintenissen daarom het voorwaardelijke ontstaan van die verbintenissen – derhalve als het voorwaardelijke rechtsgevolg van die overeenkomst – beschouwen? Van verbintenissen onder voorwaarde wordt echter eveneens aangenomen dat deze niet zelf voorwaardelijk zijn, maar uitsluitend hun rechtsgevolg. Blijkbaar is het voorwaardelijke rechtsgevolg van een voorwaardelijke overeenkomst voor het Nederlands geldend recht *niet*, dat de daaruit voortvloeiende verbintenissen pas met het intreden van de opschortende voorwaarde ontstaan. Dit laatste waarschijnlijk in tegenstelling tot het hierna besproken Duitse en Zwitserse recht.

Bij de verbintenis onder voorwaarde doet zich wederom de vraag voor naar het voorwaardelijke rechtsgevolg. Is bijvoorbeeld het vorderingsrecht dat een van de beide zijden van de verbintenis uitmaakt in zijn ontstaan voorwaardelijk? Of moeten we voor het geldend recht aannemen dat ook bij een dergelijk vorderingsrecht uitsluitend de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen voorwaardelijk zijn? We zullen nog zien dat in de literatuur en jurisprudentie opschortend voorwaardelijke vorderingen nauwelijks betwist als bestaande vorderingen worden beschouwd.¹⁰⁵ Dit betekent dat door deze aanname van het direct bestaan van opschortend voorwaardelijke vorderingsrechten het voorwaardelijke rechtsgevolg van de voorwaardelijke verbintenis waar deze vordering onderdeel van is in ieder geval *niet* wordt gevormd door juist een uitgesteld ontstaan van die vorderingsrechten.¹⁰⁶

We zien derhalve het volgende. De aanname dat opschortende voorwaardelijkheid uitsluitend leidt tot voorwaardelijke rechtsgevolgen – en dus niet tot een uitgesteld ontstaan – leidt in de hele schakering van overeenkomst, de daaruit voortvloeiende verbintenissen alsmede de vorderingsrechten die deel uitmaken van die verbintenissen bij geen enkel onderdeel tot een opgeschort ontstaan. Dat is ook geheel conform de merendeels aangehangen opvatting waarmee ik deze bespreking van het geldend recht begon: niet de rechtsverhouding als zodanig is voorwaardelijk, maar de rechtsgevolgen daarvan zijn voorwaardelijk. De gehele constellatie die de verhouding tussen partijen bepaalt – de overeenkomst zowel opgevat als bron van verbintenissen als in de zin van rechtsbetrekking tussen partijen, verbintenissen, vorderingsrechten – is in het verband van het ontstaan daarvan niet afhankelijk van de voorwaarde.

104 Los van de door mij in § 3.1.2.2 positief beantwoorde maar in de literatuur omstreden vraag of een overeenkomst überhaupt voorwaardelijk kan zijn.

105 Zie § 6.2.5.2.

106 Dit laatste eveneens in afwijking van het Duitse en vermoedelijk het Zwitsers recht, waar de opgeschorte werking van een opschortend voorwaardelijke rechtshandeling wél leidt tot een uitgesteld ontstaan (respectievelijk de kwalificatie als toekomstig) van de vorderingsrechten. Zie § 6.2.5.2.

Uitsluitend de verdere gevolgen – wat die op deze plaats verder ook mogen inhouden¹⁰⁷ – zijn voorwaardelijk.

Samengevat: de opschortend voorwaardelijke werking heeft in het Nederlands geldend recht voor geen enkel onderdeel van de rechtsverhouding een uitgesteld ontstaan tot gevolg. Voor de ontbindend voorwaardelijke werking geldt dit uiteraard eveneens.

Oud BW

Van de ontbindend voorwaardelijke verbintenis werd in de literatuur onder het OBW algemeen gesteld, dat deze in feite werking had alsof sprake was van een onvoorwaardelijke verbintenis.¹⁰⁸ Daarmee was het tevens onbetwist dat sprake was van een direct bestaande rechtsverhouding. Het karakter van de opschortende voorwaardelijke rechtsverhouding – onder het OBW vrijwel steeds toegespitst op de verbintenis – was daarentegen in aanzienlijke mate omstreden. Op de eerste plaats bestond in de literatuur van de 19e eeuw verschil van inzicht omtrent de zienswijze, dat het de partijwil – en daarmee steeds de overeenkomst in de zin van de wilsovereenstemming – zou zijn die (zowel ontbindend als opschortend) voorwaardelijk kon zijn.¹⁰⁹ In de literatuur van de 20e eeuw komt deze voorwaardelijkheid van de wil echter niet meer terug.¹¹⁰

Uiteindelijk veel belangrijker was het twistpunt of de opschortend voorwaardelijke verbintenis zelf, dan wel – overeenkomstig het huidige recht – uitsluitend de werking van de verbintenis was opgeschort.¹¹¹ Voor het eerste

¹⁰⁷ Zie verder o.m. § 3.1.4.3.

¹⁰⁸ Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 145; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 365, 387; Hofmann 1937, p. 88; Van Brakel 1935a, p. 15 en 27; Asser/Van Goudoever 1913, p. 61; Everts 1883, p. 25.

¹⁰⁹ Voor die opvatting sprak zich o.a. Van Ossenbruggen uit (Van Ossenbruggen 1893, p. 6 e.v., p. 87 e.v.). Ook in de oudere Belgische doctrine zou dit nog zijn verdedigd (aldus De Coninck 2007, p. 178 e.v.). Afwijzend echter: Everts 1883, p. 64, 65, 93 (zie ook p. 6, waar Everts spreekt van de werking van de wil).

¹¹⁰ Wiarda spreekt wel nog van de onder (opschortende) voorwaarde gesloten *overeenkomst* en koppelt in dat verband de werking van de voorwaarde aan de 'verklaarde wilsovereenstemming' (Wiarda 1937, p. 406). Die wilsovereenstemming heeft bij het ontbreken van de opschortende voorwaarde z.i. dan ook 'geene werking hoegenaamd'. Als ik Wiarda echter juist interpreteer, doelt hij daarmee niet op de individuele partijwil, maar in feite op de rechtsband tussen partijen.

¹¹¹ Dat deze discussie onder het OBW werd gevoerd, wordt in de moderne literatuur vrijwel steeds onderschreven: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 131; Scheltema 2003, p. 52 nt. 5, p. 270 e.v.; Out 2003, p. 72; Asser/Rutten 1973, p. 142. Schoordijk lijkt voor het OBW daarentegen anders te stellen, waar hij constateert dat het bestaan van (ook) de opschortend voorwaardelijke verbintenis 'aansluit bij een eeuwenoude traditie en dan ook bij het oude art. 1289 BW' (Schoordijk 1977, p. 108).

viel in die zin veel te zeggen, dat art. 1289 OBW dit in letterlijke zin stelde.¹¹² Tegelijkertijd moest men echter vaststellen dat reeds gedurende de periode van onzekerheid partijen niet in een vrijblijvende verhouding tot elkaar stonden en tot op zekere hoogte ook de (rechten en plichten uit de) verbintenis reeds betekenis konden hebben.¹¹³

In de literatuur onder OBW worstelde men dan ook met deze materie.¹¹⁴ De Savornin Lohman, Everts en Opzoomer gingen er bijvoorbeeld van uit dat tussen partijen een niet eenzijdig te beëindigen rechtsband ontstond, maar tegelijkertijd dat de eigenlijke (voorwaardelijk overeengekomen) verbintenis pas ontstond met het in vervulling gaan van de opschortende voorwaarde.¹¹⁵ Ook andere auteurs en een deel van de rechtspraak stelden dat een opschorten-de voorwaarde het ontstaan van de verbintenis opschortte.¹¹⁶ Dit is eveneens

112 Uit het feit dat de verbintenis zelf opgeschort zou zijn, volgde tevens dat de opschortende voorwaarde en tijdsbepaling op twee punten van elkaar zouden verschillen. Niet alleen betreft de tijdsbepaling een toekomstige zekere gebeurtenis en de voorwaarde juist een onzekere, maar ook ontstond de verbintenis onder opschortende tijdsbepaling direct en die onder voorwaarde pas met het intreden van de voorwaarde (Van Brakel 1935a, p. 9, 14 en 15).

113 Zie § 3.1.4.3 v.w.b. deze gevolgen met directe werking.

114 Out doet de problematiek waarmee men zich onder het OBW geconfronteerd zag m.i. te gemakkelijk af, waar hij stelt dat hoewel 'art. 1289 oud BW niets aan duidelijkheid te wensen overlaat' het rechtskarakter van de verbintenis onder opschortende voorwaarde omstreden was (Out 2003, p. 72). Het onder het OBW bestaande vraagstuk van de grondslag voor de 'voorlopige werkingen' van de opschortend voorwaardelijke verbintenis gedurende de periode van onzekerheid beantwoordt Out door te wijzen op de contractuele rechtsverhouding die ontstaat met het sluiten van de overeenkomst. Daar leidt hij uit af dat er geen behoefte aan zou bestaan om de verbintenis als een direct bestaande te kwalificeren. Wat daar voor het huidige recht van moge zijn, in het OBW werd deze rechtsverhouding (door mij aangeduid met de term *rechtsbetrekking*) geplaatst bij het begrip van de verbintenis en juist niet bij dat van de overeenkomst (zie § 3.1.2.1). Voor Outs visie zou derhalve een forse wijziging van de onder het OBW levende opvattingen zijn vereist.

115 Land/De Savornin Lohman 1907, p. 58; Everts 1883, p. 95; Opzoomer 1879a, p. 148 e.v. Hofmann lijkt iets soortgelijks te verdedigen (Hofmann spreekt van een 'zekere band tussen de partijen', Hofmann 1937, p. 93). Zie ook: Suijling 1934, p. 425. Vermoedelijk stemt de opvatting van o.m. De Savornin Lohman ook min of meer overeen met die van een deel van de moderne Belgische auteurs (zie Jansen 2009, p. 347).

Zie ook: Hof Amsterdam 3 maart 1913, W. 9582. Blijkens deze uitspraak maakte het v.w.b. de gebondenheid van partijen geen verschil of sprake was van een onvoorwaardelijk of (opschortend) voorwaardelijk recht, 'vermits ook een voorwaardelijk recht moet worden geëerbiedigd'.

116 Hamaker 1970, p. 168; Pitlo 1964, p. 73 (Pitlo spreekt weliswaar ook van 'werking', maar laat niettemin de verbintenis pas ontstaan met het intreden van de opschortende voorwaarde); Kalma 1940, p. 222; (wellicht) Wiarda in: Houwing & Wiarda 1940, p. 12, 65 en Wiarda 1937, p. 403 e.v. (m.n. p. 406, echter uitsluitend v.z.v. het betreft het vorderingsrecht onder opschortende voorwaarde zonder terugwerkende kracht); Van Brakel 1935a, p. 21 (en ook Van Brakel 1935aa, p. 25); (vermoedelijk) Asser/Van Goudoever 1913, p. 48, 57, 58, 63 (waarschijnlijk beschouwde Van Goudoever de bestaande verbintenis uitsluitend als de 'rechtsband' tussen partijen. Het recht van de schuldeiser en de verplichting van de schuldenaar – derhalve de verbintenis in enge zin – ontstaat z.i. in elk geval pas bij het intreden van de voorwaarde); Land/De Savornin Lohman 1907, p. 48, 57, 58. Ook Out onderschrijft

de conclusie van Scheltema ten aanzien van het OBW.¹¹⁷ Of ook de Hoge Raad deze opvatting deelde, zoals in de literatuur wel is gesteld, komt mij echter twijfelachtig voor.¹¹⁸ Dit standpunt van het bestaan van de rechtsband zonder dat reeds sprake is van een bestaande verbintenis, leidde soms niettemin tot enigszins ongrijpbare constructies. Zo zouden partijen weliswaar niet 'verbonden' zijn, maar wel 'gebonden'.¹¹⁹

Onder andere Oppenheim en Diephuis gingen daarentegen uit van de opgeschorte werking respectievelijk de opgeschorte rechtsgevolgen van de direct bestaande verbintenis.¹²⁰ Zij verbonden daar de – in het licht van het huidige recht – niet helemaal logische conclusie aan, dat een vóór het intreden van de opschortende voorwaarde verrichte prestatie toch onverschuldigd was verricht.¹²¹ Derhalve wel een bestaande verbintenis waar zekere rechtsgevol-

deze zienswijze voor het OBW (Out 2003, p. 72). Scheltema verdedigt dit in zijn algemeenheid in een systeem met terugwerkende kracht (Scheltema 2003, p. 270).

In deze ook: Rb. 's-Gravenhage 24 juni 1919, W. 10565. Het Hof Amsterdam leek in 1909 eveneens uit te gaan van de voorwaardelijkheid van de verbintenis zelf: 'dat de gezegde overeenkomst eerst dan tot eene verbintenis voor de partijen leiden zou' indien de (opschortende) voorwaarde zou zijn ingetreden (Hof Amsterdam 17 december 1909, W. 9079).

117 Scheltema 2003, p. 270 en 272 nt. 47.

118 Hartkamp en Hamaker wijzen op HR 2 december 1949, NJ 1950, 265 (Asser/Hartkamp 4-III 1998, p. 313; Hamaker 1970, p. 168). Het is m.i. echter zeer de vraag of in dit arrest überhaupt sprake was van een verbintenis 'onder opschortende voorwaarde'. Als dat al het geval zou zijn geweest, dan betrof het bovendien geen 'echte' maar een wettelijke voorwaarde. Zie m.n. ook de conclusie van P-G Berger en de noot van Houwing. Zie echter HR 23 januari 1985, BNB 1985, 144. A-G Van Soest stelde bij dit arrest expliciet dat het tijdstip waarop een debiteur zich heeft verbonden (en zich derhalve niet meer eenzijdig aan de rechtsverhouding kan onttrekken) door het bestaan van een opschortende voorwaarde niet naar later verschuift. Wél werd het uitgestelde ontstaan van verplichtingen aangenomen door de RvS Afd. Rechtspraak Raad van State (29 september 1992, AB 1993, 278). Aan het feit dat aan het intreden van de voorwaarde nog terugwerkende kracht was gekoppeld, besteedt de Afdeling geen aandacht.

119 Zie het citaat van Goudsmit bij Land/De Savornin Lohman 1907, p. 58, nt. 1.

120 Veegens/Oppenheim 1917, p. 41, 42; Diephuis 1886, p. 255 e.v. (en eerder: Diephuis 1885, p. 105, 126 e.v.). Diephuis verdedigde zijn standpunt onder meer i.v.m. de terugwerkende kracht van het intreden van voorwaarden, waaruit hij afleidde dat de verbintenis blijkbaar vóór dit intreden reeds bestond (Diephuis 1886, p. 258).

Ook andere auteurs onderschreven deze opvatting: Olthof 1988, p. 124; Den Tonkelaar 1983, p. 87; (vermoedelijk) Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 141, 142 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 154. Rutten noemt beide zienswijzen, maar lijkt uiteindelijk naar het direct bestaan van de verbintenis te neigen); De Bruijn 1945, p. 235; (wellicht) Wiarda 1937, p. 403 e.v. (zie zijn visie t.a.v. het voorwaardelijke vorderingsrecht m.u.v. dat onder opschortende voorwaarde zonder terugwerkende kracht); (wellicht) Suijling 1934, p. 420, 421 (op p. 423 stelt Suijling dat gedurende de periode van onzekerheid de schuldeiser als gerechtigde en de schuldenaar als gebonden moest worden beschouwd. Van een 'volslagen' vorderingsrecht was z.i. evenwel geen sprake); Van Ossenbruggen 1893, p. 90. In gelijke zin ook: Rb. Utrecht 12 mei 1954, NJ 1955, 363.

121 Een dergelijke prestatie is voor het NBW namelijk niet onverschuldigd verricht, juist omdat de verbintenis direct bestaat. De bepalingen van de onverschuldigde betaling in art. 6:25 NBW zijn daarom bij wijze van correctie van *overeenkomstige* toepassing verklaard, zie § 3.2.3.

gen aan verbonden waren, die echter tegelijkertijd geen afdoende rechtsgrond kon vormen voor directe nakoming. De meeste van deze auteurs kwamen bij deze combinatie van standpunten enigszins in de problemen. Diephuis zocht bijvoorbeeld de verklaring voor het bestaan van de verbintenis en het desondanks onverschuldigd zijn van een geleverde prestatie in het bestaan van de opschortende voorwaardelijke verbintenis, die echter tegelijkertijd niet 'werkelijk' bestond.¹²² Nóg lastiger was het standpunt van Van Goudoever waarbij uitsluitend een *abusievelijk* presteren voor het intreden van de opschortende voorwaarde een onverschuldigde betaling behelsde.¹²³ Althans, bij een bewust vroegtijdig presteren zou, in elk geval tot het eventuele verval van de voorwaarde, met betrekking tot het gepresteerde vooralsnog geen verplichting tot ongedaanmaking bestaan. Iedere verklaring voor een dergelijke systematiek ontbreekt bij Van Goudoever echter.¹²⁴

De voormelde, weinig inzichtelijke systematiek onder OBW van de bestaande maar opgeschorte verbintenis kan deels verhelderd worden door het in § 3.1.2.1 beschreven onderscheid aan te brengen tussen het directe bestaan van de 'rechtsband' tussen partijen en de 'rechten en verplichtingen' die de verbintenis in engere zin vormen. Zoals we zagen werd deze rechtsband anders dan onder het NBW door vrijwel alle auteurs van het OBW geplaatst bij de verbintenis in plaats van bij het begrip van de overeenkomst. Zodoende kon onder het OBW de vorenomschreven problematiek ontstaan waar men veelal probeerde de verbintenis 'in enge zin' pas te laten ontstaan met het intreden van de opschortende voorwaarde en tegelijkertijd de verbintenis als rechtsband direct te laten ontstaan. Zonder twijfel heeft een deel van de literatuur dit onderscheid tussen de verbintenis 'in enge zin' en als rechtsband ook voor ogen gestaan, waarmee deze opvatting niet afweek van die van bijvoorbeeld Opzoomer en De Savornin Lohman. Niettemin is van een expliciet onderscheid tussen deze 'rechtsband' en de rechten en verplichtingen tussen partijen bij de meeste auteurs geen sprake.

Wat er verder ook zij van deze zienswijzen onder het OBW, geruime tijd nadat het NBW van kracht was geworden besliste de Hoge Raad alsnog dat óók voor het OBW gold dat overeenkomstig art. 6:22 NBW uitsluitend de 'werking' van de opschortende – reeds bestaande – verbintenis aanving met het plaatsvinden van de gebeurtenis.¹²⁵

Ik besteed nog een enkel woord aan de opvatting van Meijers. Onder het 'geldend recht' noemde ik reeds dat blijkens de TM ook Meijers voor het NBW

122 Diephuis 1885, p. 105 en 126 e.v. (ook: Diephuis 1886, p. 252 e.v.).

123 Asser/Van Goudoever 1913, p. 58.

124 Zie verder § 3.2.3.1.

125 De Hoge Raad verwijst daarbij, wellicht onder het adagium 'beter laat dan nooit', in r.o. 3.4 naar art. 6:22 NBW en constateert dat de inhoud van dat wetsartikel niet afwijkt van het onder het OBW geldende recht (HR 7 april 2000, NJ 2000, 602). Dit overigens in afwijking van het eerdere oordeel van rechtbank en hof.

het standpunt huldigde, dat de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding – althans specifiek de verbintenis – direct ontstaat en niet pas bij het intreden van de voorwaarde.¹²⁶ In zijn ‘Algemene begrippen’ stelde hij dan ook in overeenstemming hiermee dat een voorwaarde betrekking heeft op de werking van een rechtshandeling.¹²⁷ Naar aanleiding van Meijers eerdere stellingname onder het OBW kunnen we daar enige kanttekeningen bij plaatsen. Meijers ging er in zijn ‘Algemene begrippen’ namelijk van uit, dat de schuldeiser ondanks de opschortende voorwaarde direct over een subjectief recht beschikte.¹²⁸ Tegelijkertijd stelde hij echter dat bij de schuldenaar vóór het moment van intreden van de voorwaarde nog geen sprake was van een bestaande verplichting. Van de beide tegenover elkaar staande delen van de verbintenis ‘in enge zin’ – het recht en de verplichting derhalve – wilde Meijers blijkens zijn ‘Algemene begrippen’ derhalve tót het intreden van de opschortende voorwaarde slechts de eerste aanvaarden. Hij beschouwde deze constellatie zelf overigens als niet heel fraai, waar hij ten aanzien daarvan stelt dat sprake is van ‘een incongruentie, maar geen onoverkomelijk bezwaar’.¹²⁹

Meijers spreekt in de vorenbedoelde passage in de TM ook uitsluitend van het bestaan van een vorderingsrecht. Hij besteedt derhalve geen woord aan de voorwaardelijke verplichting, hetgeen beschouwd zou kunnen worden als in overeenstemming met zijn voormelde visie als opgenomen in de ‘Algemene begrippen’. Dat laat onverlet dat Meijers in de TM het bestaan van de *gehele* opschortend voorwaardelijke verbintenis en daarmee ook de verplichting van de debiteur impliciet lijkt te onderkennen. Zo wordt de debiteur bij een opschortend voorwaardelijke verbintenis door Meijers ook daadwerkelijk gekwalificeerd als ‘schuldenaar’.¹³⁰ Art. 6:25 BW ter zake de overeenkomstige toepassing van de onverschuldigde betaling bij een presteren vóór het intreden van een opschortende voorwaarde gaat ook juist uit van de gedachte dat een verplichting tot presteren – op basis van het directe bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis – systematisch beschouwd wel degelijk aanwezig is. Dáárom is immers sprake van *overeenkomstige* toepassing van de onverschuldigde betaling en niet een rechtstreekse toepassing van het leerstuk.¹³¹ Ook overigens vinden we in de TM geen verdere aanwijzingen dat Meijers zijn in de ‘Algemene begrippen’ verwoorde standpunt heeft doorgevoerd in het OM. Een duidelijke afwijzing van dat eerdere standpunt vinden

126 PG Boek 6, TM, p. 146.

127 Meijers 1948, p. 91.

128 Meijers 1948, p. 91.

129 Meijers 1948, p. 91.

130 PG Boek 6, TM, p. 147. Meijers spreekt hier algemeen van de ‘schuldenaar’ waar deze debiteur kan zijn bij zowel een ontbindend maar ook een opschortend voorwaardelijke verbintenis. Zoals ik in § 1.2.2 toelicht, ga ik er daarbij derhalve wél van uit dat de betreffende passage inderdaad van Meijers’ hand is of tenminste op zijn concept van de TM is gebaseerd.

131 Zie verder § 3.2.3.

we echter evenmin. Daarmee blijft Meijers eerdere stellingname van het nog niet bestaan van de opschortend voorwaardelijke verplichting enigszins onduidelijk.

Duits recht

Uiteraard kunnen we de vraag naar hetgeen als voorwaardelijk moet worden beschouwd ook voor het Duitse recht stellen. Het BGB spreekt in dat verband expliciet van de 'der Bedingung abhängig gemachte *Wirkung*'.¹³² Ook blijkens de Duitse literatuur lijkt het geen twijfel dat voorwaardelijkheid uitsluitend betrekking heeft op deze werking respectievelijk rechtsgevolgen van de overigens bestaande rechtsverhouding. Voor wat betreft ontbindende voorwaarden is dat in die zin een vanzelfsprekendheid, dat de ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding vanaf haar totstandkoming tot het eventuele intreden van de voorwaarde naar Duits recht volledige werking heeft.¹³³ Voor de rechtshandeling en overeenkomst onder opschortende voorwaarde geldt echter eveneens dat de voorwaardelijkheid uitsluitend de werking betreft.¹³⁴ Het is derhalve voor het Duitse recht evenmin de partwil¹³⁵ noch het aangaan of ontstaan van de overeenkomst waar de voorwaarde betrekking op heeft.¹³⁶ In verband met deze opvatting van het direct bestaan van zowel een ontbindende als een opschortende voorwaardelijke rechtsverhouding verbaast het niet, dat in het Duitse recht eveneens aan alle totstandkomingsvereisten direct – en derhalve niet pas bij het intreden van de voorwaarde – moet zijn voldaan.¹³⁷ Andersom behoeft op het moment dat een opschortende voorwaarde in vervulling gaat niet nog steeds aan deze vereisten te worden voldaan.¹³⁸

Zoals we nog zullen zien, is er ook een wezenlijk verschil met het Nederlandse recht: opschortend voorwaardelijke vorderingsrechten *ontstaan* niet

132 § 158 lid 1 BGB m.b.t. de opschortende voorwaarde. Lid 2 spreekt t.a.v. de ontbindende voorwaarde eveneens van de *Wirkung*.

133 Waaronder wordt verstaan dat de rechtsgevolgen van deze voorwaardelijke rechtsverhouding vooralsnog niet anders zijn dan bij een onvoorwaardelijke: Jauernig/Mansel 2014, p. 125; PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Wolf 1999, p. 513. Overigens constateert Wolf daarbij de beperking dat ook bij de ontbindende voorwaarde zekere *Vorwirkungen* bestaan (Wolf 1999, p. 513).

134 Jauernig/Mansel 2014, p. 125; Palandt/Ellenberger 2014, p. 178, 179; PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Schellhammer 2014, p. 1064; Bork 2011, p. 494; Staundinger/Bork 2010, p. 311, 337; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 120; Körner & Rodewald 1999, p. 854 e.v.; Schießer 1998, p. 31; Hübner 1996, p. 475; Flume 1992, p. 681; Egert 1974, p. 32, 33.

135 Bork 2011, p. 494; Staundinger/Bork 2010, p. 311; Flume 1992, p. 689.

136 Flume 1992, p. 689. Bij Schellhammer 2014, p. 1063 is zonder duidelijke reden de volgende zin geschrapt, die we nog in de druk van 2005 op p. 934 aantreffen: 'Nicht der Vertragsschluss ist bedingt, lediglich die Rechtsfolgen des Vertrags sind es'.

137 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; PWW/Brinkmann 2014, p. 221; MüKo/Westermann 2012, p. 1706; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 120; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1061, 1062; Wolf 1999, p. 511; Flume 1992, p. 690.

138 Palandt/Ellenberger 2014, p. 180; Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; MüKo/Westermann 2012, p. 1706; Staundinger/Bork 2010, p. 337.

eerder dan met het intreden van de voorwaarde.¹³⁹ De daarvoor in de literatuur gegeven verklaring is de opgeschorte werking van de rechtshandeling respectievelijk de overeenkomst waar dit vorderingsrecht (bij het intreden van de voorwaarde) uit voortvloeit.¹⁴⁰ Met andere woorden, in het Duitse recht leidt de opgeschorte werking uit hoofde van een opschortende voorwaarde in elk geval met betrekking tot de daarvan afhankelijke vorderingsrechten wel degelijk tot een opgeschort ontstaan. Ik zou menen dat we tenminste in theoretisch opzicht hierin een buitengewoon wezenlijk verschil met het Nederlandse geldend recht mogen zien.¹⁴¹

Of hetzelfde daarmee ook geldt voor de opschortend voorwaardelijke verbintenis is op basis van de literatuur minder eenvoudig vast te stellen. Doordat de regeling ter zake voorwaarden in het BGB vrijwel geheel op de voorwaardelijke rechtshandeling is gericht en de literatuur zich daarbij aansluit, is in expliciete zin nauwelijks iets te vinden over de voorwaardelijke verbintenis.¹⁴² Toch kunnen we het vermoedelijk juiste antwoord wel formuleren.

Bij het begrip van de verbintenis als vorderingsrecht met de daar tegenover staande verplichting kan logischerwijs eigenlijk geen sprake zijn van een bestaande verbintenis. Als het vorderingsrecht en de verplichting ten gevolge van de opschortende voorwaardelijkheid nog niet bestaan, kan moeilijk de verbintenis waarin deze beide elementen samen komen – en die in wezen ook niet meer omvat dan deze beide elementen – wél bestaan. We zagen echter reeds dat het Duitse recht ook het begrip van de *Schuldverhältnis im weiteren Sinn* hanteert. In dat begrip van de verbintenis is tevens de ‘rechtsbetrekking’ zoals deze voor het Nederlands recht deel uitmaakt van het begrip van de overeenkomst verdisconteerd. We vinden derhalve voor het Duitse recht een situatie die tot dezelfde discussies aangaande het al dan niet bestaan van de verbintenis aanleiding zou kunnen geven, zoals deze onder het OBW werden gevoerd. In de door mij bestudeerde moderne Duitse literatuur blijkt echter niets van een dergelijke discussie, zodat daaruit evenmin kan worden afgeleid hoe wordt gedacht over het bestaan van de *Schuldverhältnis im weiteren Sinn* voordat de opschortende voorwaarde is ingetreden.

Desondanks wil ik wel het redelijke *vermoeden* uitspreken dat de verbintenis in ruime zin, waar de rechtsbetrekking derhalve deel van uitmaakt, vooralsnog

139 Zie § 6.2.5.2.

140 Deze vaststelling vindt men in een groot deel van de literatuur impliciet. Zie echter ook in expliciete zin: MüKo/Westermann 2012, p. 1705, 1706; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 121.

141 Iets anders is of daarmee ook in materieel opzicht sprake is van een (belangrijk) verschil. Ik heb echter geen studie gedaan naar de overeenkomsten en verschillen tussen toekomstige vorderingsrechten naar Duits recht en bestaande vorderingsrechten naar Nederlands recht.

142 De enige uitzondering betreft Schießer, die stelt dat de opschortend voorwaardelijke *Schuldverhältnis* naar de moderne opvattingen in de Duitse literatuur onbetwist direct zou bestaan (Schießer 1998, p. 31). Zie ook de volgende noot.

niet bestaat.¹⁴³ Dat volgt uit hetgeen wordt verstaan onder deze 'rechtsbetrekking', te weten de hoofdverplichtingen van partijen (derhalve zoals deze door de verbintenis 'in enge zin' worden gevormd) tezamen met alle nevenverplichtingen alsmede eventuele andere verplichtingen en de daarmee corresponderende rechten van de wederpartij.¹⁴⁴ Van deze 'hoofdverplichtingen' is het echter met zekerheid het Duitse geldend recht dat deze ten gevolge van de opgeschorte werking juist nog niet bestaan. Daarnaast wordt de gebondenheid van partijen niet gezien als gevolg van de verbintenis, maar van de overeenkomst tussen partijen. Dit laatste derhalve in afwijking van hetgeen door een deel van de literatuur onder het OBW werd aangenomen en waaruit voor het OBW het argument werd afgeleid van het (al dan niet deels) wel bestaan van de verbintenis.

Met andere woorden, vóór het intreden van de opschortende voorwaarde lijkt de betekenis van de rechtsbetrekking als deel van de verbintenis voor het Duitse recht nogal bescheiden. Daarmee ligt de gedachte voor de hand dat er ook geen onderscheid wordt gemaakt tussen de – waarschijnlijk – nog niet bestaande verbintenis 'in enge zin' en de verbintenis 'in ruime zin'. Bij de bespreking van de *Vorwirkung* zal blijken dat dit vermoeden – voor wat het waard is – ten aanzien van de systematiek van de opgeschorte werking tot problemen leidt.

Zwitsers recht

Eerder heb ik reeds genoemd dat het Zwitsers recht een van het Nederlandse en Duitse recht afwijkend uitgangspunt *lijkt* te hanteren ten aanzien van het vraagstuk, waar voorwaardelijkheid betrekking op heeft.¹⁴⁵ Art. 151 I OR stelt namelijk de *Verbindlichkeit* – en dus niet de *werking* – van een overeenkomst afhankelijk van het intreden van een opschortende voorwaarde. In vooral oudere Zwitserse literatuur wordt inderdaad uitgegaan van het pas ontstaan van de overeenkomst en ook de andere rechtsfiguren die ik samenvoeg onder de term 'rechtsverhouding' met het intreden van een opschortende voorwaarde.¹⁴⁶ Deze letterlijke interpretatie van de wettekst wordt echter in de moderne Zwitserse literatuur door een ruime meerderheid afgewezen

143 Dit derhalve in afwijking van hetgeen Schießer stelt (Schießer 1998, p. 31). Schießer verwijst in deze o.m. naar Flume (Flume 1992, p. 689 en 727) en Medicus (Schießer verwijst naar een eerdere druk van Medicus 2010, p. 345, rn. 842). Anders dan Schießer lijkt te stellen, bespreekt Flume echter uitsluitend de vroegere discussie omtrent de vraag of de wil van partijen dan wel de werking van de *rechtshandeling* voorwaardelijk is. Over de uit die rechtshandeling voortvloeiende verbintenis spreekt Flume met geen woord. Medicus verwijst enigszins indirect eveneens uitsluitend naar (het moment) van het verrichten van de rechtshandeling.

144 Zie § 3.1.2.1.

145 Zie § 2.1.1.

146 Becker 1941, p. 716, 721; Oser 1929, p. 689. Zie in deze zin echter ook: Staehelin 1993, p. 16, 17 (niettemin spreekt Staehelin toch ook van de voorwaardelijke werking van een overeenkomst).

en de redactie van art. 151 OR dan ook geregeld bekritiseerd.¹⁴⁷ In het OR 2020 vinden we de redactie van art. 151 I OR ook niet terug, maar wordt eveneens de werking van de voorwaarde afhankelijk gesteld. Voor het huidige Zwitsers recht geldt derhalve zeer waarschijnlijk eveneens dat voorwaardelijke rechtshandelingen en overeenkomsten, waaronder derhalve ook de opschortend voorwaardelijke, reeds gedurende de periode van onzekerheid als 'bestaand' kwalificeren.¹⁴⁸ Voor het Zwitserse recht is dit met betrekking tot ontbindende voorwaarden eveneens een vanzelfsprekendheid, omdat de ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding vanaf haar totstandkoming tot het eventuele intreden van de voorwaarde volledige werking heeft.¹⁴⁹

Overeenkomstig het Duitse recht en in afwijking van het Nederlandse worden opschortend voorwaardelijke vorderingsrechten daarentegen als (nog) niet bestaand respectievelijk toekomstig beschouwd. Althans waarschijnlijk, want helemaal onbetwist is dit in de Zwitserse literatuur niet.¹⁵⁰ Daarmee doet zich ook de vraag voor of de opschortend voorwaardelijke verbintenis – *Obligation* – reeds gedurende de periode van onzekerheid bestaat. Berger, de enige door mij geraadpleegde auteur die zich expliciet over deze vraag uitlaat, gaat uit van het directe bestaan van de verbintenis. Daarbij zij echter aangetekend dat Berger in afwijking van de voormelde – waarschijnlijk – heersende Zwitserse opinie ook het directe bestaan van opschortend voorwaardelijke vorderingsrechten verdedigt.¹⁵¹ Waarschijnlijk bestaat de opschortend voorwaardelijke verbintenis 'in enge zin' voor het Zwitsers recht dan ook juist niet, overeenkomstig hetgeen ik hiervoor bij het Duitse recht stelde.¹⁵²

147 Zie v.w.b. deze kritiek op de wettekst: Honsell 2008, p. 610; Guhl/Koller 2000, p. 54.

148 Berger 2012, p. 261, 262; Schwenzer 2012, p. 67; BSK OR I-Ehrat 2012, p. 860 (althans vermoedelijk. Ehrat spreekt echter ook van de voorwaardelijke *Verbindlichkeit*, zie p. 854); Huguenin e.a. 2008, p. 199; Honsell 2008, p. 615; Guhl/Koller 2000, p. 54, 58; Bucher 1988, p. 510; Merz 1984, p. 148, 158.

149 W.o. ook voor het Zwitsers recht wordt begrepen dat de rechtsgevolgen van de voorwaardelijke rechtsverhouding vooralsnog niet anders zijn dan bij een onvoorwaardelijke: Gauch, Schlupe, Emmenegger 2014, p. 382; Berger 2012, p. 263; Honsell 2008, p. 621; Huguenin e.a. 2008, p. 200; Gutmans 1995, p. 11; Keller & Schöbi 1988, p. 108; Merz 1984, p. 153; Guhl 1944, p. 58; Becker 1941, p. 728; Oser 1929, p. 693.

150 Zie de in § 6.2.5.2 vermelde literatuur.

151 Berger 2012, p. 262, 770 (waarbij Berger constateert dat toekomstige vorderingen 'soortgelijke' kenmerken heeft als opschortend voorwaardelijke vorderingen, waar impliciet uit volgt dat deze laatste in Bergers visie blijkbaar niet toekomstig van aard zijn). Overigens stelt ook Peter dat deze vorderingsrechten direct bestaan (Peter 1994, p. 259), maar bij Peter heb ik niet in expliciete zin gevonden hoe hij de opschortend voorwaardelijke verbintenis kwalificeert. Een opschortende voorwaarde staat z.i. de rechtsgrond voor nakoming vóór het intreden van die voorwaarde i.e.g. in de weg (Peter 1994, p. 354). Hoe zich dit in Peters visie verhoudt tot het wél direct bestaan van een opschortend voorwaardelijk vorderingsrecht is mij niet duidelijk geworden.

152 Zie ook: BSK OR I-Ehrat 2011, p. 857, 864 en BGE 28 maart 2003, 129 III 268 E.5.3.2. De voorliggende vraag was of bij het definitief niet intreden van een opschortende voorwaarde de werking van de desbetreffende opschortend voorwaardelijke overeenkomst met terugwerkende kracht zou komen te vervallen, of dat deze werking nooit was ingetreden. Het

De auteurs die de opvatting van het direct bestaan van de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding huldigen (dus buiten het verband van de verbintenis en vorderingsrechten), gaan overeenkomstig het Nederlandse en Duitse recht uit van de voorwaardelijkheid van de *werking* van de rechtsverhouding.¹⁵³ Ook voor het Zwitsers recht geldt daarmee dat bij de voorwaardelijke rechtsverhouding aan alle totstandkomingsvereisten moet zijn voldaan en het juridisch handelen van partijen daarmee voor wat betreft deze totstandkoming is afgesloten.¹⁵⁴ Per het moment van in vervulling gaan van de voorwaarde behoeft ook voor het Zwitsers recht niet langer aan deze vereisten te zijn voldaan.¹⁵⁵

PECL, DCFR

Ook de PECL en het DCFR gaan uit van de voorwaardelijkheid van de 'werking'. Voor de PECL volgt dit rechtstreeks uit de artt. 16:101 en 103, waar de termen *Wirkung* en *wirksam* in verband met beide soorten voorwaarden zijn opgenomen. Blijkens de bescheiden toelichting is daarmee de opschortend voorwaardelijke *Verbindlichkeit* opgeschort.¹⁵⁶ Dat laatste suggereert wellicht dat daarmee zowel de verplichting als het daarmee corresponderende vorderingsrecht nog niet bestaan en daarmee wellicht evenmin de opschortend voorwaardelijke verbintenis. Erg waarschijnlijk is deze zienswijze niet, waar de regeling in het PECL met name gericht is op de voorwaardelijkheid van de verbintenis. De toelichting biedt in deze echter geen helpende hand.

Het DCFR spreekt in art. III.-1:106 leden 1 en 2 van *takes effect* voor wat betreft opschortende voorwaarden. Ten aanzien van ontbindende voorwaarden is in het DCFR daarentegen naar de letter geen sprake van een voorwaardelijke werking, maar het lijkt mij de vraag of dat niettemin niet toch bedoeld is. De toelichting helpt ons weinig verder; onduidelijk blijft bijvoorbeeld of rechten, verplichtingen alsmede verbintenissen direct bestaan of niet.

Bundesgerichtshof besloot in de laatste zin, zodat tot het moment van intreden of uitval van de opschortende voorwaarde geen werking uit de overeenkomst ontstaat. Daarmee lijkt de verbintenis in enge zin – derhalve beperkt tot het vorderingsrecht met de daartegenover staande schuld – t.g.v. opschortende voorwaardelijkheid inderdaad nog niet te zijn ontstaan. Zie v.w.b. de ontkenning van het reeds bestaan van rechten en verplichtingen overigens ook: Gutmans 1995, p. 10.

153 Berger 2012, p. 261; Honsell 2008, p. 613; Huguenin e.a. 2008, p. 196; Bucher 1988, p. 507.

154 Honsell 2008, p. 610, 613; Peter 1994, p. 207 e.v. Overigens verdedigen ook de auteurs die uitgaan van de opvatting dat de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding nog niet bestaat, dat voldaan moet zijn aan alle totstandkomingsvereisten (zie bijv.: Oser 1929, p. 689).

155 Berger 2012, p. 265, 266; Oser 1929, p. 689.

156 Von Bar & Zimmermann 2005, p. 820.

3.1.3.2 Voorwaardelijkheid heeft geen betrekking op de gebondenheid

Geldend recht, oud BW, Duits en Zwitsers recht

In de voorgaande paragrafen kwam reeds op enkele plaatsen ter sprake dat partijen bij een voorwaardelijke overeenkomst of verbintenis direct jegens elkaar gebonden zijn. *Gebonden* in de zin van de onmogelijkheid voor ieder van partijen om eenzijdig van de rechtsverhouding terug te kunnen treden. Deze gebondenheid geldt niet alleen bij een ontbindende voorwaarde, waarbij deze gezien de alsdan directe werking van de rechtsverhouding voor de hand ligt, maar ook bij opschortende voorwaardelijkheid. Anders gezegd, een opschortende voorwaarde bij een overeenkomst of verbintenis is zonder betekenis voor de directe gebondenheid van partijen.¹⁵⁷ Daarbij blijkt het zonder belang te zijn of die gebondenheid wordt gezien als gevolg van de overeenkomst,¹⁵⁸ dan wel als gevolg van de verbintenis tussen partijen.¹⁵⁹

Ten aanzien van de min of meer tegenovergestelde kwestie van de gebondenheid van partijen bij het intreden van een ontbindende of het vervallen van een opschortende voorwaarde ontbreekt in de literatuur iedere aanwijzing. Niettemin zou ik menen dat het antwoord voor de hand ligt: de gebondenheid van partijen zal eindigen overeenkomstig hetgeen de situatie zou zijn indien de rechtsverhouding op een andere wijze zou eindigen dan in verband met het intreden of vervallen van de ontbindende respectievelijk opschortende voorwaarde. Of dat echter reeds het geval is per het moment van dat intreden of vervallen zal ik onderstaand bespreken.

Nadere uitwerking

De vraag waarom partijen ondanks een opschortende voorwaardelijkheid voor het geldend recht toch zijn gebonden, heb ik in feite reeds behandeld. We zagen hiervoor bij het geldend recht dat de gebondenheid van partijen thans wordt gezien, in ieder geval door het bescheiden aantal auteurs dat zich daarover uitspreekt, als een gevolg van de overeenkomst en niet (langer) van de verbintenis. Voor degenen die de overeenkomst onder voorwaarde onmog-

157 Al stelde de Hoge Raad in het arrest 1 juni 2012 (NJ 2012, 471, r.o. 3.10.2) enigszins zijdelings dat 'van wege de opschortende voorwaarde de overeenkomst pas bindt nadat de voorwaarde in vervulling is gegaan'. Dit staat dermate diametraal tegenover de huidige opvattingen, dat ik dit als een *slip of the pen* beschouw.

Zie voor het Zwitsers recht reeds: BGE 12 februari 1946, 72 II 29 E.2.

158 Zoals in het huidige Nederlandse recht, het Duitse recht, het Zwitserse recht wordt aangenomen en soms ook onder het OBW werd aangenomen. Zie voor het Nederlandse recht: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 39 e.v.; Mok 1997, p. 4.

Duitse recht: Schellhammer 2014, p. 1024; Wolf/Neuner 2012, p. 648, 651; Flume 1992, p. 606; BGH 21 september 1994, NJW 1994, 3227.

Zwitsers recht: Peter 1994, p. 239, 242 en 284. Zie voor de literatuur onder het OBW de bespreking in § 3.1.2.1 en 3.1.3.1, waaruit volgt dat ook onder het OBW deze gebondenheid het geldend recht vormde.

159 Zoals een ander deel van de literatuur onder het OBW aannam, zie § 3.1.3.1.

lijk achten, is daarmee de directe gebondenheid van partijen gegeven. Een eventuele (opschortende) voorwaarde zou in dat geval uiteraard nog steeds verbonden kunnen zijn aan een uit die overeenkomst voortvloeiende verbintenis, maar dat laatste is voor het bestaan van directe gebondenheid uit hoofde van de overeenkomst zonder belang.

Maar ook als we, zoals ik in § 3.1.2.2 heb verdedigd, willen aannemen dat een overeenkomst wel voorwaardelijk kan zijn, blijft dit zonder enige consequentie voor deze directe gebondenheid. Dat is een gevolg daarvan dat de overeenkomst als meerzijdige rechtshandeling óók bij een daaraan verbonden opschortende voorwaarde nu eenmaal is verricht. De ten behoeve van de totstandkoming van die rechtshandeling eerder vereiste wilsovereenstemming tussen partijen is nadien zonder betekenis; indien een van partijen alsnog 'niet meer wil' blijft dat zonder gevolgen voor de meerzijdige rechtshandeling die de overeenkomst is. Deze meerzijdigheid is immers niet uitsluitend van belang voor het ontstaan van de overeenkomst, maar ook voor het uit hoofde van partijwil weer beëindigen daarvan. De eventuele opschortende voorwaardelijkheid van de overeenkomst wijzigt uiteraard niets aan de constellatie als meerzijdige rechtshandeling. De opschortende voorwaardelijkheid van en de gebondenheid aan de overeenkomst hebben derhalve niets met elkaar van doen.

Resteert nog de kwestie van de gebondenheid bij het intreden van een ontbindende of vervallen van een opschortende voorwaarde. Ik stelde reeds dat de gebondenheid van partijen alsdan zal eindigen. Het is immers nogal onzinnig een voortbestaande gebondenheid aan te nemen, terwijl partijen – per of in elk geval na het moment van intreden respectievelijk vervallen van de voorwaarde – niets meer van elkaar te vorderen hebben noch in de toekomst zullen hebben. Minder evident is echter *waarom* die gebondenheid in de systematiek van voorwaarden eindigt en *per welk moment* dat het geval is.

Ik neem nogmaals een voorzet op hetgeen ik in de rest van dit hoofdstuk zal verdedigen. Zonder twijfel is het geldend recht dat het partijen zelf zijn die bepalen óf hun rechtsverhouding onder voorwaarde zal staan en zo ja, wat de inhoud van die voorwaarde (de gebeurtenis) zal zijn.¹⁶⁰ Het is derhalve de partijwil die de grondslag en de inhoud van de voorwaarde bepaalt, zij het met enkele beperkingen.¹⁶¹ Datzelfde geldt, althans zo zal ik verdedigen, voor veel van de materiële gevolgen van de voorwaardelijkheid. Partijen bepalen derhalve – uiteraard veelal impliciet – zelf wat de gevolgen zijn van het feit, dat zij hun rechtsverhouding onder een voorwaarde plaatsen. Ook dienaangaande gelden enkele beperkingen, waarvan de voornaamste is dat partijen logischerwijs geen onvoorwaardelijke gevolgen kunnen laten ontstaan

160 V.w.b. dit laatste ga ik zelf een stapje verder dan veelal wordt aangenomen, waar m.i. ook de uitsluitend subjectief onzekere gebeurtenis de inhoud van een voorwaarde kan vormen. Zie § 2.4.3.

161 Zie hoofdstuk 5.

zonder dat de voorwaardelijkheid ten aanzien van dat deel van de rechtsverhouding eindigt.¹⁶²

Terug naar de vraag van het eindigen van de gebondenheid. Wáárom eindigt deze? Omdat partijen dat bij het aangaan van de rechtsverhouding zelf zo hebben gewild. Voor het geval de ontbindende voorwaarde in de toekomst mocht intreden of de opschortende voorwaarde zou komen te vervallen, dan zijn partijen in het kader van het zelf vaststellen van de materiële gevolgen van de voorwaardelijkheid overeengekomen dat daarmee ook hun wederzijdse gebondenheid eindigt. Dat een dergelijk 'overeen komen' veelal in de voorwaardelijkheid zelf besloten zal liggen en deze beëindiging van de gebondenheid derhalve meestal slechts impliciet overeengekomen zal zijn, doet daar niets aan af. Dat geldt ook voor het moment waarop deze gebondenheid zal eindigen. Voor zover op partijen bijvoorbeeld ongedaanmakingsverplichtingen komen te rusten, maar bijvoorbeeld ook indien partijen om andere redenen niet alle tussen hen bestaande verplichtingen direct willen beëindigen, duurt de gebondenheid voort zoals zij dat zelf bij het vaststellen van de materiële gevolgen van de voorwaardelijkheid overeengekomen zijn.

3.1.4 Het begrip 'voorwaardelijke werking'

3.1.4.1 *De voorwaardelijke werking als opgenomen in het NBW*

Hiervoor zagen we dat het huidige Nederlandse en Duitse alsmede waarschijnlijk ook het Zwitserse recht in het kader van de voorwaardelijkheid uitgaan van een voorwaardelijke *werking*. Dat laatste voor het Duitse recht met uitzondering van het opgeschorte ontstaan van opschortend voorwaardelijke vorderingsrechten en verbintenissen. Beide vorenbedoelde uitzonderingen voor het Duitse recht gelden waarschijnlijk eveneens voor het Zwitsers recht. Hoe dan ook, met het uitgangspunt van 'slechts' een voorwaardelijke werking is het zinvol om dit begrip nader te bestuderen. Daarmee beginnen we door in deze paragraaf de vraag te stellen, hoe het begrip van de voorwaardelijke werking in het NBW is opgenomen. Het doel daarvan is om te bezien, of uit de wet kan worden afgeleid wat we onder die voorwaardelijke werking moeten verstaan. Alvorens ik daaraan toe kom, bespreek ik of de voorwaardelijke werking blijkens de wet ook aan voorwaardelijke rechtshandelingen is verbonden. Van een 'geldend recht' kan door een vrijwel algeheel ontbreken van aandacht voor

¹⁶² Zie o.a. ook § 3.2.3.2 over de mogelijkheid van nakoming ondanks opschortende voorwaardelijkheid. Zolang gepresteerd kan worden met slechts opgeschorte gevolgen – bijv. de overdracht 'onder opschortende voorwaarde' – staat het m.i. partijen vrij om ook v.w.b. de materiële gevolgen van de opschortende voorwaardelijkheid t.a.v. de nakoming zelf deze gevolgen te bepalen.

deze vragen nauwelijks worden gesproken, zodat ik geen poging zal doen dat vast te stellen.

Uitsluitend redactioneel bezien lijkt er tussen de artt. 3:38 lid 1 ter zake rechtshandelingen en 6:21 BW ter zake verbintenissen een opvallend verschil te bestaan. De wettekst van art. 3:38 BW lijkt namelijk te stellen dat een rechtshandeling zélf voorwaardelijk is. Uit hoofde van art. 3:84 lid 4 BW lijkt datzelfde ook te gelden voor verbintenissen. Uit de redactie van art. 6:21 en ook art. 6:22 BW volgt echter ten aanzien van voorwaardelijke verbintenissen, dat die voorwaardelijkheid tot uitdrukking komt in de voorwaardelijke *werking* van de verbintenis. Deze voorwaardelijke werking laat overigens onverlet dat art. 6:21 BW een verbintenis met voorwaardelijke werking wel degelijk beschrijft als een voorwaardelijke verbintenis. Beoogde de wetgever met dit verschil in redactie tussen de artt. 3:38 en 6:21 BW echter ook een inhoudelijk verschil tussen rechtshandelingen en verbintenissen onder voorwaarde?

Hiervoor heb ik reeds geconstateerd dat de wetgever de omschrijving in art. 6:21 BW van hetgeen als voorwaarde is te beschouwen enigszins onterecht in het verbintenissenrecht heeft geplaatst. Immers, precies hetzelfde begrip van de voorwaarde geldt ook op andere terreinen van het vermogensrecht. Plaatsing in Boek 3 BW van de omschrijving van de voorwaarde had derhalve meer voor de hand had gelegen.¹⁶³ Reeds daarmee bestaat alle reden om aan te nemen dat de tekst van art. 3:38 BW anders gelezen dient te worden: niet de rechtshandeling is voorwaardelijk, maar de werking daarvan.

Daarnaast kunnen we constateren dat de wetgever niet heel consequent is geweest in de gehanteerde terminologie, althans als we aannemen dat inderdaad geen inhoudelijk verschil was beoogd. Zo wordt een rechtshandeling onder voorwaarde verricht (art. 3:38 lid 1 BW) en is in overeenstemming daarmee ook sprake van een 'rechtshandeling onder voorwaarde' (art. 6:161 lid 2 sub c BW), een 'verbintenis onder voorwaarde' (art. 6:25 BW) en een 'overdracht [] onder [] voorwaarde' (6:180 lid 2 BW). Daarentegen spreekt de wet van de 'voorwaardelijke verbintenis' (art. 3:84 lid 4 en 6:26 BW) of ook van 'een verbintenis is voorwaardelijk' (art. 6:21 BW). Uit niets volgt echter dat de wetgever enig inhoudelijk verschil voor ogen stond bij deze enigszins gedifferentieerde terminologie. De 'voorwaardelijke verbintenis' en de 'verbintenis onder voorwaarde' zijn inhoudelijk gewoon dezelfde begrippen. Er is evenmin reden om aan te nemen dat in de wetssystematiek plots wel een verschil bedoeld zou zijn tussen de 'verbintenis onder voorwaarde' en de 'rechtshandeling onder voorwaarde' voor wat betreft de voorwaardelijke werking, die blijkens art. 6:21 BW expliciet aan voorwaardelijke verbintenissen is verbonden.

¹⁶³ Zie § 2.3.2.

In de literatuur wordt dan ook terecht aangenomen dat de tekst van art. 3:38 BW in die zin geïnterpreteerd moet worden, dat ook de voorwaardelijke rechtshandeling een voorwaardelijke werking respectievelijk rechtsgevolg heeft.¹⁶⁴ Andersluidende visies ben ik in de literatuur niet tegengekomen. Daarnaast lijkt het eigenlijk geen twijfel dat ook Meijers bij de voorwaardelijkheid van een rechtshandeling het oog had op deze daaruit voortvloeiende voorwaardelijke werking.¹⁶⁵ Samengevat, ook al volgt uit art. 3:38 BW niet uitdrukkelijk dat het de *werking* van de rechtshandeling is die afhankelijk is van de onzekere gebeurtenis, niettemin kunnen we dienaangaande uitgaan van een zelfde systematiek als bij de voorwaardelijke verbintenis.¹⁶⁶

Dan de voorwaardelijke werking als opgenomen in het NBW. Zoals gezegd hanteert de wet in de artt. 6:21 en 22 BW dit begrip expliciet. Uit deze beide wetsbepalingen blijkt echter niet duidelijk wat de betekenis van deze *werking* zou moeten zijn. Dat geldt ook voor de toelichtingen in de PG bij deze wetsbepalingen. Ten aanzien van de ontbindend voorwaardelijke verbintenis lijkt deze onduidelijkheid niettemin nauwelijks aanleiding te geven tot discussie; de verbintenis bestaat en 'werkt' totdat de ontbindende voorwaarde intreedt. Bij de opschortend voorwaardelijke verbintenis bestaan daarentegen diepgaande verschillen van inzicht ten aanzien van de opgeschorte werking. De kwestie van de voorwaardelijke werking wordt in de literatuur dan ook begrijpelijkerwijs vooral besproken in het kader van opschortend voorwaardelijke verbintenissen.

Ik werp een nauwkeuriger blik op de artt. 6:21 en 22 BW. Het eerste artikel stelt voor beide soorten voorwaarden dat deze de werking van de verbintenis van een toekomstige onzekere gebeurtenis afhankelijk stellen. Daaruit valt vooralsnog weinig af te leiden ten aanzien van de betekenis van deze *werking*. Art. 6:22 BW kunnen we ter zake evenmin beschouwen als de bron aller kennis, maar licht wel een tipje van de sluier op. Bij de opschortende voorwaarde vangt de werking aan met het intreden van de aanvankelijk onzekere gebeurtenis. Bij de ontbindende voorwaarde is blijkens de tweede zin van het artikel het gevolg op het eerste gezicht daarentegen andersoortig: niet zozeer de werking als zodanig eindigt, maar de gehele verbintenis eindigt door het intreden van de gebeurtenis. In combinatie met art. 6:21 BW kunnen we hier een eerste inhoudelijke betekenis van de voorwaardelijke werking in zien. Door het intreden van de ontbindende voorwaarde eindigt – 'vervalt' – de tot dan toe bestaande verbintenis. Er bestaat derhalve in de redactie van art. 6:22 BW een afhankelijkheid tussen het niet-intreden van de ontbindende voorwaarde en het voortbestaan van de verbintenis. Daarin kan – met het oog op de samen-

164 Scheltema 2003, p. 309; Faber 1997, p. 188; Den Tonkelaar 1994, p. 9.

165 Zie bijv. PG Boek 3, TM, p. 185.

166 Zie hierover ook Peter, die vermoedelijk tot een min of meer gelijk resultaat komt (Peter 2007, p. 136). Helemaal helder is deze opvatting mij niet.

hang met art. 6:21 BW en de eerste zin van art. 6:22 BW – een eerste nadere invulling worden gezien van de voorwaardelijke werking, althans in het verband van de ontbindende voorwaarde.¹⁶⁷ Of anders gezegd, het verval van de ontbindend voorwaardelijke verbintenis door het intreden van de voorwaarde is in mijn optiek een invulling van het begrip *werking* bij een ontbindende voorwaarde.¹⁶⁸

Voor dit inzicht ten aanzien van de beëindigende werking van ontbindende voorwaarden hadden we een dergelijke handreiking van de wetgever uiteraard niet nodig gehad. Het interessante van deze tweede zin van art. 6:22 BW is mijns inziens dan ook in iets anders gelegen. Terwijl dit deel van art. 6:22 BW bepaalt dat door het intreden van een ontbindende voorwaarde de verbintenis eindigt, stelt de eerste zin van het wetsartikel ten aanzien van de opschortende voorwaarde namelijk *niet* het tegengestelde in die zin, dat de aanvang van de verbintenis afhankelijk zou zijn van het intreden van de opschortende voorwaarde. Volgens deze bepaling is immers de 'werking' en dus niet de 'aanvang' van de opschortend voorwaardelijke verbintenis opgeschort tot het intreden van de voorwaarde. Vanwaar dit verschil in redactie tussen de eerste en tweede zin van art. 6:22 BW? Dit vloeit voort uit de in het NBW neergelegde en reeds besproken systematiek dat niet alleen de ontbindend voorwaardelijke, maar ook de opschortend voorwaardelijke verbintenis direct ontstaat.¹⁶⁹ Het ontstaansmoment van de opschortend voorwaardelijke verbintenis is derhalve niet pas gelegen op het moment van intreden van de voorwaarde. Daarmee kon de door de wetgever bedoelde *werking* van beide typen voorwaarden in de redactie van art. 6:22 BW logischerwijs ook niet spiegelbeeldig worden gemaakt.¹⁷⁰

167 Gezien het feit dat voorwaarden van rechtswege effect hebben (zie § 2.6), is ook het moeilijk een andere grond te vinden voor deze beëindiging van de verbintenis dan de ontbindend voorwaardelijke 'werking'. Nadere wilsovereenstemming en dergelijke zijn gezien de werking van rechtswege in ieder geval niet vereist.

168 Scheltema onderschrijft uiteraard de voormelde afhankelijkheid van het voortbestaan van de verbintenis en het niet-intreden van de gebeurtenis die de voorwaarde vormt (Scheltema 2003, p. 307). Anders dan ik beschouwt hij het verval van de verbintenis van art. 6:22 BW echter niet als een (wettelijke) nadere invulling van de voorwaardelijke werking van art. 6:21 BW (Scheltema 2003, p. 308). In Scheltema's optiek is in art. 6:21 BW namelijk sprake van een niet geheel gelukkige formulering, omdat deze bepaling in haar redactie met voorwaardelijke 'werking' uitsluitend geschreven lijkt te zijn voor de opschortende voorwaarde. Naar zijn mening had daarom voor de ontbindende voorwaarde een koppeling gemaakt moeten worden naar het voortbestaan van de verbintenis. Als gezegd bestaat die koppeling m.i., namelijk in de nadere uitwerking van art. 6:22 tweede zin BW.

169 Zie verder § 3.1.3.1.

170 Enigszins merkwaardig blijft dat een spiegelbeeldige bepaling voor de beëindiging van de opschortend voorwaardelijke verbintenis – derhalve overeenkomstig de tweede zin van art. 6:22 BW voor de ontbindende voorwaarde – ontbreekt. Waaruit volgt thans dat een dergelijke verbintenis eindigt bij het definitieve verval van de opschortende voorwaarde? Zie ook § 9.2.3.

Samengevat kunnen we derhalve vaststellen dat de artt. 6:21 en 6:22 BW weliswaar aangeven voor de opschortende voorwaarde vanaf en voor de ontbindende voorwaarde tot welk moment een verbintenis werking heeft, maar met uitzondering van de beëindiging van de ontbindend voorwaardelijke verbintenis blijkt de betekenis van de voorwaardelijke werking niet uit afd. 6:1.5 BW.

3.1.4.2 Voorwaardelijke werking als beschrijvend of verklarend begrip

In § 3.1.4.3 zal ik de materiële aspecten bespreken die samenhangen met de voorwaardelijke werking. Voorafgaand daaraan wil ik echter de vraag stellen of het begrip van de voorwaardelijke werking de verklaring of grondslag voor die aspecten vormt, dan wel uitsluitend ten aanzien van deze aspecten beschrijvend van aard is. Als beschrijvend begrip betekent de ontbindend voorwaardelijke werking bijvoorbeeld de vaststelling, dat de rechtsverhouding bij het intreden van de voorwaarde van rechtswege zal eindigen. Meer dan een dergelijke constatering vormt het begrip alsdan echter niet; de voorwaardelijke werking is bij deze benaderingswijze derhalve uitsluitend een duiding van de materiële rechtsgevolgen van de voorwaardelijkheid.¹⁷¹ Als verklarend begrip behelst deze werking daarentegen de reden waaróm de rechtsverhouding eindigt. Bij de kwalificatie als verklarend begrip leent de voorwaardelijke werking zich derhalve als element bij de voorwaardelijke rechtsverhouding, waar verdere rechtsgevolgen uit kunnen worden afgeleid.¹⁷² Uiteraard behoeft

171 Voorbeelden van deze benadering als beschrijvend begrip vinden we mn. bij ontbindende voorwaardelijkheid, bijv. ook in de nogal eens aangenomen wettelijke grondslag voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen. Deze verplichtingen ontstaan, zo is de gedachte, niet u.h.v. de ontbindend voorwaardelijke werking, maar uitsluitend d.m.v. wetsduiding (art. 6:24 BW). De 'ontbindend voorwaardelijke werking' geeft derhalve slechts aan dát ongedaanmakingsverplichtingen ontstaan, maar vormt zelf niet de grondslag daarvoor en is in die zin derhalve *beschrijvend* van aard. Zie § 3.3.2.

172 Voorbeelden waarbij de voorwaardelijke werking een verklarend begrip vormt vinden we vooral bij opschortende voorwaardelijkheid. De vaak veronderstelde en hierna besproken onmogelijkheid van nakoming vóór het intreden van een opschortende voorwaarde vindt bij die kwalificatie zijn grondslag in de opgeschorte werking. Zie bijv. Peletier in Wessels 1996b, p. 33: 'Voor een verbintenis met opschortende voorwaarde geldt dat deze niet afdwingbaar is, zolang de gebeurtenis niet heeft plaatsgevonden, *omdat* [cursivering HS] de verbintenis pas door het plaatsvinden van die gebeurtenis werking krijgt'. Zie ook Vriesendorp 1985, p. 12: 'de werking is *immers* [cursivering HS] opgeschort' en Out 2003, p. 74: 'Vanwege [cursivering HS] deze ontbrekende werking kan de schuldeiser vooralsnog geen nakoming vorderen en heeft de schuldenaar die betaalt hangende de opschortende voorwaarde, op zijn beurt een vordering uit onverschuldigde betaling, zo is de gedachte'. Out is overigens kritisch over deze systematiek van het NBW. Zie ook Den Tonkelaar: 'Dat de verbintenis eerst vanaf de vervulling werkt betekent dat vóór de vervulling geen nakoming gevorderd kan worden en dat een betaling, gedaan vóór de vervulling onverschuldigd is' (Den Tonkelaar 1983, p. 86). Zie verder § 3.2.3. Zie bijv. ook Hof Arnhem 30 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY1304. Het hof constateert dat er direct bestaande verplichtingen zijn en dat er dus geen sprake kan zijn van opschortende voorwaardelijkheid.

de ene kwalificatie de andere niet per definitie uit te sluiten, als we maar voor ogen houden dat daarmee twee te onderscheiden begrippen onder dezelfde noemer van de voorwaardelijke werking zouden zijn gebracht.

Bij veel materiële aspecten van de voorwaardelijke werking is dit verschil in kwalificatie als beschrijvend of verklarend in die zin van weinig belang, dat toch wel duidelijk is wat deze aspecten voor het geldend recht inhouden. Ongeacht de kwalificatie van dit begrip zijn partijen bijvoorbeeld bij de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding over en weer gebonden, eindigt een rechtsverhouding met het intreden van een ontbindende voorwaarde in beginsel en heeft een voorwaarde – voor zover we dit in verband willen brengen met de voorwaardelijke werking – goederenrechtelijk effect. Of anders gezegd, de materiële gevolgen van voorwaardelijkheid zijn veelal duidelijk, ongeacht of we deze al dan niet willen afleiden uit het begrip van de voorwaardelijke werking.

In die zin is het dan ook lang niet altijd een werkelijk probleem, dat het begrip voorwaardelijke werking in de literatuur mijns inziens als een enigszins verhullende term wordt gebezigd. Niet de rechtsverhouding zelf is voorwaardelijk, zo wordt voor het geldend recht onweersproken gesteld, maar haar 'werking'. Dát sprake is van een voorwaardelijke werking uit hoofde van een voorwaarde kan derhalve rekenen op brede instemming. Zonder een verdere toelichting op de gehanteerde betekenis van dit begrip, met name ook in relatie tot de begrippen *overeenkomst* en *verbintenis*, blijft echter onduidelijk waarmee precies wordt ingestemd. Zodoende moge op het eerste gezicht sprake zijn van een breed gedragen opvatting aangaande de voorwaardelijke werking, bij nader inzien is het nog maar de vraag of daarvan daadwerkelijk sprake is.¹⁷³ Zo verschuift voor wat betreft de voorwaardelijke werking opgevat als verklarend begrip de vraag naar de betekenis van de voorwaardelijkheid van een rechtsverhouding uitsluitend naar de vraag wat die voorwaardelijke werking dan inhoudt. Of anders gezegd, de voorwaardelijke werking bevat daarbij weliswaar een zekere betekenis van de voorwaarde bij een rechtsverhouding – er is 'iets' voorwaardelijks aan de rechtsverhouding, maar het is niet het bestaan van de rechtsverhouding dat voorwaardelijk is – maar daarmee alleen vormt dit begrip nog geen inhoudelijk duidelijke terminologie.

In lijn met het vorenstaande stelt Mijnsen dat de opschortend voorwaardelijke vordering nog niet kan worden verrekend, omdat de opschortend voorwaardelijke verbintenis nog niet 'werkt' (Mijnsen 2010, p. 25).

In het geheel andere verband van een levering onder opschortende voorwaarde vinden we vaak een zelfde benadering van de opgeschorte 'werking'. Een dergelijke levering zou nog geen effect hebben als ware sprake van een afgeronde levering, omdat die levering t.g.v. de opgeschorte werking zou worden uitgesteld (in deze zin bijv. Abendroth 2014, p. 117).

173 In de literatuur onder het OBW vinden we overigens veelal fraaie, maar nóg verhullender bewoordingen. Zie bijv. Suijling: de opschortend voorwaardelijke verbintenis 'zal eerst tot volheid rijpen, zodra de voorwaarde is vervuld' (Suijling 1934, p. 421).

Gezien de merendeels toch wel bekende materiële gevolgen van voorwaarden is dit als gezegd veelal geen probleem. Dat geldt ook bij de kwalificatie van de voorwaardelijke werking als beschrijvend begrip. De voorwaardelijke werking duidt alsdan immers op niets anders dan de grotendeels bekende rechtsgevolgen van de voorwaardelijkheid en van een verhullende terminologie is daarbij dan ook geen sprake. Hooguit zouden we kunnen stellen dat niet alle gevolgen van de voorwaardelijke werking voor het geldend recht bekend zijn, zodat het begrip voor een gedeelte ook zou doelen op onbekende gevolgen. De voorwaardelijke werking biedt daarbij als beschrijvend begrip ten aanzien van deze onbekende gevolgen uiteraard geen houvast om deze gevolgen vast te kunnen stellen. Met andere woorden, bij de kwalificatie als beschrijvend begrip moet er een andere grondslag zijn voor de vaststelling en verklaring van de materiële aspecten van de voorwaardelijkheid.

Bij hantering van de voorwaardelijke werking als verklarend begrip is dit alles anders. Als verklarend begrip heeft de vraag naar wat we onder die 'werking' moeten verstaan vanuit theoretisch opzicht uiteraard ook veel meer gewicht. Reeds het enkele feit dat een opschortend voorwaardelijke verbintenis als *bestaand* kwalificeert, maar deze tegelijkertijd uit hoofde van de opgeschorte werking nog niet *werkt*, zou als verklaring wel enige nadere onderbouwing kunnen gebruiken. Wáárom werkt een bestaande verbintenis ten gevolge van de voorwaardelijke werking nog niet? De vraag naar de inhoud of betekenis van de voorwaardelijke werking – beschouwd als verklarend begrip – wordt echter gesteld noch beantwoord. Sterker, ik wil op deze plaats reeds stellen dat juist bij de opschortend voorwaardelijke werking nogal eens sprake is van een onterechte vanzelfsprekendheid, waarmee dit begrip in de literatuur wordt gehanteerd als verklaring voor de verdere gevolgen.

Dit laatste blijkt met name bij twee aspecten van opschortende voorwaarden. Dit betreft op de eerste plaats de kwestie van de (on)mogelijkheid van nakoming van de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding voordat de voorwaarde is ingetreden. Een meerderheid wijst die mogelijkheid van de hand, maar onweersproken is dat standpunt niet.¹⁷⁴ De onderbouwing voor deze afwijzing bestaat daaruit, dat de rechtsverhouding ten gevolge van de opgeschorte werking nog geen rechtsgeldige titel vormt. We zouden kunnen menen dat daarmee ook sprake zou kunnen zijn van de voorwaardelijke werking als beschrijvend begrip. In de literatuur wordt deze samenhang echter veelal gezien als verklarend van aard: de aanname van het vooralsnog ontbreken van een geldige titel is geen nadere *invulling* van de opgeschorte werking, maar is een *gevolg* van die opgeschorte werking. De werking van de rechtsverhouding en daarmee het bestaan of de geldigheid van de titel is 'immers' opgeschort. Bij een dergelijke onderbouwing is de voorwaardelijke werking derhalve niet beschrijvend, maar verklarend van aard. De gevolgen van de

174 Zie § 3.2.3.

aan de rechtsverhouding verbonden voorwaarde worden afgeleid uit de betekenis die deze voorwaarde voor die rechtsverhouding zou hebben: haar werking is opgeschort en daar vloeit een bepaald gevolg – het vooralsnog ontbreken van een geldige titel – uit voort.

Het tweede aspect wil ik op deze plaats slechts aanstippen. Dat betreft de vraag waarom een aantal materiële gevolgen van een rechtsverhouding uit hoofde van de opgeschorte werking – blijkbaar – zijn opgeschort, maar andere gevolgen ondanks de opschortende voorwaardelijkheid juist niet. Deze scheiding in gevolgen die wel en niet zijn opgeschort zou, hoe juist in materieel opzicht ook, eveneens wel wat onderbouwing kunnen gebruiken. Wederom zien we derhalve een vorm van vanzelfsprekendheid bij het al dan niet toepassen van de opgeschorte werking binnen dezelfde rechtsverhouding, waar we bij hantering als verklarend begrip vraagtekens bij kunnen zetten.¹⁷⁵

Samengevat wil ik stellen dat in elk geval een deel van de moderne literatuur de voorwaardelijke werking als een (tenminste óók) verklarend begrip beschouwt. Is die kwalificatie als verklarend begrip terecht? Ik loop nogmaals vooruit op mijn conclusies: nee, de voorwaardelijke werking is uitsluitend een beschrijvend begrip. Zoals ik in de rest van dit hoofdstuk verder zal uitwerken, leent de voorwaardelijke werking zich als begrip namelijk slecht om daaruit verdere gevolgen af te leiden. De reden daarvoor is dat de betekenis van die werking per individuele rechtsverhouding kan verschillen. Zoals ik namelijk reeds stelde, is het de partijwil die in ieder geval in grote mate invulling geeft aan dit begrip. Partijen komen overeen wat zij met de voorwaardelijkheid bij hun rechtsverhouding beogen, óók in inhoudelijke zin. De wet geeft weliswaar enkele vrijblijvende uitgangspunten en ook zal deze partijwil in verschillende individuele gevallen vaak onderling overeenstemmen, maar dat alles doet geen afbreuk aan de partijwil als bepalende factor voor de inhoud van het begrip voorwaardelijke werking. Daarmee biedt de voorwaardelijke werking als begrip geen kader waar algemene conclusies uit kunnen worden getrokken.¹⁷⁶ Uitsluitend afgezet tegen de individuele partijverhouding zouden aan die *werking* conclusies kunnen worden verbonden. Op dat niveau is dat echter niet zinvol; de voorwaardelijke werking van de rechtsverhouding is immers gelijk aan hetgeen partijen overeen zijn gekomen. Daarmee is de voorwaardelijke werking niet meer dan de weergave van de partijbedoeling en dus beschrijvend van aard.

¹⁷⁵ Zie over dit vraagstuk van de *Vorwirkung* § 3.2.2.

¹⁷⁶ De enige – logische – beperking daarbij is dat als partijen bepaalde gevolgen in feite onvoorwaardelijk maken, t.a.v. die gevolgen uiteraard geen sprake is van voorwaardelijkheid. Zie verder ook het laatste deel van § 3.2.3.2 en 3.4.

Oud BW

In de literatuur van het OBW werden de termen 'opschortend voorwaardelijke werking' en 'opgeschorte werking' zo nu en dan gehanteerd.¹⁷⁷ Daarbij moeten we echter voor ogen houden dat het onder het OBW een discussie bleef of de verbintenis onder opschortende voorwaarde reeds voor het intreden van die voorwaarde al dan niet (geheel of gedeeltelijk) bestond.¹⁷⁸ Bij de opvatting van het nog niet bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis was het 'opschorten' van de materiële aspecten van die verbintenis daarmee niet het gevolg van de opgeschorte werking als zodanig, maar vloeide deze opschorting voort uit het nog niet bestaan van de verbintenis waar deze materiële aspecten het gevolg van zouden zijn.¹⁷⁹ Gevolgen die voortvloeien uit een verbintenis ontbreken immers logischerwijs als die verbintenis zelf ontbreekt.

Iets minder juist is de gedachte dat de voorwaardelijkheid van de materiële gevolgen rechtstreeks verklaard konden worden uit de figuur van de terugwerkende kracht. De terugwerkende kracht maakte, kort door de bocht gesteld, dat de verbintenis tussen partijen na het intreden van de voorwaarde steeds dan wel – bij ontbindende voorwaarden – juist nooit had bestaan. Dit achteraf beschouwd steeds of nooit hebben bestaan van de verbintenis was daarmee weliswaar het directe gevolg van de terugwerkende kracht, de materiële aspecten van de voorwaardelijkheid konden – zowel achteraf maar ook gedurende de periode van onzekerheid – worden gebaseerd op het wel of niet bestaan van de verbintenis.¹⁸⁰ Voor zover derhalve werd aangenomen dat een opschortend voorwaardelijke verbintenis nog niet bestond, kan het begrip van de *opgeschorte werking* – voor zover deze op iets anders zag dan het alsnog ontstaan van de verbintenis – nooit een verklarend maar uitsluitend een beschrijvend begrip zijn geweest.¹⁸¹ Bij een aantal moderne auteurs vinden we ook opvattingen die hiermee min of meer in lijn zijn.¹⁸²

177 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 140 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 154); Hofmann/Van Opstall 1976, p. 387.

178 Zie § 3.1.3.1.

179 Bij een dergelijke betekenis van de (opgeschorte) werking en de daaraan ten grondslag liggende systematiek is de spiegelbeeldige vraag naar de direct bestaande materiële aspecten van de rechtsverhouding interessanter. Bij de opvatting van het nog niet bestaan van de verbintenis werd door een deel van de auteurs onder het OBW aangenomen, dat de aspecten met directe en derhalve niet opgeschorte werking uitsluitend uit de wet konden voortvloeien. Zie § 3.1.4.3.

180 Dit lijkt wellicht een wat strikte benadering van de verhouding tussen oorzaak en gevolg, maar deze is mede van belang voor het hierna te bespreken Duitse en Zwitserse recht. Deze rechtstelsels kennen bij opschortende voorwaardelijkheid óók een systematiek van het niet-bestaan van delen van de rechtsverhouding, maar dan als uitgangspunt zonder terugwerkende kracht.

181 Ik wijs overigens nogmaals op het arrest van HR 7 april 2000, NJ 2000, 602. Daarbij bepaalde de Hoge Raad alsnog voor het OBW dat opschortende voorwaardelijkheid slechts de werking en niet het bestaan opschortte.

182 Bijv. Scheltema en Potjewijd stellen dat de systematiek van terugwerkende kracht leidt tot het aanvankelijk nog *niet* bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis of over-

Zoals gezegd werd onder het OBW ook de opvatting verdedigd, dat de opschortend voorwaardelijke verbintenis wel geheel of gedeeltelijk direct bestond. Bij die systematiek is het overeenkomstig het thans geldend recht in eerste instantie minder eenduidig of de voorwaardelijke werking als een verklarend of als een beschrijvend begrip zou moeten worden beschouwd. De gevolgen van het intreden van een voorwaarde werden niettemin veelal verklaard door toepassing van de figuur van de terugwerkende kracht. Met betrekking tot ontbindende voorwaarden leverde dat een zelfde inzichtelijke systematiek op als hiervoor beschreven.

Dat gold daarentegen niet voor de opschortende voorwaardelijkheid en wel in twee opzichten. Ten eerste zou bij een dergelijke systematiek de vraag moeten opkomen, waarom bij het wél bestaan van de verbintenis niet direct alle gevolgen van die verbintenis intreden. Dat is dezelfde vraag die we naar het thans geldend Nederlandse recht zouden moeten stellen, waar ik later verder op in zal gaan.¹⁸³ In de literatuur onder het OBW (en overigens evenmin onder het NBW) is die vraag echter niet gesteld. Ten tweede bleef de systematiek van opschortende voorwaardelijkheid bij de aanname van het wel bestaan van de verbintenis ook onduidelijk voor de situatie van het alsnog vervallen van de opschortende voorwaarde. Bij geen enkele auteur trof ik de gedachte aan dat de verbintenis met dit vervallen alsnog zou eindigen, laat staan dat dit eindigen met terugwerkende kracht zou plaatsvinden.

De relatie tussen de begrippen *terugwerkende kracht* en *opschortend voorwaardelijke werking* komt in de literatuur van het OBW bij het uitgangspunt van het wél bestaan van de (opschortend voorwaardelijke) verbintenis dan ook niet helder naar voren.¹⁸⁴ Voor een deel laat deze onduidelijkheid zich daaruit verklaren dat het bestaan van de verbintenis nogal eens werd beperkt tot de 'rechtsbetrekking' of 'rechtsband' tussen partijen, maar zich niet zou uitstrekken tot de rechten en plichten uit hoofde van die verbintenis.¹⁸⁵ Maar ook bij die insteek blijft de systematiek weinig inzichtelijk. Dat wrekt zich bij de thans

dracht respectievelijk het *onvoorwaardelijk* bestaan van de 'ontbindend voorwaardelijke' verbintenis of overdracht (Scheltema 2003, p. 270; Potjewijd 1998, p. 74, 75). De terugwerkende kracht omvat immers door het gevolg van wel of niet bestaan van de verbintenis een systeem van *alles of niets*, maar de werking van de verbintenis of overdracht is als zodanig niet voorwaardelijk. De term 'voorwaardelijke werking' is in deze systematiek dan ook niet verklarend van aard. Let wel, blijkens het in de vorige noot vermelde arrest gold volgens de Hoge Raad óók onder het OBW dat t.g.v. een opschortende voorwaarde de 'werking' – en dus niet het ontstaan – was opgeschort. De opvatting van Scheltema en Potjewijd is derhalve niet overeenkomstig hetgeen de Hoge Raad uiteindelijk dienaangaande heeft vastgesteld voor het OBW.

183 Zie § 3.2.2 en 3.2.5.

184 Dat is op zich alleszins begrijpelijk, omdat de terugwerkende kracht het centrale begrip vormde en het begrip van de opgeschorte werking slechts incidenteel werd gehanteerd. Dat deze begrippen uiteraard wel werden onderscheiden zien we duidelijk bij Van Opstall (Hofmann/Van Opstall 1976, p. 386, 387).

185 Zie § 3.1.3.1.

gestelde vraag naar de kwalificatie van de voorwaardelijke werking als verklarend of beschrijvend. Als het niet goed inzichtelijk is op welke wijze zich de materiële gevolgen van de voorwaardelijkheid laten verklaren, kunnen we uiteraard evenmin vaststellen hoe het begrip *opgeschorte werking* kwalificeert.

Met enige terughoudendheid zou ik echter menen dat de voorwaardelijke werking ook bij de opvatting van het (geheel of gedeeltelijk) bestaan van de verbintenis vermoedelijk als een beschrijvend begrip werd gehanteerd. De voorwaardelijke gevolgen van de rechtsverhouding werden immers merendeels afgeleid uit de terugwerkende kracht, zodat een additionele verklaringsgrond bestaande uit de voorwaardelijke werking geen begrijpelijke functie zou hebben. Dat laatste zou uiteraard weer anders zijn voor materiële aspecten van de voorwaardelijkheid, waar terugwerkende kracht geen rol zou spelen. Althans in theorie. Binnen de uiteindelijk toch beperkte kaders van het in dit hoofdstuk neergelegde deelonderzoek heb ik niet de lastige analyse gemaakt, welke materiële aspecten onder het OBW door welke auteurs wellicht niet werden verklaard uit de terugwerkende kracht. Voor zover uit een dergelijke analyse positieve resultaten zouden voortvloeien, zou daaruit in ieder geval een theoretische ruimte volgen waarbij de opschortende voorwaardelijke werking onder het OBW als verklarend begrip zou kunnen zijn gebruikt.

Duits en Zwitsers recht

Ook in de Duitse en Zwitserse rechtskring wordt het begrip van de voorwaardelijke werking gehanteerd.¹⁸⁶ Ten aanzien van opschortende voorwaarden constateert de Duitse literatuur in dat verband vaak dat het gevolg van de voorwaardelijkheid daaruit bestaat, dat de rechtsgevolgen van de rechtsverhouding voornamelijk niet intreden.¹⁸⁷ In de Zwitserse literatuur wordt ook wel geconstateerd dat de werking is uitgesteld tot het eventuele moment van intreden van de opschortende voorwaarde.¹⁸⁸ Van enig beoogd verschil tussen deze wijzen van uitdrukken is mij niet gebleken.¹⁸⁹ De opschortende voorwaarde wordt bij dit bedoelde uitstel overigens vaak beschouwd als een

186 Zie voor het Duitse recht bijv. § 158 BGB en het Zwitserse art. 154 I OR. V.w.b. het Zwitsers recht zij echter aangetekend, dat weliswaar een groot deel van de Zwitserse literatuur ook bij opschortende voorwaarden uitgaat van een voorwaardelijke 'werking' (Berger 2012, p. 261; Schwenzer 2012, p. 67; Koller 2009, p. 1270; Honsell 2008, p. 610; Gutmans 1995, p. 10), maar dat de redactie van het OR met art. 151 I, alsmede een beperkt aantal auteurs de opschortende voorwaardelijkheid plaatst in het verband van het bestaan van de rechtsverhouding. Zie verder § 2.1.1 en § 3.1.3.1.

187 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Jauernig/Mansel 2014, p. 125; Palandt/Ellenberger 2014, p. 178, 179; PWW/Brinkmann 2014, p. 218, 221; Schellhammer 2014, p. 1060, 1064; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 612, 613, 616; Staudinger/Bork 2010, p. 311, 332, 333; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1057.

188 Berger 2012, p. 261; Schwenzer 2012, p. 67; Honsell 2008, p. 613.

189 Zie ook: Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 120, waar de voorwaardelijke rechtsgevolgen en de voorwaardelijke werking als synoniemen worden gebruikt.

Wirksamkeitsvoraussetzung, waaraan nog moet worden voldaan voordat de gevolgen van de rechtsverhouding daadwerkelijk intreden.¹⁹⁰

Ook voor deze beide rechtstelsels doet zich de vraag voor of het begrip voorwaardelijke werking als verklarend of beschrijvend kwalificeert. Voor het antwoord op die vraag is op de eerste plaats van belang, dat zowel het Duitse als het Zwitsers recht het uitgangspunt van het directe bestaán van de overeenkomst tussen partijen hanteren, ook indien sprake is van een opschortende voorwaarde. De verbintenissen onder opschortende voorwaarde en de vorderingsrechten en verplichtingen zoals deze deel vormen van die verbintenissen ontstaan daarentegen (waarschijnlijk) pas met het intreden van de voorwaarde.¹⁹¹ De gevolgen van de opschortende voorwaardelijkheid van de rechtsverhouding worden dan ook op de eerste plaats verklaard uit het (nog) niet ontstaan van deze vorderingsrechten. Daaruit zouden we kunnen afleiden dat, overeenkomstig het hiervoor beschreven recht onder het OBW, in elk geval bij opschortende voorwaardelijkheid de voorwaardelijke werking niet anders dan een beschrijvend begrip kan zijn. Dat laatste is ten aanzien van één aspect anders, namelijk het ontstaan van de verbintenis respectievelijk vorderingsrechten ten gevolge van het intreden van de voorwaarde. De aanvankelijke opgeschorte werking voorkomt het directe ontstaan daarvan¹⁹² en in die zin vormt deze dan ook wél een verklarend begrip.

Toch moeten we terughoudend zijn met deze conclusie van de kwalificatie als *beschrijvend*. Op de eerste plaats heeft het vorenstaande uitsluitend betrekking op opschortende voorwaarden. Ten aanzien van ontbindende voorwaarden is het wezenlijke verschil met het OBW, dat naar zowel Duits als Zwitsers recht het intreden van een voorwaarde geen terugwerkende kracht heeft.¹⁹³ Anders dan in de systematiek van het OBW kunnen de materiële gevolgen van ontbindende voorwaardelijkheid daarmee niet worden afgeleid uit het nooit bestaan hebben van het vorderingsrecht respectievelijk de verbintenis.¹⁹⁴ Zoals we nog zullen zien worstelt de literatuur in beide rechtskringen ook met de

190 Op grond van hetgeen ik in § 3.1.3.1 stel v.w.b. het niet direct bestaan van delen van de opschortende voorwaardelijke rechtsverhouding voor het Duitse en Zwitserse recht, kunnen we aangaande de juistheid van de voormelde constatering v.w.b. beide rechtstelsels overigens enigszins twifelen.

191 Zie § 3.1.3.1, ook v.w.b. de in enige mate bestaande twijfels aangaande deze kwalificatie als nog niet bestaand.

192 Zie i.e.g. de Duitse literatuur: MüKo/Westermann 2012, p. 1705; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 121. In een groot deel van de Duitse literatuur vindt men deze vaststelling overigens impliciet.

193 Zie § 2.6.2.1.

194 Waarbij ik overigens direct aanteken dat een deel van de Zwitserse literatuur dat juist wel doet. Deze obligatoir overeengekomen en derhalve niet op de wet gebaseerde terugwerkende kracht zou volgens de betreffende auteurs een vereiste zijn om tot een aantal materiële gevolgen bij het intreden van de ontbindende voorwaarde te geraken. Zie § 2.6.2.1 en 9.2.4.2.

grondslag voor die materiële aspecten van de ontbindende voorwaardelijkheid.¹⁹⁵ Daarmee zou de voorwaardelijke werking van ontbindende voorwaarden in elk geval *eventueel* een verklarend begrip kunnen vormen. Op zich behoeft deze constatering met betrekking tot ontbindende voorwaarden geen betekenis te hebben voor de hiervoor besproken systematiek van opschortende voorwaardelijkheid. Het zou echter wel heel merkwaardig zijn als de systematiek en daarmee de verklaring van de materiële aspecten van opschortende en ontbindende voorwaarden onderling zou verschillen.

Maar ook voor wat betreft de opschortende voorwaardelijkheid zélf zijn er twijfels. Zo blijft het voor het Duitse recht nogal onduidelijk wat de grondslag is voor de materiële gevolgen die onder de *Vorwirkung* worden samengevat. Het nog niet bestaan van wezenlijke delen van de rechtsverhouding ten gevolge van de opschortende voorwaarde lijkt – ik ben in deze heel voorzichtig – niet in ieder opzicht in de Duitse literatuur even strikt te worden doorgevoerd.¹⁹⁶ Dat zou het veronderstelde ontbreken van de opschortend voorwaardelijke verbintenissen en vorderingsrechten in een ander daglicht plaatsen en daarmee wellicht ruimte bieden voor een grondslag die gebaseerd is op de opschortend voorwaardelijke werking als verklarend begrip. Dat geldt in zekere mate ook voor de mogelijkheid van een bewust presteren vóór het intreden van de opschortende voorwaarde, zoals deze in zowel het Duitse als het Zwitserse recht wordt aangenomen.¹⁹⁷ Weliswaar wordt deze mogelijkheid thans afgeleid uit de wettelijke systematiek van de ongerechtvaardigde verrijking (§ 812 jo § 814 BGB, art. 63 I OR), maar het is de vraag of een systematiek gebaseerd op (beperkingen van) de voorwaardelijke werking niet een betere grondslag voor hetzelfde materiële gevolg zou opleveren. Dat laatste is echter uitsluitend mogelijk indien de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding wel degelijk als *bestaand* kwalificeert, waarmee tevens het begrip van de voorwaardelijke werking *eventueel* een verklarend begrip zou kunnen zijn.

Deze laatste gedachte sluit voor een deel aan op hetgeen het geldend Zwitsers recht vormt. Zoals we zagen vormt de *rechtsbetrekking* tussen partijen voor het Zwitsers recht – en anders dan voor het Duitse – deel van het begrip van de (ondanks de opschortende voorwaardelijkheid direct bestaande) overeenkomst.¹⁹⁸ Opschortend voorwaardelijke rechten en verbintenissen mogen voor het Zwitsers recht dan waarschijnlijk nog niet bestaan, de wél reeds bestaande delen van de rechtsverhouding tussen partijen hebben met deze invulling van het begrip van de overeenkomst duidelijk meer om het lijf dan in het Duitse recht. In verband met het feit dat voorwaarden in het Zwitsers

195 Zie bijv. § 3.3.2 voor de vraag naar de grondslag voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde.

196 Zie § 3.2.2.

197 Althans, zonder dat deze prestatie weer ongedaan hoeft te worden gemaakt voordat de opschortende voorwaarde is komen te vervallen. Zie § 3.2.3.

198 Zie § 3.1.2.1.

recht zonder twijfel ook aan de – waarschijnlijk direct bestaande – overeenkomst kunnen zijn verbonden en daar dan ook materiële aspecten uit kunnen voortvloeien, komt tevens de vraag op hoe de opschortend voorwaardelijke werking in dat verband zou moeten kwalificeren. Anders dan bij de (nog) niet bestaande vorderingsrechten en verbintenissen kunnen de materiële aspecten van de overeenkomst ‘onder opschortende voorwaarde’ immers niet verklaard worden uit het nog niet bestaan van die overeenkomst. Ook voor het Zwitsers recht is derhalve de conclusie dat de voorwaardelijke werking in elk geval bij overeenkomsten *mogelijk* een verklarend begrip vormt.

3.1.4.3 Materiële gevolgen van de voorwaardelijke rechtsverhouding

Inleiding

In deze paragraaf bespreek ik verschillende materiële aspecten die in verband gebracht kunnen worden met de voorwaardelijke werking. De functie daarvan is om te bezien of we een inhoudelijke omlijning kunnen vinden van hetgeen we als gevolgen van respectievelijk onder die voorwaardelijke werking moeten of in elk geval zouden kunnen verstaan. Dit laatste derhalve min of meer ongeacht de kwalificatie van het begrip als beschrijvend of verklarend.

Geldend recht

Bij de onderstaande bespreking van hetgeen we als het ‘geldend recht’ moeten beschouwen, ben ik bij een aantal kwesties enigszins terughoudend met mijn conclusies. Dat is een gevolg daarvan, dat in de literatuur niet altijd evenveel aandacht is besteed aan het begrip van de voorwaardelijke werking in abstracto en dat bovendien niet steeds duidelijk is, welke aspecten in verband gebracht moeten worden met die voorwaardelijke werking. Het onderstaande is daarom ten dele meer richtinggevend dan een zo concreet mogelijke vaststelling van het geldend recht onder het NBW.

Voorop zij gesteld dat de materiële aspecten van de voorwaardelijke werking bij ontbindende voorwaarden in elk geval in kwantitatief opzicht bescheiden zijn. De rechtsverhouding heeft *volledige werking* tot het intreden van de ontbindende voorwaarde, zo wordt wel gesteld. Dat laatste is enigszins tekort door de bocht, maar bevat zeker wel het brede uitgangspunt bij ontbindende voorwaardelijkheid.¹⁹⁹ Voor opschortende voorwaardelijkheid zijn de materiële aspecten van de voorwaardelijke werking duidelijk omvangrijker, maar dat neemt niet weg dat ook de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding voor het geldend recht in vele opzichten directe werking kent. Ik

199 Met deze *volledige werking* is vooral bedoeld dat bij ontbindende voorwaardelijkheid de gevolgen van de rechtsverhouding niet gedeeltelijk zijn opgeschort zoals bij opschortende voorwaarden. Dat is echter nog iets anders dan dat uit de ontbindende voorwaardelijkheid gedurende de periode van onzekerheid geen materiële gevolgen zouden voortvloeien. Ook de ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding is immers (nog) geen onvoorwaardelijke.

begin met een overzicht van aspecten waar de voorwaardelijke werking waarschijnlijk zonder materiële betekenis is en bespreek vervolgens waar deze wel tot gevolgen leidt.

Voorwaardelijke werking heeft geen betrekking op de gebondenheid van partijen, althans in ieder geval niet voordat een ontbindende voorwaarde is ingetreden of een opschortende voorwaarde definitief is vervallen.²⁰⁰ Ook in het kader van het directe bestaan van ontbindend en opschortend voorwaardelijke vorderingen is de voorwaardelijke werking voor het geldend Nederlandse recht zonder inhoudelijke betekenis; uitsluitend het vóórtbestaan van deze vorderingen is afhankelijk is van het intreden van de ontbindende respectievelijk vervallen van de opschortende voorwaarde.²⁰¹ Dat geldt, zo zagen we in de vorige subparagraaf, eveneens voor de overige onderdelen die ik plaats onder het begrip *rechtsverhouding*. Voor zover we het begrip voorwaardelijke werking derhalve materiële betekenis willen toekennen in verband met het bestaan van de rechtsverhouding, heeft deze uitsluitend betekenis in het kader van de eventuele beëindiging van die rechtsverhouding.²⁰² Enige twijfel dienaangaande is er in die zin, dat een dergelijke beëindiging van de rechtsverhouding in de redactie van art. 6:22 BW en andere wetsbepalingen niet geplaatst lijkt te worden onder deze *werking*. Ik ga er echter van uit dat sprake is van een wat ongelukkige redactie en dat de bedoelde beëindiging wel degelijk moet worden beschouwd als een gevolg of onderdeel van de voorwaardelijke werking.²⁰³

In relatie met de vorenbedoelde gebondenheid van partijen en het directe bestaan van de rechtsverhouding vinden we een hele serie van materiële gevolgen die *niet* getroffen worden door de opgeschorte werking van de opschortende voorwaarde. Partijen zijn bijvoorbeeld gehouden tot een handelen

200 Zie § 3.1.3.2.

201 Zie § 6.2.5. Zelf heb ik voor het Nederlandse recht deels anders verdedigd, waar ik het al dan niet direct bestaan van een opschortend voorwaardelijk vorderingsrecht plaats in het kader van de inhoud van de opschortende voorwaarde. Bij een dergelijke zienswijze heeft de voorwaardelijke werking waarschijnlijk ook een functie v.w.b. het bestaan van een vorderingsrecht. De 'omslag' van een toekomstig in een bestaand recht bij het intreden van de onzekere gebeurtenis kan m.i. – als we inderdaad zouden willen aannemen dat een recht onder opschortende voorwaarde wel degelijke toekomstig van aard kan zijn – zeer wel onder de noemer van de voorwaardelijke werking gebracht worden.

202 Voor de ontbindend voorwaardelijke verbintenis volgt deze beëindiging rechtstreeks uit art. 6:22 BW, welke beëindiging ik als gezegd plaats in het kader van de ontbindend voorwaardelijke werking (§ 3.1.2.1). Maar ook voor andere rechtsverhoudingen dan de verbintenis is het slecht denkbaar, dat deze bij het intreden van een ontbindende voorwaarde niet zouden eindigen, maar eeuwig zouden voortbestaan zonder verdere werking. Datzelfde geldt voor opschortend voorwaardelijke rechtsverhoudingen. Ook deze eindigen bij het verval van de voorwaarde, zo wil ik althans verdedigen, en volgen derhalve evenmin een systematiek van een voortbestaan zonder het ooit nog verkrijgen van werking.

203 Zie onderstaand ook het Duitse en Zwitserse recht.

in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW,²⁰⁴ in welk licht ook art. 6:23 BW veelal geplaatst wordt.²⁰⁵ Ook de zorgplicht van de schuldenaar voor een nog af te leveren zaak als bedoeld in art. 6:27 BW bestaat direct.²⁰⁶ De voorwaardelijke koop van een registergoed kan op grond van art. 7:3 BW in de registers worden ingeschreven.²⁰⁷ Ingeval van het onmogelijk worden van een te verrichten prestatie kan de overeenkomst meteen worden ontbonden.²⁰⁸ Daarnaast gaan opschortend voorwaardelijke rechten direct teniet door afstand (6:160 BW) en vermenging (6:161 BW).²⁰⁹

Uit het gegeven dat de opschortend voorwaardelijke verbintenis respectievelijk het vorderingsrecht en de verplichting waaruit deze bestaat kwalificeren als *bestaand*, vloeien tevens een aantal verdere gevolgen voort. Zo vinden blijkens de PG de bepalingen aangaande de overgang van vorderingsrechten en de schuldovername als omschreven in afdeling 6.2 BW toepassing.²¹⁰ Daaruit volgt tevens dat de wetgever ervan uitging dat de opschortend voorwaardelijke vordering gecedeerd kan worden.²¹¹ In dat verband moeten we ook de mogelijkheid van (conservatoir) derdenbeslag op een opschortend voorwaardelijke vordering zien.²¹² Dat vorderingsrechten en ook overige (goederenrechtelijke) rechten onder *algemene* titel kunnen overgaan, is eveneens onbestreden.²¹³ Daarnaast kan een opschortend voorwaardelijk vorderingsrecht worden gesecureerd door middel van vestiging van rechten van pand en hypotheek, alsmede het aangaan van een overeenkomst van borgtocht.²¹⁴ Ook

204 PG Boek 6, p. 144; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 132; Out 2003, p. 75, 76; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 120; Van Buchem-Spapens 1982, p. 59; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 393.

Ook: Hof Arnhem 20 maart 2007, NJF 2007, 377, r.o. 4.15.

205 Of die visie, ondanks de duidelijk in deze richting wijzende redactie van art. 6:23 BW, terecht is bespreek ik in § 7.4.

206 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 394. Zie verder § 6.2.3.2.

207 Van Velten 2012, p. 179.

208 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 132.

209 PG Boek 6, MvA II, p. 144; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 131; Out 2003, p. 75, 76; Den Tonkelaar 1994, p. 77; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 120.

210 PG Boek 6, MvA II, p. 144. Ook: Out 2003, p. 75.

211 Zie v.w.b. de mogelijkheid van een dergelijke cessie ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 131; Pitlo/Cahen 2002, p. 40; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 120; Den Tonkelaar 1994, p. 77; Van Buchem-Spapens 1982, p. 59.

212 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 131; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 345; Den Tonkelaar 1994, p. 77. Zie voor derdenbeslag art. 476a lid 2 sub b en 477 lid 3 Rv.

213 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, p. 127; Out 2003, p. 76 (m.b.t. vererving); Pitlo/Cahen 2002, p. 40; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 120 (m.b.t. vererving van voorwaardelijke vorderingen); Den Tonkelaar 1994, p. 77 (m.b.t. vererving en o.g.v. huwelijksvermogensrecht); Van Buchem-Spapens 1982, p. 59.

214 Zie HR 9 juli 2004, NJ 2004, 618, waarin de Hoge Raad de mogelijkheid van een pandrecht t.b.v. een opschortend voorwaardelijke vordering erkent. Zie verder: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 131; Pitlo/Cahen 2002, p. 40; Den Tonkelaar 1994, p. 77; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 120. Zie ook: PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), MvT, p. 429, waar de nog in het OM voorkomende expliciete bepaling dat een borgtocht ook voor voorwaardelijke

in andere opzichten kan de positie van de opschortend voorwaardelijke verwachter worden veilig gesteld. De debiteur kan overeenkomstig art. 3:296 lid 2 BW direct tot nakoming onder dezelfde voorwaarde worden veroordeeld,²¹⁵ de schuldeiser kan gedurende de voorwaardelijkheid eventueel een beroep doen op de pauliana (art. 3:45 BW)²¹⁶ en een opschortend voorwaardelijke vordering kan bij executie respectievelijk faillissement van de debiteur worden geverifieerd voor de waarde van de vordering ten tijde van het opmaken van de staat van verdeling, hetzij voorwaardelijk voor het gehele bedrag.²¹⁷ Deze directe werking geldt tot slot ook voor de (overige) gevolgen die worden samengevat onder het begrip van de *Vorwirkung*.²¹⁸ Een mijns inziens opvallende regeling vloeit nog voort uit de artt. 7:14 jo 7:9 lid 3 BW, uit hoofde waarvan de vruchten als verschenen na de aflevering van een zaak aan de koper onder eigendomsvoorbehoud 'toekomen'.²¹⁹

Bij de vorenbeschreven directe werking wijs ik voor wat betreft de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding op het volgende. Op verscheidene plaatsen in dit hoofdstuk verdedig ik de opvatting dat, anders dan in de literatuur vaak stilzwijgend lijkt te worden aangenomen, het begrip van de voorwaardelijke werking geen inhoudelijk duidelijk begrip is. Dat geldt in mijn optiek derhalve ook voor de opgeschorte werking. Daaruit vloeit voort dat de voren omschreven materiële gevolgen weliswaar niet zijn opgeschort, maar dat uitsluitend daarmee nog niet gezegd is dat de voorwaardelijke werking van de opschortende voorwaarde niet tóch betekenis zou kunnen hebben in het kader van deze materiële aspecten met directe werking. Dat is een gevolg daarvan dat voor het Nederlands geldend recht onduidelijk is wat de *verklaring* voor de opgeschorte alsmede de daar tegenover staande directe werking zou moeten zijn. Of anders gezegd, het is een van de in dit hoofdstuk te beantwoorden vragen of er voor het Nederlandse recht een relatie

verbintenissen van de hoofdschuldenaar kon worden aangegaan, als overbodig is geschrapt. Opgemerkt zij dat al deze vormen van securisatie in beginsel uiteraard ook mogelijk zouden zijn geweest indien de vorderingen als toekomstig zouden hebben gekwalificeerd.

215 PG Boek 6, TM, p. 153; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 131; Out 2003, p. 75. Hartkamp en Sieburgh wijzen daarnaast nog op de PG bij art. 3:303 BW, waar in de TM wordt opgemerkt dat de eiser bij zijn vordering u.h.v. art. 3:296 lid 2 BW wel moet bewijzen dat hij bij die vordering voldoende belang heeft (PG Boek 3, TM, p. 915).

216 HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393 (althans, voor zover sprake is van een 'voldoende concrete kans' dat de voorwaarde wordt vervuld, aldus de Hoge Raad in voormeld arrest. Dit laatste sluit aan op hetgeen in de PG is gesteld, zie PG Boek 3, MvA II, p. 219). In gelijke zin t.a.v. mogelijke toepasselijkheid van de pauliana: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 132; Out 2003, p. 76. Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 120 sprak zich nog tégen die mogelijkheid uit.

217 Zie de artt. 483 a, 483 b Rv en 130 Fw. Zie ook de toepasselijkheid van art. 130 Fw ingeval van verrekening in faillissement (art. 53 lid 2 Fw). Een uitzondering op de systematiek van art. 130 Fw vormt de vordering u.h.v. een opschortend voorwaardelijke schenking (art. 35b Fw), op grond waarvan geen rechten jegens de boedel kunnen worden uitgeoefend.

218 Zie verder § 3.2.2.

219 Zie daarover uitgebreid § 9.2.4.5.

bestaat tussen de vorenbeschreven materiële aspecten met directe werking en het begrip van de voorwaardelijke werking.

Dan de materiële gevolgen van de rechtsverhouding waar de voorwaardelijke werking (wellicht) wel van betekenis is. Voor het geldend recht lijkt er weinig twijfel over te bestaan dat er een verband bestaat tussen de voorwaardelijke werking en de goederenrechtelijke werking van voorwaarden na een beschikking onder voorwaarde. Wat echter de verklaring voor die goederenrechtelijke werking is, is in de literatuur onder het NBW sterk omstreden. Grofweg kunnen we daarbij twee denkrichtingen onderscheiden. Enerzijds zijn er de visies die deze verklaring zoeken op het terrein van de voorwaardelijkheid van onderdelen van de overdracht, anderzijds de visies die op het gebied van de voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid een verklaring zoeken. Bij de eerstbedoelde visies lijkt de goederenrechtelijke werking vooral een *gevolg* van de voorwaardelijke werking te zijn en niet zozeer onderdeel daarvan. Dit overeenkomstig het Duitse en vermoedelijk het Zwitserse recht waar de goederenrechtelijke werking het gevolg is van de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst. Bij de verklaringen die de goederenrechtelijke werking zoeken in de goederenrechtelijke gerechtigdheid is dit misschien anders. Zoals ik nog zal bespreken, is bij deze zienswijzen met name de vraag op welke wijze een voorwaarde gevolgen heeft voor de goederenrechtelijke gerechtigdheid van partijen. Een deel van de betreffende auteurs lijkt die 'voorwaardelijke' gerechtigdheid in het licht te zien van de voorwaardelijke werking, waarmee een min of meer rechtstreeks verband bestaat tussen voorwaardelijke werking en goederenrechtelijk effect.²²⁰

Deze onduidelijkheid werkt mede door in de onzekerheid aangaande de vraag of goederenrechtelijke rechten die zijn 'verkregen' onder opschortende voorwaarde reeds direct door de verwachter kunnen worden overgedragen of bezwaard. In de Nederlandse literatuur wordt deze vraag naar het bestaan van een Anwartschaftsrecht nogal eens benaderd vanuit de gedachte dat daarvoor sprake zou moeten zijn van een daadwerkelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid bij de verwachter. In mijn opvatting bestaat er geen reden voor een dergelijke insteek.²²¹ Dat neemt echter niet weg dat, voor zover we het bestaan van het Anwartschaftsrecht voor het geldend Nederlandse recht zouden willen aanvaarden, dit bestaan alsdan eerder een gevolg dan een onderdeel van de voorwaardelijke werking lijkt te zijn.²²²

Het interessantste aspect van de voorwaardelijke werking is echter gelegen in de nakoming van de voorwaardelijke rechtsverhouding. Althans, voor wat betreft ontbindende voorwaarden indien het intreden van de voorwaarde niet uitsluitend strekt tot beëindiging van de rechtsverhouding voor de toekomst,

220 Zie verder § 11.2.6.3.

221 Zie § 11.3.3.2.

222 Zie verder § 11.3.

maar ook gevolgen dient te hebben ten aanzien van reeds verrichte prestaties. Dergelijke prestaties zullen alsdan tussen partijen ongedaan gemaakt moeten worden, welke ongedaanmaking ik plaats in het kader van de ontbindende voorwaardelijke werking. Er wordt immers gepresteerd 'onder ontbindende voorwaarde', wat op deze plaats verder ook de exacte betekenis van een 'voorwaardelijk presteren' moge zijn. Of deze opvatting van de ongedaanmaking als onderdeel van de voorwaardelijke werking ook strookt met de thans in de literatuur bestaande visies, bespreek ik in § 3.2.3.

Ten aanzien van de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding wordt vaak aangenomen dat deze tót het moment van intreden van de voorwaarde niet kan worden nagekomen. Een dergelijke nakoming wordt door de betreffende auteurs beschouwd als een onverschuldigd presteren. Een logisch gevolg van deze opvatting is dan ook dat evenmin nakoming kan worden gevorderd,²²³ een eventuele executoriale titel nog niet vatbaar is voor tenuitvoerlegging²²⁴ en derhalve evenmin executoriaal beslag kan worden gelegd op opschortend voorwaardelijke rechten.²²⁵ Ook is de opvatting dat verjaringstermijnen pas beginnen te lopen met intreden voorwaarde een begrijpelijke consequentie.²²⁶ Als eveneens begrijpelijke gevolgen van de veronderstelde onmogelijkheid van vroegtijdige nakoming worden tot slot genoemd, dat de opschortend voorwaardelijke schuldeiser waarschijnlijk niet het faillissement van zijn debiteur kan aanvragen²²⁷ en evenmin aanvullende of vervangende schadevergoeding kan vorderen.²²⁸ Bij deze opvatting van de onmogelijkheid van nakoming is derhalve niet zozeer sprake van het ontbreken van opeisbaarheid of een recht te mogen presteren, maar iedere grondslag om überhaupt te kunnen presteren ontbreekt.²²⁹ Het ontbreken van deze grondslag wordt daarbij rechtstreeks afgeleid uit de (opschortend) voorwaardelijke werking. Zelf heb ik wezenlijke bezwaren tegen deze opvatting, die ik eveneens nog separaat zal bespreken.²³⁰ Daarbij zij reeds thans opgemerkt dat onder meer volgens de PG geen sprake is van een dergelijke onverschuldigdheid, indien bewust gepresteerd wordt vóórdat de voorwaarde is ingetreden.

Ten aanzien van de nakoming wil ik derhalve concluderen dat bij de ontbindende voorwaarde de voorwaardelijke werking vooral betrekking heeft op de *wijze* van nakoming, te weten 'onder een ontbindende voorwaarde'; de

223 Den Tonkelaar 1994, p. 77.

224 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 345; Jongbloed 2011, p. 8.

225 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 132; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 120.

226 Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 572; Den Tonkelaar 1994, p. 78.

227 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 132; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 120; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 389.

228 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 132; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 121.

229 Daaruit worden vervolgens nog een aantal andere gevolgen afgeleid, zoals het nog niet ingaan van verjaringstermijnen (Asser/Hartkamp 4-I, p. 572; Den Tonkelaar 1994, p. 78). Ook wordt in dat verband aangenomen dat een opschortend voorwaardelijke vordering niet kan worden verrekend, zie § 6.2.2.4.

230 Zie § 3.2.4.

gevolgen van het presteren zullen op enigerlei wijze ongedaan gemaakt moeten kunnen worden. Bij de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding heeft de (opgeschorte) werking daarentegen in de vaak verdedigde opvatting vooral betrekking op de veronderstelde *onmogelijkheid* van nakoming.

Als ik het vorenstaande samenvat, dan zien we dat niet altijd even duidelijk is wélke aspecten in relatie staan tot de voorwaardelijke werking. Daarnaast kunnen we vaststellen dat de voormelde aspecten van inhoudelijk sterk uiteenlopende aard zijn. In die zin is het ook begrijpelijk dat, mede blijkens het feit dat deze aspecten in de literatuur veelal als afzonderlijke onderwerpen worden besproken, er nauwelijks sprake is van een algemene theorievorming aangaande het begrip van de voorwaardelijke werking. Niettemin kunnen we wel concluderen dat de voorwaardelijke werking van voorwaarden zich met name bij drie aspecten lijkt te laten gelden: beëindiging van de rechtsverhouding, goederenrechtelijke werking en de wijze dan wel de onmogelijkheid van nakoming van een ontbindende respectievelijk opschortende rechtsverhouding. Ook al wordt die vaststelling ter zake de voorwaardelijke werking in de literatuur niet expliciet gemaakt, desondanks zou ik menen dat deze de gangbare opvatting voor het Nederlands geldend recht weergeeft.

Oud BW

Onder het OBW werd eveneens breed onderschreven dat bij ontbindende voorwaardelijkheid de rechtsverhouding volledige werking had als ware sprake van een onvoorwaardelijke rechtsverhouding.²³¹ Begrijpelijkerwijs lag daarmee in de literatuur voor wat betreft de materiële aspecten van voorwaardelijkheid de focus eveneens bij de opschortende voorwaarden. Door Rutten werd ten aanzien van deze directe gevolgen van de opschortend voorwaardelijke verbintenis gesteld, dat daarover weinig meningsverschil bestond.²³² Inderdaad was een redelijk deel van die gevolgen onomstreden omdat deze veelal rechtstreeks uit de wet volgden. Tegelijkertijd bestonden echter wel degelijk ook een aantal tegengestelde standpunten ten aanzien van deze gevolgen.

Vrijwel onbestreden was in elk geval dat partijen over en weer gebonden waren.²³³ Mede in dat verband werd art. 1298 OBW geplaatst: de opschortend voorwaardelijke schuldeiser kon 'alle middelen in het werk stellen, welke tot bewaring van zijn regt noodzakelijk zijn'. Bij die bepaling speelde echter de discussie of deze slechts een verwijzing bevatte naar andere wetsbepalingen,

231 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 145; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 365, 387; Hofmann 1937, p. 88; Van Brakel 1935a, p. 15, 27; Asser/Van Goudoever 1913, p. 61; Everts 1883, p. 25.

232 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 141 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 155).

233 Zie § 3.1.3.2, m.n. ook v.w.b. de problematiek die bestond doordat een deel van de literatuur het directe *bestaan* van de opschortende voorwaardelijke verbintenis afwees, maar tegelijkertijd toch een gebondenheid tussen partijen u.h.v. diezelfde verbintenis probeerde af te leiden.

dan wel (ook) zelfstandige betekenis had.²³⁴ Ook de kwalificatie als *bestaand* dan wel *toekomstig* van de opschortend voorwaardelijke verbintenis respectievelijk het recht en de verplichting waaruit deze bestond was omstreden.²³⁵ Daarentegen onbetwist was dat opschortend voorwaardelijke vorderingsrechten onder algemene titel over gingen op erfgenamen (art. 1297 lid 2 OBW), deze vorderingsrechten reeds konden worden gecedeerd,²³⁶ op een opschortend voorwaardelijk vorderingsrecht direct conservatoir derdenbeslag kon worden gelegd²³⁷ en de voorwaardelijke vordering uit hoofde van art. 130 Fw ook in het faillissement van de debiteur betekenis had.²³⁸ Tevens werd aangenomen dat schuldvernieuwing mogelijk was²³⁹ en dat op grond van art. 1215 OBW de opschortend voorwaardelijke gerechtigdheid tot een onroerende zaak reeds verhypothekeerd kon worden. Uit de artt. 1221 lid 2 en 1259 OBW volgde dat een opschortend voorwaardelijke vordering door middel van hypotheek kon worden gecureerd, waarbij in de literatuur werd aangenomen dat dat ook mogelijk was door middel van vestiging van een pandrecht of het aangaan van een borgtocht.²⁴⁰ Op de schuldenaar rustte reeds direct een zorgplicht ten aanzien van een opschortend voorwaardelijk verschuldigde zaak.²⁴¹ Ook was de voorloper van het huidige art. 6:23 BW – art. 1296 OBW – redactioneel toegeschreven op het voorkomen van de vervulling van een opschortende voorwaarde door de schuldenaar.²⁴²

234 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 142; Pitlo 1964, p. 81; Van Brakel 1935a, p. 22 nt. 1; Asser/Van Goudoever 1913, p. 58; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 58; Diephuis 1886, p. 256 e.v.; Opzoomer 1879a, p. 150 e.v.

235 Zie § 3.1.3.1.

236 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 142; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 386; Pitlo 1964, p. 81.

237 Rb. Amsterdam 3 maart 1899, W. 7349. De rechtbank stelde daarbij dat een opschortend voorwaardelijke overeenkomst 'ongetwijfeld als onder die voorwaarde bestaande moet worden aangemerkt'. Zie ook HR 17 december 1948, NJ 1949, 167, waarin de Hoge Raad vaststelde dat een overeenkomst onder de opschortende voorwaarde dat een wettelijk vastgelegde nietigheid u.h.v. een door de Minister verleende toestemming was komen te vervallen, niettemin ook ná het verlenen van die toestemming nietig was. Aan die opvatting ligt m.i. toch ten grondslag dat een opschortend voorwaardelijke overeenkomst t.t.v. het aangaan bestond en niet pas per het moment van intreden van de voorwaarde, i.c. het moment van verval van de nietigheidsgrond. Wat er immers überhaupt nog niet is, kan moeilijk als nietig wegens strijd met de wet worden beschouwd. In de discussie onder het OBW over het al dan niet bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis wordt dit arrest echter niet genoemd.

238 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 141; Hofmann 1937, p. 94; Asser/Van Goudoever 1913, p. 58; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 59; Diephuis 1886, p. 256.

239 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 142; Bolweg 1979, p. 108; Pitlo 1964, p. 81.

240 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 142; Pitlo 1964, p. 81; Van Brakel 1935a, p. 22; Suijling 1934, p. 424; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 58; Diephuis 1886, p. 255, 256.

241 Van Brakel 1935a, p. 22. Zie verder § 6.2.3.2.

242 Zie verder § 7.4.

Daarnaast waren er uiteraard de aspecten die ten gevolge van de opschortende voorwaarde wel waren opgeschort. Een recht op en verplichting tot nakoming ontbraken in ieder geval.²⁴³ Verrekening werd voor het intreden van de opschortende voorwaarde dan ook evenmin mogelijk geacht.²⁴⁴ Of reeds conservatoir beslag kon worden gelegd door de opschortend voorwaardelijke schuldeiser was omstreden.²⁴⁵ Door Van Goudoever werd aangenomen dat de opschortend voorwaardelijke schuldeiser 'als de vereischten daartoe overigens aanwezig zijn' het faillissement van de schuldenaar kon aanvragen, maar in die opvatting stond hij alleen.²⁴⁶ Verjaringstermijnen begonnen pas met het intreden van de voorwaarde (art. 2027 OBW). Ook het feitelijke risico van een nog te leveren zaak, welk risico blijktens art. 1273 OBW bij een onvoorwaardelijke verbintenis direct met het ontstaan van de verbintenis op de schuldeiser (beoogde verkrijger) overging, bleef ten gevolge van de opschortende voorwaardelijkheid vooralsnog bij de schuldenaar.²⁴⁷ Tot slot was er de vraag naar de goederenrechtelijke werking bij zowel opschortende als ontbindende voorwaarden. Globaal gezien over de gehele periode waarin het OBW gelding had, werd die goederenrechtelijke werking erkend. Ten aanzien van de materiële gevolgen en ook de exacte verklaring voor die goederenrechtelijke werking bestonden echter veel varianten.²⁴⁸

Duits en Zwitsers recht

Voor het Duitse en Zwitserse recht doet zich eveneens de vraag voor wat de materiële aspecten van de voorwaardelijke werking van voorwaarden zijn. Overeenkomstig het Nederlands recht heeft die voorwaardelijkheid in ieder geval geen betrekking op de gebondenheid van partijen.²⁴⁹ Daarentegen heeft de opgeschorte werking wel gevolgen voor het directe ontstaan van delen van de rechtsverhouding: de overeenkomst onder opschortende voorwaarde bestaat in beide rechtssystemen direct, vorderingsrechten pas met het intreden van de opschortende voorwaarde en verbintenissen waarschijnlijk eveneens pas met het intreden van de voorwaarde.²⁵⁰ De vorderingsrechten uit hoofde van een opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding kwalificeren tot het mo-

²⁴³ Zie § 3.2.3.1.

²⁴⁴ Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 143 (en eerder Asser/Rutten I (1973), p. 145, 420); Hofmann/Van Opstall 1976, p. 386.

²⁴⁵ Vóór die mogelijkheid bijv.: Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 142; Bolweg 1979, p. 108; (vermoedelijk) Hofmann 1937, p. 94; Asser/Van Goudoever 1913, p. 58; Diephuis 1886, p. 257. Ook in bevestigende zin: Rb. 's-Hertogenbosch 10 april 1987, NJ 1988, 461.

Afwijzend: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 142, 143; Veegens/Oppenheim 1917, p. 40; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 58.

²⁴⁶ Asser/Van Goudoever 1913, p. 59. Tegen die mogelijkheid bijv.: Bolweg 1979, p. 108.

²⁴⁷ Waarbij art. 1300 OBW overigens wel een aantal nuancerings bevatte.

²⁴⁸ Zie verder § 11.2.4.

²⁴⁹ Zie § 3.1.3.2.

²⁵⁰ Zie § 3.1.3.1 en 6.2.5.2. Zie deze paragraaf voor enige nuancerings.

ment van intreden van de voorwaarde derhalve als toekomstig. Van verjaring kan derhalve reeds om die reden geen sprake zijn totdat de opschortende voorwaarde intreedt.²⁵¹

Deze kwalificatie als *toekomstig* wordt in de Duitse en Zwitserse literatuur afgeleid uit de opgeschorte werking van de rechtshandeling onder opschorten van de voorwaarde waar het vorderingsrecht uit voortvloeit. Althans, in de literatuur wordt de bedoelde toekomstigheid van vorderingsrechten veelal besproken in het kader van de opgeschorte werking, zodat dit verband in ieder geval impliciet lijkt te worden onderschreven. De uitdrukkelijke vaststelling dat deze toekomstigheid inderdaad uit die werking voortvloeit, heb ik echter slechts bij enkele auteurs als zodanig gevonden.²⁵² Voor wat betreft ontbindende voorwaarden is de voorwaardelijke werking in beide rechtsstelsels vóór het eventuele intreden van de voorwaarde beperkt. Zoals ik reeds eerder stelde, heeft de ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding overeenkomstig het Nederlands recht immers 'volledige werking'.²⁵³ Enige nuancering van dit uitgangspunt is voor het Duitse recht gelegen in de nog te bespreken *Vorwirkung*, waarmee de consequenties van (ook) de ontbindende voorwaardelijkheid voor de rechtsverhouding worden aangeduid.²⁵⁴

Ook met betrekking tot de beëindiging van een voorwaardelijke rechtsverhouding heeft de voorwaardelijke werking voor zowel het Duitse als het Zwitserse recht betekenis. Althans, in de Duitse literatuur wordt in overeenstemming met § 158 BGB veelal geconstateerd dat met het intreden van een ontbindende voorwaarde de *werking* eindigt²⁵⁵ en ook wordt wel gesteld dat de *gevolgen* van de rechtsverhouding met het intreden eindigen.²⁵⁶ Geen enkele van de door mij bestudeerde Duitse auteurs besteedt aandacht aan deze onderling verschillende terminologie. Ook in dit verband van ontbindende voorwaarden volgt echter uit niets dat een inhoudelijk verschil bedoeld zou zijn. Vrijwel geen van de door mij bestudeerde Duitse auteurs spreekt van een beëindiging van de rechtsverhouding zelf.²⁵⁷ Daarmee is uiteraard nog niet gezegd dat met de beëindiging van de werking in de Duitse literatuur niet toch de beëindiging van de rechtsverhouding zelf wordt bedoeld. Art.

251 Staudinger/Bork 2010, p. 337.

252 MüKo/Westermann 2012, p. 1705; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 121. Brinkmann spreekt zich eveneens redelijk duidelijk in deze richting uit, maar van een expliciete stellingname is geen sprake (PWW/Brinkmann 2014, p. 221).

253 Zie § 3.1.3.1.

254 Helemaal treffend is deze term van de *Vorwirkung* bij ontbindende voorwaarden uiteraard niet, maar hij wordt in de Duitse literatuur niettemin incidenteel ook bij ontbindende voorwaarden gehanteerd.

255 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 613; Bork 2011, p. 499; Medicus 2010, p. 344; Staudinger/Bork 2010, p. 338; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122.

256 Schellhammer 2014, p. 1062; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 616.

257 Uitsluitend Pawlowski stelt dat de rechtsverhouding zelf eindigt bij het intreden van een ontbindende voorwaarde (Pawlowski 1998, p. 288).

154 I OR stelt voor het Zwitsers recht dat met het intreden van een ontbindende voorwaarde de daarvan afhankelijke overeenkomst eindigt, waarbij de werking van die overeenkomst eindigt per het moment dat de ontbindende voorwaarde intreedt.²⁵⁸ De Zwitserse literatuur spreekt dan ook veelal van de beëindiging van de rechtsverhouding zelf en derhalve meestal niet van beëindiging of verval van de werking.²⁵⁹

Ten aanzien van het verval van de opschortende voorwaarde wordt in de literatuur van beide landen gesteld, dat daarmee de werking definitief niet zal intreden en de rechtsverhouding derhalve zonder werking blijft.²⁶⁰ Tevens wordt wel gesteld dat het de rechtsverhouding zelf is die eindigt.²⁶¹ Voor het Zwitsers recht wordt echter ook wel verdedigd dat de rechtsverhouding ten gevolge van de opschortende voorwaarde nog niet tot stand gekomen is. Bij die opvatting is bij verval van de opschortende voorwaarde uiteraard geen sprake van een beëindiging, maar van een definitief niet meer tot stand komen.²⁶²

Of de *Vorwirkung* in enig verband met de *voorwaardelijke werking* staat, is voor het Duitse recht niet aan te geven. De reden daarvoor is dat de grondslag voor die *Vorwirkung* voor het Duitse recht moeilijk is vast te stellen en, voor zover deze in de Duitse literatuur wel verwoord wordt, slecht past in de Duitse systematiek. Voor het Zwitsers recht wordt die grondslag gezien in de (direct bestaande) rechtsbetrekking tussen partijen als onderdeel van het begrip van de overeenkomst. Wellicht dat daarmee de *Vorwirkung* inderdaad als een zeker gevolg van de voorwaardelijke werking kan worden beschouwd, namelijk

258 Dit laatste ter vaststelling dat als uitgangspunt geen sprake is van terugwerkende kracht.

259 Gauch, Schlupe, Emmenegger 2014, p. 381; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 866; Koller 2009, p. 1292; Honsell 2008, p. 621; Huguenin e.a. 2008, p. 201; Gutmans 1995, p. 11; Keller & Schöbi 1988, p. 109; Merz 1984, p. 153; Guhl 1944, p. 58; Becker 1941, p. 716, 729.

Berger en Koller spreken eveneens van beëindiging van de rechtsverhouding en lijken i.o.m. art. 154 I OR te stellen, dat dáárom de werking eindigt (Berger 2012, p. 267; Guhl/Koller 2000, p. 61). Niet geheel logisch stelt Koller tevens dat met de in art. 154 OR genoemde beëindiging van de werking bedoeld is, dat de overeenkomst zelf eindigt (Koller 2009, p. 1292). Peter gebruikt zonder verdere toelichting de terminologie van de beëindiging van de werking en van de rechtsverhouding door elkaar (Peter 1994, p. 201, 229). Ook Emmenegger en Huguenin lijken de ontbindend voorwaardelijke werking en de beëindiging van de rechtsverhouding bij het intreden van de voorwaarde als hetzelfde begrip te hanteren (Gauch, Schlupe, Emmenegger 2014, p. 381; Huguenin e.a. 2008, p. 196).

260 Duits recht: Palandt/Ellenberger 2014, p. 180; PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Wolf 1999, p. 514.
Zwitsers recht: Huguenin e.a. 2008, p. 201.

261 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165.
Zwitsers recht: Berger 2012, p. 266; Guhl/Koller 2000, p. 60, 61.

262 Zie bijv. Peter die deze opvatting lijkt te verdedigen (Peter 1994, p. 229). Peter onderbouwt deze visie van het niet meer tot standkomen met: 'Das ergibt sich direkt aus dem Begriff der Bedingung' (Peter 1994, p. 229, nt. 4). Dat laatste is echter uitsluitend juist voor zover we de redactie van art. 151 I OR – op grond waarvan de *Verbindlichkeit* van de overeenkomst afhankelijk is van de opschortende voorwaarde – naar de letter volgen. In de moderne Zwitserse literatuur wordt dat echter juist meestal betwist (zie § 3.1.3.1).

als het spiegelbeeld van de opgeschorte werking die beide het gevolg zijn van de partijwil. Of deze laatste visie in de Zwitserse literatuur inderdaad wel zo wordt aangenomen is niet zeker, maar aanwijzingen daarvoor zijn er wel.²⁶³

De goederenrechtelijke werking van voorwaarden is in het Duitse en Zwitserse recht weliswaar een gevolg van de voorwaardelijke werking, maar wordt niet gezien als onderdeel van de voorwaardelijke werking zelf. Goederenrechtelijke werking is voor wat betreft de rechtsovergang tussen partijen zowel in het Duitse als (vermoedelijk) het Zwitserse recht een gevolg van de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst.²⁶⁴ Het is derhalve de voorwaardelijke werking die aan de goederenrechtelijke overeenkomst is verbonden, die leidt tot het goederenrechtelijke effect. De (on)mogelijkheid van nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis ga ik ook voor het Duitse en Zwitserse recht nog uitgebreid bespreken. Op deze plaats wil ik echter reeds constateren dat de – als uitgangspunt – aangenomen onmogelijkheid het indirecte gevolg is van de opgeschorte werking. Voor beide rechtstelsels geldt namelijk dat het vorderingsrecht en de verplichting ten gevolge van de opgeschorte werking pas ontstaan met het intreden van de voorwaarde, zodat voordien niet verschuldigd kan worden nagekomen.²⁶⁵

Voor het overige zijn veel van de materiële aspecten die ingeval van opschortende voorwaardelijkheid voor het Nederlandse recht niet zijn opgeschort, dat evenmin in het Duitse en Zwitserse recht zijn. Zo kunnen opschortend voorwaardelijke vorderingen worden gesecureerd door borgtocht,²⁶⁶ hypotheek²⁶⁷ of pandrecht,²⁶⁸ zijn opschortend voorwaardelijke aanspraken op onroerend goed *vormerkungsfähig*²⁶⁹ en kan ter zake een opschortend voorwaardelijke vordering tot het verrichten van een prestatie in rechte reeds een vordering tot nakoming worden ingesteld (derhalve voordat de prestatie opeisbaar is).²⁷⁰

De conclusie ten aanzien van het Duitse en Zwitserse recht is op grond van het vorenstaande min of meer gelijk aan die van het Nederlandse geldend recht. De literatuur hanteert ten aanzien van de theoretische vraagstukken bij de verschillende materiële aspecten van de voorwaardelijke werking veelal

263 Zie verder § 3.2.2 over de *Vorwirkung*.

264 Het andere aspect van goederenrechtelijke werking, het verval van eventuele tussenbeschikkingen door de bezwaarde bij het intreden van de voorwaarde, is geen gevolg van de gehanteerde systematiek, maar uitsluitend van wetsduiding. Zie verder over de goederenrechtelijke werking in het Duitse en Zwitserse recht § 11.2.5.

265 Zie verder § 3.2.3.

266 § 765 lid 2 BGB.

267 § 1113 lid 2 BGB.

268 § 1204 lid 2 BGB.

269 § 883 lid 1 BGB.

270 De *Klage auf künftige Leistung*, voor de opschortend voorwaardelijke prestatie (onder nadere voorwaarden) gebaseerd op § 259 ZPO (zie ook: MüKo/Westermann 2012, p. 1720).

een ad hoc-benadering. Zoals ik in dit hoofdstuk nog verder zal uitwerken, is van een aanvaarde theorie aangaande de voorwaardelijke werking in elk geval slechts beperkt sprake. Als gevolg daarvan blijft het enigszins de vraag welke aspecten in verband staan met de voorwaardelijke werking. Ook kunnen we vaststellen dat de variatie in de materiële aspecten van de voorwaardelijke werking groot is. Dat alles laat onverlet dat merendeels wel duidelijk is welke gevolgen al dan niet zijn opgeschort.

3.2 NADERE BESTUDERING VAN DE OPSCHORTEND VOORWAARDELIJKE WERKING

3.2.1 Inleiding

Bij de verdere bestudering van de voorwaardelijke werking beginnen we met de werking bij opschortende voorwaardelijkheid. In de literatuur ligt voor wat betreft de voorwaardelijke werking ook sterk de nadruk op deze opschortende voorwaardelijkheid. Weliswaar is dat niet helemaal terecht – zie de in § 3.3 besproken aspecten van de voorwaardelijke werking bij ontbindende voorwaarden – maar gezien de grotere complexiteit van de opgeschorte werking is het wel begrijpelijk. Dé vraag van de onderhavige paragraaf is hoe we de opgeschorte werking moeten plaatsen in de systematiek van het Nederlands geldend recht. De kernvraag daarbij is of de opgeschorte werking inderdaad een verklarend begrip vormt, zoals nogal eens in de literatuur impliciet wordt aangenomen. Of anders gezegd, leidt de opgeschorte werking van de rechtsverhouding naar haar aard tot bepaalde consequenties met betrekking tot de verdere gevolgen voor die rechtsverhouding?

Deze vragen ga ik bestuderen aan de hand van twee onderwerpen die alles van doen hebben met de opgeschorte werking. De eerste daarvan is de *Vorwirkung*: de groep van specifieke gevolgen van de rechtsverhouding die ondanks de opschortende voorwaardelijkheid direct werking hebben. De essentiële vraag bij deze *Vorwirkung* is, waarom de desbetreffende gevolgen niet eveneens worden 'getroffen' door de opgeschorte werking. Waarom het ene gevolg uit hoofde van de rechtsverhouding wél en het andere niet? Het tweede onderwerp betreft de vraag naar de (on)mogelijkheid van verschuldigde nakoming vóórdat de opschortende voorwaarde is ingetreden. Staan de consequenties die voortvloeien uit de opgeschorte werking een dergelijke vroegtijdige nakoming inderdaad in de weg, zoals door een deel van de literatuur wordt aangenomen, of miskent een dergelijk visie wat de opgeschorte werking onder het NBW is?

Zonder twijfel heeft de opgeschorte werking meer aspecten dan de beide voormelde onderwerpen. Mijn keuze voor deze twee is daarop gebaseerd dat daarmee beide zijden van de opgeschorte werking – het ontbreken van consequenties van de opgeschorte werking en het juist bestaan van consequenties – voor het voetlicht komen. Bij een dergelijke aanpak mag verwacht worden

dat tenminste een redelijk beeld ontstaat hoe we de opgeschorte werking binnen de systematiek van het geldend recht moeten zien.

3.2.2 De Vorwirkung

3.2.2.1 Het begrip van de Vorwirkung in de verschillende stelsels

Inleiding

Het begrip *Vorwirkung* stamt uit de 19e eeuwse Duitse rechtswetenschap en belichaamt het in deze periode ontwikkelde alternatief voor de tot dan toe heersende leer van de terugwerkende kracht van (ook) opschortende voorwaarden.²⁷¹ Een alternatief waarbij de ongewenste gevolgen van het aanvankelijke nog niet bestaan van de rechtsverhouding niet langer zouden worden ondervangen door het fingeren van het (door de terugwerkende kracht) alsnog directe bestaan daarvan, maar door bepaalde gevolgen 'alvast' in te laten treden. Deze alternatieve leer vormde, ondanks de omvangrijke kritiek, uiteindelijk het uitgangspunt voor het BGB en daarmee ook voor een aantal andere moderne wetboeken.²⁷²

In deze paragraaf bespreek ik de theoretische onderbouwing voor deze *Vorwirkung*. Dát tussen partijen uit hoofde van de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding direct – derhalve niet opgeschorte – materiële gevolgen bestaan, is daarbij het uitgangspunt. Het directe bestaan van deze gevolgen is voor het Nederlandse, Duitse en Zwitserse recht ook onbetwist. De materiële aspecten van de voorwaardelijke werking heb ik voor het geldend recht reeds beschreven.²⁷³ De theoretische onderbouwing voor de *Vorwirkung* ligt daarentegen, met name ook in het Duitse recht, moeilijker dan de vorenbedoelde vaststelling. Dat is vooral een gevolg van de lastige vraag, waarom de algemene consequenties van opgeschorte werking in de systematiek blijkbaar geen toepassing vinden op de materiële gevolgen die we samenvatten onder het begrip *Vorwirkung*. Of anders gezegd, waarom zijn de rechten die voortvloeien uit de *Vorwirkung* direct bestaand en veelal ook direct afdwingbaar ondanks de opgeschorte werking van delen van de rechtsverhouding?

Geldend recht

Door de moderne Nederlandse auteurs wordt in vergelijking met de Duitse en Zwitserse literatuur relatief weinig aandacht besteed aan de materiële gevolgen van en verklaring voor de *Vorwirkung*. Dat mag in die zin opvallend

²⁷¹ HKK/Finkenauer 2003, p. 887 e.v.

²⁷² HKK/Finkenauer 2003, p. 891, 893. Overigens merkt Finkenauer daarbij vermoedelijk terecht op dat de systemen van de terugwerkende kracht en de *Vorwirkung* in hun materiële gevolgen vaak weinig verschillen (p. 893, 894, nt. 98).

²⁷³ Zie § 3.1.4.3.

heten dat de aan voorwaarden inherente periode van onzekerheid als een van de kenmerkende aspecten van voorwaarden mag worden beschouwd. Het relatieve gebrek aan een overkoepelende aandacht voor de rechten en plichten van partijen gedurende deze periode kan ik ook maar gedeeltelijk verklaren. Voor zover ik een verklaring heb, bestaat deze daaruit dat een aantal aspecten van voorwaarden die door Duitse en Zwitserse auteurs als onderdeel van de *Vorwirkung* worden beschouwd, in de Nederlandse literatuur niet in dit bredere verband van de *Vorwirkung* worden geplaatst. Een voorbeeld daarvan is art. 6:23 BW ter zake het in strijd met de redelijkheid en billijkheid al dan niet laten intreden van een (opschortende) voorwaarde.²⁷⁴ In materieel opzicht maakt dat geen verschil, maar voor de ontwikkeling van een algemene theoretische onderbouwing voor de verschillende aspecten van de *Vorwirkung* waarschijnlijk wel.

Overeenkomstig het hierna besproken Duitse en Zwitserse recht zou men kunnen zeggen dat het in de tijd samenvallen van het intreden van een opschortende voorwaarde en van de aanvankelijk voorwaardelijke gevolgen bij de *Vorwirkung* wordt doorbroken. Het belangrijkste gevolg van de *Vorwirkung* vinden we in de TM bij art. 6:26 BW: 'een voorwaardelijk schuldeiser [kan] vóór de vervulling van de voorwaarde alle middelen in het werk [] stellen welke tot bewaring van zijn recht noodzakelijk zijn, []'.²⁷⁵ Diezelfde opvatting van het direct bestaan van rechten van de verwachter gericht op securisatie van zijn opschortend voorwaardelijke positie vinden we tevens in de TM bij art. 3:38 BW. Meijers stelt aldaar dat tot het intreden van de opschortende voorwaarde conservatoire maatregelen mogelijk zijn.²⁷⁶ Tot slot stelt Meijers ook nog eens ter zake de veroordeling tot nakoming onder voorwaarde van art. 3:296 lid 2 BW: 'Tijdens de periode van onzekerheid heeft de belanghebbende ongetwijfeld zekere bevoegdheden []'.²⁷⁷ Gezien het verband met art. 3:296 lid 2 BW lijkt het geen twijfel dat Meijers daarmee in elk geval doelde op vorenbedoelde rechten van de verwachter gericht op securisatie.

De opvatting van Meijers dat de bedoelde rechten respectievelijk bevoegdheden gericht op securisatie direct bestaan, is in de literatuur onbestreden gebleven. De systematiek waarbij opschortende voorwaardelijkheid niet het bestaan maar de *werking* van de rechtsverhouding opschort, maar deze rechtsverhouding niettemin direct bepaalde gevolgen heeft, vormt daarmee volgens de literatuur het geldend Nederlandse recht.²⁷⁸ Dit is ook de systematiek

274 Zie ook hierna bij de bespreking van het Duitse en Zwitserse recht.

275 PG Boek 6, TM, p. 153. We herkennen hierin uiteraard de redactie van art. 1298 OBW: de opschortend voorwaardelijke schuldeiser kon 'alle middelen in het werk stellen, welke tot bewaring van zijn regt noodzakelijk zijn'.

276 PG Boek 3, TM, p. 185.

277 PG Boek 3, TM, p. 895.

278 Dat neemt niet weg dat deze systematiek als zodanig incidenteel wel wordt bestreden, zie het betoog van Out (Out 2003).

die in de literatuur wordt gezien in – ook in § 6.1.3 besproken – art. 6:26 BW.²⁷⁹ Voor zowel de ontbindende als de opschortende voorwaardelijke verbintenis bepaalt dit wetsartikel, dat op deze verbintenissen ‘de bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen van toepassing (zijn), voor zover het voorwaardelijk karakter van de betrokken verbintenis zich daartegen niet verzet’. De functie van art. 6:26 BW is daarmee niet zozeer gelegen in de constatering dat voorwaardelijke verbintenissen bestaande verbintenissen zijn,²⁸⁰ maar in de toepasselijkheid van de bepalingen van het verbintenissenrecht op voorwaardelijke verbintenissen.²⁸¹

Voor wat betreft de ontbindend voorwaardelijke verbintenissen is art. 6:26 BW daarmee nauwelijks vermeldenswaardig. Uiteraard gelden ten aanzien van deze verbintenissen tot het moment van intreden van de ontbindende voorwaarde de regels van het verbintenissenrecht; partijen beogen immers juist een verbintenis in het leven te roepen die direct werking heeft met (vrijwel) alle rechtsgevolgen die daaraan zijn verbonden. Een aantal auteurs beschouwt deze bepaling echter ook in het verband van opschortend voorwaardelijke verbintenissen als overbodig.²⁸² Ook zonder deze wetsbepaling zouden deze verbintenissen als bestaande verbintenissen worden beschouwd en daarmee de toepasselijkheid van andere bepalingen uit het verbintenissenrecht buiten kijf staan. In verband met de reeds beschreven discussie in de literatuur onder het OBW aangaande dit directe bestaan wil ik echter, in elk geval voor de periode van totstandkoming van het NBW, enigszins twijfelen aan deze stellingheid.²⁸³

In de hedendaagse literatuur wordt art. 6:26 BW meestal aldus benaderd, dat de voorliggende vraag is welke wetsbepalingen bij opschortende voorwaardelijkheid direct toepassing dienen te vinden. Vervolgens worden de in § 3.1.4.3 omschreven materiële gevolgen met directe werking veelal als uitvloeisel daarvan genoemd. We kunnen ons echter afvragen of dit de juiste benadering van deze wetsbepaling is. Zoals reeds gezegd bevat art. 6:26 BW immers het algemene uitgangspunt dat het verbintenissenrecht van toepassing is ‘voor zover het voorwaardelijk karakter van de betrokken verbintenis zich daartegen niet verzet’. Anders gezegd, de te beantwoorden vraag zou daarmee óók kunnen zijn in welke gevallen het voorwaardelijke karakter van een verbintenis

279 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, p. 127.

280 Al suggereerde het Hof Amsterdam bij zijn arrest van 2 april 2004 anders: ‘Het tengevolge van de opschortende voorwaarde aan de schenking klevende voorwaardelijke karakter heeft op de voet van [cursivering HS] artikel 6:26 BW niet tot gevolg dat daardoor de schenking zelf eerst met de vervulling van die voorwaarde tot stand kwam, []’ (zie HR 30 maart 2007, BNB 2007, 181).

281 Zie bijv. de PG bij art. 3:45 BW (PG Boek 3, MvA II, p. 219), waar eventuele toepasselijkheid van deze wetsbepaling op voorwaardelijke vorderingen wordt geplaatst in het licht van art. 6:26 BW.

282 Den Tonkelaar 1994, p. 77 (en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 87); Schoordijk 1979, p. 108.

283 Zie § 3.1.3.1.

zich *wel* verzet tegen toepassing van het verbintenissenrecht.²⁸⁴ Voor de beantwoording van die vraag moeten we vaststellen wat de grondslag vormt voor de (beperking van de) toepasselijkheid van de overige regels van het verbintenissenrecht. Ik kom daar bij de 'nadere uitwerking' op terug.

Oud BW

Onder het OBW vormde de *Vorwirkung*, meestal aangeduid met het begrip *voorlopige werkingen*, een stevig systematisch probleem. Art. 1289 OBW stelde dat de opschortend voorwaardelijke verbintenis zelf, derhalve haar *ontstaan*, was opgeschort tot het intreden van de voorwaarde. Mét de terugwerkende kracht van het eventuele intreden van de voorwaarde zou de verbintenis achteraf beschouwd weliswaar hebben bestaan, maar *tót* dat intreden zou de verbintenis derhalve nog ontbreken. Tegelijkertijd stond echter vast dat een redelijk aantal gevolgen – welke exact bleef enigszins een discussiepunt²⁸⁵ – reeds gedurende de periode van onzekerheid bestonden.²⁸⁶

Deze *voorlopige werkingen* rechtvaardigden derhalve de vraag, wat de systematiek zou moeten zijn van een niet-bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis en het wel direct intreden van deze gevolgen. We zagen reeds dat in deze vraag de oorzaak was gelegen voor een discussie onder het OBW omtrent het wellicht *tóch* directe bestaan van de verbintenis.²⁸⁷ Een discussie die in de literatuur niet tot een duidelijk heersende opvatting leidde, maar nota bene ná het in werking treden van het NBW alsnog door de Hoge Raad voor het OBW in die zin werd beslist, dat de opschortend voorwaardelijke verbintenis wel degelijk direct bestond.²⁸⁸ Ook werd wel aangenomen dat (tenminste een deel van) de *voorlopige werkingen* uitsluitend op de wet en derhalve niet op enige achterliggende systematiek waren gebaseerd.²⁸⁹ Tot slot werd de grondslag voor de *voorlopige werkingen* incidenteel

284 O.a. Out verdedigt in deze een geheel andere opvatting (Out 2003, p. 75 e.v.). Hij ziet in art. 6:26 BW de grondslag voor toepasselijkheid van een aantal specifieke wetsbepalingen. Daar schaaft hij ook art. 6:25 BW ter zake de (overeenkomstige) toepassing van de onverschuldigde betaling onder. Voor het overige benadrukt Out de voren geciteerde slotwoorden van art. 6:26 BW.

285 Zie verder: Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 142; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 387 e.v.; Pitlo 1964, p. 81; Asser/Van Goudoever 1913, p. 58.

286 Zie § 3.1.4.3.

287 Zie § 3.1.3.1. Ik wijs er hier nogmaals op dat de door Out voorgestane systematiek van de grondslag van de 'voorlopige werkingen' in de contractuele rechtsbetrekking buiten de verbintenis niet die van het OBW is geweest (Out 2003, p. 72). Die rechtsbetrekking vormde in de heersende opinies onder het OBW juist deel van het begrip van de verbintenis en niet van de overeenkomst. Het bestaan van die verbintenis *vóór* het intreden van de opschortende voorwaarde was daarmee het discussiepunt, met name i.v.m. deze 'voorlopige werkingen'.

288 De Hoge Raad verwijst naar art. 6:22 NBW en stelt daarbij vast dat de inhoud van dat wetsartikel niet afwijkt van het onder het OBW geldende recht (HR 7 april 2000, NJ 2000, 602).

289 Land/De Savornin Lohman 1907, p. 58, 59.

ook gezien in de overeenkomst tussen partijen, ook zonder dat daaruit reeds de verbintenissen tussen partijen zouden zijn ontstaan.²⁹⁰

Rutten en Veegens poogden in de figuur van de terugwerkende kracht een grondslag te vinden voor de *voorlopige werkingen*.²⁹¹ Out stelt zelfs dat de *voorlopige werkingen* onder het OBW in het algemeen op deze terugwerkende kracht zouden worden gebaseerd.²⁹² Met uitzondering van Rutten en Veegens heb ik daar echter geen aanwijzingen voor. Andere auteurs zochten de verklaring voor het directe bestaan van de *voorlopige werkingen* in elk geval op andere terreinen, onder meer in de veronderstelde direct bestaande 'rechtsband' tussen partijen²⁹³ of ook als uitsluitend op de wet gebaseerd en derhalve niet op enige achterliggende systematiek.²⁹⁴

Van een werkelijke discussie omtrent de grondslag van de terugwerkende kracht is mij evenmin gebleken, al werd deze grondslag in de literatuur incidenteel ook wel afgewezen, waarschijnlijk mede door Meijers.²⁹⁵ Een *beargumenteerde* betwisting van de grondslag van de terugwerkende kracht ontbreekt echter geheel. Toch liggen die argumenten naar mijn opvatting redelijk voor de hand. De eerste daarvan is dat het de vraag blijft waarom reeds op het huidige moment (ook afdwingbare) rechten en verplichtingen zouden bestaan, terwijl pas in de toekomst kan worden vastgesteld of deze uit hoofde van de terugwerkende kracht daadwerkelijk op dit moment bestonden. De systematiek van het met terugwerkende kracht laten ontstaan van de verbintenis is immers, dat deze gedurende de periode van onzekerheid juist niet bestaat, hetgeen uit hoofde van de terugwerkende kracht en derhalve niet anders dan met de wijsheid achteraf al dan niet het geval geweest blijkt te zijn.²⁹⁶ Daarmee is bijvoorbeeld Ruttens stelling dat de situatie achteraf wordt beoordeeld op zich juist, maar vormt deze helemaal geen argument voor de situatie gedurende de periode van onzekerheid.²⁹⁷

Ten tweede zouden we het vorenstaande argument ook kunnen omdraaien, waarbij we als uitgangspunt nemen dat de *voorlopige werkingen* op een of andere wijze gedurende de periode van onzekerheid tóch direct bestaan. Als de voorwaarde echter uiteindelijk komt te vervallen en de verbintenis derhalve ook achteraf nooit blijkt te hebben bestaan, wat zou dan de grondslag zijn

290 Van Brakel 1935a, p. 21.

291 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 142; Veegens/Oppenheim 1917, p. 40.

292 Out 2003, p. 72.

293 Zie § 3.1.3.1.

294 Land/De Savornin Lohman 1907, p. 58, 59. Althans, in ieder geval beschouwden Land en De Savornin Lohman een deel van de directe gevolgen als uitsluitend op de wet gebaseerd.

295 Pitlo 1964, p. 81; Meijers 1948, p. 91. Meijers stelt dat juist gedurende de periode van onzekerheid bij opschortende voorwaardelijkheid vragen kunnen rijzen, waar de terugwerkende kracht in Meijers opvatting blijkbaar niet het antwoord op kan zijn.

296 Ingeval we het vereiste van objectieve onzekerheid bij voorwaarden stellen, geldt dit zelfs per definitie voor beide partijen, zie § 2.4.3.

297 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 143.

geweest voor deze *voorlopige werkingen*?²⁹⁸ Een onverkorte toepassing van de terugwerkende kracht werd niet aangenomen, maar dat zou uitsluitend betekenis hebben voor de periode van onzekerheid bij ontbindende voorwaarden. Voor opschortende voorwaardelijkheid blijft het probleem dat de grondslag voor de *voorlopige werkingen* nooit tot stand is gekomen.

Een laatste argument is daarin gelegen dat de terugwerkende kracht vrijwel onbetwist van regelend recht was; partijen konden daarvan ook afzien.²⁹⁹ Daarmee zou echter ook de grondslag voor de eerdere *voorlopige werkingen* blijvend ontbreken. Uitsluitend een gedifferentieerd systeem waarbij partijen terugwerkende kracht uitsloten met uitzondering van de *voorlopige werkingen* zou daarbij nog redding kunnen brengen. Dat is mijns inziens echter een te moeizame systematiek om serieus in overweging te nemen.

We zien derhalve het volgende. Begrijpelijkerwijs werd onder het OBW de discussie gevoerd hoe de *Vorwirkung* kon worden verklaard in een systeem waarin de verbintenis pas met het intreden van de opschortende voorwaarde ontstaat. In de figuur van de terugwerkende kracht werd door enkele auteurs een oplossing gezien, maar – terecht – was dit geen heersende opinie. Voor zover niet de wet zelf als de gezochte grondslag werd beschouwd, zocht men veelal een verklaring in het tóch bestaan van die verbintenis of tenminste in het bestaan van de ‘rechtsband’ die in de verbintenis zou zijn gelegen.³⁰⁰ Van enige breed aanvaarde opvatting lijkt onder de gehele duur van het OBW echter geen sprake te zijn geweest.

Duits en Zwitsers recht

Het Duitse en Zwitserse recht gaan eveneens uit van een systematiek bij opschortende voorwaardelijkheid, waarbij het intreden van de voorwaarde en het intreden van de aanvankelijk voorwaardelijke gevolgen van de rechtsverhouding in de tijd samenvallen. Met andere woorden, vóórdat de voorwaarde is ingetreden ontbreken ook de gevolgen van de rechtshandeling. Niettemin hebben zowel de Duitse als de Zwitserse wetgever deze samenvall niet geheel strikt doorgevoerd.³⁰¹ Dit laatste (juist) niet door een systeem van terugwerkende kracht bij het intreden van de voorwaarde,³⁰² maar door het creëren

298 Zie bijv. de noot van Houwing bij HR 23 mei 1947, NJ 1948, 143, waarbij ik overigens in het midden laat of in casu wel sprake was van een daadwerkelijke voorwaarde. Houwing vraagt zich terecht af, wat de verklaring moet zijn voor eventuele ‘bijkomstige’ verplichtingen van partijen gedurende de periode van onzekerheid, als achteraf blijkt dat de onderliggende overeenkomst nietig was. Deze ‘nietigheid’ vloeit i.c. daaruit voort dat de ‘voorwaarde’ bestond uit het verkrijgen van een wettelijke vereiste ontheffing.

299 Zie § 2.6.2.5.

300 Zie § 3.1.3.1.

301 Zie in deze zin: Staudinger/Bork 2010, p. 342; Flume 1992, p. 701.

302 Zie over de dienaangaande discussie als gevoerd bij de totstandkoming van het BGB: HKK/Finkenauer, p. 890 e.v.

van een zekere *Vorwirkung* van de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding. Onder deze *Vorwirkung* – incidenteel wel aangeduid met *Sofortwirkung* – wordt in beide rechtssystemen verstaan dat ondanks de opschortende voorwaardelijkheid van de rechtsverhouding direct bepaalde rechten en verplichtingen ontstaan.³⁰³

Zoals ik reeds stelde hebben deze directe gevolgen van de opschortend voorwaardelijke rechtshandeling veel uitgebreider aandacht gekregen in het Duitse en tot op zekere hoogte ook in het Zwitserse recht dan in het Nederlandse. Dat is in die zin ook eenvoudig verklaarbaar dat zowel het BGB als het OR met de §§ 160-162 respectievelijk artt. 152, 153 en 156 een aantal specifieke bepalingen kent die (mede) deze *Vorwirkung* vorm geven. Een benadering die ook in het OR 2020 gehandhaafd is.³⁰⁴ Ik wijs er in dat verband overigens op dat een aanzienlijk deel van de literatuur de term *Vorwirkung* hanteert voor de rechten die zijn gericht op de directe bescherming van de positie van de verwachter,³⁰⁵ maar dat deze term soms ook in breder verband wordt gehanteerd.³⁰⁶

De rechten gericht op securisatie van de positie van de verwachter bestaan ondanks de opgeschorte werking niet alleen direct, maar zijn deels ook direct afdwingbaar. Dit betreft bijvoorbeeld de grotendeels met art. 6:23 BW overeenstemmende § 162 BGB en art. 156 OR ter zake de verhindering van het intreden van de voorwaarde.³⁰⁷ Ook het recht op een handelen door de wederpartij in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid of het verstrekken van informatie door de wederpartij vallen hier onder.³⁰⁸ Voor een ander deel hebben deze rechten weliswaar betekenis voor de periode van onzekerheid, maar treden de afdwingbare gevolgen van die rechten pas met het intreden van de opschortend voorwaarde in. Voorbeelden daarvan zijn de aansprakelijkheid van de bezwaarde jegens de verwachter indien door schuld van de bezwaarde het voorwaardelijke recht van de verwachter gedurende de periode

303 Overigens wordt in de Duitse literatuur deze term ook wel gebruikt bij de ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding.

304 Zie de in materieel opzicht vrijwel overeenstemmende artt. 211, 212 en 213 OR 2020.

305 Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 616; MüKo/Westermann 2012, p. 1706; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 121. Het is overigens de relatief vergaande bescherming van de verwachter als samengevat in de *Vorwirkung* die in het Duitse en (wellicht) het Zwitserse recht heeft geleid tot de ontwikkeling van de figuur van het Anwartschaftsrecht. Zie verder § 11.3.

306 In de Duitse en Zwitserse literatuur worden in dat verband genoemd de mogelijkheid van *Vormerkung* (§ 883 BGB), het doen van afstand, het d.m.v. borgtocht of verpanding secureren van de opschortend voorwaardelijke vordering, alsmede de *Klage auf künftige Leistung* (§ 259 BGB). Zie: MüKo/Westermann 2012, p. 1706, 1707; Honsell 2008, p. 615 e.v.; Guhl/Koller 2000, p. 54; Guhl 1944, p. 56.

307 Zie verder uitgebreid § 7.4.

308 Duits recht: Jauernig/Mansel 2014, p. 125; Bamberger/Roth/Rövekamp 2016, p. 616; Wolf 1999, p. 511, 513. Zie ook: BGH 14 maart 1984, NJW 1984, 2034.

Zwitsers recht: BSK OR I-Ehrt 2011, p. 860; Honsell 2008, p. 616; Guhl 1944, p. 52.

van onzekerheid verminderd of geheel tenietgaat (§ 160 BGB, art. 152 I OR). Ook het bij het intreden van een voorwaarde vervallen van tussenbeschikkingen verricht door de bezwaarde na een eerdere overdracht 'onder opschortende voorwaarde' aan de verwachter – hetgeen in het Nederlandse recht als een gevolg van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden wordt beschouwd – is deel van deze *Vorwirkung* (§ 161 BGB, art. 152 III OR).³⁰⁹

Met name voor het Duitse recht is het interessant om te bezien waarin de grondslag voor deze *Vorwirkung* is gelegen. Zoals we namelijk zagen, kwalificeren opschortend voorwaardelijke vorderingsrechten in het Duitse recht als *toekomstig* en niet, zoals in het Nederlandse recht, als direct *bestaand*.³¹⁰ Daarnaast zagen we dat, eveneens anders dan in het Nederlandse recht, de rechtsbetrekking in ruime zin tussen partijen deel uitmaakt van het begrip *Schuldverhältnis im weiteren Sinne* en daarmee van de verbintenis.³¹¹ Dat is in die zin een wezenlijk verschil met het huidige Nederlandse recht, dat ook deze *Schuldverhältnis im weiteren Sinne* – vermoedelijk – pas ontstaat met het intreden van de opschortende voorwaarde.³¹² Daarmee ligt de gedachte voor de hand dat het ontstaan van deze rechtsbetrekking in ruime zin eveneens zou moeten zijn opgeschort. Geen enkele door mij geraadpleegde Duitse auteur laat zich echter over de (mijns inziens logische) samenhang tussen het ontstaan van de *Schuldverhältnis* en deze rechtsbetrekking uit. De opschortend voorwaardelijke overeenkomst bestaat als rechtshandeling daarentegen (ook) in het Duitse recht weer direct met het verrichten daarvan.³¹³ Echter, het enige rechtstreekse gevolg van dit directe bestaan is dat partijen gebonden zijn en derhalve niet eenzijdig kunnen terugtreden, zo wordt veelal in de literatuur gesteld.³¹⁴

Uit dit alles volgt dat in de Duitse systematiek van het nog niet ontstaan van het opschortend voorwaardelijke vorderingsrecht en de verbintenis, alsmede de zeer beperkte directe gevolgen van de opschortend voorwaardelijke overeenkomst, het moeilijk is om de meteen intredende gevolgen van de *Vorwirkung* een op de rechtsverhouding gebaseerde grondslag te geven. Immers, het enige aspect van de rechtsverhouding dat zonder twijfel direct bestaat ondanks de opschortende voorwaardelijkheid is de gebondenheid van partijen uit hoofde van de overeenkomst. Daarmee heeft de vraag naar de grondslag voor de *Vorwirkung* in het Duitse recht vrij veel weg van die onder het OBW. In deze moeilijk te vinden grondslag zou dan ook de reden verwacht mogen worden dat de Duitse wetgever de §§ 160-162 BGB als *wettelijke* grondslag in het BGB opnam. Waar de rechtsbetrekking, verbintenis en vorderingsrechten

309 Zie over deze sterk van het Nederlandse recht afwijkende systematiek in het Duitse en Zwitserse recht § 11.2.5.

310 Zie § 6.2.5.2. Voor het Zwitsers recht is dit althans *waarschijnlijk* het geval.

311 Zie § 3.1.2.1.

312 Zie § 3.1.3.1.

313 Zie § 3.1.3.1.

314 Zie § 3.1.3.2.

ten gevolge van het opgeschorte ontstaan nauwelijks of niet een dergelijke grondslag kunnen vormen, kan de wet dat bij wijze van correctie vanzelfsprekend wel.

In de Duitse literatuur heb ik een dergelijke opvatting echter niet gevonden. Sterker, tenminste een deel van de Duitse literatuur neemt aan dat de grondslag voor de *Vorwirkung* wel degelijk geheel of gedeeltelijk is gelegen in de opschortend voorwaardelijke rechtsbetrekking of overeenkomst zelf en daarmee is gebaseerd op de (overeenstemmende) partijwil.³¹⁵ Dat is des te opmerkelijker omdat in de literatuur tegelijkertijd gesteld wordt dat de overeenkomst partijen weliswaar bindt, maar daaruit (nog) geen verplichtingen voortvloeien.³¹⁶ Voor wat betreft de *Vorwirkung* zou deze stelling – als we ervan uit zouden gaan dat uit de overeenkomst wel degelijk de verplichtingen van de *Vorwirkung* zouden voortkomen – niet anders dan onjuist kunnen zijn, omdat de *Vorwirkung* alsdan wel degelijk verplichtingen van partijen omvat.

Ik wil het als teleurstellend beschouwen dat deze opvatting van de bedoelde grondslag in de opschortend voorwaardelijke rechtsbetrekking of overeenkomst zelf, gezien de verdere systematiek van de opgeschorte werking in het Duitse recht, in het geheel niet wordt beargumenteerd. Zoals gezegd bestond onder het OBW een soortgelijke situatie, maar in de literatuur onder het OBW vormde deze dan ook terecht een fors discussiepunt. Ik kan deze in de Duitse literatuur aangenomen grondslag voor de *Vorwirkung* zelf ook niet verklaren, tenzij de opschortend voorwaardelijke *Schuldverhältnis im weiteren Sinn* in afwijking van hetgeen ik eerder vaststelde toch direct zou bestaan. Aanwijzingen daarvoor buiten de mogelijke grondslag voor de *Vorwirkung* heb ik echter niet.³¹⁷ Daarmee blijft voor het Duitse recht een en ander vanuit de theoretische onderbouwing nogal raadselachtig.

Anders dan het Duitse stemt het Zwitserse recht met betrekking tot de plaatsing van de rechtsbetrekking in ruime zin tussen partijen overeen met het Nederlandse: de rechtsbetrekking vormt deel van het begrip van de overeenkomst. Ook al suggereert art. 151 OR anders, waarschijnlijk bestaat de opschortend voorwaardelijke overeenkomst direct vanaf het verrichten van de rechtshandeling.³¹⁸ Dit – waarschijnlijk – weer in afwijking van opschortend voorwaardelijke vorderingsrechten en verbintenissen (*Obligationen*), die overeen-

315 MüKo/Westermann 2012, p. 1706; Staudinger/Bork 2010, p. 342; (wellicht) Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 121; Wolf 1999, p. 511; Flume 1992, p. 727.

316 Schellhammer 2014, p. 1023, 1024; Bork 2011, p. 256; Flume 1992, p. 605, 606.

317 Uitsluitend Schießer komt tot de vaststelling dat de opschortend voorwaardelijke *Schuldverhältnis* wel direct moet bestaan, omdat de algemene *Nebenpflichten* – die blijkbaar uit die *Schuldverhältnis* voortvloeien – ook direct bestaan (Schießer 1998, p. 31). Anders dan Schießer echter lijkt te stellen, is in deze helemaal geen sprake van een algemeen aanvaarde opvatting.

318 Zie § 3.1.3.1.

komstig het Duitse recht pas ontstaan met het intreden van de voorwaarde.³¹⁹ Wat er van dat laatste ook moge zijn, met de aanname van het directe bestaan van de opschortend voorwaardelijke overeenkomst en de plaatsing van het begrip van de 'rechtsbetrekking in ruime zin' bij deze overeenkomst heeft het Zwitserse recht anders dan het Duitse wél een begrijpelijke grondslag voor de directe gevolgen van de *Vorwirkung*. Deze grondslag van de direct bestaande rechtsbetrekking tussen partijen wordt in de Zwitserse literatuur dan ook breed onderkend.³²⁰

We zien derhalve dat zowel het Duitse als het Zwitserse recht de grondslag voor de *Vorwirkung* plaatsen in het kader van het direct bestaan van de rechtsbetrekking, ook al is in het Duitse recht een dergelijke systematiek niet goed begrijpelijk.

3.2.2.2 Een nadere duiding van het het begrip van de *Vorwirkung* voor het Nederlandse recht

In het vorenstaande hanteerde ik de term *Vorwirkung* ook voor het Nederlandse recht, terwijl deze in de Nederlandse literatuur slechts incidenteel wordt gebruikt. Van een helemaal duidelijk omlijnd begrip is daarbij voor het Nederlandse recht geen sprake, hetgeen zoals we zagen ook reeds gold voor het begrip van de *voorlopige werking* onder het OBW. Wat zouden we onder de *Vorwirkung* moeten verstaan? Ik stelde reeds enige malen dat voor het Nederlands geldend recht ook de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding direct bestaat. De verdere gevolgen van die rechtsverhouding zijn echter tot het eventuele intreden van de voorwaarde 'opgeschort'. De *Vorwirkung* zou daarmee voor het Nederlandse recht de gevolgen omvatten die bij onbeperkte toepassing ook getroffen zouden worden door de opgeschorte werking, maar alsnog daarvan zijn uitgezonderd. Met andere woorden, de gevolgen die uit hoofde van de opschortende voorwaardelijkheid van de rechtsverhouding pas effect zouden moeten krijgen met het in vervulling gaan van de voorwaarde maar desondanks direct 'werking' hebben.

Daarmee betreft de *Vorwirkung* de eerder genoemde mogelijkheid van veroordeling onder voorwaarde (art. 3:296 lid 2 BW), van securisatie van de opschortend voorwaardelijke vordering door middel van hypotheek, pand of borgtocht en het feit dat de vordering ook bij faillissement van de debiteur

319 Zie § 3.1.3.1.

320 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 379, 380; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 860; Honsell 2008, p. 617 (Honsell spreekt in dit verband overigens van de 'beschränkten Parteigebundenheit', hetgeen nogal discutabel is verwoord); Guhl/Koller 2000, p. 54; Peter 1994, p. 308; Guhl 1944, p. 52; (vermoedelijk) Oser 1929, p. 690.

M.i. treffend in deze is dat waar in oudere Zwitserse literatuur het directe ontstaan van de opschortend voorwaardelijke rechtshandeling respectievelijk overeenkomst werd afgewezen, de *Vorwirkung* inderdaad uitsluitend op de wet werd gebaseerd (Becker 1941, p. 720).

direct van betekenis is (artt. 130 Fw, 483 a en 483 b Rv, 477 lid 3 Rv). Althans, dit zijn de op securisatie van de positie van de verwachter gerichte aspecten van de rechtsverhouding waarbij we zouden kunnen twijfelen of de systematiek van opgeschorte werking daarop in beginsel óók toepassing zou moeten vinden. De systematiek van de *Vorwirkung* stelt echter zeker dat daarvan geen sprake is. Of de direct werkende verplichting van partijen tot een handelen in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid eveneens moet worden gezien als een gevolg van de *Vorwirkung* is daarentegen twijfelachtig. De vraag is immers of deze verplichting wel moet worden beschouwd als een gevolg van bijvoorbeeld de (voorwaardelijke) verbintenis, of dat deze reeds voortvloeit uit andere aspecten van de rechtsverhouding zoals de (onvoorwaardelijke) gebondenheid van partijen.

Met het vorenstaande kunnen we ook meteen vaststellen welke direct bestaande gevolgen niets met de *Vorwirkung* van doen hebben. Dat zijn namelijk de gevolgen die hoe dan ook niet getroffen zouden worden door de opgeschorte werking uit hoofde van de voorwaarde en dáárom directe werking hebben. Van enige uitzondering op de opgeschorte werking is derhalve geen sprake. Dit laatste betreft bijvoorbeeld de mogelijkheden van overdracht en afstand van een opschortend voorwaardelijke vordering, alsmede de overgang onder algemene titel. De vordering bestaat immers direct en kan reeds daarom als bestaande vordering onder meer worden overgedragen voordat de voorwaarde is ingetreden. Met de *Vorwirkung* heeft dit niets van doen, zodat we voor de directe werking van die gevolgen ook geen verdere systematische verklaring behoeven te vinden.

3.2.2.3 De systematische verklaring voor het bestaan van de *Vorwirkung*

In de volgende paragrafen zal ik verschillende andere, uiteenlopende aspecten van de opschortend maar ook de ontbindend voorwaardelijke werking bespreken. Daarbij komt steeds de vraag op hoe we deze voorwaardelijke werking in de systematiek van de voorwaardelijkheid moeten plaatsen. Het antwoord daarop – en dat is ook de voornaamste conclusie van dit hoofdstuk – is steeds hetzelfde: het is de partijwil die invulling geeft aan het begrip van de voorwaardelijke werking en waarin ook de systematische verklaring voor die werking is gelegen.

In feite vormt het vorenstaande ook het antwoord op de vraag waarin de systematische verklaring voor het bestaan van de *Vorwirkung* is gelegen. De opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding tussen partijen – de overeenkomst met haar verschillende facetten, de verbintenis, het vorderingsrecht – kwalificeert voor het huidige Nederlandse recht namelijk als direct bestaand. Dat in zijn algemeenheid de gevolgen van een bestaande rechtsverhouding direct intreden, ligt voor de hand. De opgeschorte werking ten gevolge van de opschortende voorwaardelijkheid behelst voor dit uitgangspunt van directe gevolgen echter een beperking. Daarmee is ook de structuur van de *Vorwirkung*

gegeven. Voor zover de opgeschorte werking géén toepassing vindt, geldt de normale systematiek van de bestaande rechtsverhouding: gevolgen treden direct in. Anders gezegd, de *Vorwirkung* vormt in het verband van de systematiek niet zozeer de uitzondering op de opgeschorte werking, maar de opgeschorte werking is eerder de uitzondering op het uitgangspunt van de directe werking van de bestaande rechtsverhouding. Dit sluit feilloos aan op de redactie van art. 6:26 BW en wordt ook in de PG onderschreven.³²¹ In materieel opzicht zal dat veelal anders lijken – de opgeschorte werking zal immers meestal betrekking hebben op de voornaamste rechten en verplichtingen – maar voor de achterliggende systematiek maakt dat geen verschil. De *Vorwirkung* als zodanig behoeft dan ook, anders dan onder het OBW en het Duitse recht, helemaal geen nadere verklaring. Het antwoord op de vraag waarom andere gevolgen wél zijn opgeschort is waar het in het Nederlands geldend recht om gaat.³²²

De oplettende lezer ziet in het vorenstaande dat ik in dit hoofdstuk ter zake de voorwaardelijke werking een aantal conclusies zal verdedigen, die zonder meer afwijken van de in de literatuur nogal eens im- of expliciet gehanteerde uitgangspunten bij de voorwaardelijke werking. In het kader van de *Vorwirkung* is de eerste daarvan dat in de systematiek van opschortende voorwaardelijkheid het uitgangspunt niet alleen ligt bij het directe bestáán van de rechtsverhouding, maar ook bij het gegeven dat deze voorwaardelijkheid er niet aan in de weg staat dat veel van de verdere gevolgen van die rechtsverhouding direct intreden. Zoals ik hiervoor reeds stelde is de *Vorwirkung* derhalve niet de te verklaren uitzondering op de systematiek, maar is juist de opgeschorte werking dat. In de volgende paragrafen zal ik dit verder uitwerken.

3.2.2.4 Heeft de rechtsbetrekking tussen partijen betekenis voor de *Vorwirkung*?

In het Nederlands geldend recht wordt de 'rechtsbetrekking' tussen partijen veelal geplaatst bij het begrip van de overeenkomst.³²³ Dit in afwijking van zowel het recht onder het OBW als het Duitse recht, maar in overeenstemming met het Zwitserse. Ik noemde hiervoor bij de bespreking van het Zwitserse recht reeds, dat deze rechtsbetrekking in ruime zin wordt beschouwd als de grondslag voor de *Vorwirkung*. Dat is in die zin een begrijpelijke opvatting,

321 PG Boek 6, MvA II, p. 144.

322 Daarin verschilt het huidige Nederlandse recht dan ook hemelsbreed van het Duitse. In de Duitse systematiek bestaat de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding waarschijnlijk in het geheel niet, met uitzondering van de gebondenheid van partijen u.h.v. de overeenkomst. Bij het vooralsnog ontbreken van een dergelijke rechtsverhouding is de logische consequentie dat verdere gevolgen eveneens ontbreken. Bij die systematiek vraagt de *Vorwirkung* zonder twijfel om een nadere verklaring, die – ik beschreef het hiervoor in deze paragraaf – de Duitse literatuur echter niet biedt.

323 Zie § 3.1.2.1.

dat de overeenkomst en daarmee ook deze rechtsbetrekking als direct bestaand kwalificeert ondanks de opschortende voorwaardelijkheid.³²⁴ De rechtsbetrekking in ruime zin vormt daarmee een direct bestaande grondslag voor alle gevolgen die als onderdeel van de *Vorwirkung* worden gezien. We kunnen deze opvatting voor het Zwitserse recht overigens ook negatief beargumenteren. Andere mogelijke grondslagen – de verbintenis alsmede de rechten en plichten die deze verbintenis vormen – ontstaan in de Zwitserse leer (waarschijnlijk) pas met het intreden van de voorwaarde. Daarmee vormt voor het Zwitsers recht deze rechtsbetrekking eigenlijk ook de enig denkbare grondslag voor de *Vorwirkung*.

Zoals ik hiervoor beschreef is dit laatste voor het Nederlandse recht anders. Alle onderdelen van de rechtsverhouding 'onder opschortende voorwaarde' kwalificeren immers als *bestaand*. Anders dan in het Zwitserse recht ontbreekt daarmee ook de strikte noodzaak de grondslag voor de *Vorwirkung* specifiek bij de rechtsbetrekking als deel van de overeenkomst te plaatsen. Dat zou een stuk flexibiliteit geven in de theoretische onderbouwing van de *Vorwirkung*, bijvoorbeeld als daaraan behoefte zou bestaan met betrekking tot de uiteenlopende gevolgen van de *Vorwirkung*. Bij de hiervoor door mij beschreven betekenis van de *Vorwirkung* zie ik echter vooralsnog niet hoe een dergelijke behoefte zou kunnen bestaan. Wel zou ik op grond daarvan willen stellen, dat de *Vorwirkung* haar grondslag vindt 'ergens' in de rechtsverhouding, waarbij het niets lijkt uit te maken waar we deze grondslag exact situeren.

3.2.3 Nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis

3.2.3.1 De onverschuldigde betaling en art. 6:25 BW

Inleiding

In het kader van de vraag wat de betekenis van de opschortend voorwaardelijke werking is, is de boeiendste kwestie de vraag naar de (on)mogelijkheid van nakoming van een opschortend voorwaardelijke verbintenis. Oftewel, kan een verbintenis 'onder opschortende voorwaarde' reeds verschuldigd worden nagekomen vóórdat de voorwaarde is ingetreden? De onmogelijkheid daarvan wordt door een wezenlijk deel van de hedendaagse literatuur aangenomen op basis van de gedachte, dat de opgeschorte werking van de verbintenis uit hoofde van de voorwaarde een verschuldigde nakoming in de weg staat. De voorwaardelijke werking wordt daarbij derhalve toegepast als een verklarend begrip. Daar tegenover wordt echter ook de mogelijkheid van zo'n vroegtijdige nakoming verdedigd.

324 Zie § 3.1.3.1.

Voordat we in § 3.2.3.2 aan deze eigenlijke vraag toekomen, zal ik in de onderhavige paragraaf de wettelijke systematiek en met name art. 6:25 BW bespreken. Zoals namelijk zal blijken, is deze systematiek van in elk geval het NBW helder en consequent en omvat deze in feite reeds het antwoord op de gestelde vraag.

Geldend recht

Art. 6:25 BW stelt dat als gepresteerd wordt ter uitvoering van een opschortend voorwaardelijke verbintenis vóórdat die voorwaarde is vervuld, overeenkomstig de onverschuldigde betaling van afd. 6.4.2 ongedaanmaking van die prestatie kan worden gevorderd.³²⁵ Althans, uiteraard tot het eventuele moment dat door het alsnog in vervulling gaan van de voorwaarde de verbintenis en daarmee de verplichting tot presteren onvoorwaardelijk wordt. In schijnbare overeenstemming daarmee stelt de TM dat een opschortend voorwaardelijke rechtshandeling pas met het in vervulling gaan van de voorwaarde 'haar volledige gevolg' verkrijgt; voordien zijn volgens Meijers slechts conservatoire maatregelen mogelijk.³²⁶

Twee zaken springen bij dit wetsartikel in het oog: het feit dat de bepaling überhaupt in het wetboek is opgenomen en dat in het artikel sprake is van *overeenkomstige* toepassing van de figuur van de onverschuldigde betaling. Beide zijn daarop terug te voeren dat ook een verbintenis 'onder opschortende voorwaarde' in het NBW een direct bestaande verbintenis is.³²⁷ Zoals ik hierna bij de 'nadere uitwerking' en in § 3.2.3.2 verder zal bespreken, zou de figuur van de onverschuldigde betaling dan ook geen toepassing vinden bij een vroegtijdige nakoming van een opschortend voorwaardelijke verbintenis.³²⁸ In de onderstaand vermelde literatuur wordt die onverschuldigdheid weliswaar im- of expliciet herleid naar de opgeschorte werking van de verbintenis,³²⁹ maar dat is mijns inziens – óók voor wat betreft het geldend recht – onjuist. Uitsluitend doordat de onverschuldigde betaling door de wetgever van over-

325 Een systematiek die afkomstig is uit het Romeinse recht, aldus: Zwalve 2006, p. 24; HKK/Finkenauer 2003, p. 886.

326 PG Boek 3, TM, p. 185.

327 Zie § 3.1.3.1.

328 Het is m.i. dan ook tekenend dat de TM bij art. 6:203 een hele serie van gevallen noemt waarbij de onverschuldigde betaling toepassing vindt, maar juist niet het presteren voordat een opschortende voorwaarde is ingetreden (PG Boek 6, TM, p. 805, 806). Zie voor dezelfde systematische conclusie van de niet toepasselijkheid van de onverschuldigde betaling t.g.v. het bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis: Scheltema 2003, p. 308.

329 De redenering komt daarop neer dat door de opgeschorte werking de verbintenis geen gelding (of anderszins zonder gevolgen blijft) en daarom bij een vroegtijdige nakoming het leerstuk van de onverschuldigde betaling toepassing vindt. Bij die redenering zou de onverschuldigde betaling echter rechtstreeks en niet overeenkomstige toepassing vinden. Zodoende zou art. 6:25 BW niet alleen overbodig zijn, maar zelfs inhoudelijk onjuist. Alleen al omdat deze redenering diametraal tegen deze wetssystematiek indruist, kan ik mij er volstrekt niet in vinden.

eenkomstige toepassing is verklaard, is deze als een vorm van correctiebepaling voor het geval vroegtijdig wordt gepresteerd van belang bij een dergelijke vroegtijdige nakoming. Of anders gezegd, het feit dat de onverschuldigde betaling eventueel toepassing vindt vloeit niet voort uit de wetssystematiek, maar is uitsluitend het gevolg van wetsduiding.³³⁰ De als uitgangspunt bestaande mogelijkheid van een geldige nakoming vóórdat de opschortende voorwaarde is ingetreden, wordt door een deel van de literatuur en ook de wetgever dan ook onderschreven.³³¹

330 Interessant genoeg lijkt Out v.w.b. de overeenkomstige toepassing van de onverschuldigde betaling precies omgekeerd te redeneren: 'Het zou consequent zijn geweest wanneer het huidige BW [] de mogelijkheid tot het instellen van een actie uit onverschuldigde betaling beschouwde als uitvloeisel van het feit dat een voorwaardelijke schuld een (nog) niet bestaande schuld is', schrijft hij (Out 2003, p. 74). En even verder: 'Niet het ontstaan van de verbintenis is uitgesteld, maar de *werking* [cursivering van Out] van de verbintenis. Vanwege deze ontbrekende werking kan de schuldeiser vooralsnog geen nakoming vorderen en heeft de schuldenaar die betaalt hangende de opschortende voorwaarde, op zijn beurt een vordering uit onverschuldigde betaling, zo is de gedachte'. Ik zie echter niet waarom het huidige BW in deze thans blijkbaar inconsequent is, integendeel.

331 De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 55; Abendroth 2013, p. 320, 321 (impliciet en n.a.v. de opschortende voorwaardelijkheid van de *titel*); Reehuis 2013, p. 12, 13 (zie ook Reehuis 1998, p. 47, waar Reehuis stelt dat bij het eigendomsvoorbehoud geleverd wordt krachtens een verbintenis onder opschortende voorwaarde); Reehuis 2010, p. 93, 94; Van Beelen & De L. Monteiro 2005, p. 330 (m.b.t. nakoming van opschortend voorwaardelijke schenking en n.a.v. Hof Amsterdam 2 april 2004, NTFR 2004/624 en FED 2004/366); Brunner & De Jong 2004, p. 54, 55; Van Hees 1997, p. 105 (m.b.t. overdracht bij eigendomsvoorbehoud); Kortmann 1992, p. 209 (m.b.t. overdracht). Zie ook Mollema en Vegter die m.b.t. een fideicommissair legaat stellen dat o.b.v. de inhoud daarvan moet worden vastgesteld of reeds moet worden gepresteerd voor het intreden van de opschortende voorwaarde (Mollema 2007, p. 146, 147; Vegter 2002, p. 320).

Ook Verstappen lijkt m.b.t. de opschortend voorwaardelijke erfrechtelijke making in dezelfde richting te denken (Verstappen 2000, p. 262). Ik kan echter niet helemaal uitsluiten dat Verstappen doelt op de constructie van een onvoorwaardelijke verbintenis die verplicht tot een overdracht met (opschortend) voorwaardelijke verkrijging. In een andere publicatie lijkt Verstappen aan de onverschuldigdheid van een presteren vóór het intreden van de opschortende voorwaarde namelijk een brede strekking toe te kennen (Verstappen in: Van Mourik e.a. 2011, p. 261 en m.n. p. 269).

Zonder verder aandacht te besteden aan de thans besproken kwestie gaat ook Castrop ervan uit dat een verkoop onder opschortende voorwaarde – blijkbaar – de vereiste rechtsgrond kan vormen voor een levering onder diezelfde voorwaarde (Castrop 2003, p. 301).

De wetgever stelt zich expliciet op het standpunt dat de opschortend voorwaardelijke rechtshandeling kan strekken tot directe levering onder diezelfde voorwaarde (PG Boek 4, MvA II, p. 814).

Voor het Belgisch recht gaat De Coninck eveneens uit van de mogelijkheid van een dergelijk vroegtijdig presteren als 'geanticiperde uitvoering' (De Coninck 2007, p. 296). Het feit dat De Coninck deze mogelijkheid erkent, blijkt reeds daaruit dat zij ook bij het latere verval van de opschortende voorwaarde de grondslag voor een ongedaanmaking van de prestatie niet plaatst in het kader van de onverschuldigde betaling. Nochthans wordt in de Belgische rechtskring doorgaans wel degelijk de onverschuldigde betaling als grondslag gezien, aldus De Coninck (p. 305).

Onbeperkte toepassing van art. 6:25 BW zou daarentegen betekenen dat opschortend voorwaardelijke verbintenissen – in elk geval in materiële zin – inderdaad niet verschuldigd nagekomen kunnen worden. Een deel van de literatuur lijkt een dergelijke onbeperkte toepasselijkheid van de figuur van de onverschuldigde betaling – al dan niet door middel van art. 6:25 BW – ook aan te nemen.³³² Het is voor het geldend recht echter veel aannemelijker dat, overeenkomstig het hierna besproken Duitse en Zwitserse materiële recht, deze wetsbepaling gedurende de periode van onzekerheid slechts in uitzonderingsgevallen toepassing vindt en dus allesbehalve een algemene strekking heeft. Volgens de TM en andere auteurs ziet art. 6:25 BW namelijk uitsluitend op die situatie, waarin de schuldenaar *abusievelijk* – althans niet bewust – vóór het intreden van de opschortende voorwaarde heeft gepresteerd.³³³ Anders gezegd, er zou bij de schuldenaar een zekere mate van dwaling moeten bestaan, wil deze het gepresteerde door middel van toepassing van art. 6:25 BW kunnen terugvorderen vóór het eventuele verval van de opschortende voorwaarde.³³⁴ Zijn partijen zich daarentegen bewust van het onvervuld zijn van de voorwaarde en is hun bedoeling ook gericht op het presteren onder dezelfde voorwaarde

332 Althans bij deze auteurs wijst niets op de hierna besproken opvatting dat art. 6:25 BW uitsluitend ziet op een abusievelijk vroegtijdig presteren, dan wel wijzen zij die gedachte uitdrukkelijk af: Hijma & Olthof 2014, p. 209; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 222; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 147; Haentjens & Meijer 2011, p. 65; Wieten in zijn noot bij HR 22 april 2011, JBPR 2011, 4; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011, p. 372; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 524; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008 p. 35, 36; Boeve 2007a, p. 14, 15, 16 nt. 19; Verstijlen 2007, p. 825; Faber 2005, p. 70 (overigens lijkt Faber in een andere publicatie de nadruk te leggen op het ontbreken van de *verplichting* om te presteren, zie Faber in Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 39. Zie echter ook Faber 1997, p. 213, alwaar Faber uitgaat van de onverschuldigdheid van de prestatie zolang de voorwaarde niet is ingetreden); Out 2003, p. 74 e.v. (al onderkent Out dat de bepaling van regelend recht zou zijn, zie p. 76); Pitlo/Cahen 2002, p. 36 e.v.; Verstappen in: Van Mourik e.a. 2011, p. 269; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 180; Scheltema 1997, p. 63; Den Tonkelaar 1994, p. 77; Mezas 1985, p. 3, nt. 10 (t.a.v. het eigendomsvoorbehoud stelt Mezas althans, dat anders dan Brahn stelt (verwijzend naar Brahn Mon. Nieuw BW B-6a, p. 45 (1984)) de betreffende verbintenis juist onvoorwaardelijk is); Vriesendorp 1985, p. 25, 26; Van Buchem-Spapens 1982, p. 63, 64 (zij spreekt zelfs van 'onmiskkenbaar onverschuldigd'). Tegelijkertijd beschouwt Van Buchem-Spapens art. 6:25 BW van regelend recht, zodat daaruit kan volgen dat vooralsnog niet ongedaan behoeft te worden gemaakt (p. 64)); Schoordijk 1979, p. 111.

Zie in deze zin ook: Rb. Almelo 21 oktober 2005, LJN: AU4757.

333 PG Boek 6, TM, p. 152; De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 55; Reehuis 2010, p. 94; Brunner & De Jong 2004, p. 54, 55.

De TM stelt daarbij overigens tevens dat art. 6:25 BW van regelend recht is, daarbij verwijzend naar art. 3:84 lid 4 BW. Met dat laatste doelt Meijers op de door hem voorgestane systematiek dat een opschortend voorwaardelijke verbintenis wel degelijk vroegtijdig kan worden nagekomen, waarbij die nakoming (overdracht) slechts leidt tot een verkrijging 'onder opschortende voorwaarde'.

334 De TM hanteert overigens niet de term 'dwaling', maar de opmerking valt moeilijk anders te interpreteren dan het dwalen ter zake de onvoorwaardelijkheid van de verbintenis.

– Meijers verwijst daarbij naar art. 3:84 lid 4 BW³³⁵ – dan kan geen beroep worden gedaan op onverschuldigde betaling, aldus de TM. Daarbij lijkt het mij alleszins plausibel dat partijen in het rechtsverkeer zich vrijwel steeds bewust zullen zijn van het feit, dat een opschortende voorwaarde nog niet is ingetreden. Uit het desondanks presteren respectievelijk het aanvaarden van die prestatie door partijen zal dan ook snel aangenomen mogen worden, dat de prestatie naar hun bedoeling onder opschortende voorwaarde is verricht.³³⁶

Met de vorenbedoelde zekere mate van dwaling voor toepasselijkheid van art. 6:25 BW onderscheidt deze bepaling zich overigens wezenlijk van de daadwerkelijke onverschuldigde betaling van art. 6:203 BW. Voor toepasselijkheid van deze laatste bepaling ontbreekt namelijk juist het vereiste dat de prestatie is verricht in de onjuiste veronderstelling dat deze verschuldigd zou zijn.³³⁷ Een bewust presteren zonder rechtsgrond staat derhalve een vordering uit hoofde van art. 6:203 BW niet in de weg, maar een bewust presteren voordat een opschortende voorwaarde is ingetreden een vordering uit hoofde van art. 6:25 BW in beginsel wel.³³⁸

Uit het vorenstaande volgt dat de uit art. 6:25 BW voortvloeiende suggestie dat sprake zou zijn van de hoofdregel een misvatting is; de wetsbepaling bevat juist de uitzondering op hetgeen in het rechtsverkeer de hoofdregel is. Wat echter te denken van Meijers voormelde opvatting dat vóór het intreden van een opschortende voorwaarde slechts conservatoire maatregelen mogelijk zijn? Op de eerste plaats moeten we bedenken dat Meijers die opmerking maakt bij art. 3:38 lid 1 BW, derhalve ten aanzien van de (opschortend voorwaardelijke) rechtshandeling in het algemeen en niet zozeer bij de figuur van de voorwaardelijke verbintenis. Daarnaast behoeft deze opmerking uitsluitend een verdere verklaring, indien deze de door Meijers voorgestane mogelijkheid van een bewust en onder dezelfde opschortende voorwaarde nakomen van een

335 De systematiek van de mogelijkheid van vroegtijdige nakoming van een opschortend voorwaardelijke verbintenis volgt inderdaad ook uit deze wetsbepaling, althans in de betekenis die Meijers daarbij voor ogen stond. Ik merk reeds hier op dat Meijers een geheel andere bedoeling met art. 3:84 lid 4 BW had dan de in deze wetsbepaling veelal gelezen grondslag voor goederenrechtelijke werking van voorwaarden. Zie § 11.2.2.2. Overigens spreekt de TM bij art. 3:84 lid 4 BW in afwijking van de tekst van het Ontwerp van een voorwaardelijke 'overeenkomst' (PG Boek 3, TM, p. 318). Naar we redelijkerwijs moeten aannemen, bedoelde Meijers overeenkomstig het Ontwerp echter een voorwaardelijke 'verbintenis'.

336 De TM spreekt in dat verband van een 'afwijking' van het in art. 6:25 BW bepaalde. Dat is zonder meer juist, maar we moeten wel beseffen dat deze 'afwijking' in feite het normale geval betreft.

337 PG Boek 6, TM, p. 806 (de TM spreekt van toepasselijkheid ook bij een 'willens en wetens' presteren); Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011, p. 365, 366 (zie m.n. ook de vermelde jurisprudentie); Schrage 2009, p. 29; Scheltema 1997, p. 56, 57.

338 Zie verder § 3.2.3.3, m.n. v.w.b. de bedoeling van partijen tot een presteren onder opschortende voorwaarde.

opschortend voorwaardelijke verbintenis zou dwarsbomen. Gezien de helderheid van Meijers opvattingen als neergelegd in de TM bij het huidige art. 6:25 BW is dat mijns inziens echter ondenkbaar. Meijers opvatting zal eigenlijk zonder twijfel zijn geweest, dat voor het intreden van een opschortende voorwaarde geen nakoming – in de zin van een afdwingbaar recht of afdwingbare verplichting – mogelijk is, maar vooralsnog uitsluitend conservatoire maatregelen genomen kunnen worden. Indien echter bewust en onder dezelfde opschortende voorwaarde wordt gepresteerd, is een dergelijke nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis gewoon mogelijk.

Oud BW

Zoals ik hiervoor reeds aangaf werd onder het OBW door een ruime meerderheid aangenomen dat een vroegtijdig presteren onverschuldigd geschiedde.³³⁹ Hoe de grondslag voor deze onverschuldigdheid moest worden geduid, is niet helemaal duidelijk. In elk geval beschouwde een groot deel van de literatuur deze als de systematische consequentie van het ten gevolge van de opschortende voorwaarde vooralsnog ontbreken van een rechtsgrond voor nakoming. Maar ook stelde art. 1299 OBW dat een opschortend voorwaardelijke verbintenis niet ten uitvoer 'kan' worden gebracht. Of dit laatste zelfstandige betekenis had, dan wel uitsluitend een weergave vormde van de systematiek van de onverschuldigde betaling, komt bij de meeste auteurs niet naar voren.³⁴⁰ Een bepaling als art. 6:25 BW ontbrak in elk geval.

Ten aanzien van de onverschuldigdheid als systematische consequentie zagen we reeds, dat een aanzienlijk deel van de literatuur de opvatting was toegedaan dat een verbintenis inderdaad pas met het intreden van een opschor-

339 Den Tonkelaar 1983, p. 86; Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 141; Pitlo/Gerver 1978, p. 206; Pitlo 1964, p. 81; Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 28; Asser/Rutten 1958, p. 154; Houwing in zijn noot bij Rb Rotterdam 22 februari 1950, NJ 1952, 261; Kalma 1940, p. 223; Wiarda in: Houwing & Wiarda 1940, p. 48 (en eerder: Wiarda 1937, p. 405); Van Brakel 1935a, p. 21; Veegens/Oppenheim 1917, p. 41, 42; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 48, 49; Diephuis 1886, p. 252 e.v.

Zie – met enige voorzichtigheid – ook: HR 2 december 1949, NJ 1950, 265 (waarin de Hoge Raad de onverschuldigdheid van een betaling onderkent t.a.v. een opschortende wettelijke voorwaarde. Echter, zoals ook annotator Houwing in zijn noot stelt, was onzeker of de wettelijke bepalingen ter zake de partijvoorwaarden analoog moesten worden toegepast op wettelijke voorwaarden. Daarmee is derhalve eveneens onzeker, of de aanname van onverschuldigde betaling door de Hoge Raad in het onderhavige arrest volgt uit de systematiek van de partijvoorwaarde). Zie ook HR 12 april 1946, NJ 1946, 509. En tevens: HR 23 mei 1947, NJ 1948, 143, waarbij overigens eveneens de vraag is of in casu wel sprake was van een daadwerkelijke voorwaarde (dit betrof een voorbehoud van het verkrijgen van een wettelijke ontheffing).

In andere zin echter: Asser/Beekhuis 1957, p. 155 (Beekhuis neemt als uitgangspunt dat de verbintenis pas na het intreden van de opschortende voorwaarde behoeft te worden nagekomen, maar aanvaardt toch de levering ter uitvoering van een opschortend voorwaardelijke verbintenis); Asser/Van Goudoever 1913, p. 58 (zoals hierna besproken).

340 Opzoomer en Diephuis beschouwden deze wetsbepaling in ieder geval als een weergave van de onverschuldigde betaling (Opzoomer 1879a, p. 161 nt. 1; Diephuis 1886, p. 252, 253).

tende voorwaarde ontstond.³⁴¹ Een eerder presteren vond derhalve naar zijn aard onverschuldigd plaats.³⁴² Dat vormt in ieder geval een sluitende argumentatie. Andere auteurs gingen daarentegen uit van het wel degelijk direct bestaan van (delen van) de opschortende voorwaardelijke verbintenissen. Niettemin ging ook dit deel van de literatuur ervan uit dat een vóór het intreden van de opschortende voorwaarde verrichte prestatie tóch onverschuldigd was verricht. De worsteling van de betreffende auteurs met deze materie heb ik eerder reeds beschreven.³⁴³

Uitsluitend bij Van Goudoever trof ik de opvatting aan dat in het verband van de gevolgen van die onverschuldigdheid een onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen een wel en een niet abusievelijk vroegtijdig presteren.³⁴⁴ Deze opvatting van Van Goudoever blijft in latere literatuur geheel onbesproken. Wat er van die opvatting onder het OBW verder ook moge zijn, anders dan voor het NBW zou dit verschil tussen een wel of niet abusievelijk presteren onder het OBW systematisch nauwelijks zijn te verklaren. Ook onder het OBW was een al dan niet 'dwalen' ten aanzien van de verschuldigdheid door de schuldenaar voor toepasselijkheid van de figuur van de onverschuldigde betaling zonder belang.³⁴⁵ Waarom bij een bewust vroegtijdig presteren de prestatie desondanks niet teruggevorderd zou kunnen worden, bleef door Van Goudoever niettemin onbesproken.³⁴⁶

Duits recht

Een bepaling als art. 6:25 BW ontbreekt in het BGB. Dat is in die zin logischerwijs begrijpelijk, dat bij opschortende voorwaardelijkheid in het Duitse recht zowel het vorderingsrecht als de verplichting nog niet bestaan, hetgeen redelijk waarschijnlijk eveneens geldt voor de verbintenissen.³⁴⁷ Als uitgangspunt bij nakoming vóór het intreden van een opschortende voorwaarde geldt daarom § 812 BGB, op grond waarvan de presterende partij het gepresteerde terug kan

³⁴¹ Zie § 3.1.3.1.

³⁴² Expliciet in deze zin: Land/De Savornin Lohman 1907, p. 48, 49. Vermoedelijk ook: Pitlo 1964, p. 81.

³⁴³ Zie § 3.1.3.1.

³⁴⁴ Asser/Van Goudoever 1913, p. 58.

³⁴⁵ Vriesendorp 1985, p. 26; Hamaker 1970, p. 41, 42 (waarbij Hamaker onder meer verwijst naar HR 16 december 1842, W. 351).

Zie ook: HR 20 april 1917, NJ 1917, 600. Tot dit arrest was het vereiste van dwaling in de literatuur omstreden, zie de noot van Meijers bij dit arrest (WPNR 2499 (1917), p. 561). Overigens betrof dit arrest niet een geval van betaling voor het intreden van de opschortende voorwaarde. Zie tevens t.a.v. het ontbreken van dit vereiste HR 2 december 1949, NJ 1950, 265 en de conclusie van P-G Berger bij dit arrest. Zie tot slot ook de door Scheltema genoemde literatuur (Scheltema 1997, p. 56, nt. 98).

³⁴⁶ Wellicht dat Van Goudoever er in 1913 nog van uitging dat dwaling wél een vereiste voor onverschuldigde betaling vormde. Tot het in de vorige noot vermelde arrest uit 1917 was immers omstreden of dat al dan niet het geval was.

³⁴⁷ Zie § 6.2.5 en 3.1.3.1.

vorderen bij gebrek aan een rechtsgrond voor die nakoming.³⁴⁸ Dit uitgangspunt van een onverschuldigd presteren (althans, in het Duitse recht vormgegeven door middel van de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking) wordt echter beperkt door § 814 BGB. Uit hoofde van deze bepaling kan geen terugvordering plaatsvinden, indien de presterende partij wist dat hij (nog) niet tot presteren was verplicht.³⁴⁹

Wolf lijkt daarnaast een tweede, cumulatief vereiste voor de onmogelijkheid van terugvordering aan te nemen. De schuldenaar zou – bekend met het feit dat hij nog niet tot presteren verplicht is – presteren in de *verwachting* dat de opschortende voorwaarde zal intreden.³⁵⁰ Voor zover hiermee een strikter criterium is bedoeld dan een presteren *voor het geval* de voorwaarde intreedt – deze ‘verwachting’ van de schuldenaar vormt alsdan een sterk subjectief criterium – is daadwerkelijk sprake van een additioneel vereiste. Of dat inderdaad door Wolf ook zo is bedoeld, is onduidelijk.

Met het vorenstaande correspondeert het Duitse recht in *materiële* zin in aanzienlijke mate met hetgeen ik hiervoor onder ‘geldend recht’ heb beschreven ten aanzien van art. 6:25 BW. Deze laatste bepaling verklaart immers de onverschuldigde betaling van toepassing, zodat (overeenkomstig § 812 BGB) een terugvorderingsrecht ontstaat. Daarnaast is de werking van art. 6:25 BW gedurende de periode tot het eventuele verval van de opschortende voorwaarde beperkt tot het abusievelijk – en derhalve niet een bewust – vroegtijdig presteren, zoals § 814 BGB dit bepaalt ten aanzien van § 812 BGB. In *systematische* zin verschillen het Nederlandse en het Duitse recht echter als hemel en aarde.

Zwitsers recht

Tot slot wordt ook in de Zwitserse heersende leer de soep van de onmogelijkheid van vroegtijdige nakoming niet zo heet gegeten. Sterker, overeenkomstig het Nederlandse recht vormt deze onmogelijkheid zelfs eerder de uitzondering dan de regel, ook al wordt dit in de Zwitserse literatuur eveneens meestal andersom gepresenteerd. Het theoretisch uitgangspunt is niettemin dat een opschortend voorwaardelijke vordering tot het intreden van de voorwaarde geen rechtsgrond voor nakoming vormt.³⁵¹ Het gegeven dat dit uitgangspunt vooral theoretisch van aard is, vloeit wederom daaruit voort dat uitsluitend een *abusievelijk* vroegtijdig presteren – derhalve in de onjuiste veronderstelling dat de opschortende voorwaarde reeds is ingetreden en daarmee een verplichting tot nakoming zou bestaan – op grond van art. 63 I OR kan leiden tot een ongedaanmakingsplicht van de schuldeiser. Van een dergelijke vergissing van

348 PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Wolf 1999, p. 512; Flume 1992, p. 714; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 855.

349 PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Wolf 1999, p. 512; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 855.

350 Wolf 1999, p. 512.

351 Koller 2009, p. 1286, 1287, 1290; Honsell 2008, p. 613; Peter 1994, p. 353, 354; Staehelin 1993, p. 24, 25; Keller & Schöbi 1988, p. 107; Becker 1941, p. 721.

de schuldenaar wil ik immers aannemen, dat deze meestal de uitzondering vormt op het normale geval dat de schuldenaar willens en wetens vroegtijdig presteert. Voor zover de schuldenaar bewust vroegtijdig presteert, althans zich niet vergist in het feit dat de opschortende voorwaarde nog niet is ingetreden en dientengevolge beseft dat nog geen verplichting tot nakoming bestaat, bestaat vorenbedoelde ongedaanmakingsplicht uitdrukkelijk niet.³⁵²

De systematiek in het Zwitsers recht is bij het vorenstaande gelijk aan die van het Duitse. De opschortend voorwaardelijke verbintenis bestaat – althans waarschijnlijk – vooralsnog niet.³⁵³ Daarmee is de onverschuldigdheid van een vroegtijdige prestatie gegeven.³⁵⁴ Het vereiste van een *abusievelijk* presteren ten behoeve van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking volgt rechtstreeks uit art. 63 I OR. De Zwitserse auteurs die buiten dit verband van art. 63 I OR zoeken naar een systematische verklaring voor de mogelijkheid van een vroegtijdig presteren, komen mijns inziens met weinig overtuigende verklaringen.³⁵⁵

352 Koller 2009, p. 1287; Honsell 2008, p. 613; Guhl/Koller 2000, p. 58; Peter 1994, p. 353 e.v., 374; Staehelin 1993, p. 24; Bucher 1988, p. 510; Guhl 1944, p. 56; Becker 1941, p. 722; Oser 1929, p. 690, 691.

Ongedaanmaking kan vanzelfsprekend alsnog worden gevorderd indien op enig moment de opschortende voorwaarde definitief vervalt, zie: Koller 2009, p. 1287; Honsell 2008, p. 613; Peter 1994, p. 355 e.v.; Staehelin 1993, p. 24.

353 Peter 1994, p. 354; Staehelin 1993, p. 24, 25. Zie verder § 3.1.3.1.

354 Uitsluitend bij Becker vinden we nog een ander argument, nl. dat een dergelijk vroegtijdig presteren in strijd zou zijn met het 'wezen' van de opschortende voorwaarde (Becker 1941, p. 721). Dit argument van het 'wezen' van het een of ander vindt men incidenteel ook wel in de Nederlandse literatuur. Bij gebreke van een nadere duiding daarvan kan men dit 'wezens-argument' echter vrijwel steeds ook in tegenovergestelde zin hanteren en als argument heeft het derhalve weinig om het lijf.

355 Peter zoekt een uitweg langs twee wegen. Op de eerste plaats stelt hij dat een prestatie (beschikking) verricht onder dezelfde opschortende voorwaarde in feite geen nakoming is. Het recht waarover beschikt is, blijft immers bij de bezwaarde tot het moment van intreden van de voorwaarde. Dat hier geen sprake van nakoming zou zijn, durf ik echter ten zeerste te betwisten. De bezwaarde beschikt immers niet 'zomaar', maar juist omdat hij een verplichting wil nakomen. Iets anders is dat de opschortende voorwaarde inderdaad voorkomt dat 'echt' iets verkregen wordt. Zie verder § 3.2.3.2 aan het slot.

Een tweede mogelijkheid die Peter noemt bestaat daaruit, dat partijen de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding alsnog o.b.v. nadere wilsovereenstemming wijzigen. De nakoming geschiedt alsdan onder de ontbindende voorwaarde, dat de eerder overeengekomen opschortende voorwaarde niet intreedt. Ik zie echter – gezien het feit dat de ontbindende voorwaarde door Peter aan de nakoming en niet aan de titel wordt verbonden – niet hoe een dergelijke systematiek alsnog een rechtsgrond voor de nakoming kan opleveren, als de bestaande opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding daarvoor onvoldoende is (Peter 1994, p. 355 e.v., m.n. nt. 7).

Bij Staehelin vinden we een geheel andere onderbouwing voor de mogelijkheid van een vroegtijdig presteren. Weliswaar onderschrijft hij dat tót het intreden van de opschortende voorwaarde de opschortend voorwaardelijke vordering nog niet bestaat en daarmee ook niet de rechtsgrond voor een presteren kan vormen, maar tegelijkertijd beperkt hij het gevolg daarvan tot de onmogelijkheid om *onvoorwaardelijk* te presteren. Een presteren (beschikken) onder dezelfde opschortende voorwaarde acht hij daarentegen wel mogelijk, omdat daarvoor

Bij de vorenstaande constatering moet ik echter twee kanttekeningen maken. Op de eerste plaats heeft de vraag naar de (on)mogelijkheid van vroegtijdige nakoming in de Zwitserse literatuur niet bijster veel aandacht gekregen. Het grootste deel van die bescheiden aandacht gaat bovendien uit naar twee enigszins andere vragen, namelijk of de schuldeiser in de normale situatie van een opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding direct nakoming kan *vorderen* respectievelijk of de schuldenaar eenzijdig *gerechtigd* is direct te presteren.³⁵⁶ De essentie van deze twee vragen is echter daarin gelegen, dat zij beide betrekking hebben op de kwestie of partijen – zónder dat daarover wilsovereenstemming met de wederpartij bestaat – die nakoming respectievelijk aanvaarding van de prestatie kunnen afdwingen. Uitsluitend Peter en Staehelin gaan uitgebreider in op de thans door mij behandelde vraag,³⁵⁷ terwijl andere auteurs de stelling dat een dergelijke nakoming vooralsnog niet mogelijk is slechts beperkt of niet beargumenteren.

Een tweede aandachtspunt in dit verband is art. 151 II OR. Deze wetsbepaling stelt dat het begin van de werking van een opschortend voorwaardelijke overeenkomst is gelegen per het moment van intreden van de voorwaarde, 'sofern nicht auf eine andere Absicht der Parteien geschlossen werden muss'. Door Becker is aangenomen dat deze uitzondering van de andersluidende partijwil uitsluitend betrekking kan hebben op afspraken die effect krijgen met het intreden van de voorwaarde en derhalve niet reeds daarvoor.³⁵⁸ Een vorm van obligatoire terugwerkende kracht bij het intreden van de opschortende voorwaarde derhalve.³⁵⁹ In die visie biedt art. 151 II OR derhalve niet de mogelijkheid om op grond van andersluidende partijwil reeds gedurende de periode van onzekerheid te presteren. Wederom geldt echter dat in de literatuur vooralsnog weinig tot geen aandacht heeft bestaan voor dit wetsartikel in verband met de voorliggende vraag naar de mogelijkheid van vroegtijdige nakoming. Wellicht dat in de toekomst deze bepaling niettemin toch van belang wordt voor het vraagstuk van de mogelijkheid van nakoming bij een opschortende voorwaarde.

PECL, DCFR

De toelichting bij de PECL bespreekt niet helder of een nakoming vóór het intreden van een opschortende voorwaarde al dan niet verschuldigd mogelijk

de – let wel, z.i. niet bestaande – vordering toch een afdoende rechtsgrond vormt (Staehelin 1993, p. 24, 25). Waarom voor deze laatste situatie een niet bestaande rechtsgrond tóch een causa kan opleveren, is niet goed onbegrijpelijk.

356 Beide vragen worden in de Zwitserse literatuur overigens negatief beantwoord (Peter 1994, p. 357).

357 Zie de een na laatste noot.

358 Becker 1941, p. 721.

359 In deze zin: Schwenzer 2012, p. 70.

is.³⁶⁰ Toch heeft het er in enige mate de schijn van dat die mogelijkheid wordt aanvaard. De toelichting noemt namelijk het voorbeeld waarbij door een 'opschortend voorwaardelijke' koper direct een waarborgsom is betaald, naar we moeten aannemen uit hoofde van een verplichting daartoe. Als de opschortende voorwaarde definitief niet intreedt, dient de verkoper volgens het gegeven voorbeeld de waarborgsom te restitueren.³⁶¹ De toelichting hanteert dit voorbeeld in het kader van het vervallen van een opschortende voorwaarde nádat reeds door de schuldenaar was gepresteerd. Derhalve zou blijkbaar, ondanks dat de overeenkomst onder een opschortende voorwaarde stond, door de schuldenaar reeds kunnen worden gepresteerd.³⁶²

De toelichting bij het DCFR is evenmin heel duidelijk. Allereerst stelt de toelichting: 'Problems regarding the recovery of money or property paid or delivered in the expectation that a condition will be fulfilled or not fulfilled may be resolved by the terms regulating the relevant obligations'.³⁶³ Daarmee lijkt in de toelichting derhalve te worden onderkend, dat een presteren bij een opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding in de verwachting dat die zal intreden, mogelijk is. Even verder vervolgt de toelichting echter voor de situatie waarin gepresteerd is in de verwachting dat een opschortende voorwaarde zal intreden, maar deze alsnog niet intreedt. Alsdan zou zijn gepresteerd zonder rechtsgrond. Daaraan verbindt de toelichting de vaststelling dat uit hoofde van de ongerechtvaardigde verrijking het gepresteerde teruggevorderd kan worden.³⁶⁴

3.2.3.2 Wat is bedoeld met de 'overeenkomstige toepassing' in art. 6:25 BW?

In § 3.2.3.1 heb ik onder het 'geldend recht' gesteld dat de figuur van de onverschuldigde betaling bij opschortende voorwaardelijkheid van een verbintenis uitsluitend toepassing vindt, omdat art. 6:25 BW dat bepaalt. De juistheid

360 De toelichting luidt als volgt: 'Im Falle einer aufschiebenden Bedingung kann der Gläubiger vom Schuldner, dessen Verbindlichkeit aufgeschoben ist, die Leistung nicht verlangen, da dies die Grundlage der Vereinbarung ändern würde' (Von Bar & Zimmerman 2005, p. 820). Deze tekst is voor tweeërlei uitleg vatbaar. Als het tekstdeel 'dessen Verbindlichkeit aufgeschoben ist' zelfstandige betekenis toekomt, dan bestaat blijkbaar óók de spiegelbeeldige mogelijkheid dat wel degelijk direct gepresteerd moet worden. Als we daarentegen aannemen dat die zelfstandigheid ontbreekt en we de nadruk leggen op 'da dies die Grundlage der Vereinbarung ändern würde', dan gaat daar sterk de suggestie van uit, dat nakoming voor het intreden van een opschortende voorwaarde niet mogelijk is.

361 Von Bar & Zimmerman 2005, p. 826.

362 Zoals wel vaker in de toelichtingen bij de PECL en het DCFR moeten we ook hier enigszins terughoudend zijn met het trekken van conclusies. De toelichtingen zijn namelijk ook t.a.v. de thans behandelde kwestie relatief kort van stof en behandelen ook hier slechts de globale uitgangspunten. Daarnaast heb ik – met alle respect – wel eens twijfels t.a.v. een logisch-systematische benadering van beide toelichtingen.

363 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 693.

364 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 695.

van die constatering volgt uit de in het BW neergelegde systematiek van het directe bestaan van een opschortend voorwaardelijke verbintenis en zal ik in § 3.2.3.4 verder uitwerken. Van een werkelijke onverschuldigdheid bij een vroegtijdig presteren kan dan ook geen sprake zijn, zodat een systeem van 'overeenkomstige toepassing' in zekere zin soelaas biedt. Overigens was de redactie van deze wetsbepaling in het OM op dit punt iets anders: [] dan *geldt* [cursivering HS] dit als een onverschuldigde betaling []'.³⁶⁵ Een expliciete reden voor de latere wijziging van deze redactie heb ik niet gevonden.

We zouden echter op basis van bescheiden aanwijzingen in de TM enigszins kunnen twijfelen aan de vorenstaande functie en interpretatie van art. 6:25 BW. Op de eerste plaats zou het in de redactie van het OM verwoorde 'gelden' – in de plaats van de latere 'overeenkomstige toepassing' – ook kunnen doelen op een buiten twijfel stellen van een rechtstreekse toepassing van de onverschuldigde betaling.³⁶⁶ Als dat het doel van de bepaling zou zijn geweest, kunnen we van een redactioneel weinig geslaagd artikel spreken. De latere redactionele wijziging in de 'overeenkomstige toepassing' zou daarmee bovendien een systematisch beschouwd zeer ingrijpende wijziging zijn geweest. De TM bij art. 6.4.2.2 OM besteedt echter geen woord aan de betekenis van dit 'geldt als', zodat deze interpretatie op basis van de letterlijke tekst van de toelichting niet verder kan worden onderbouwd of bekritiseerd.

In de TM vinden we wel enkele andere aanwijzingen. Bij art. 6.4.2.1 OM wordt bijvoorbeeld vrij uitgebreid de niet-toepasselijkheid van de onverschuldigde betaling bij het intreden van een *ontbindende* voorwaarde besproken. Enige aandacht voor de niet rechtstreekse – maar uitsluitend overeenkomstige – toepasselijkheid van de onverschuldigde betaling bij *opschortende* voorwaardelijkheid had daarmee in zekere zin verwacht mogen worden. Althans, als de TM inderdaad van een *overeenkomstige toepassing* zou uitgaan. Het ontbreken daarvan suggereert daarmee in bescheiden mate dat art. 6.4.2.2 OM wel degelijk in de TM wordt beschouwd als de bevestiging van de normale wettelijke systematiek van rechtstreekse toepasselijkheid van de onverschuldigde betaling.

Een volgende reden voor enige aarzeling ten aanzien van de voormelde interpretatie van art. 6:25 BW is gelegen in de functie die ik in de *overeenkomstige toepassing* zie. Als deze overeenkomstige toepassing van de onverschuldigde betaling bij opschortende voorwaardelijkheid inderdaad uitsluitend de functie van een ongedaanmakingsmechanisme omvat en dus niet de weergave van een rechtstreekse toepassing van dat leerstuk op de opschortend voorwaardelij-

³⁶⁵ Art. 6.4.2.2 OM, derhalve deel uitmakend van de afdeling ter zake onverschuldigde betaling. Hamaker schrijft dit artikel overigens onterecht toe aan het driemanschap (Hamaker 1970, p. 168).

³⁶⁶ Volgens Hamaker wekt echter de oorspronkelijke tekst van de bepaling reeds de indruk dat deze moet worden geïnterpreteerd zoals ik thans de redactie van art. 6:25 BW heb weergegeven (Hamaker 1970, p. 168). Ook daar gaat derhalve de suggestie van uit dat er geen inhoudelijk verschil bestaat tussen de redactie van art. 6.4.2.2 OM en het huidige art. 6:25 BW.

ke verbintenis zou zijn, waarom zou Meijers ditzelfde mechanisme dan niet ook bij het intreden van een ontbindende voorwaarde hebben willen toepassen? In plaats daarvan heeft hij immers voor ontbindende voorwaarden de verder nauwelijks uitgewerkte systematiek van art. 6:24 BW opgenomen.³⁶⁷ Dit zou eveneens als een aanwijzing kunnen worden beschouwd dat de TM aan art. 6.4.2.2 OM een andere betekenis toekent dan het uitsluitend creëren van een grondslag voor ongedaanmaking zoals bij art. 6:24 BW.³⁶⁸ Echter, ook al is wellicht iets te zeggen voor voormelde argumenten afgeleid van de TM, per saldo zijn ze mijns inziens van duidelijk te weinig gewicht om daar afwijkende conclusies aan te verbinden. Bovendien spreekt de huidige wettekst nu eenmaal van 'overeenkomstige toepassing', zodat deze redactie thans nauwelijks ruimte laat voor de voormelde afwijkende en bovendien nogal bescheiden argumenten.

Maar ook buiten de TM kunnen we wel iets aan argumentatie vinden om aan de vorenomschreven functie en interpretatie van art. 6:25 BW te twijfelen. We zouden namelijk – in elk geval als gedachtenexperiment – kunnen stellen dat ten gevolge van de opgeschorte werking een vroegtijdige nakoming ook zónder (al dan niet overeenkomstige) toepasselijkheid van de onverschuldigde betaling hoe dan ook niet mogelijk is. De opgeschorte werking zou derhalve als zodanig een dergelijke nakoming in de weg staan. Ook bij een dergelijke zienswijze heeft art. 6:25 BW een geheel andere functie dan ik stelde. De vraag zou bij de vorenbedoelde onmogelijkheid van vroegtijdige nakoming immers zijn, op welke wijze bij een desondanks presteren een en ander weer ongedaan gemaakt zou moeten worden. Art. 6:25 BW zou daarvoor het antwoord bieden. De veronderstelde onmogelijkheid van vroegtijdige nakoming heeft alsdan weliswaar niets te maken met onverschuldigde betaling, maar om tot een oplossing te geraken bij het desondanks presteren worden de wettelijke regels van de onverschuldigde betaling gehanteerd door middel van 'overeenkomstige toepassing'.³⁶⁹

Laat ik voorop stellen dat de redactie van art. 6:25 BW de laatste interpretatie op zich toelaat. De bepaling kan immers ook in die zin worden gelezen dát ongedaan gemaakt kan worden overeenkomstig de regels van de onverschuldigde betaling zonder dat ook de grondslag van de onverschuldigde betaling van overeenkomstige toepassing zou zijn. Voor een dergelijke interpretatie heb ik echter niet de minste aanwijzingen in de PG of literatuur kunnen vinden. Het zou ook om een geheel nieuwe invulling van het begrip van de opgeschorte werking vragen, waar deze werking blijkbaar op andere gronden

367 Scheltema stelt dezelfde vraag, overigens zonder een antwoord te formuleren (Scheltema 1997, p. 244).

368 Waarbij direct opgemerkt zij dat ik art. 6:24 BW als een systematisch overbodige bepaling beschouw, zie § 3.3.2. De tegenovergestelde gedachte – waarom is art. 6:24 BW niet ook van toepassing bij het vervallen van een opschortende voorwaarde ná een vroegtijdige nakoming – bespreek ik in § 3.2.3.2.

369 Ook Hamaker onderschrijft – voorzichtig – de gedachte van overeenkomstige toepassing op grond van dit 'gelden' (Hamaker spreekt van 'wekt de indruk' (Hamaker 1970, p. 168)).

dan een overeenkomstige toepassing van de onverschuldigde betaling een vroegtijdige nakoming in de weg zou staan. Ook daarvoor ontbreekt ieder houvast. We kunnen ook deze andersluidende interpretatie derhalve laten voor wat zij is en constateren dat art. 6:25 BW ook in het verband van de grondslag voor ongedaanmaking daadwerkelijk uitgaat van *overeenkomstige* toepassing van de onverschuldigde betaling.³⁷⁰

3.2.3.3 Het vereiste van 'dwaling' voor toepasselijkheid van art. 6:25 BW

In § 3.2.3.1 heb ik beschreven dat zowel voor het Nederlands geldend recht als voor het Duitse en Zwitserse (en volgens van Goudoever ook voor het OBW) de schuldenaar *abusievelijk* zou hebben moeten gepresteerd om – voordat de opschortende voorwaarde intreedt of vervalt – ongedaanmaking te kunnen vorderen. 'Abusievelijk' in de betekenis van de onjuiste veronderstelling dat de opschortende voorwaarde reeds is ingetreden en de na te komen verbintenis daarmee onvoorwaardelijk is geworden.³⁷¹ Als we dit abusievelijk presteren kwalificeren als een dwaling door de schuldenaar, dan valt direct op dat een dergelijk vereiste niet door het NBW of het OBW gesteld wordt ten aanzien van het algemene leerstuk van de onverschuldigde betaling.³⁷² Ook Meijers zelf, die blijkens de TM in het verband van art. 6:25 BW een dergelijke dwaling door de presterende schuldenaar juist als vereiste stelde, week daarmee af van de opvatting in de TM ten aanzien van het algemene leerstuk van de onverschuldigde betaling.³⁷³

De vraag is uiteraard waarom dwaling bij toepassing van art. 6:25 BW wel een vereiste zou moeten zijn, terwijl het dat niet is bij de eigenlijke figuur van de onverschuldigde betaling. Anders dan in het Duitse of Zwitserse recht, waar het vereiste van een abusievelijk presteren rechtstreeks uit § 814 BGB respectievelijk art. 63 I OR voortvloeit, kunnen we het antwoord voor het Nederlands geldend recht niet uit de wet afleiden. Niettemin is dat antwoord niet zo heel moeilijk te geven.

In de normale wetssystematiek van de *onvoorwaardelijke* verbintenis is een nakoming vóór het moment van opeisbaar worden van een prestatie niet onverschuldigd verricht. Het feit dat te vroeg is gepresteerd is in die zin van minder belang, dat op een later moment *tóch* gepresteerd zou moeten worden. Bij de opschortend voorwaardelijke verbintenis is dat anders. Ten gevolge van de onzekerheid die voortvloeit uit de voorwaarde is het nog niet zo zeker of

370 Al is de werkelijke grondslag in dat geval uiteraard art. 6:25 BW zélf.

371 Vergelijk: Rb. Arnhem 16 december 2009, NJF 2010, 85, waar het 'abusievelijke' bestond uit een vergissing van een medewerker van een notariskantoor en vermoedelijk niet daaruit dat de betreffende opschortende voorwaarde zou zijn ingetreden.

372 Dit is zowel onder het NBW als het OBW vrijwel onbetwist: Scheltema 1997, p. 56, 57 (met verdere literatuur); Hamaker 1970, p. 41, 42 (met vermelding van een aantal arresten van de Hoge Raad).

373 PG Boek 6, TM, p. 806.

inderdaad gepresteerd zal moeten worden respectievelijk gepresteerd moet worden met blijvende gevolgen. Dat is in deze een wezenlijk verschil met de onvoorwaardelijke verbintenis. Als de schuldenaar abusievelijk nakomt in de veronderstelling dat hij daartoe onvoorwaardelijk verplicht is – hij dwaalt derhalve – dan is het nog maar de vraag of hij daartoe later inderdaad verplicht blijkt te zijn. Met het oog op dit abusievelijke karakter in combinatie met de kans op het toekomstige vervallen van die verplichting bij het niet-intreden van de opschortende voorwaarde, is een correctiemechanisme op zijn plaats. Of de keuze van de figuur van de onverschuldigde betaling voor een dergelijk correctiemechanisme de beste was, laat ik in het midden.³⁷⁴

Het vereiste van dwaling heeft echter nog een tweede aspect. Een niet-abusievelijk vroegtijdig presteren – derhalve het willens en wetens presteren en in ontvangst nemen van die prestatie ondanks de opschortende voorwaardelijkheid – voldoet uiteraard niet aan dit vereiste. Daarmee maakt de partijwil van de presterende en de ontvangende partij het mogelijk dat art. 6:25 BW buiten toepassing blijft en daarmee tevens dat een vroegtijdig presteren op zich mogelijk is. Of dat laatste ook (steeds) kan met behoud van de opschortende voorwaardelijkheid, bespreek ik in de hierna volgende paragraaf.

3.2.3.4 *Waarom opschortende voorwaardelijkheid nakoming niet in de weg staat*

Inleiding

In § 3.2.3.1 heb ik beschreven dat het systeem van het BW – en met name art. 6:25 BW – de mogelijkheid biedt bij een opschortend voorwaardelijke verbintenis na te komen voordat de voorwaarde is ingetreden. Althans, als partijen zich bewust zijn van het feit dat de voorwaarde nog niet is ingetreden – zij ‘dwalen’ dienaangaande niet – en dat partijen ook presteren ‘onder’ die opschortende voorwaarde. Dit is de systematiek die Meijers bij het OM voor ogen stond en die in materieel (maar niet in wetssystematisch) opzicht overeenstemt met het Duitse en Zwitserse recht. In deze paragraaf ga ik met name in op de in de literatuur aangenomen bezwaren tegen een dergelijke vroegtijdige nakoming. Bezwaren die veel minder vanzelfsprekend blijken te zijn dan in de literatuur nogal eens wordt gesteld.

Bij de onderstaande bespreking en eigenlijk ook bij het hiervoor in deze § 3.2.3 is het goed om het volgende voor ogen te houden. Bewust heb ik tot nu toe de (on)mogelijkheid van nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis benaderd zonder rekening te houden met de inhoud van de ver-

374 Ik zou wel menen, overigens zonder dat diepgaand bestudeerd te hebben, dat de onverschuldigde betaling in dit geval de meest voor de hand liggende correctiemogelijkheid is. Andere bestaande correctiemechanismen – ontbinding, vernietiging, etc. – raken over het algemeen de bestaande (voorwaardelijke) rechtsverhouding en dat is in deze situatie uitdrukkelijk niet de bedoeling.

schuldigde prestatie. Op zich is die benadering ook terecht, omdat deze inhoud van de prestatie in het kader van de systematiek niet zou moeten uitmaken. Toch zijn daar twee kanttekeningen bij te maken. De eerste is vooral praktisch: het presteren uit hoofde van een voorwaardelijke verbintenis en daarmee een nakomen 'onder' ontbindende of opschortende voorwaarde is feitelijk beschouwd slechts zinvol, indien die prestatie zich ook leent voor voorwaardelijkheid. Erg veel feitelijke prestaties – het schilderen van een huis, het uitlenen van een boek – zijn achteraf niet ongedaan te maken en reeds daarom ongeschikt voor een voorwaardelijke nakoming, ongeacht of deze ontbindend of opschortend is.³⁷⁵

De tweede kanttekening betreft de prestatie bestaande uit de levering van een goed in het kader van een overdracht. Het bijzondere aan een dergelijk presteren is dat er bij opschortende voorwaardelijkheid in juridische zin eigenlijk nog niet zo veel gebeurt. De vervreemder blijft vooralsnog voorwaardelijk rechthebbende – wat dat op deze plaats verder ook precies moge betekenen – en pas bij het intreden van de voorwaarde verkrijgt zijn wederpartij de onvoorwaardelijke gerechtigdheid tot dat goed. Enerzijds wordt er derhalve gepresteerd in de zin van geleverd, anderzijds blijft juridisch effect van die nakoming vooralsnog uit.³⁷⁶ Dat is misschien niet uniek in het kader van alle mogelijke denkbare prestaties,³⁷⁷ maar de levering van goederen zal in het rechtsverkeer niettemin wel hét voorbeeld zijn van een presteren met een opschortend voorwaardelijk effect. Ik kom hier aan het slot van deze paragraaf op terug.

Uit deze beide kanttekeningen volgt dat het vraagstuk van de mogelijkheid van nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis met name van belang is bij de levering van een goed in het kader van een overdracht. Niet alleen leent de verkrijging van goederen zich in feitelijke zin uitstekend om later weer ongedaan gemaakt te worden, maar ook is in aansluiting daarop het juridisch effect van de prestatie – de beoogde eigendomsverkrijging – uitgesteld tot het eventuele moment van intreden van de voorwaarde. Op grond daarvan zal ik, in navolging van de literatuur, de nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis met name bespreken in het kader van levering van goederen.

375 In § 9.2.4.1 komt de in de PG en de literatuur onderschreven mogelijkheid ter sprake, waarbij ongedaanmaking bij het intreden van een ontbindende voorwaarde plaatsvindt d.m.v. waardevergoeding indien de 'aard van de prestatie' een feitelijke ongedaanmaking uitsluit. O.g.v. zowel praktische als theoretische overwegingen sta ik zelf kritisch tegenover een dergelijke wijze van ongedaanmaking.

376 Helemaal waar is dat t.g.v. de goederenrechtelijke werking uiteraard niet. De gevolgen van tussenbeschikking door de bezwaarde zullen immers bij het intreden van de voorwaarde vervallen en wellicht – het is naar Nederlands recht betwist – heeft de verwachter direct een Anwartschaftsrecht.

377 We zouden ook kunnen denken aan een opschortend voorwaardelijke verbintenis die verplicht tot het verrichten van een rechtshandeling. Als die laatste eveneens onder diezelfde voorwaarde wordt verricht, blijft vooralsnog effect uit.

De bezwaren tegen nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis

Onderstaand zal ik de bezwaren bespreken tegen de mogelijkheid van directe nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis. Daarbij moeten we een onderscheid maken tussen bezwaren die betrekking hebben op de afdwingbaarheid van het recht op nakoming en de plicht tot voldoening³⁷⁸ en anderzijds op bezwaren die de algehele mogelijkheid van nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis betreffen.³⁷⁹ Het verschil tussen beide bestaat daaruit dat bij het uitsluitend ontbreken van afdwingbaarheid van de verbintenis partijen gezamenlijk wel in de mogelijkheid verkeren om desondanks na te (laten) komen. Voor de opschortende tijdsbepaling is dit ontbreken van afdwingbaarheid dan ook geen probleem om bijvoorbeeld met instemming van partijen de verbintenis reeds direct na te komen.³⁸⁰ Bij de in de literatuur nogal eens aangenomen algehele onmogelijkheid van nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis zou daarentegen bij instandhouding van die opschortende voorwaardelijkheid ondanks instemming van partijen niet verschuldigd nagekomen kunnen worden.

Wat is in dat verband het veronderstelde probleem van nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis? Dé in de literatuur verwoorde en hierna verder besproken reden voor de onmogelijkheid van vroegtijdige nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis tot levering is het ontbreken van een (geldige of werkende) titel. De in de literatuur aangenomen 'oplossingen' om desondanks toch na te kunnen komen hebben dan ook betrekking op deze verbintenis. De eerste daarvan bestaat uit het onvoorwaardelijk maken van de (aanvankelijk opschortend voorwaardelijke) verbintenis, waarbij vervolgens de voorwaarde wordt verbonden aan een ander vereiste dat tot overdracht leidt (veelal de levering) respectievelijk het aldus verkregen goed zélf.³⁸¹ De tweede 'oplossing' wordt gezien in het (al dan niet van rechtswege) wijzigen van de aanvankelijk opschortende voorwaardelijkheid

378 Zie bijv. het arrest van het Hof Amsterdam van 2 april 2004, waarin het hof heel duidelijk wél het bestaan van een 'aanspraak' onderschrijft, maar deze aanspraak op grond van de opschortende voorwaarde (nog) niet afdwingbaar is (zie HR 30 maart 2007, BNB 2007, 181).

379 In deze laatste zin: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 147; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 524 (m.b.t. een overdracht); Scheltema 2003, p. 316; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 180 (m.b.t. een overdracht); Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 135; Den Tonkelaar 1994, p. 77; Van Buchem-Spapens 1982, p. 63, 64 (zij lijkt in eerste instantie voor de eerstvermelde mogelijkheid te kiezen (zie p. 59) en onderkent ook uitdrukkelijk het bestaan van een voorwaardelijk vorderingsrecht, maar wijst uiteindelijk toch de mogelijkheid van vroegtijdige nakoming af).

380 De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 50; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 181; Brunner & De Jong 2004, p. 50; Pitlo/Cahen 2002, p. 37; Scheltema 1997, p. 63.

381 Uit deze onvoorwaardelijkheid vloeit de directe geldigheid van de verbintenis uiteraard zonder meer voort. O.m. bij Faber vinden we een dergelijke gedachte (N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 39).

Voor deze goederenrechtelijke opzet en de variaties daarop verwijs ik verder naar hoofdstuk 11.

van de verbintenis in een ontbindende.³⁸² Nog afgezien van het feit dat met dergelijke constructies deels iets anders wordt bereikt dan bij de mogelijkheid van een nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis zijn deze, zoals ik hierna verder zal uitwerken, voor prestaties bestaande uit een juridisch handelen ook overbodig.

De in het kader van de veronderstelde onmogelijkheid van een vroegtijdige nakoming te beantwoorden vraag is, wat de *reden* is dat de opschortend voorwaardelijke verbintenis nog geldige of werkende titel zou kunnen vormen. Als we er inderdaad van uitgaan dat deze titel is gelegen in de verbintenis zelf, vraagt dit ontbreken van geldigheid of werking om een nadere verklaring. Zoals ik reeds heb vastgesteld bestaat er voor het geldend recht eigenlijk geen twijfel dat ook de opschortend voorwaardelijke verbintenis direct bestaat.³⁸³ Of anders gezegd, het veronderstelde ontbreken van een geldige titel kan derhalve voor het geldend recht niet voortvloeien uit het nog niet bestaan van de verbintenis. Het is dan ook niet dit bestaan van de verbintenis dat in twijfel wordt getrokken, maar de (rechts)geldigheid van de titel die uit die bestaande, opschortend voorwaardelijke verbintenis voortvloeit.

Dit veronderstelde ontbreken van (rechts)geldigheid vinden we in de literatuur op een aantal verschillende wijzen omschreven. Op de eerste plaats wordt inderdaad gesproken van de ongeldigheid van de verbintenis tot het moment van intreden van de opschortende voorwaarde.³⁸⁴ De thans besproken opgeschorte werking heeft alsdan de betekenis van *opgeschorte geldigheid*. Ook wordt gesteld dat de opschortend voorwaardelijke verbintenis vooralsnog 'rechtskracht' zou ontberen.³⁸⁵ Enig verschil met de omschrijving van de 'ongeldigheid van de verbintenis' is daarbij waarschijnlijk niet beoogd. Daarnaast beperkt een aantal auteurs zich tot de vaststelling dat de bestaande verbintenis nog niet 'werkt', waaruit de onmogelijkheid van nakoming zou voortvloeien.³⁸⁶ Vermoedelijk wordt ook daarin een vorm van ongeldigheid of ontbreken van rechtskracht gezien, maar dat blijft uiteraard enigszins gissen.

382 De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 55; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 142; Brunner & De Jong 2004, p. 54, 55; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 135; Schoordijk 1979, p. 112.

383 Zie § 3.1.3.1.

384 Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008, p. 35, 36; Asser/Mijnsen-De Haan 2001, p. 180. Wellicht in deze zin ook Scheltema en Cahen, maar helemaal duidelijk is hun zienswijze t.a.v. het ontbreken van de (geldige) titel mij niet. Overigens gaat Scheltema er o.g.v. art. 3:84 lid 4 BW van uit dat deze wetbepaling de mogelijkheid van een vroegtijdige nakoming die resulteert in een overdracht alsnog creëert. Uitsluitend o.g.v. deze wetsduiding kan in Scheltema's visie derhalve een opschortend voorwaardelijke verbintenis de grondslag vormen voor een overdracht 'onder opschortende voorwaarde' (Scheltema 2003, p. 316; Pitlo/Cahen 2002, p. 37, 40).

385 Verstijlen 2007, p. 825. Ook het Hof 's-Hertogenbosch sprak (buiten het verband van nakoming) bij een opschortend voorwaardelijke overeenkomst van het ontbreken van rechtskracht (zie HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569 (Beliën/Provincie)).

386 Out 2003, p. 76, 77; Den Tonkelaar 1994, p. 77; (vermoedelijk in deze zin) Van Buchem-Spapens 1982, p. 59, 63, 64.

Tot slot wordt enigszins kort door de bocht gesteld dat een recht op nakoming van de schuldeiser vooralsnog niet bestaat.³⁸⁷ De nog te bespreken vraag blijft echter waarom dit ontbreken van een recht op nakoming blijkbaar het gevolg van de opschortende voorwaardelijkheid zou zijn.

Uit al deze omschrijvingen blijkt duidelijk dat de betreffende auteurs de onmogelijkheid van vroegtijdige nakoming baseren op het bestaan van een probleem in of met de titel respectievelijk de verbintenis waar deze uit voortvloeit. Het is echter helemaal niet eenvoudig om vast te stellen *waarom* de betreffende auteurs aan opschortende voorwaardelijkheid het ontbreken van geldigheid of rechtskracht verbinden. Tussen de regels door lijkt dit als een vanzelfsprekendheid van de opgeschorte werking te worden beschouwd: de voorwaarde schort de werking van de verbintenis op en *dus* ontbeert de verbintenis geldigheid of rechtskracht.³⁸⁸ De *opgeschorte werking* wordt derhalve gehanteerd als een verklarend begrip.³⁸⁹

In een systeem van het daadwerkelijk nog niet ontstaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis, zoals (waarschijnlijk) in het Duitse en Zwitserse recht en wellicht ook onder het OBW het geval was, is een dergelijke benadering inderdaad een vanzelfsprekendheid. Het behoeft immers geen verder betoog dat een niet-bestaande verbintenis geen geldigheid of rechtskracht heeft. Echter, in een systeem waarbij de verbintenis wel direct bestaat is het veel minder vanzelfsprekend dat opgeschorte werking gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid of rechtskracht. Het eerste wat namelijk opvalt is, dat geen positief verband wordt gelegd tussen het bestaan van de verbintenis en de geldigheid of rechtskracht daarvan. Daaruit volgt impliciet dat het bestaan en de geldigheid van de verbintenis onafhankelijke factoren zijn. Of andersom gezegd, het feit dat de verbintenis geldigheid of rechtskracht ontbeert, heeft – blijkbaar – geen gevolgen ten aanzien van het bestaan van die verbintenis. Ik zou menen dat een dergelijke opvatting tenminste begripsmatige vragen oproept; in zijn algemeenheid zullen rechtsfiguren die geldigheid of rechtskracht ontberen toch niet snel als *bestaand* worden beschouwd. In de literatuur wordt daar echter geen aandacht aan besteed.

387 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 147 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 135); Out 2003, p. 76.

388 Out verwijst bijv. naar de slotwoorden van art. 6:26 BW: de bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen zijn op voorwaardelijke van toepassing, 'voor zover het voorwaardelijk karakter van de betrokken verbintenissen zich daartegen niet verzet'. Uit het (opschortend) voorwaardelijk karakter leidt Out het ontbreken van de werking van de verbintenis af, waarin de rechtvaardiging zou zijn gelegen om via art. 6:25 BW de onverschuldigde betaling van toepassing te laten zijn (Out 2003, p. 75 e.v.). Zie ook in soortgelijke zin: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 135. Hartkamp stelt daarbij: 'Onzeker is immers of het recht op nakoming van de schuldeiser ooit zal ontstaan'. Ook Cahen hanteert een dergelijke redenering (Pitlo/Cahen 2002, p. 37, 39, 40). Echter, de presumptie van Hartkamp en Cahen dat het opschortend voorwaardelijke recht op nakoming nog niet bestaat, wordt door hen niet beargumenteerd.

389 Zie § 3.1.4.2 voor de voorwaardelijke werking als verklarend of als beschrijvend begrip.

Wat verder ook van dergelijke begripsmatige vragen moge zijn, op zich zou opgeschorte werking gevolgen kunnen hebben ten aanzien van de geldigheid of rechtskracht. Dat vraagt dan wel om een verdere invulling van het begrip *opgeschorte werking*. Waarom raakt die opgeschorte werking de geldigheid of rechtskracht van de bestaande verbintenis? In een systeem van een bestaande verbintenis, waarbij blijkens de PG en een deel van de literatuur voor de veronderstelde onverschuldigdheid bij een vroegtijdig presteren ook nog een vorm van dwaling ten aanzien van het ingetreden zijn van de voorwaarde wordt vereist, vraagt dat om een nadere verklaring. Een dergelijke verklaring ontbreekt echter in de literatuur. Ik kom daar onderstaand op terug.

Naast het ontbreken van geldigheid of rechtskracht van de verbintenis vinden we in de literatuur nog andere redenen waarom een opschortend voorwaardelijke verbintenis (nog) niet nagekomen zou kunnen worden. Ik noemde reeds de opvatting dat het niet zeker is of het recht op nakoming van de schuldeiser zal ontstaan. Inherent aan dit argument is derhalve dat het recht op nakoming door de opgeschorte werking van de voorwaarde vooralsnog ontbreekt. Voor zover daarmee zou zijn bedoeld dat het opschortend voorwaardelijke vorderingsrecht als zodanig nog niet bestaat, is dat in strijd met het geldend recht. Oók de opschortend voorwaardelijke vordering bestaat zonder twijfel reeds voor het intreden van de voorwaarde.³⁹⁰ Het ligt derhalve weinig voor de hand dat de desbetreffende auteurs met het bedoelde ontbreken van een recht op nakoming een dergelijk niet-bestaan van het vorderingsrecht op het oog hebben.

Als daarentegen slechts het ontbreken van opeisbaarheid van het opschortend voorwaardelijke vorderingsrecht bedoeld zou zijn, valt evenmin in te zien waarom nakoming onmogelijk zou zijn. Het vooralsnog ontbreken van opeisbaarheid van een bestaand recht staat vroegtijdige nakoming daarvan immers niet in de weg; zie de opschortend voorwaardelijke tijdsbepaling. Andere interpretaties van het veronderstelde ontbreken van een recht op nakoming dan de beide vorenstaande zijn er mijns inziens niet, tenzij – alsdan weinig duidelijk geformuleerd – bedoeld wordt op het vorenbesproken ontbreken van geldigheid of rechtskracht.

In de literatuur vinden we tot slot de gedachte dat een prestatie wel of niet kan worden verricht, maar niet opschortend voorwaardelijk kan worden verricht.³⁹¹ In fysieke zin is dat uiteraard juist. Dat geldt echter ook voor een presteren 'onder' ontbindende voorwaarde, zodat dit argument betrekking heeft op beide soorten voorwaarden en niet specifiek op een presteren bij opschortende voorwaardelijkheid. Daar moeten we tevens bij bedenken dat, zoals ik hiervoor bij de inleiding stelde, veel prestaties zich überhaupt niet lenen voor voorwaardelijkheid. Aan een voorwaardelijk presteren is inherent

³⁹⁰ Zie § 6.2.5.2.

³⁹¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 147 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 135). Ook Out lijkt deze gedachte te onderschrijven (Out 2003, p. 76, nt. 54).

dat de prestatie redelijkerwijs weer ongedaan te maken is.³⁹² Een verschil tussen ontbindende en opschortende voorwaarden bestaat er dienaangaande echter niet, zodat dit argument dan ook geen onderbouwing is voor de veronderstelde onmogelijkheid van specifiek een presteren 'onder opschortende voorwaarde'.

Bovendien is het zo dat, anders dan uit het impliciete uitgangspunt bij dit argument volgt, het bij een 'presteren onder voorwaarde' helemaal niet gaat om de fysieke werkelijkheid. Het gaat om de gevolgen die het recht verbindt aan een dergelijk *voorwaardelijk presteren*. Dat blijkt bijvoorbeeld bij een overdracht onder voorwaarde, ongeacht of sprake is van een ontbindende of een opschortende voorwaarde. De fysieke werkelijkheid kan bij een 'voorwaardelijke' overdracht eenvoudig anders suggereren dan hetgeen de juridische werkelijkheid is. Wie ziet bijvoorbeeld een feitelijk verschil tussen het verschaffen van 'bezit' bij de onvoorwaardelijke overdracht en van 'macht' als bedoeld in art. 3:91 BW? De mogelijkheid van een overdracht met voorwaardelijke gevolgen is onder het BW niettemin onweersproken.³⁹³ Het argument van de feitelijke onmogelijkheid van een opschortend voorwaardelijk presteren miskent dat voor het vermogensrecht de reële werkelijkheid veelal van een zeer ondergeschikt belang is.

Een argument tegen de mogelijkheid van nakoming van een opschortend voorwaardelijke verbintenis dat ik niet in de literatuur vond, is het volgende. Art. 6:24 BW bevat voor het geval van het intreden van een ontbindende voorwaarde nádat is gepresteerd een obligatoire verplichting tot ongedaanmaking van deze reeds verrichte prestaties. Het uitgangspunt bij deze grondslag voor ongedaanmaking is de *verschuldigheid* van de eerdere prestatie. Een dergelijke wetsbepaling ontbreekt daarentegen voor de situatie van het niet meer intreden van een opschortende voorwaarde na een eerder bewust – dus niet in de veronderstelling van het ingetreden zijn van de voorwaarde – presteren ter nakoming van een opschortend voorwaardelijke verbintenis. Althans, uit de PG volgt voor die situatie dat alsdan ongedaanmaking dient plaats te vinden door de overeenkomstige toepassing van de onverschuldigde betaling uit hoofde van art. 6:25 BW.³⁹⁴ Voor de systematiek van ongedaanmaking na het vervallen van een opschortende voorwaarde wordt derhalve aangeknoopt bij die van een eerder *onverschuldigd* presteren.³⁹⁵

Dat lijkt vanuit wetssystematisch oogpunt merkwaardig indien we, zoals ik verdedig, zouden uitgaan van de mogelijkheid van een (bewuste) nakoming

392 Ik sta dan ook kritisch tegenover de in de MvA en in de literatuur onderschreven mogelijkheid van waardevergoeding als wijze van ongedaanmaking indien de aard van de prestatie een feitelijke ongedaanmaking uitsluit. Zie daarover § 9.2.4.1.

393 Zie § 11.1.4.

394 PG Boek 6, TM, p. 152. Zie ook § 3.2.3.1.

395 Zie over die ongedaanmaking verder § 9.2.4.4.

van de opschortend voorwaardelijke verbintenis. Voor de beide situaties van het intreden van een ontbindende voorwaarde en het vervallen van een opschortende voorwaarde na een eerder presteren zou alsdan immers dezelfde wetssystematiek van ongedaanmaking verwacht mogen worden. Met de artt. 6:24 en 25 BW volgt de wet echter juist een onderling verschillende systematiek ingeval van een eerder (bewust en derhalve niet abusievelijk) presteren. Dat suggereert dat de wet bij ontbindende en opschortende voorwaardelijkheid helemaal niet uitgaat van vergelijkbare situaties.

Dit wetssystematische argument kan niet zo maar terzijde worden geschoven. Dit mede niet omdat ik bij mijn verdediging van de mogelijkheid van vroegtijdige nakoming veel waarde hecht aan de eveneens wetssystematische argumenten van het bestaán van de opschortend voorwaardelijke verbintenis en het dienovereenkomstig slechts van overeenkomstige toepassing zijn van de figuur van onverschuldigde betaling.³⁹⁶ Opvallend aan deze onderling verschillende systematiek van de artt. 6:24 en 25 BW is echter, dat Meijers deze reeds in het OM heeft opgenomen, terwijl hij tegelijkertijd de mogelijkheid van een vroegtijdige nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis onderschreef.³⁹⁷ Met andere woorden, uit deze ongelijksoortige systematiek van ongedaanmaking na een presteren kan uit hoofde van de opvattingen van Meijers juist niet worden afgeleid, dat daaruit ook de onmogelijkheid van nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis volgt.

Waarom Meijers desondanks voor dit verschil in systematiek heeft gekozen, blijft onduidelijk. Wellicht dat hij zich in zijn denken ten aanzien van opschortende voorwaardelijkheid nog niet helemaal had losgemaakt van de systematiek van het OBW, waar de ongedaanmaking veelal juist wel gebaseerd werd op het ontbreken van een titel.³⁹⁸ Er is echter ook een meer op de wetssystematiek gebaseerde verklaring voor Meijers keuze denkbaar. Zoals ik reeds stelde en onderstaand verder zal uitwerken, is de nakoming van een opschortend voorwaardelijke verbintenis naar mijn opvatting mogelijk, mits de betreffende prestatie zich ook leent om opschortend voorwaardelijk te worden verricht. Erg veel prestaties lenen zich echter helemaal niet voor opschortende voorwaardelijkheid, omdat de gevolgen van die prestaties naar hun fysieke aard uitsluitend *blijvend* kunnen worden verricht. Dat geldt derhalve ook ingeval van ontbindende voorwaardelijkheid. Toch is er een verschil met de opschortende voorwaarde. Bij een presteren 'onder' ontbindende voorwaarde is het juist de bedoeling dat de fysieke maar ook de juridische gevolgen van de prestatie direct intreden. De verkrijger bij een overdracht onder ontbindende voorwaarde kan en mag zich bijvoorbeeld als daadwerkelijke eigenaar van de verkregen zaak beschouwen tot het eventuele moment van het intreden van de voorwaarde. Oók als de voorwaarde om welke reden dan ook geen

³⁹⁶ Zie § 3.2.3.1.

³⁹⁷ PG Boek 6, TM, p. 152.

³⁹⁸ Zie verder § 3.2.4.

goederenrechtelijke werking zal hebben³⁹⁹ en derhalve bij het intreden van de ontbindende voorwaarde uitsluitend persoonlijke ongedaanmakingsverplichtingen bestaan ten aanzien van zowel de feitelijke als de juridische gevolgen van dat eerdere presteren, dan nog doet dit niets af aan dit presteren 'onder ontbindende voorwaarde'.

Dat laatste is bij opschortende voorwaardelijkheid anders. Wil daadwerkelijk sprake zijn van een presteren onder opschortende voorwaarde, dan moeten ook de juridische gevolgen van dat presteren in zekere zin uitblijven. Echter, indien bij het vervallen van de opschortende voorwaarde persoonlijke ongedaanmakingsverplichtingen ten aanzien van de juridische aspecten van de prestatie zelf zouden bestaan, dan is de prestatie naar haar aard niet opschortend voorwaardelijk verricht. Een persoonlijke ongedaanmakingsverplichting ten aanzien van een juridisch gevolg betekent immers dat dit juridische gevolg blijkbaar wel degelijk was ingetreden. Dat staat – althans voor zover dit gevolg voortvloeit uit de rechtshandeling onder opschortende voorwaarde⁴⁰⁰ – diametraal tegenover het juist uitgestelde gevolg bij opschortende voorwaardelijkheid. Daaruit volgt dat persoonlijke ongedaanmakingsverplichtingen als bedoeld in art. 6:24 BW ten aanzien van juridische gevolgen van een presteren onder opschortende voorwaarde als breed uitgangspunt geen toepassing kunnen vinden.⁴⁰¹ Ware dat immers anders, dan is niet onder opschortende voorwaarde gepresteerd.

De systematiek van de onverschuldigde betaling die via art. 6:25 BW toepassing vindt, sluit zuiver systematisch beschouwd beter aan op ongedaanmaking van een prestatie 'onder' opschortende voorwaarde.⁴⁰² Met het oog op het causale stelsel waarbij door het ontbreken van een geldige titel juridische

399 Bijv. doordat partijen de goederenrechtelijke werking van de voorwaarde hebben uitgesloten, zie § 11.4.2.

400 Deze nuancing is in die zin van belang, dat juridische gevolgen ook kunnen voortvloeien uit fysieke handelingen. De overdracht 'onder opschortende voorwaarde' van een zaak heeft nog geen gevolgen v.w.b. de eigendomsovergang op de verwachter. Als deze laatste voor het intreden van de voorwaarde de zaak bijv. zodanig aan een andere hem toebehorende zaak bevestigt dat sprake is van natrekking, verliest de bezwaarde alsnog zijn eigendom. In dat geval kan bij het alsnog vervallen van de voorwaarde wel degelijk een persoonlijke ongedaanmakingsverplichting bestaan t.a.v. juridische gevolgen. Het verschil zit hem uiteraard daarin, dat deze ongedaan te maken juridische gevolgen niet voortvloeien uit het aanvankelijke 'opschortend voorwaardelijk presteren'.

401 Uitzonderingen t.a.v. het bestaan van persoonlijke ongedaanmakingsverplichtingen zijn echter denkbaar indien een goed ondanks de opschortende voorwaarde alsnog in het vermogen van een ander is geraakt. Te denken valt aan bijzondere figuren als natrekking e.d. alsmede een verkrijging u.h.v. derdenbescherming. De oorspronkelijke bezwaarde (vervreemder van het betreffende goed) heeft alsdan behoefte aan een persoonlijke vordering tot ongedaanmaking jegens de oorspronkelijke verwachter (verkrijger van het goed), al was het maar om langs die weg tot schadevergoeding wegens een tekortschieten door de verwachter te komen. Zie daarover § 9.2.4.4.

402 Opgemerkt zij dat het niet duidelijk is of Meijers in de betreffende passage (PG Boek 6, TM, p. 152) doelt op een analoge dan wel een rechtstreekse toepassing van de onverschuldigde betaling.

gevolgen van het presteren veelal niet zullen zijn ingetreden, heeft de ongedaanmaking van de onverschuldigde betaling met name betrekking op *feitelijke* ongedaanmaking. Een dergelijk uitgangspunt bij een verplichting tot ongedaanmaking past uitstekend bij een presteren onder opschortende voorwaarde. Niet zozeer de juridische maar de feitelijke gevolgen van dat vroegtijdige presteren moeten bij verval van de voorwaarde ongedaan gemaakt worden.

Het is uiteraard de vraag of Meijers zijn keuze voor het verschil in systematiek van ongedaanmaking bij de artt. 6:24 en 25 BW inderdaad (mede) heeft gebaseerd op een dergelijke benadering. Duidelijke aanwijzingen daarvoor heb ik in elk geval niet gevonden, mede omdat de systematiek van ongedaanmaking alsdan anders moge zijn, maar de materiële gevolgen wellicht niet.⁴⁰³ Uit het vorenstaande volgt echter wel dat het verschil in wettelijke systematiek van ongedaanmaking bij ontbindende en opschortende voorwaarden niet onverklaarbaar is, noch dat de overeenkomstige toepassing van de onverschuldigde betaling haar grondslag moet hebben in het ontbreken van een geldige titel ten gevolge van opschortende voorwaardelijkheid. De keuze in art. 6:25 BW voor de onverschuldigde betaling kan immers ook worden gezien als een systematiek die meer aansluit bij de juridische situatie na een presteren 'onder' opschortende voorwaarde dan het uitgangspunt dat ten grondslag ligt aan de zowel feitelijke als juridische ongedaanmaking van art. 6:24 BW. Het hiervoor door mij opgeworpen argument tegen de mogelijkheid van nakoming van een opschortend voorwaardelijke verbintenis op basis van art. 6:24 BW kan derhalve in redelijke mate worden ontkracht.

In een wat verder verwijderd verband vinden we nog een tweede systematische kwestie die in het thans besproken verband in de literatuur geen aandacht krijgt. Op grond van art. 6:161 lid 1 BW gaat een verbintenis teniet door vermenging, indien een vordering en de daartegenover staande schuld door overgang in het vermogen van dezelfde persoon komen. Lid 2 sub c van hetzelfde artikel maakt daarop een uitzondering, voor zover dit samenvallen van vordering en schuld het gevolg is van een rechtshandeling onder ontbindende voorwaarde 'zolang niet vaststaat dat de voorwaarde niet meer in vervulling kan gaan'.⁴⁰⁴ Aldus vindt vooralsnog geen vermenging plaats voordat de ontbindende voorwaarde is ingetreden. Ten aanzien van een opschortende voorwaarde ontbreekt echter een dergelijke uitzonderingsbepaling. De gedachte ligt voor de hand dat uit hoofde van de opgeschorte werking bij opschortende voorwaardelijkheid hoe dan ook geen vermenging zou

403 Of de materiële gevolgen inderdaad hetzelfde zijn, is u.h.v. deze wetsbepalingen moeilijk vast te stellen. Art. 6:24 BW geeft immers nauwelijks materiële regels t.a.v. de inhoud van de ongedaanmakingsverplichtingen. Zie verder § 9.2.4.3.

404 In het oorspronkelijke art. 6:1.10.2 OM was de redactie en de systematiek van deze wetsbepaling anders, maar ook daarin werd uitsluitend een uitzondering gemaakt voor de ontbindende en derhalve niet voor de opschortende voorwaarde (PG Boek 6, p. 590).

plaatsvinden.⁴⁰⁵ Bij een onmogelijkheid van nakoming van een opschortend voorwaardelijke verbintenis treedt het probleem van een ongewenste vermenging niet op. Daarmee zou ook uit dit verschil in systematiek kunnen volgen dat het BW wel degelijk uitgaat van een verschil in mogelijkheid van nakoming tussen ontbindende en opschortende voorwaarden.

Toch is het nogal de vraag in hoeverre het vorenstaande inderdaad een argument vormt tegen de mogelijkheid van vroegtijdige nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis waarbij een schuld of vordering wordt overgenomen respectievelijk overgedragen. Zo volgt uit de TM duidelijk dat het huidige art. 6:161 BW met name het oog heeft op de situatie van overgang van een vermogen onder algemene titel en niet zozeer onder bijzondere titel.⁴⁰⁶ De kwestie van de mogelijkheid van een verschuldigde nakoming speelt bij een verkrijging onder algemene titel vanzelfsprekend niet. Daarmee is het ook begrijpelijk dat het vraagstuk van nakoming van een opschortend voorwaardelijke verbintenis – ten gevolge waarvan de hoedanigheid van crediteur en debiteur zich in één persoon zouden verenigen – voor wat betreft art. 6:161 BW buiten het blikveld van de wetgever is gebleven.

Daarnaast is het bovendien zo dat de goederenrechtelijke systematiek van het NBW bij een verkrijging onder voorwaarde allesbehalve inzichtelijk is. Verkrijgt de verwachter bij een overdracht onder opschortende voorwaarde in goederenrechtelijk zin wel iets of heeft hij niet meer dan een goederenrechtelijk geseceerde positie voor het geval de voorwaarde zou intreden?⁴⁰⁷ En als de verwachter direct een vorm van goederenrechtelijk recht zou verkrijgen, leent zich dit alsdan wel voor vermenging in de zin van art. 6:161 BW? Noch de TM noch de rest van de PG helpen ons bij deze vragen in relatie tot het leerstuk van de vermenging ook maar iets verder. Voor zover de wetgever het equivalent van de uitzondering van art. 6:161 lid 2 sub c BW ten aanzien van opschortende voorwaarden derhalve bewust niet in het BW zou hebben opgenomen, is daarmee nog zeker niet gezegd dat de reden daarvoor is gelegen in de onmogelijkheid van nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis.

Mijn tussenconclusie ten aanzien van de beide vorenomschreven wetssystematische argumenten is de volgende. Aan het argument van de verschillende systematiek van de artt. 6:24 en 25 BW hecht ik zonder meer gewicht, maar dit is voor mij toch zeker niet doorslaggevend. Uit de rest van de wetssystematiek volgt mijns inziens afdoende dat vroegtijdige nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis wel degelijk mogelijk is. Ook het voormelde

⁴⁰⁵ De gedachte dat bij een ontbindende voorwaarde géén, maar bij een opschortende voorwaarde juist wel vermenging zou dienen plaats te vinden, zou immers een heel merkwaardige constructie zijn.

⁴⁰⁶ Zie m.n. PG Boek 6, TM, p. 590.

⁴⁰⁷ Zie over deze vragen hoofdstuk 11.

feit dat het Meijers zelf was die deze wetssystematiek opnam, terwijl hij juist de vroegtijdige nakoming als mogelijkheid onderschreef, beperkt het gewicht van het bedoelde verschil tussen de artt. 6:24 en 25 BW. Tot slot zou het verschil in systematiek ook verklaard kunnen worden uit het inherente verschil tussen een presteren 'onder' ontbindende respectievelijk opschortende voorwaarde. De vorenomschreven argumentatie op basis van art. 6:161 BW is voor mij te zwak om daar verdere consequenties aan te verbinden.

In § 3.2.3.1 zagen we dat aan de wetssystematiek en de PG de nodige argumenten zijn te ontleen, waaruit de mogelijkheid van vroegtijdige nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis volgt. Hiervoor in deze paragraaf passeerden een aantal argumenten tégen die mogelijkheid. De voornaamste daarvan is de gedachte dat de opgeschorte werking uit hoofde van de voorwaarde betrekking heeft op de geldigheid of rechtskracht van de bestaande verbintenis. Juist omdat sprake is van een bestaande verbintenis heb ik dienaangaande gesteld dat een dergelijke opgeschorte geldigheid of rechtskracht uit hoofde van die *werking* wel om een nadere verklaring vraagt. Immers, waarom zou die werking bij het uitgangspunt van een bestaande verbintenis betrekking hebben op de geldigheid of rechtskracht?

Ik ga de kwestie van de veronderstelde ongeldigheid van de opschortend voorwaardelijke verbintenis thans vrij analytisch benaderen. Een dergelijke benadering is in deze terecht, omdat het ontbreken van geldigheid als een gevolg van de opschortend voorwaardelijke systematiek wordt beschouwd. Daarbij kunnen we op de eerste plaats constateren – het is een open deur – dat de veronderstelde ongeldigheid van de verbintenis voortvloeit uit het feit dat de werking van de verbintenis vooralsnog is *opgeschort*; de *werking* bij ontbindende voorwaardelijkheid heeft immers helemaal geen betrekking op deze *geldigheid*. De enkele opschorting maakt een verbintenis echter nog niet ongeldig. Althans, ook een tijdsbepaling kan opschortend zijn, maar dat heeft voor het geldend recht uitdrukkelijk geen gevolgen voor de geldigheid van die verbintenis. Voor het intreden van de opschortende tijdsbepaling kan dan ook zonder twijfel reeds direct verschuldigd worden nagekomen.⁴⁰⁸

We zien derhalve dat een opschortende tijdsbepaling de directe geldigheid en daarmee de mogelijkheid van vroegtijdige nakoming van de verbintenis niet in de weg staan. Dit in tegenstelling tot hetgeen dienaangaande bij een opschortende voorwaarde zou gelden. Wat zou een dergelijk verschil in gevolgen verklaren? Ik heb reeds beschreven dat hét verschil tussen voorwaarden en tijdsbepalingen wordt gezien in het vereiste van objectieve onzekerheid aangaande de inhoud van de voorwaarde.⁴⁰⁹ Bij het ontbreken van objectieve

408 De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 50; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 181; Brunner & De Jong 2004, p. 50; Pitlo/Cahen 2002, p. 37; Scheltema 1997, p. 63; Van Buchem-Spapens 1982, p. 64; Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 141.

409 Zie § 2.4.5.

onzekerheid kan sprake zijn van een tijdsbepaling, maar in de bestaande visies niet van een voorwaarde.⁴¹⁰ Andere inhoudelijke verschillen ten aanzien van de mogelijke grondslag voor een voorwaarde zijn er niet. Daarmee ligt de gedachte voor de hand dat het verschil tussen de wél direct geldige verbintenis onder opschortende *tijdsbepaling* en de veronderstelde ongeldigheid van de verbintenis onder opschortende *voorwaarde* te herleiden zou moeten zijn tot dit vereiste van objectieve onzekerheid, dat immers uitsluitend ten aanzien van de voorwaarde geldt.

Een dergelijk terug voeren van de ongeldigheid van de verbintenis op dit vereiste van objectieve onzekerheid valt echter alleszins niet mee. Het feit dat de gevolgen van een nakoming van een voorwaardelijke verbintenis ook objectief beschouwd in de toekomst misschien ongedaan gemaakt zullen moeten worden, geldt uiteraard ook voor een *ontbindende* voorwaarde. Objectieve onzekerheid en het verdisconteren daarvan in de nakoming maken een verbintenis blijkbaar op zich nog niet ongeldig. Argumenten waarom objectieve onzekerheid bij een *opschortende* voorwaarde wél gevolgen zou hebben voor de geldigheid van de verbintenis heb ik niet gevonden. Voor zover die argumenten inderdaad ontbreken, valt uit het volgens de literatuur kenmerkende element van voorwaarden – de objectieve onzekerheid ten aanzien van het toekomstige al dan niet intreden van de gebeurtenis – geen verklaring af te leiden voor de veronderstelde ongeldigheid van de opschortend voorwaardelijke verbintenis. Dat is opvallend omdat daarmee tevens onduidelijk blijft, waarop het vaak aangenomen verschil in mogelijkheid van vroegtijdige nakoming van de verbintenis onder opschortende tijdsbepaling en die onder opschortende voorwaarde eigenlijk gegrondvest is.

Als we er op grond van het vorenstaande van uitgaan dat het (veronderstelde) kenmerkende vereiste van de objectieve onzekerheid van voorwaarden blijkbaar niet de verklaring vormt voor de aangenomen ongeldigheid van de opschortend voorwaardelijke verbintenis, waaruit bestaat die verklaring dan wel? Er resteert eigenlijk niets anders dan deze te zoeken in de *opgeschorte werking* zelf. Deze opgeschorte werking zou in dat geval niet de brug vormen tussen de werkelijke verklaring voor die ongeldigheid en deze ongeldigheid, maar zelfstandig de verklaring vormen voor die ongeldigheid.

Ook deze insteek leidt echter niet eenvoudig tot de gezochte verklaring. Dat vloeit op de eerste plaats daaruit voort dat het begrip voorwaardelijke werking helemaal niet zo eenduidig is.⁴¹¹ Maar ook als we daar overheen stappen ontbreken argumenten waarom de opgeschorte werking naar haar aard de geldigheid of rechtskracht van de verbintenis zou treffen. De enkele constatering dat een opschortend voorwaardelijke verbintenis vooralsnog ongeldig is *omdat* de werking is opgeschort, vormt immers helemaal geen

410 Een opvatting die ik zelf grotendeels afwijst. Zie § 2.4.3.

411 Zie m.n. § 3.1.4.

inhoudelijk verklaring voor die ongeldigheid. De vraag blijft immers wáárom die opgeschorte werking de geldigheid van de verbintenis zou treffen. Een dergelijke ongeldigheid kan – bij gebrek aan verdere argumenten – dan ook uitsluitend op de voorwaardelijke werking worden gebaseerd door aan dat begrip een daarop gerichte betekenis toe te kennen. Dat laatste is in theorie mogelijk, maar van de in de literatuur stilzwijgend veronderstelde vanzelfsprekende of logisch onderbouwde ongeldigheid van de verbintenis is in elk geval geen sprake. Sterker, de in de vorige en deze paragraaf besproken, met name wetssystematische argumenten vóór de mogelijkheid van vroegtijdige nakoming hebben in mijn opvatting fors meer gewicht dan de nogal bescheiden contra-argumenten. Als we daarbij in aanmerking nemen dat er geen inhoudelijke argumenten zijn waarom het begrip *opgeschorte werking* betrekking zou moeten hebben op de geldigheid van de verbintenis, wordt de veronderstelde onmogelijkheid van vroegtijdige nakoming van de opschortende voorwaardelijke verbintenis moeilijk te plaatsen.

Indien we er daarentegen van uit zouden gaan dat opschortende voorwaardelijkheid géén betrekking heeft op de geldigheid of rechtskracht van de verbintenis en daarmee een vroegtijdig presteren ook niet in de weg zou staan, dan moet er wel een ander aspect zijn waarop die voorwaardelijkheid alsdan betrekking heeft.⁴¹² Dat is ook het geval. Het begrip *opschortende voorwaardelijke werking* kan naar mijn opvatting namelijk betrekking hebben op twee te onderscheiden maar samenhangende aspecten van de verbintenis: er zal *niet* gepresteerd worden vóórdát de voorwaarde is ingetreden óf er zal *wel* vroegtijdig gepresteerd worden, maar alsdan 'voorwaardelijk'. Het eerste aspect is uiteraard dat van de veronderstelde onmogelijkheid van vroegtijdige nakoming of – bij de door mij voorgestane mogelijkheid van een dergelijke nakoming – de opgeschorte opeisbaarheid respectievelijk het opgeschorte recht tot het mógen presteren. Het door mij aangenomen tweede aspect hangt samen met het eerste: als dan toch vroegtijdig gepresteerd wordt, dan dient die prestatie te geschieden 'onder' opschortende voorwaarde. Overeenkomstig hetgeen Meijers bij art. 6:25 BW stelde en hij ook met art. 3:84 lid 4 BW beoogde, moet de partijbedoeling bij een vroegtijdig presteren namelijk wel gericht zijn op het presteren 'onder diezelfde voorwaarde'. In het kader van een voorwaardelijke rechtsverhouding is dat een logische benadering in die zin, dat áls een partij vroegtijdig presteert de voorwaardelijkheid vanaf dat moment betrekking moet hebben op die prestatie. Zou dat niet het geval zijn, dan is niet langer sprake van een voorwaardelijke maar een onvoorwaardelijke rechtsverhouding. Zie ook hetgeen ik hiervoor schreef bij de bespreking van de artt. 6:24 en 25 BW. De voortbestaande voorwaardelijkheid moet immers érgens in tot uitdrukking komen.

412 Zo niet, dan zou een opschortende voorwaarde immers niet meer zijn dan een beëindigingswijze bij het verval van de voorwaarde en daarmee in feite een ontbindende voorwaarde.

Ik licht het vorenstaande toe aan de hand van het voorbeeld van een opschortend voorwaardelijke verbintenis die in het kader van een beoogde overdracht verplicht tot levering van een goed. Als de voorwaardelijkheid gericht is op het moment van presteren, dan zullen partijen wachten met de levering tot het eventuele moment van intreden van de voorwaarde. Wordt abusievelijk voordien gepresteerd, dan kan uit hoofde van art. 6:25 BW door overeenkomstige toepassing van de onverschuldigde betaling ongedaanmaking gevorderd worden.⁴¹³ Partijen kunnen de opschortend voorwaardelijke verbintenis echter ook bewust direct nakomen, in welk geval art. 6:25 BW vooralsnog geen toepassing vindt. Een op nakoming gerichte partijwil vormt derhalve de reden voor het buiten toepassing laten van art. 6:25 BW. De opschortend voorwaardelijke werking van de verbintenis komt vervolgens vanaf het moment van levering tot uiting in het feit dat voorwaardelijk is gepresteerd. Daarin is dan ook het reeds besproken vereiste gelegen dat een prestatie daadwerkelijk voorwaardelijk kan worden verricht. Is dat laatste niet mogelijk, dan kan evenmin vroegtijdig worden nagekomen zonder dat de opschortende voorwaardelijkheid bij de rechtsverhouding eindigt. De gevolgen van een overdracht – ik koos dit voorbeeld uiteraard niet toevallig – kunnen echter heel goed opschortend voorwaardelijk van aard zijn.⁴¹⁴

Voor erg veel andersoortige prestaties geldt het vorenstaande daarentegen niet. De scheiding ligt daar waar de prestatie bestaat uit het verrichten van een rechtshandeling of – ingeval men bijvoorbeeld een levering van een goed niet als rechtshandeling wil beschouwen – in elk geval een prestatie bestaande uit het tweeebrengen van een bepaald juridisch gevolg. Aan de rechtshandeling respectievelijk de bedoelde juridische gevolgen kan immers een opschortende voorwaarde worden verbonden. De gevolgen van het presteren treden dan ook in juridische zin nog niet in of, beter aansluitend op de redactie van

413 Let wel, in mijn optiek bestaat er bij een abusievelijk vroegtijdig verrichte levering van een goed u.h.v. art. 6:25 BW alsdan uitsluitend een persoonlijk recht tot ongedaanmaking. In goederenrechtelijk opzicht is gepresteerd u.h.v. een bestaande en geldige titel. Ook als we zouden aannemen dat deze slechts verplichte tot een overdracht 'onder opschortende voorwaarde' – en dus anders dan partijen meenden niet tot een onvoorwaardelijk overdracht – dan nog wordt door toepassing van art. 3:84 lid 4 BW het goed waarschijnlijk 'onder opschortende voorwaarde' verkregen. Dat laatste afhankelijk van de vraag of deze wetsbepaling ook in dat geval van rechtswege toepassing vindt. Een goederenrechtelijke ongedaanmaking door de effecten van de voorwaarde zelf zou pas plaatsvinden met het in de toekomst eventueel vervallen van de voorwaarde. Een vordering tot ongedaanmaking u.h.v. art. 6:25 BW kan in dat geval echter reeds voordien worden ingesteld.

In de opvatting dat een vroegtijdige nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis in het geheel niet mogelijk is, komen we bij de vorenstaande casus v.w.b. de goederenrechtelijke gevolgen helemaal niet toe aan art. 6:25 BW. T.g.v. het ontbreken van een titel vindt immers in het geheel geen overdracht plaats, ook niet met voorwaardelijke gevolgen.

414 Zie in dit verband Rb. Den Haag 9 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9390, waar de Rb. o.m. vaststelt dat de juridische situatie bij een overdracht onder opschortende voorwaarde onveranderd blijft en daarmee evenmin sprake kan zijn van de schending van een voorkeursrecht van een derde. Een m.i. zeer terechte conclusie.

het BW, de gevolgen van dit presteren zijn opgeschort. Daarin is dan ook het verschil gelegen met andersoortige, niet-juridische prestaties. Het feitelijke element van die prestaties staat iedere 'opgeschorte werking' in de weg. Er is gepresteerd met alle onvoorwaardelijke gevolgen van dien.⁴¹⁵ Daarmee is de mogelijke opschortende voorwaardelijkheid van de rechtsverhouding voor deze prestaties gereduceerd tot uitsluitend het eerste aspect van het niet-nakomen tot de voorwaarde is ingetreden. Wordt desondanks vroegtijdig nagekomen, dan vindt (bij een abusievelijk vroegtijdig presteren) art. 6:25 BW toepassing, dan wel hebben partijen de opschortende voorwaardelijkheid op grond van nadere wilsovereenstemming omgezet in een ontbindende of zelfs een onvoorwaardelijke rechtsverhouding. Deze onmogelijkheid van voorwaardelijke nakoming ten aanzien van vorenbedoelde prestaties heeft echter – ik noem het nogmaals ten overvloede – niets te maken met het vooralsnog ontbreken van geldigheid of rechtskracht van de opschortend voorwaardelijke verbintenis. Uitsluitend de onmogelijkheid om de betreffende prestaties daadwerkelijk onder voorwaarde te verrichten leidt tot de onmogelijkheid van een vroegtijdig nakomen. Van een algehele juridische onmogelijkheid is dan ook geen sprake.

Samengevat, indien partijen bewust wensen te presteren voor het moment van intreden van een opschortende voorwaarde bij een verbintenis, die prestatie alsdan daadwerkelijk voorwaardelijk kan worden verricht en partijen een voorwaardelijk presteren ook beogen, dan kan deze verbintenis reeds direct worden nagekomen.

3.2.4 Hoe is de onduidelijkheid rond de opgeschorte werking ontstaan?

In dit hoofdstuk zagen we reeds een aantal malen dat het begrip *opgeschorte werking* uit hoofde van een opschortende voorwaarde met de nodige onduidelijkheid en vragen is omgeven. Is het begrip bijvoorbeeld verklarend of beschrijvend van aard, heeft het betekenis ten aanzien van de gevolgen die ik samenvatte onder de term *Vorwirkung* en staat de opgeschorte werking een vroegtijdige verschuldigde nakoming al dan niet in de weg. Hoe heeft deze onduidelijke en in die zin opmerkelijke situatie ten aanzien van de betekenis van de opgeschorte werking in het NBW kunnen ontstaan?

Zoals ik in § 3.1.3.1 onder 'oud BW' heb beschreven, was onder het oude recht de kwestie van het al dan niet bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis vóór het intreden van de voorwaarde bron van discussie. Deze vraag werd door Meijers in het OM en daarmee voor het NBW beantwoord in die zin, dat in het systeem van het OM de opschortend voorwaardelijke verbin-

⁴¹⁵ Uitsluitend bij Olthof vond ik deze zelfde gedachte kort besproken (Olthof 1986, p. 43, nt. 14).

tenis direct en derhalve niet pas bij het intreden van de voorwaarde ontstaat. Voor Meijers was dit derhalve een keuze in een onder het OBW lopende discussie. Wáárom Meijers echter voor deze systematiek van het directe bestaan heeft gekozen, komt niet duidelijk naar voren.⁴¹⁶ Dat Meijers bij dit uitgangspunt van het directe bestaan van de verbintenis de gevolgen van opschortende voorwaardelijkheid plaatste in het licht van de opgeschorte werking, is daarentegen wel begrijpelijk. Als immers de verbintenis niet in haar ontstaan afhankelijk is van het intreden van de voorwaarde, dan moeten de verdere gevolgen van die voorwaardelijkheid langs andere weg tot uiting komen.

Meijers lijkt na deze eerste stap – wel een direct bestaande verbintenis maar met opgeschorte werking – echter verzuimd te hebben om ook een in ieder opzicht duidelijke keuze te maken voor het vervolg: wat zijn de consequenties van het feit dat de verbintenis bestaat maar met opgeschorte werking? Wellicht dat deze consequenties Meijers helder voor ogen stonden, maar op grond van de TM kunnen we anders menen. Meijers blijkt namelijk zelf een niet altijd even vaste koers te hebben gevolgd. Bijvoorbeeld wordt door hem in verband met een (opschortend voorwaardelijk) vorderingsrecht terecht gesproken van een ‘onzekeer recht’. Het bestaan van dit recht – derhalve ook voordat de opschortende voorwaarde is ingetreden – wordt door Meijers zonder meer erkend.⁴¹⁷ Tegelijkertijd vinden we in de TM bij art. 3:296 BW echter: ‘Kan men van hem, die onder tijdsbepaling gerechtigd is, nog wel zeggen, dat hij reeds vóór de vervalldag een subjectief recht heeft, onzekerder is dit bij de opschortende voorwaarde’.⁴¹⁸ Dus toch twijfel ten aanzien van het direct bestaan van het vorderingsrecht?

416 Out stelt dat Meijers’ keuze voor dit directe bestaan (met opgeschorte werking) bestond uit een ‘compensatie’ voor de afschaffing van de terugwerkende kracht (Out 2003, p. 77). Door het directe bestaan van de verbintenis zouden de ‘voorlopige werkingen’ – ondanks de opgeschorte werking – kunnen worden verklaard. Dit standpunt van Out betwijfel ik echter. In de PG kan ik daarvoor i.e.g. geen aanknopingspunten vinden en in de ‘Algemene begrippen’ lijkt Meijers zelfs anders te suggeren door de terugwerkende kracht ook onder het OBW geen functie te geven v.w.b. deze ‘voorlopige werkingen’ gedurende de periode van onzekerheid (Meijers 1948, p. 91). Bovendien werd onder het OBW de terugwerkende kracht slechts incidenteel genoemd als verklaringsgrond voor die voorwaardelijke werkingen (zie § 3.2.2). Vrijwel alle auteurs onder het OBW zochten deze verklaringsgrond – terecht – juist op andere terreinen. Tot slot was het als gezegd onder het OBW omstreden of de opschortend voorwaardelijke verbintenis direct bestond (waar Meijers zelf in elk geval v.w.b. het recht van de crediteur wel van uitging, zie Meijers 1948, p. 91), terwijl de terugwerkende kracht slechts zeer incidenteel (zie § 2.6.2.2) en in ieder geval niet door Meijers werd weersproken. Het door Out gestelde verband tussen de terugwerkende kracht en het nog niet bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis waaruit de ‘voorlopige werkingen’ zouden worden afgeleid, werd derhalve slechts zelden zo gezien. Het lijkt mij dan ook zeer de vraag of zonder nadere aanwijzingen aangenomen mag worden dat Meijers i.v.m. deze ‘voorlopige werkingen’ wel van een dergelijk verband uitging. Zie Jansen voor dezelfde discussie in het huidige Belgisch recht, dat nog steeds een systeem van terugwerkende kracht van voorwaarden kent (Jansen 2009, p. 347, 380 e.v.).

417 Zie PG Boek 6, TM, p. 146. Zie verder § 6.2.5.

418 PG Boek 3, TM, p. 895. Zie in gelijke zin ook: Meijers 1948, p. 91.

Deze mogelijke frictie zien we in de TM op meer plaatsen. Zo lezen we dat een opschortend voorwaardelijke rechtshandeling pas met het in vervulling gaan van de voorwaarde 'haar volledige gevolg' verkrijgt; voordien zijn slechts conservatoire maatregelen mogelijk.⁴¹⁹ Daar gaat de suggestie van uit dat ook bij verbintenissen vooralsnog opeisbaarheid zou ontbreken en waarschijnlijk ook de mogelijkheid van vroegtijdige nakoming. Tegelijkertijd laat de TM bij art. 3:84 lid 4 BW er ter zake de levering van een goed ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis⁴²⁰ geen twijfel over bestaan, dat een opschortend voorwaardelijke verbintenis wel degelijk kan worden nagekomen door middel van een levering onder voorwaarde.⁴²¹ Een zelfde conclusie kunnen we ook buiten het verband van de overdracht afleiden uit de TM bij art. 6:25 BW.⁴²²

We zien derhalve dat Meijers in het OM weliswaar koos voor een systeem van het direct bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis met opgeschorte werking, maar de TM bij de verdere uitwerking van dat systeem niet altijd even eenduidig blijkt te zijn. Ten opzichte van het OBW verschoof daarmee uitsluitend de discussie van de vraag óf de verbintenis direct ontstond, naar de vraag wát onder deze opgeschorte werking is te verstaan. Daarin zie ik dan ook de basis voor de thans nog steeds voortdurende twistpunten aangaande de opgeschorte werking, zoals bij de vraag naar de (on)mogelijkheid van nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis. Daarbij heb ik de indruk, maar met de nodige slagen om de arm, dat ook de moderne literatuur zich nog niet altijd heeft los gemaakt van de denkrichtingen onder het OBW. Deze laatste waren gericht op het vinden van verklaringen voor bijvoorbeeld de *voorlopige werkingen* vóór het intreden van een opschortende voorwaarde in een situatie, waarin de verbintenis tot het intreden van die voorwaarde niet 'daadwerkelijk' bestond.⁴²³ Het onder het NBW zonder twijfel bestaan van de gehele rechtsverhouding ondanks de opschortende voorwaardelijkheid vraagt echter om volledig gewijzigde uitgangspunten in het denken.

3.2.5 Nogmaals de opschortend voorwaardelijke werking

In deze § 3.2 heb ik twee kernonderwerpen besproken die voortvloeien uit of samenhangen met de opschortend voorwaardelijke werking. De eerste daarvan was de *Vorwirkung*: de gevolgen die uit hoofde van de opschortende

419 PG Boek 3, TM, p. 185.

420 Ik wees er reeds eerder op dat de TM in afwijking van de tekst van het Ontwerp spreekt van een voorwaardelijke 'overeenkomst' (PG Boek 3, TM, p. 318). Er bestaat bij mij eigenlijk geen twijfel dat Meijers overeenkomstig het Ontwerp een voorwaardelijke 'verbintenis' bedoelde.

421 PG Boek 3, TM, p. 318.

422 Zie § 3.2.3.1.

423 Zie § 3.2.2.

voorwaardelijkheid van de rechtsverhouding bij onbeperkte toepassing van de opgeschorte werking pas effect zouden moeten krijgen met het in vervulling gaan van de voorwaarde maar desondanks direct 'werking' hebben. De *Vorwirkung* blijkt daarom zo interessant te zijn, omdat deze ons confronteert met de wezenlijke verschillen in systemen tussen het Nederlands geldend recht, het OBW alsmede het Duitse en Zwitserse recht. Waar het Nederlands geldend recht uitgaat van een systeem waarbij alle aspecten van de rechtsverhouding direct bestaan en het Zwitserse recht tenminste van het directe bestaan van de rechtsbetrekking in ruime zin als gelegen in de overeenkomst, vormen het OBW en het Duitse recht daarvan de tegenpool. Beide laatste gaan uit van het pas ontstaan van de verbintenis en de rechten en plichten waaruit deze bestaat met het intreden van de opschortende voorwaarde.⁴²⁴ Deze diametrale tegenstelling tussen het wel en niet bestaan van (delen van) de rechtsverhouding heeft gevolgen – of zou die tenminste moeten hebben – voor de verklaring van de *Vorwirkung*. Terwijl bij het bestaan van de rechtsverhouding er een grondslag is voor de gevolgen die we onder de *Vorwirkung* willen plaatsen, is dat zeer veel lastiger bij het ontbreken van een dergelijke grondslag.⁴²⁵ Het feit dat het OBW en het Duitse recht ook nog eens een begrip van de verbintenis hanteren waar de rechtsbetrekking tussen partijen deel van uitmaakt, maakt het vinden van een direct bestaande grondslag voor die *Vorwirkung* buiten de wet ontzettend moeilijk.

Het directe bestaan van de opschortende voorwaardelijke rechtsverhouding en daarmee de bedoelde grondslag heeft nog een tweede consequentie. De vraag voor het Nederlandse recht is daarmee namelijk niet zozeer hoe de *Vorwirkung* wordt verklaard, maar eigenlijk hoe de opschorting van de *overige* gevolgen moet worden verklaard. Waarom zijn deze gevolgen bij een wel degelijk direct bestaande rechtsverhouding opgeschort? De vanzelfsprekendheid waarmee deze opschorting in de literatuur nogal eens het uitgangspunt vormt, is uitsluitend begrijpelijk in een systeem waarin de rechtsverhouding en daarmee de grondslag voor de *Vorwirkung* vooralsnog ontbreekt. De 'opgeschorte werking' is in dat geval zonder meer een verklarend begrip. In de systematiek van het Nederlands geldend recht van het bestaan van de rechtsverhouding – waaronder derhalve mede begrepen de verbintenis – ontbreekt daarentegen deze vanzelfsprekendheid. Wáárom heeft een opschortende voorwaarde dit effect van opschorting in een systeem van het directe bestaan van de rechtsverhouding?

424 V.w.b. de verbintenis vormt dit althans waarschijnlijk het Duitse recht en v.w.b. het OBW was het juist de *Vorwirkung* die twijfels deed rijzen aan het uitgangspunt van dit uitgestelde ontstaan.

425 Waarbij ik nogmaals opmerk dat de Duitse literatuur met een zekere luchthartigheid over deze problematiek heen lijkt te stappen. Materieel is daar weinig mis mee – de *Vorwirkung* als zodanig blijft onbetwist, al was het maar door de wettelijke grondslag in het BGB voor veel van die gevolgen – maar vanuit theoretisch oogpunt blijft dit merkwaardig.

Een deel van de moderne literatuur ziet de verklaring in de opgeschorte werking zelf: de verbintenis is opgeschort en derhalve []. De 'opgeschorte werking' wordt zodoende eveneens benaderd als een verklarend begrip. Bij de bespreking van het tweede kernonderwerp – de al dan niet bestaande mogelijkheid van een verschuldigd presteren – kwam ik tot de conclusie, dat deze benadering onder het NBW niet sterk is. Integendeel. De door een deel van de literatuur uit hoofde van de opgeschorte werking veronderstelde inherente onmogelijkheid van vroegtijdige nakoming van de opschortende voorwaardelijke verbintenis – hét voorbeeld van de opgeschorte werking – blijkt op basis van systematische argumenten namelijk zeer matige papieren te hebben. Zowel de wetssystematiek van het NBW als de daaraan ten grondslag liggende opvattingen van Meijers wijzen sterk in de richting van het wél verschuldigd maar alsdan onder voorwaarde kunnen nakomen, ondanks de opgeschorte werking. Daarnaast biedt ook het in de literatuur aangenomen kenmerkende element van voorwaarden, het vereiste van objectieve onzekerheid, geen houvast voor de opvatting van de onmogelijkheid van vroegtijdige nakoming.

Op basis van mijn afwijzing van de veronderstelde onmogelijkheid van vroegtijdige nakoming kwam ik tot de conclusie, dat de opgeschorte werking niet leidt tot aan deze werking steeds inherente gevolgen. Althans, partijen hebben binnen de grenzen van het in stand laten van de opschortende voorwaardelijkheid wel degelijk ruimte om de gevolgen van de opgeschorte werking zelf vorm te geven. Een bewust en derhalve op de partijwil gebaseerde vroegtijdige nakoming is in dat verband bijvoorbeeld gewoon mogelijk, zo verdedigde ik. Andersom kan deze zelfde partijwil er met toepassing van art. 6:25 BW ook aan in de weg staan dat vroegtijdig verschuldigd wordt nagekomen. Het is derhalve de partijwil die invulling geeft aan de gevolgen van de opgeschorte werking.

De opgeschorte werking is mijns inziens dan ook geen verklarend maar eerder een beschrijvend begrip. Partijen geven op basis van de (overeenstemmende) partijwil immers zélf invulling aan dit begrip, zodat uit hoofde van dit begrip sec de gevolgen van opschortende voorwaardelijkheid niet bij voorbaat vast staan. Niettemin zijn er wel degelijk grenzen aan deze op de partijwil gebaseerde invulling van de opgeschorte werking. Bij een invulling waarbij de voorwaardelijkheid in juridische of feitelijke zin niet wordt voortgezet, bijvoorbeeld een onvoorwaardelijke overdracht van een goed of een prestatie die uitsluitend feitelijk van aard is, is uiteraard geen sprake van enige opschortende voorwaardelijkheid.

3.3 NADERE BESTUDERING VAN DE ONTBINDEND VOORWAARDELIJKE WERKING

3.3.1 Inleiding

Overeenkomstig hetgeen ik bij de inleiding van de vorige paragraaf aangaande de voorwaardelijke werking bij opschortende voorwaarden schreef, is de eigenlijke vraag in de voorliggende paragraaf aangaande de ontbindend voorwaardelijke werking óf deze laatste een verklarend of een beschrijvend begrip vormt. Anders dan bij de opschortende voorwaarden komt dit vraagstuk bij ontbindende voorwaardelijkheid iets minder uit de verf. Dat is een gevolg daarvan, dat in de literatuur aan de opgeschorte werking van opschortende voorwaarden vaak hele duidelijke consequenties worden verbonden, maar dit verband bij de werking van ontbindende voorwaarden veel minder expliciet uit de literatuur volgt. Zo wordt de onderstaand besproken vraag naar de grondslag voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen in de literatuur slechts in beperkte mate besproken en de vraag naar de eigenlijke verklaring voor de beëindiging van de rechtsverhouding bij het intreden van de ontbindende voorwaarde nauwelijks of niet. Omdat de grondslag en verklaring van de inhoud van de voorwaardelijke werking bij zowel opschortende als ontbindende voorwaarden in de door mij verdedigde opvatting echter dezelfde bron hebben – de partijwil – zal ik de vraag naar de kwalificatie van de ontbindend voorwaardelijke werking als verklarend of beschrijvend desondanks bespreken.

3.3.2 De verklaring voor de ongedaanmaking en de functie van art. 6:24 BW

3.3.2.1 *De verklaringen in de verschillende stelsels*

Inleiding

Een ontbindend voorwaardelijke verbintenis onderscheidt zich in vele opzichten niet van een onvoorwaardelijke verbintenis. In de literatuur blijkt dit het duidelijkst op het punt van de nakoming: het leidt geen enkele twijfel dat een ontbindend voorwaardelijke verbintenis kan en vaak ook moet worden nagekomen voordat zeker is of de ontbindende voorwaarde komt te vervallen. Voor zover partijen niet beogen dat de rechtsverhouding bij deze nakoming onvoorwaardelijk wordt, bestaat daarmee het inherente risico dat nádat gepresteerd is alsnog de ontbindende voorwaarde in vervulling gaat. Bij een dergelijk presteren 'onder' ontbindende voorwaarde zal alsdan hetgeen gepresteerd is op een of andere wijze weer teruggedraaid moeten worden. Daarvoor kent het Nederlands geldend recht twee systemen. Bij een presteren door middel van een beschikken over een goed kan sprake zijn geweest van een voorwaarde met goederenrechtelijk effect waardoor dit eerdere beschikken van rechtswege weer ongedaan wordt gemaakt per het moment van intreden van de voorwaar-

de. Daarnaast kunnen alle prestaties, voor zover althans feitelijk mogelijk, door middel van persoonlijke ongedaanmakingsverplichtingen weer ongedaan gemaakt worden.

De goederenrechtelijke systematiek bespreek ik in hoofdstuk 11. In deze paragraaf ga ik in het kader van de voorwaardelijke werking nader in op de persoonlijke ongedaanmakingsverplichtingen. Daarbij is met name de vraag wat de verklaring moet zijn voor het ontstaan van dergelijke ongedaanmakingsverplichtingen. Dat is op de eerste plaats wederom een sterk theoretische vraag. Het kunnen ontstaan van dergelijke verplichtingen is immers onbetwist, al was het maar dat art. 6:24 BW daarover geen onduidelijkheid laat bestaan. Echter, een aantal daarmee samenhangende vragen heeft wel degelijk materiële betekenis. Kwalificeert bijvoorbeeld de vordering tot ongedaanmaking vóórdat de ontbindende voorwaarde is ingetreden als direct bestaand onder voorwaarde dan wel als toekomstig? En hoe verhoudt deze vordering zich qua rangorde ten opzichte van vorderingen van derden jegens de bezwaarde?⁴²⁶ Ook is de grondslag van de vordering tot ongedaanmaking – als gelegen in een rechtshandeling dan wel in de wet – waarschijnlijk van belang voor de aansprakelijkheid van art. 2:403 lid 1 sub f BW.⁴²⁷ Het antwoord op onder meer deze vragen laat zich slechts formuleren als we weten wat de verklaringsgrond is voor het ontstaan van deze ongedaanmakingsverplichtingen.

Geldend recht, oud BW

Zoals ik hiervoor bij de inleiding reeds heb aangegeven, kan een ontbindend voorwaardelijke verbintenis zonder twijfel reeds gedurende de periode van onzekerheid worden nagekomen.⁴²⁸ De ontbindend voorwaardelijke verbintenis vormt immers onbetwist een afdoende rechtsgrond voor een verschuldigde nakoming. Ten gevolge van deze nakoming gaat de betreffende verbintenis overeenkomstig de nakoming van een onvoorwaardelijke verbintenis teniet.⁴²⁹ Het behoeft weinig betoog dat een beëindigde en daarmee niet langer bestaande verbintenis niet de grondslag kan vormen voor verdere verplichtingen, zoals de verplichting tot ongedaanmaking ingeval van het latere intreden van

426 Zie § 6.2.2.3 v.w.b. deze vraag specifiek bij botsende leveringsverplichtingen m.b.t. hetzelfde goed.

427 De eventuele aansprakelijkheid van (veelal) een moedervennootschap voor schulden van een dochtervennootschap voor zover deze schulden voortvloeien uit een rechtshandeling van die dochter (en derhalve niet voor zover deze schulden voortvloeien uit de wet).

428 Zie – ten overvloede – ook in deze zin: HR 9 september 2005, NJ 2005, 468. Tevens o.a.: Hijma & Olthof 2014, p. 210; De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 54; Boonekamp 2006, p. 15; Brunner & De Jong 2004, p. 53, 54; Scheltema 2003, p. 367; Pitlo/Cahen 2002, p. 36.

429 In gelijke zin: Scheltema 2003, p. 322, 360 nt. 22; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 180. Deels ontkennend echter Zwitser, die in het verband van een presteren voor het intreden van de ontbindende voorwaarde verdedigt dat de verbintenis een 'geldig stuk' blijft houden (Zwitser 1990, p. 38). Hij constateert in dat verband dat sprake is van een moeilijk stuk dogmatiek; ik zou menen van een stuk onjuiste dogmatiek.

een ontbindende voorwaarde.⁴³⁰ In een systeem met terugwerkende kracht zou deze (reeds door de nakoming beëindigde) verbintenis daarentegen in zekere zin nog wel betekenis hebben gehad; ten gevolge van de terugwerkende kracht zou immers de verbintenis uit hoofde waarvan is gepresteerd komen te vervallen tot vóór het moment van presteren. Daarmee zou derhalve – achteraf beschouwd – onverschuldigd zijn gepresteerd en kan de ongedaanmaking van de eerdere prestatie verlopen via de figuur van de onverschuldigde betaling.

Blijkens het ontbreken van terugwerkende kracht in het NBW is dit zeker niet de systematiek voor ongedaanmaking in het geldend recht.⁴³¹ Het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen ten gevolge van het intreden van een ontbindende voorwaarde is – ‘tenzij uit de inhoud of strekking van de rechtshandeling anders voortvloeit’ (art. 6:24 lid 1 BW) – uiteraard onbestreden.⁴³² Daarmee doet zich de vraag voor wat de grondslag voor deze verplichting tot ongedaanmaking na het intreden van een ontbindende voorwaarde is. Het merendeel van de door mij geraadpleegde auteurs constateert in dat verband slechts dát er in beginsel een verplichting tot ongedaanmaking bestaat, maar bespreekt de grondslag daarvoor niet. De auteurs die hierover wel een standpunt innemen, beschouwen (of lijken dat tenminste te doen) de verplichting tot ongedaanmaking als een verbintenis uit de wet.⁴³³ Art. 6:24

430 Een zelfde opvatting wordt veelal in de Belgische rechtsliteratuur verdedigd. Het intreden van een ontbindende voorwaarde laat de gehele daarvan afhankelijke – let wel – overeenkomst tenietgaan, waardoor een mogelijke contractuele grondslag voor ongedaanmakingsverplichtingen ontbreekt (zie verder De Coninck 2007, p. 280. De Coninck verdedigt overigens zelf voor het Belgisch recht, dat de grondslag voor ongedaanmakingsverplichtingen juist wel van contractuele aard is).

431 In deze zin ook: Reehuis 2010, p. 89; Schrage 2009, p. 48; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 139 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132); Scheltema 2003, p. 360 nt. 22; Scheltema 1997, p. 63, 243; (waarschijnlijk) Den Tonkelaar 1994, p. 88 (en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 101); Kleijn e.a. 1992, p. 163; Zwitser 1990, p. 37; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 403.

Zie ook de PG, waarin we (v.w.b. de TM merendeels enigszins indirect, maar in de PG Boek 6, p. 805 en 806 expliciet) dezelfde gedachte vinden: PG Boek 3, MvA II, p. 188; PG Boek 6, MvA II, p. 145, 151; PG Boek 6, TM, p. 150, nt. 1 en p. 805, 806. Zie tevens A-G Wattel in zijn conclusie bij HR 5 december 2008, RN 2009, 13 ter zake art. 19 lid 1 a WBR. Zónder die specifieke wetsbepaling zou reeds voldane overdrachtsbelasting ingeval van het intreden van een ontbindende voorwaarde – bij gebrek aan terugwerkende kracht daarvan en onverminderd de goederenrechtelijke werking van die voorwaarde – niet terug te vorderen zijn.

432 Verstappen wijst ter zake de verplichting tot ongedaanmaking bij het intreden van een ontbindende voorwaarde op art. 6:271 BW (Verstappen 1993, p. 161). Ik kan mij echter niet anders voorstellen, dan dat sprake is van een vergissing. Zie ook: Verstappen in: Van Mourik e.a. 2011, p. 269, waar Verstappen tevens art. 6:24 BW noemt.

433 Hijma & Olthof 2014, p. 210, 215; (vermoedelijk) Zwitser 2013, p. 250 (en eerder: Zwitser 1990, p. 37); Haentjens & Meijer 2011, p. 65; (vermoedelijk) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 140; Scheltema 2003, p. 360 nt. 22; (vermoedelijk) Kleijn e.a. 1992, p. 163; Den Tonkelaar 1994, p. 87, 90 (en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 100).

lid 1 BW vervult bij deze opvatting derhalve de functie van het creëren van de bedoelde wettelijke grondslag en zou daarmee niet van uitsluitend constaterende aard zijn. Gezien het feit dat het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen onbetwist van regelend recht is,⁴³⁴ bepalen bij die opvatting partijen óf een verbintenis uit hoofde van de wet zal ontstaan. Een systematiek die we mogelijk ook in het Duitse en Zwitserse recht aantreffen, maar die mijns inziens toch als enigszins merkwaardig is te beschouwen.⁴³⁵

Op grond van de TM is het niettemin in hoge mate waarschijnlijk dat ook Meijers met art. 6:24 BW deze functie van wettelijke grondslag beoogde.⁴³⁶ De TM noemt daarbij overigens wel, dat ook in buitenlandse stelsels zonder terugwerkende kracht en zonder een met deze wetsbepaling corresponderende bepaling niettemin een 'terugvorderingsrecht' wordt aangenomen.⁴³⁷ Meijers lijkt aan die vaststelling echter geen verdere consequenties te hebben verbonden. In § 3.3.2.3 zal ik bespreken, waarom ik aanzienlijke twijfels heb bij deze opvatting van (het vereiste van) een wettelijke grondslag ter zake het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen.

Ook onder het OBW was het onbetwist dat een ontbindend voorwaardelijke verbintenis kon worden nagekomen.⁴³⁸ Deze verbintenis had immers volledige werking tot het eventuele moment van intreden van de voorwaarde. Een en ander volgde ook rechtstreeks uit art. 1301 OBW: 'Deze [ontbindende, HS] voorwaarde schort de nakoming der verbindtenis niet op'. Overeenkomstig het thans geldend recht kon derhalve de situatie ontstaan dat nádat gepresteerd was, alsnog de voorwaarde intrad. Anders dan voor het hiervoor besproken geldend recht wordt aangenomen, volgde het ontstaan van de verplichting tot ongedaanmaking uit de systematiek van het OBW. Uitgangspunt vormde

434 Zie daarover ook § 9.2.3.

435 De vergelijking met de eveneens bestaande mogelijkheid van partijen om ontbinding wegens een tekortschieten uit te sluiten, gaat niet op. Partijen bij een rechtsverhouding zullen slechts zelden rekening hebben gehouden met die mogelijkheid van ontbinding. De partijwil is derhalve ook slechts incidenteel gericht geweest op het mogelijk ontstaan van de daaruit voortvloeiende ongedaanmakingsverplichtingen en daarmee is een wettelijke grondslag gewenst. Dat is een geheel andere situatie dan waarbij partijen presteren in het besef dat ná dat presteren alsnog de ontbindende voorwaarde kan intreden.

436 De TM bespreekt uitgebreid de relatie tussen de zakelijke acties van een eigenaar ná het intreden van een ontbindende voorwaarde en diens persoonlijke vorderingen aangaande hetzelfde goed. De door Meijers beoogde functie van art. 6:24 lid 1 BW (althans het redactioneel nogal afwijkende art. 6.1.5.4 OM) kunnen we echter slechts uit één zin in de TM afleiden: 'Daarom kent het artikel aan de schuldeiser een persoonlijk terugvorderingsrecht toe' (PG Boek 6, TM, p. 150). In de opvolgende zin vinden we dit nog in indirecte zin bevestigd: 'Ook het persoonlijke terugvorderingsrecht *van* [cursivering HS] het onderhavige artikel []'. Zie ook de MvA waarin aan art. 6:24 BW eveneens deze betekenis wordt toegedicht.

437 PG Boek 6, TM, p. 150, nt. 1.

438 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 126, 145; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 401; Pitlo 1964, p. 83; Van Brakel 1935a, p. 15; Asser/Van Goudoever 1913, p. 61; Diephuis 1886, p. 269; Everts 1883, p. 95.

immers de terugwerkende kracht van de voorwaarde, ten gevolge waarvan de (reeds door de nakoming tenietgegane) verbintenis verviel tot vóór het moment van presteren.⁴³⁹ De 'nakoming' was daarmee onverschuldigd geschied en de ongedaanmaking verliep systematisch logisch door middel van de figuur van de onverschuldigde betaling.⁴⁴⁰

Bij deze grondslag van de onverschuldigde betaling voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen onder het OBW kunnen we ten opzichte van het geldend recht twee zaken constateren. Ten eerste kende het OBW met de terugwerkende kracht een systematiek die voor wat betreft de grondslag voor ongedaanmaking door middel van goederenrechtelijke werking van voorwaarden en door middel van persoonlijke ongedaanmakingsverplichtingen vermoedelijk gelijk was.⁴⁴¹ Onder het NBW is deze overeenstemming zeer waarschijnlijk komen te vervallen.⁴⁴² Daarnaast is het opvallend dat – terwijl met de introductie van het NBW een levendige discussie op gang kwam over de verklaring van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden – het muisstil bleef ten aanzien van de gewijzigde grondslag voor het ontstaan van persoonlijke ongedaanmakingsverplichtingen.⁴⁴³ Ik kan dat niet anders verklaren dan dat de literatuur er vrede mee had, dat het ontstaan van dergelijke verplichtingen tot ongedaanmaking voortaan geen duidelijke systematische verklaring meer kende. Enigszins merkwaardig blijft dit gebrek aan aandacht mijns inziens wel.

439 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 146; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 401; Hamaker 1970, p. 60; Pitlo 1964, p. 83; Suijling 1934, p. 427; Van Oven 1918, p. 147, 158; Diephuis 1886, p. 269; Everts 1883, p. 149 e.v. Zie ook: HR 6 februari 1936, NJ 1936, 524 (de Hoge Raad gaat in dit arrest uit van het alsnog 'vervallen' van de reeds nagekomen verbintenis, hetgeen uitsluitend te verklaren is met inachtneming van de terugwerkende kracht). Zie tevens de door Houwing in zijn noot bij HR 16 november 1949, NJ 1950, 73 genoemde koppeling tussen terugwerkende kracht en ongedaanmaking.

440 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 401; Hamaker 1970, p. 59, 60; Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 28. Overigens vindt men deze gevolgtrekking in de literatuur onder het OBW slechts relatief zelden uitdrukkelijk verwoord. Ik twijfel er echter niet aan dat e.e.a. in de opvatting van veel auteurs wel de systematiek van het OBW was. In dat verband wijs ik nog wel op de opvatting van Meijers, in elk geval v.w.b. het OM. Meijers beschouwde het uitsluitend ontstaan van obligatoire verplichtingen om de wederpartij in een positie te brengen alsof er geen verbintenis was geweest niet als een vorm van terugwerkende kracht (PG Boek 3, TM, p. 186 en verder § 2.6.2.1 onder 'nadere uitwerking'). Of hij daarmee ook de grondslag van de onverschuldigde betaling voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen onder het OBW ontkende, is mij niet duidelijk geworden.

441 'Vermoedelijk' omdat – anders dan thans veelal in de literatuur wordt aangenomen – er onder het OBW wel degelijk discussie bestond of de terugwerkende kracht al dan niet de verklaring vormde voor de goederenrechtelijke werking. Zie § 11.2.4.

442 Althans, de mogelijke verklaringen voor de goederenrechtelijke werking zijn voor het geldend recht sterk omstreden en v.w.b. het ontstaan van obligatoire ongedaanmakingsverplichtingen heb ik geen verklaringen gevonden die overeenkomen met die van de goederenrechtelijke werking.

443 Al constateert Hamaker wel dát er met het NBW een wijziging in systematiek zou plaatsvinden (Hamaker 1970, p. 60).

Uit het vorenstaande volgt dat de grondslag voor ongedaanmaking onder het OBW was gelegen in het dankzij de terugwerkende kracht van toepassing worden van de onverschuldigde betaling. Daarbij moeten we bedenken dat terugwerkende kracht weliswaar het wettelijke uitgangspunt vormde, maar van regelend recht was.⁴⁴⁴ Partijen hadden derhalve de keuze om door middel van wilsovereenstemming de terugwerkende kracht terzijde te stellen. Daaruit volgde alsdan dat bij het intreden van de voorwaarde geen ongedaanmakingsverplichtingen zouden ontstaan.⁴⁴⁵

Duits recht

De ontbindend voorwaardelijke verbintenis kan tot het intreden van de voorwaarde uiteraard ook naar Duits recht worden nagekomen.⁴⁴⁶ Dat mét het intreden van de voorwaarde nadat gepresteerd is in beginsel ongedaanmakingsverplichtingen kunnen ontstaan, is eveneens onbetwist. De grondslag voor het ontstaan van dergelijke verplichtingen is daarentegen omstreden. De achterliggende reden voor deze in de literatuur gevoerde discussie bestaat daaruit, dat uit het BGB geen eenduidige systematiek volgt waarlangs deze grondslag kan worden gevonden. Zo heeft het intreden van een voorwaarde met § 158 BGB als wettelijk uitgangspunt geen terugwerkende kracht. Ook ontbreekt voor de situatie van het intreden van een ontbindende voorwaarde een wettelijke grondslag voor het ontstaan van dergelijke verplichtingen, zoals deze in de Nederlandse literatuur veelal in art. 6:24 BW wordt gezien. Naar Duitse heersende leer vindt een ongedaanmaking na het intreden van een ontbindende voorwaarde in elk geval niet plaats langs de weg van de normale ontbinding (de *Rücktritt*, § 346 e.v. BGB),⁴⁴⁷ ook niet door middel van analoge toepassing van deze wetsbepalingen.⁴⁴⁸ Van deze figuur van de ontbinding is door Wolf geconstateerd dat deze in haar werking weliswaar lijkt op het intreden van een ontbindende voorwaarde, maar in het verband van intreding en rechtsgevolgen principieel verschilt.⁴⁴⁹

Met betrekking tot de wel mogelijke grondslagen voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde vinden we twee denkrichtingen. Op de eerste plaats neemt een deel van de literatuur en oudere rechtspraak aan dat de verplichting tot en vaststelling van de omvang van de ongedaanmaking verloopt via de ongerechtvaardig-

444 Zie § 2.6.2.5.

445 Zie § 9.2.3.

446 PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Schellhammer 2014, p. 1065; Johanssen e.a. 1982, § 158, rn. 7 (paginacijfers ontbreken).

447 Staudinger/Bork 2010, p. 341; Wolf 1999, p. 504 en 514.

448 Wolf 1999, p. 514.

449 Wolf 1999, p. 514.

de verrijking van § 812 BGB.⁴⁵⁰ Deze wetsbepaling stelt onder meer: 'Diese Verpflichtung [zur Herausgabe, HS] besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt []'.⁴⁵¹ Een deel van de betreffende auteurs stelt als vereiste voor deze toepasselijkheid van § 812 BGB, dat partijen terugwerkende kracht overeen zijn gekomen.⁴⁵² § 159 BGB staat een dergelijke, van het wettelijke uitgangspunt van het ontbreken van terugwerkende kracht afwijkende partijwil op zich ook toe, althans voor wat betreft de obligatoire gevolgen.⁴⁵³ Waarom de terugwerkende kracht tot dit resultaat zou leiden, blijft in de door mij bestudeerde literatuur echter onduidelijk. De vraag is namelijk of een slechts 'obligatoire terugwerkende kracht' daadwerkelijk de rechtsgrond zou aantasten, dan wel slechts de vaststellingswijze vormt voor de omvang van ongedaanmakingsverplichtingen.⁴⁵⁴ Deze laatstbedoelde vaststellingswijze is in ieder geval de toepassing van de obligatoire terugwerkende kracht zoals deze in de Duitse literatuur (ook) ter sprake komt, bijvoorbeeld ten aanzien van vergoeding door de bezwaarde van het tussentijds verkregen genot van een zaak. Dat is een geheel andere toepassing dan het vormen van de *grondslag* voor überhaupt enige ongedaanmaking. Om ongedaanmaking via een daadwerkelijk ontbreken van de aanvankelijke rechtsgrond te bewerkstelligen is immers vereist, dat de rechtsgrond voor het presteren in – let wel – het verleden wordt aangetast. Voor zover een daadwerkelijk verval van de rechtsgrond tot vóór het moment van het eerdere presteren is beoogd, is echter geen obligatoire maar een goederenrechtelijke toepassing van de terugwerkende kracht vereist.⁴⁵⁵ Indien daarentegen aantasting van de rechtsgrond op een later moment dan het presteren (overeenkomstig de redactie van § 812 BGB) kan leiden tot toepassing van de ongerechtvaardigde verrijking, blijft nog steeds de vraag wat de functie zou moeten zijn van het door voormelde auteurs gestelde vereiste van het overeenkomen van terugwerkende kracht. Als gezegd blijft deze kwestie bij voormelde auteurs onduidelijk.

De tweede opvatting in de Duitse literatuur bestaat daaruit dat tussen partijen – contractuele – ongedaanmakingsverplichtingen kunnen ontstaan

450 Erman/Armbrüster 2014, p. 460 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 475); PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Schellhammer 2014, p. 1065; MüKo/Westermann 2012, p. 1717; Staudinger/Bork 2010, p. 336 (m.b.t. een beschikking waarbij uitsluitend de onderliggende verbintenis, maar niet de beschikking zelf ontbindend voorwaardelijk was. Zie in dezelfde zin: Bork 2011, p. 500) en p. 341; Wolf 1999, p. 504 en 514. Ook: BGH 30 april 1959, MDR 1959, 658. Medicus stelt dat toepasselijkheid van § 812 BGB als 'wel nog' heersende leer kan worden beschouwd, maar wijst die visie zelf af (Medicus 2010, p. 344).

451 § 814 BGB dat toepasselijkheid van § 812 BGB o.m. uitsluit indien door de schuldenaar gepresteerd werd, terwijl deze wist dat de prestatie niet verschuldigd was (zoals bij een opschortende voorwaarde), vindt hier uiteraard geen toepassing.

452 MüKo/Westermann 2012, p. 1717; Staudinger/Bork 2010, p. 341 (althans als uitgangspunt. Bork onderschrijft 'in beginsel' de hierna besproken visie van Flume); Wolf 1999, p. 519.

453 Zie § 2.6.2.5.

454 Zie bijv. de in § 2.6.2.1 besproken opvattingen van Meijers dienaangaande.

455 Zie daarover ook § 9.2.4.2, waar ik dezelfde problematiek in een ander verband bespreek.

ook zónder dat partijen terugwerkende kracht overeengekomen zijn.⁴⁵⁶ Een deel van deze auteurs stelt daarbij dat een dergelijke contractuele verplichting eventueel ook stilzwijgend tot stand kan komen respectievelijk voortvloeit uit het bewust presteren uit hoofde van een ontbindend voorwaardelijke verbintenis.⁴⁵⁷ Wat er van dit laatste moge zijn, in ieder geval wordt bij deze tweede opvatting de grondslag voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen zonder meer gezien in de partijwil. Indien bij de eerstvermelde opvatting voor toepassing van § 812 BGB inderdaad terugwerkende kracht vereist zou zijn, is deze grondslag in de partijwil echter niet anders. De ongedaanmakingsverplichting van § 812 BGB ontstaat alsdan immers uitsluitend indien partijen – ongetwijfeld met het oog op het ontstaan van de verplichting tot ongedaanmaking – terugwerkende kracht overeengekomen zouden zijn. Wederom is het derhalve de partijwil die aan de basis staat van deze ongedaanmakingsverplichting. Uitsluitend indien ongedaanmakingsverplichtingen zouden ontstaan uit hoofde van § 812 BGB en deze wetsbepaling van rechtswege – derhalve zonder het overeenkomen van terugwerkende kracht – toepassing zou vinden, ontbreekt de partijwil als grondslag en is sprake van een verbintenis uit de wet.

Zwitsers recht

Nakoming voor het moment van in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde is ook naar Zwitsers recht zonder twijfel mogelijk zonder dat de voorwaardelijkheid eindigt.⁴⁵⁸ Daarmee is tevens gegeven dat bij het intreden van de voorwaarde eventueel ongedaan gemaakt zal moeten worden. Overeenkomstig het Duitse recht vormt het ontbreken van terugwerkende kracht het wettelijk uitgangspunt (maar wel met enkele uitzonderingen in de vorm van wettelijke vermoedens) en bevat het OR evenmin een bepaling als art. 6:24 BW. Toepasselijkheid van terugwerkende kracht is in ieder geval in obligatoire zin van regeland recht, maar het is onduidelijk of dat al dan niet ook geldt voor een goederenrechtelijk werkende terugwerkende kracht.⁴⁵⁹

Dit wettelijk uitgangspunt van het ontbreken van terugwerkende kracht is volgens een aantal Zwitserse auteurs de verklaring voor het – wederom als uitgangspunt – niet bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen bij het intreden van de ontbindende voorwaarde.⁴⁶⁰ Zo wordt ook aangenomen dat

456 Jauernig/Mansel 2014, p. 126 (daarbij *hilfsweise* ook verwijzend naar § 812 BGB); Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 619, 620; Wolf/Neuner 2012, p. 649; Medicus 2010, p. 344; Staudinger/Bork 2010, p. 341; Flume 1992, p. 729; Johanssen e.a. 1982, § 158, rn. 7 (paginacijfers ontbreken. Uitsluitend indien een contractuele afspraak ontbreekt, kan ongedaanmaking volgens Steffen plaatsvinden door toepassing van § 812 BGB).

457 Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 620; Staundinger/Bork 2010, p. 341.

458 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 382; Koller 2009, p. 1291; Peter 1994, p. 202 nt. 33; Keller & Schöbi 1988, p. 108.

459 Zie § 2.6.2.1.

460 Honsell 2008, p. 623; Guhl/Koller 2000, p. 62; Staehelin 1993, p. 20.

aan het ontbreken van terugwerkende kracht bij ontbindend voorwaardelijke duurovereenkomsten de consequentie is verbonden, dat reeds verrichte prestaties uit hoofde van die duurovereenkomsten na het intreden van een ontbindende voorwaarde niet ongedaan gemaakt behoeven te worden.⁴⁶¹ Aan dit niet bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen lijkt wellicht de presumptie ten grondslag te liggen, dat terugwerkende kracht ook de aanzet voor de *verklaring* vormt voor het eventueel wél ontstaan van dergelijke verplichtingen. Dat blijkt echter niet het geval te zijn.⁴⁶²

Zoals ik hiervoor bij de bespreking van het Duitse recht reeds beschreef, kan terugwerkende kracht ook een wijze van vaststelling van de *omvang* van ongedaanmakingsverplichtingen zijn. Bij die betekenis van terugwerkende kracht vormt deze derhalve niet de systematische grondslag voor die ongedaanmaking. Het is deze opvatting van de terugwerkende kracht als vaststellingswijze van wát ongedaan gemaakt dient te worden die we in de Zwitserse literatuur als de heersende opvatting vinden.⁴⁶³ Daarbij zij wel aangetekend dat veel auteurs de term *terugwerkende kracht* in dit verband weinig precies hanteren. Zodoende lijkt het bij eerste lezing nogal eens dat terugwerkende kracht wel degelijk als de grondslag voor ongedaanmaking wordt gezien, waar bijvoorbeeld slechts bedoeld is dat partijen uit hoofde van wilsovereenstemming overeenkomen dát ongedaan gemaakt zal worden bij het intreden van de ontbindende voorwaarde. Daadwerkelijke terugwerkende kracht is echter, anders dan de gehanteerde terminologie soms suggereert, helemaal niet bedoeld.⁴⁶⁴

Voor wat betreft de grondslag voor de ongedaanmakingsverplichting vinden we in de Zwitserse literatuur twee opvattingen, die in aanzienlijke mate overeenstemmen met de beide hiervoor beschreven Duitse opvattingen dienaangaande. Op de eerste plaats is er de voor het Zwitsers recht reeds genoemde visie, dat deze verplichting ontstaat uitsluitend omdat partijen dat als zodanig overeengekomen zijn. Het door partijen overeenkomen van terugwerkende kracht zou bij deze visie uitsluitend inhouden, dat tussen partijen in obligatoire zin overeengekomen wordt dat mét het intreden van de ontbindende voorwaarde reeds verrichte prestaties ongedaan gemaakt zullen worden.

461 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 382; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 866; Huguenin e.a. 2008, p. 201; Guhl/Koller 2000, p. 62; Gutmans 1995, p. 11; Staehelin 1993, p. 20; Merz 1984, p. 163; Guhl 1944, p. 59.

462 Ik wijs er reeds hier op dat deze systematiek van het (met terugwerkende kracht) vervallen van de rechtsgrond voor de prestatie voor het Zwitsers recht evenmin de verklaring voor de goederenrechtelijke werking lijkt te vormen, ook al kent het Zwitsers recht wel een causaal stelsel. Zie § 11.2.5.3.

463 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 382; Honsell 2008, p. 623; Huguenin e.a. 2008, p. 201; Guhl/Koller 2000, p. 62; Staehelin 1993, p. 20, 21.

464 Zie voor de verschillende begrippen die achter de term ‘terugwerkende kracht’ schuil kunnen gaan § 9.2.4.2.

De eerdere rechtsgrond voor reeds verrichte prestaties blijft zodoende bij het intreden van de voorwaarde – bij gebrek aan een daadwerkelijke terugwerkende kracht⁴⁶⁵ – gewoon in stand. Zoals gezegd zou de terugwerkende kracht derhalve uitsluitend de duiding zijn dát ongedaan gemaakt zal moeten worden, maar vormt deze op zich niet de systematiek wáárom ongedaan gemaakt wordt. De grondslag voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen is bij deze opvatting gelegen in de (eerdere) wilsovereenstemming bij het aangaan van de overeenkomst 'onder ontbindende voorwaarde'.⁴⁶⁶

Op de tweede plaats is er de opvatting waarbij de grondslag voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen wordt gebaseerd op het vervallen van de rechtsgrond uit hoofde waarvan reeds was gepresteerd.⁴⁶⁷ Van enige toepassing van de figuur van de terugwerkende kracht is daarbij blijkens de Zwitserse literatuur echter geen sprake. Bezien vanuit de Nederlandse opvattingen is dat in die zin verrassend, dat de rechtsgrond voor de prestatie veelal in de nagekomen en derhalve tenietgegane verbintenis wordt gezien. Zonder terugwerkende kracht blijft het verval uit hoofde van een ontbindende voorwaarde van een reeds tenietgegane verbintenis – wat een dergelijk verval verder ook moge betekenen – zonder gevolg. Het Zwitsers recht plaatst echter de causa (voor zover thans van belang) bij de overeenkomst.⁴⁶⁸ Nakoming van de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenis behoeft deze overeenkomst en daarmee de rechtsgrond bij de nagekomen verbintenis uiteraard niet te beëindigen. Daarnaast is van belang dat de voorwaarde in het Zwitsers recht zonder twijfel kan zijn verbonden aan de overeenkomst.⁴⁶⁹

Bij een dergelijke systematiek wordt het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen door een later wegvallen van de rechtsgrond enigszins inzichtelijker. Ten tijde van de nakoming was er een rechtsgrond voor de nakoming, welke rechtsgrond door het ontbreken van terugwerkende kracht ook niet ten gevolge van de ontbindende voorwaarde komt te vervallen. Niettemin wordt deze causa bij het latere intreden van de voorwaarde alsnog beëindigd, waarna de grondslag voor de ongedaanmakingsverplichting wordt gezien in de daaruit

465 Zie uitdrukkelijk in deze zin: Staehelin 1993, p. 20.

466 Honsell 2008, p. 623; Staehelin 1993, p. 20, 21. Zie ook Huguenin e.a. 2008, p. 201, waar gesteld wordt dat de ongedaanmakingsverplichting voortvloeit uit de eerdere overeenkomst, zodat: '[] mit Eintritt der auflösenden Bedingung [] der auflösend bedingte Vertrag in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt [wird]'.

467 Koller 2009, p. 1292, 1293; Honsell 2008, p. 613. Afwijzend echter: Staehelin 1993, p. 20, 21. Honsell stelt overigens tegelijkertijd dat de ongedaanmaking is gebaseerd op wilsovereenstemming tussen partijen (Honsell 2008, p. 623). Hoe zich dit in de visie van Honsell verhoudt tot een grondslag gebaseerd op het wegvallen van de rechtsgrond van de eerdere prestatie is mij niet gebleken. Wellicht dat hij doelt op het feit dat de terugwerkende kracht ook voor het Zwitsers recht van regeland recht is.

468 Berger 2012, p. 92.

469 Schwenzer 2012, p. 64; Honsell 2008, p. 610; Peter 1994, p. 202 e.v.; Staehelin 1993, p. 16, 22; Becker 1941, p. 712.

voortvloeiende ongerechtvaardigde verrijking.⁴⁷⁰ Dat laatste is mogelijk, omdat art. 62 II OR overeenkomstig het hiervoor besproken § 812 BGB stelt dat ook bij een 'nachträglich weggefallenen Grund' een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking kan ontstaan.

Bij deze tweede opvatting moeten we overigens wel voor ogen houden dat de vaststelling van de *omvang* van hetgeen ongedaan gemaakt moet worden waarschijnlijk wél geplaatst wordt in het overeenkomen van (obligatoire) terugwerkende kracht.⁴⁷¹ Tevens is de partijwil óók bij deze grondslag van de ongerechtvaardigde verrijking niet zonder belang; het blijven partijen die – overeenkomstig de hiervoor als eerste beschreven opvatting – bepalen óf ongedaan gemaakt dient te worden als de voorwaarde intreedt. Anders gezegd, partijen bepalen of een verbintenis uit hoofde van de wet zal ontstaan. Heel erg inzichtelijk is deze systematiek daarmee op het eerste gezicht niet, maar in § 3.3.2.3 zal ik bespreken dat een en ander toch een min of meer consistente systematiek vormt.⁴⁷²

Uit de beide vorenstaande opvattingen volgt in ieder geval dat het partijen zijn die uit hoofde van wilsovereenstemming bepalen óf ongedaan gemaakt dient te worden bij het intreden van de ontbindende voorwaarde. Discussie bestaat uitsluitend aangaande de vraag of deze wilsovereenstemming zelf de grondslag voor de eventuele toekomstige ongedaanmaking vormt, dan wel of deze wilsovereenstemming leidt tot toepasselijkheid van de (wettelijke systematiek van de) ongerechtvaardigde verrijking.

PECL, DCFR

De PECL en het DCFR gaan er in art. 16:103 PECL respectievelijk III.-1:106 DCFR van uit dat als een rechtsverhouding wordt beëindigd door het intreden van een ontbindende voorwaarde (of eventueel het vervallen van een opschortende) de reeds geleverde prestatie ongedaan gemaakt dient te worden. Enigszins

470 Het verschil t.a.v. mijn vorenstaande kritiek op toepassing van § 812 BGB voor het Duitse recht bestaat daaruit, dat in deze Zwitserse opvatting ter zake de ongerechtvaardigde verrijking tenminste in enige mate beargumenteerd kan worden waarom deze toepassing zou moeten vinden. Voor het Duitse recht, waar de verklaring (onterecht) ook wel gezocht wordt in het overeenkomen van obligatoire terugwerkende kracht, blijft deze verklaring onduidelijk.

471 Guhl/Koller 2000, p. 62; Honsell 2008, p. 623.

472 Overigens geldt dit gebrek aan inzichtelijkheid ook in andere opzichten. Koller stelt bijv. dat bij overeenkomsten onder ontbindende voorwaarde die tot overdracht verplichten, op de bezwaarde – naar we moeten aannemen nádat geleverd is – een opschortend voorwaardelijke teruggaveplicht rust (Koller 2009, p. 1291). Dat zou derhalve betekenen dat een eventuele toekomstige verbintenis uit de wet (u.h.v. de ongerechtvaardigde verrijking) reeds thans kwalificeert als 'voorwaardelijk'. Het probleem is daarbij niet zozeer gelegen in de veronderstelde toekomstigheid – opschortend voorwaardelijke vorderingsrechten kwalificeren naar Zwitsers recht immers waarschijnlijk als toekomstig (zie § 6.2.5.2) – maar in het feit dat een (toekomstige) verbintenis uit de wet blijkbaar thans reeds voorwaardelijk zou kunnen zijn.

opvallend is dat het PECL en het DCFR ter zake de grondslag voor die ongedaanmaking onderling verschillende systemen volgen. Blijkens de toelichting bij art. 16:103 PECL dient deze ongedaanmaking in beginsel plaats te vinden overeenkomstig de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking.⁴⁷³ Daarentegen knoopt art. III.-1:106 DCFR aan bij de regels ter zake de ongedaanmaking na een ontbinding van overeenkomsten, hetgeen ook in de toelichting nogmaals wordt bevestigd.⁴⁷⁴ Of daarmee inderdaad beoogd is een verschillende systematiek voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen te volgen, dan wel andere overwegingen – bijvoorbeeld ten aanzien van de inhoud van dergelijke verplichtingen – de reden voor dit onderscheid vormen, is mij niet duidelijk geworden.

3.3.2.2 Een presteren zonder verplichting tot ongedaanmaking

In alle vier de onderzochte stelsels behoeft het intreden van een ontbindende voorwaarde na een eerder presteren niet per definitie te leiden tot het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen ten aanzien van die prestatie. Zoals ik ook in § 9.2.3 zal bespreken, staat het partijen geheel vrij om af te zien van eventuele toekomstige ongedaanmaking. Het intreden van de voorwaarde heeft alsdan slechts gevolgen 'voor de toekomst' en al hetgeen tot dan is gepresteerd of tenminste reeds als prestatie opeisbaar is geworden blijft in stand. In het geval een prestatie 'naar haar aard' niet ongedaan gemaakt kan worden – het verrichten van een dienst bijvoorbeeld – kunnen we er over twijfelen óf dienaangaande überhaupt wel sprake kan zijn van een ongedaanmakingsverplichting.⁴⁷⁵ Deze laatste gedachte laat ik in deze paragraaf verder onbesproken.

De benadering zoals deze in de literatuur ten aanzien van het ontbreken van ongedaanmakingsverplichtingen uit hoofde van de partijwil veelal plaatsvindt, behoeft echter enige aandacht. In § 3.2.3.4 stelde ik ten aanzien van de nakoming van een verbintenis 'onder opschortende voorwaarde', dat een dergelijke nakoming in zijn juridische gevolgen ook daadwerkelijk opgeschort dient te zijn. Is dit niet het geval dan is onvoorwaardelijk of wellicht onder ontbindende voorwaarde nagekomen, maar in elk geval niet opschortend voorwaardelijk. Bij ontbindende voorwaardelijkheid bestaat dienaangaande méér speelruimte. Een overdracht ingeval van een ontbindende voorwaarde kan bijvoorbeeld plaatsvinden zonder dat sprake is van goederenrechtelijke werking van die voorwaarde. Ook indien 'slechts' sprake zou zijn van een persoonlijke ongedaanmakingsverplichting doet dit geen afbreuk aan de voorwaardelijkheid van de (ontbindend) voorwaardelijke rechtsverhouding.

473 Von Bar & Zimmerman 2005, p. 826.

474 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 695.

475 De benadering in de literatuur is dat alsdan ongedaanmaking dient plaats te vinden d.m.v. waardevergoeding overeenkomstig art. 6:210 BW. Bij die benadering wil ik vraagtekens plaatsen, zie § 9.2.4.2.

Dit laatste is een gevolg daarvan dat de ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding in haar gevolgen veel weg heeft van een *on*voorwaardelijke rechtsverhouding.

Indien daarentegen de gevolgen van de nakoming ingeval van het intreden van de ontbindende voorwaarde in geen enkele vorm – derhalve ook niet door middel van persoonlijke ongedaanmakingsverplichtingen – teruggedraaid moeten worden, kan dit presteren vanzelfsprekend nooit in enige afhankelijkheid van een voorwaarde staan. Een dergelijke nakoming is dan gewoon onvoorwaardelijk geweest. Oftewel, om van een voortbestaande voorwaardelijkheid te kunnen spreken is het essentieel, dat er bij het intreden van de ontbindende voorwaarde ook ongedaan gemaakt dient te worden. In de literatuur wordt dit ontbreken van ongedaanmakingsverplichtingen echter merendeels benaderd als zouden partijen ongedaanmaking ten aanzien van de betreffende prestaties hebben uitgesloten (of voor het OBW, de terugwerken-de kracht hebben uitgesloten). Daarmee is de insteek gericht op het wel of niet bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen. Veel juister beschouwd zijn partijen echter overeengekomen dat al hetgeen gepresteerd is of ten tijde van het intreden van de voorwaarde reeds opeisbaar is geworden het gevolg is van de onvoorwaardelijkheid van (het betreffende gedeelte van) de rechtsverhouding. De insteek zou derhalve moeten zijn dat partijen hun rechtsverhouding gedeeltelijk of geheel onvoorwaardelijk hebben gemaakt.

Het belang van deze constatering is op de eerste plaats daarin gelegen dat het bedoelde ontbreken van ongedaanmakingsverplichtingen geheel buiten de bestudering van de voorwaardelijke werking kan blijven. Er is immers niet langer sprake van voorwaardelijkheid en de daaruit voortvloeiende voorwaardelijke werking. Daarnaast is deze constatering wellicht ook van belang voor de mogelijke grondslag voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen, waarop ik in de volgende paragraaf terugkom.

3.3.2.3 *De grondslag voor het ontstaan van obligatoire ongedaanmakingsverplichtingen*

Zoals ik in § 3.3.2.1 beschreef, wordt de functie van art. 6:24 lid 1 BW door de auteurs die zich daarover uitlaten en ook in de TM geplaatst in de veronderstelde grondslag die deze wetsbepaling zou vormen voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen. Of andersom gesteld, zónder een dergelijke wettelijke bepaling zou bij het intreden van een ontbindende voorwaarde systematisch beschouwd – blijkbaar – geen verplichting tot ongedaanmaking bestaan. De obligatoire ongedaanmakingsverplichting zou derhalve onderdeel vormen van een verbintenis uit de wet.

Ik wil echter verdedigen dat deze opvatting van een ‘grondslagfunctie’ van art. 6:24 BW onjuist is, althans dat er geen enkele reden bestaat om een dergelijke wettelijke grondslag aan te moeten nemen. Heel algemeen gesteld vervult de mogelijkheid van het ontstaan van verbintenissen uit de wet een

functie, indien enerzijds behoefte bestaat aan het ontstaan van deze verbintenissen, maar anderzijds een partijverhouding als grondslag daarvoor geheel ontbreekt dan wel een bestaande partijverhouding om specifieke redenen deze grondslag niet kan vormen. De vraag is derhalve of art. 6:24 BW in een dergelijk 'hiaat' voorziet. Daarvan zou sprake zijn indien de grondslag voor die ongedaanmaking inderdaad uitsluitend zou kunnen zijn gelegen in de, ten gevolge van de nakoming tenietgegane, ontbindend voorwaardelijke verbintenis. Alsdan zou systematisch beschouwd immers iedere grondslag voor ongedaanmaking ná het intreden van de voorwaarde ontbreken, als de wet niet anders zou bepalen.

Bezien vanuit de historische ontwikkeling is het tot op zekere hoogte begrijpelijk dat in art. 6:24 BW een verbintenis uit de wet wordt gezien. Onder het OBW was de verbintenis tot ongedaanmaking immers ook een verbintenis uit de wet, die voortvloeide uit de terugwerkende kracht en het daarmee toepasselijk worden van de onverschuldigde betaling. De gedachte lag voor de hand dat met het wegvallen van deze wettelijke grondslag een andere wettelijke grondslag vereist zou zijn. Zoals hiervoor reeds gesteld kon de nagekomen en daarmee tenietgegane verbintenis zelf deze grondslag ten gevolge van dit tenietgaan immers niet vormen. Onderstaand zal ik verdedigen dat de grondslag voor de ongedaanmakingsverbintenis is gelegen in de overeenkomst respectievelijk rechtsbetrekking als deel van het begrip van de *overeenkomst* waar ook de nagekomen verbintenis uit voortvloeide. Die opvatting lag in de periode tot de invoering van het NBW echter minder voor de hand. Onder het OBW werd de overeenkomst immers veelal uitsluitend beschouwd als bron van verbintenissen, terwijl de rechtsbetrekking tussen partijen werd geplaatst bij het begrip van de verbintenis.⁴⁷⁶ Derhalve de verbintenis die door de nakoming reeds voor het intreden van de voorwaarde teniet was gegaan. Uitsluitend de gedachte dat de overeenkomst zélf ook de grondslag zou vormen voor het ontstaan van tévens de verbintenissen tot ongedaanmaking zou bij die constellatie nog kunnen voorkomen, dat voor het ontstaan van deze verbintenissen een wettelijke grondslag vereist zou zijn. Een dergelijke opvatting, die op zich mogelijk zou zijn geweest, vinden we onder het OBW echter bij geen enkele auteur.

Toch was er met de invoering van het NBW alle reden voor een omslag in het denken over het ontstaan van de ongedaanmakingsverbintenissen. De rechtsbetrekking in ruime zin tussen partijen wordt in ieder geval sinds de invoering van het NBW door geen enkele auteur meer bij het begrip van de verbintenis geplaatst. Voor zover we het be- of ontstaan van de ongedaanmakingsverbintenissen derhalve willen zien als onderdeel van die rechtsbetrekking, is er geen reden om ervan uit te gaan dat ook deze door het tenietgaan

⁴⁷⁶ Zie § 3.1.2.1. Overigens breng ik in herinnering dat Meijers zelf dit begrip van de rechtsbetrekking in ruime zin plaatste bij de overeenkomst.

van de oorspronkelijke verbintenis door de nakoming getroffen zouden worden. Indien we het ontstaan van de ongedaanmakingsverbintenis willen zien als een rechtstreeks gevolg van de overeenkomst als bron van verbintenissen bestaat al helemaal geen reden om het bestaan van deze verbintenis tot ongedaanmaking te verbinden aan het bestaan van de oorspronkelijke verbintenis. De overeenkomst vormt alsdan zowel de bron voor de oorspronkelijke verbintenis als die van de ongedaanmakingsverbintenis. Afhankelijk van hoe we de verbintenis tot ongedaanmaking in dat geval exact zouden willen kwalificeren, bestaat hooguit het verband met de oorspronkelijke verbintenis dat mét de nakoming (en derhalve het tenietgaan) van deze laatste de ongedaanmakingsverbintenis (opschortend) voorwaardelijk ontstaat.⁴⁷⁷ Enig ander verband is er niet.

Met het vorenstaande is gegeven dat het in elk geval geen noodzakelijkheid is om het ontstaan van ongedaanmakingsverbintenissen te baseren op de wet. De overeenkomst en de rechtsbetrekking in ruime zin tussen partijen bieden die mogelijkheid ook, omdat deze niet worden getroffen door het ten gevolge van de nakoming tenietgaan van de verbintenis 'onder ontbindende voorwaarde'. Met het feit dat die mogelijkheid er *is*, is echter nog niet gegeven dat deze mogelijkheid ook daadwerkelijk toepassing vindt. De vraag is derhalve hoe we toepassing van de mogelijkheid van de overeenkomst respectievelijk rechtsbetrekking als bron van de ongedaanmakingsverplichting zouden moeten beargumenteren.

Voor het antwoord op deze laatste vraag maken we een korte vergelijking met de ongedaanmaking na een ontbinding wegens tekortschieten (art. 6:271 BW) en na een onverschuldigde betaling (art. 6:203 e.v. BW) als de belangrijkste verbintenissen uit de wet. Tussen de verplichting tot ongedaanmaking na het intreden van een ontbindende voorwaarde en de ongedaanmaking in deze beide voormelde gevallen bestaat één zeer wezenlijk verschil. Terwijl de verplichting tot ongedaanmaking bij een tekortschieten of onverschuldigde betaling het gevolg is van een voor partijen aanvankelijk niet voorziene om-

⁴⁷⁷ Deze visie vormt een van de drie mogelijke varianten. Door de nakoming van de oorspronkelijke verbintenis gaat deze teniet, maar ontstaat per dat moment de ongedaanmakingsverbintenis onder (opschortende) voorwaarde. Een voorwaarde die daaruit bestaat dat de (ontbindende) voorwaarde als verbonden aan de oorspronkelijke verbintenis intreedt. Vóór het moment van nakoming kwalificeert de ongedaanmakingsverbintenis bij deze opvatting derhalve nog als *toekomstig*.

Bij de beide andere varianten is het ontstaan van de ongedaanmakingsverbintenis op een eerder respectievelijk later moment gelegen. Zo zou de ongedaanmakingsverbintenis ook direct (opschortend voorwaardelijk) met de oorspronkelijke verbintenis kunnen ontstaan, derhalve reeds vóórdat deze laatste is nagekomen. De derde variant is dat de ongedaanmakingsverbintenis pas (onvoorwaardelijk) ontstaat met het intreden van de ontbindende voorwaarde en mitsdien tot dat moment als *toekomstig* kwalificeert. Zie over dit alles § 6.2.5.7.

standigheid,⁴⁷⁸ hebben zij bij een presteren uit hoofde van een ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding expliciet rekening gehouden met de mogelijkheid van een toekomstige verplichting tot ongedaanmaking.⁴⁷⁹ De eventuele verplichting tot ongedaanmaking komt voor partijen immers niet 'uit de lucht vallen', integendeel. Bij een presteren uit hoofde van de voorwaardelijke rechtsverhouding hebben partijen juist het oog gehad op de mogelijkheid van een eventueel na te komen verplichting tot ongedaanmaking.

De wilsovereenstemming is dan ook van aanvang af gericht geweest op het bestaan van een verbintenis tot ongedaanmaking. Of andersom benaderd: bij het ontbreken van een dergelijke partijwil hadden partijen óf onvoorwaardelijk gecontracteerd, óf gecontracteerd onder een ontbindende voorwaarde met slechts gevolgen voor de toekomst, derhalve een beëindiging van de rechtsverhouding zonder ongedaanmakingsverplichting. Zoals ik hiervoor in § 3.3.2.2 beschreef, is de rechtsverhouding in dat laatste geval voor het nagekomen gedeelte eveneens onvoorwaardelijk. Voor zover partijen echter beogen dat bij het intreden van de voorwaarde ongedaan gemaakt zal worden, is er derhalve ook een grondslag voor het ontstaan van die ongedaanmakingsverbintenis gelegen in de wilsovereenstemming. Partijen willen dat met inachtneming van de ontbindende voorwaarde – en derhalve niet onvoorwaardelijk – wordt gepresteerd en derhalve ook dat eventueel, bij het intreden van de voorwaarde weer ongedaan gemaakt dient te worden. Zoals ik in § 9.2.4.4 verder bespreek, kunnen we deze zelfde benadering ook toepassen op de situatie waarin ná een vroegtijdig presteren een opschortende voorwaarde alsnog vervalt. Ook voor die situatie kunnen we de ongedaanmakingsverplichting – voor zover daar überhaupt behoefte aan bestaat⁴⁸⁰ – baseren op de partijwil.⁴⁸¹

Daarmee is er niet alleen de systematische mogelijkheid dat de wilsovereenstemming en daarmee de overeenkomst tussen partijen de grondslag voor het ontstaan van de ongedaanmakingsverbintenissen vormt, maar is er ook een inhoudelijke argumentatie waarom deze grondslag inderdaad voortvloeit uit de overeenkomst (of eventueel de rechtsbetrekking in ruime zin die daarvan onderdeel uitmaakt). Deze conclusie stemt voor een groot deel overeen met de vorenbeschreven opvattingen dienaangaande in de Duitse en Zwitserse literatuur. Art. 6:24 lid 1 BW is naar mijn opvatting dan ook uitsluitend declara-

478 Partijen zullen immers nooit, i.e.g. niet beide partijen, beoogd hebben om onverschuldigd te presteren noch om in de toekomst te zullen ontbinden wegens een tekortschieten van de wederpartij.

479 Zie in gelijke zin: Olthof 1992, p. 295. Zie in dezelfde zin voor het Belgisch recht: De Coninck 2007, p. 281.

480 Zie daarover § 3.2.3.4 en 9.2.4.4.

481 Deze benadering van de grondslag voor ongedaanmaking bij het verval van een opschortende voorwaarde vinden we ook wel bij buitenlandse auteurs. Zie De Coninck voor het Belgisch recht (De Coninck 2007, p. 296, 305) en Emmenegger voor het Zwitserse (Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 379).

tief van aard, want voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen overbodig.

3.3.3 Beëindiging van de rechtsverhouding bij het intreden van de voorwaarde

3.3.3.1 *De grondslag voor de beëindiging van de rechtsverhouding*

In deze en de opvolgende paragraaf bespreek ik de beëindiging van de rechtsverhouding tussen partijen ten gevolge van het intreden van een ontbindende voorwaarde. Daarbij spelen twee vragen: waarom eindigt de rechtsverhouding ten gevolge van het intreden van de voorwaarde überhaupt en is deze beëindiging in zijn gevolgen wel zo rigoreus als we wellicht zouden denken? Deze laatste vraag staat in direct verband met de thans onderzochte ontbindend voorwaardelijke 'werking'. De gevolgen van ontbindende voorwaardelijkheid omvatten veelal de nodige nuanceringen. Het gegeven dat de ontbindend voorwaardelijke werking daarmee geen vastomlijnd begrip is, maar in het verband van de specifieke rechtsverhouding nader moet worden ingevuld, is een argument voor de door mij verdedigde stelling dat de voorwaardelijke werking een beschrijvend en geen verklarend begrip is. De eerstvermelde vraag naar de reden van de beëindiging van de rechtsverhouding staat daarmee in zeker verband. Ik zal namelijk verdedigen dat het de ten tijde van het ontstaan van de rechtsverhouding bestaande partijwil is uit hoofde waarvan deze latere beëindiging plaatsvindt. De vorenbedoelde nuanceringen in de beëindiging van de rechtsverhouding bij het intreden van de voorwaarde vinden zodoende eveneens hun grondslag in deze partijwil.

Globaal beschouwd eindigt met het intreden van een ontbindende voorwaarde de daarvan afhankelijke rechtsverhouding tussen partijen. Op het niveau van de voorwaardelijke verbintenis in zowel de ruime als de enge betekenis is dat zonder meer juist. Het recht op en de verplichting tot een specifieke prestatie uit hoofde van die verbintenis eindigt zonder dat sprake is van verdere nuancering aangaande deze beëindiging. Deze beëindiging vindt in alle onderzochte stelsels 'van rechtswege' plaats, derhalve zonder dat daarvoor een nadere of voortbestaande partijwil is vereist, noch aan enig ander vereiste moet zijn voldaan en zelfs zonder dat partijen bekend zijn met het plaatsvinden van de gebeurtenis.⁴⁸² Met het oog op het feit dat de beëindiging van de rechtsverhouding – blijkbaar en door mij ook zeker niet weersproken – geschiedt

⁴⁸² Zie § 2.6.1. Ik wijs er hier overigens nogmaals op dat in de Nederlandse heersende leer het vereiste van objectieve onzekerheid geldt, waarmee het door partijen bekend worden van het plaatsgevonden hebben van de gebeurtenis nooit een voorwaarde kan zijn. Ik verdedig zelf anders, zie § 2.4.3.

zonder dat ten tijde van het plaatsvinden van de gebeurtenis aan enig additioneel vereiste aangaande die beëindiging moet worden voldaan, rechtvaardigt de thans besproken vraag naar de grondslag voor die beëindiging.

Het antwoord op die vraag is in mijn opvatting, thans weinig verrassend, gelegen in de partijwil respectievelijk de wilsovereenstemming. Bij het aangaan van de rechtsverhouding komen partijen overeen dat deze van zelf zal eindigen bij het intreden van de overeengekomen gebeurtenis. In deze partijwil is de grondslag gelegen voor die eventuele toekomstige beëindiging. Of anders gezegd, het 'overeenkomen van een ontbindende voorwaarde' is niets anders dan deze partijafsprake, die niet alleen de afspraak tót eventuele beëindiging is, maar ook de grondslag vóór die beëindiging vormt. Deze partijafsprake leidt derhalve niet zozeer tot het verbinden van een ontbindende voorwaarde aan de rechtsverhouding, maar *is* in feite de ontbindende voorwaarde. Partijafsprake en ontbindende voorwaarde kunnen in mijn optiek derhalve als synoniemen worden beschouwd.

Echter, zoals we reeds meerdere malen zagen worden de gevolgen van het verbinden van een voorwaarde aan de rechtsverhouding geplaatst onder het begrip van de voorwaardelijke werking. Er is geen reden om daarvan in het kader van mijn vorenstaande opvatting af te wijken. Het plaatsen van de gevolgen van de voorwaarde onder het begrip *werking* is immers niets anders dan de redactionele uitdrukking van het feit, dat een *opschortende* voorwaarde niet het ontstaan van de rechtsverhouding beïnvloedt.⁴⁸³ Méér is niet beoogd en zeker niet om de gevolgen van de voorwaarde te abstraheren van de onderliggende partijwil. Het hanteren van het begrip *werking* doet derhalve niets af aan mijn vorenstaande visie dat de partijwil de grondslag vormt voor de eventuele toekomstige beëindiging van de rechtsverhouding. Daarmee is het ook de partijwil die, als we de gevolgen van de voorwaarde inderdaad plaatsen bij het begrip *werking*, wederom invulling geeft aan dat begrip *werking*.

Het is de vraag of de vorenstaande zienswijze overeenstemt met die van de verschillende auteurs. Zoals ik reeds beschreef wordt de voorwaardelijke werking bij met name *opschortende* voorwaarden vaak als een verklarend begrip beschouwd.⁴⁸⁴ Daar gaat op zijn minst de suggestie van uit dat niet alleen deze voorwaardelijke werking, maar ook het begrip van de voorwaarde zélf een zekere zelfstandige – dus onafhankelijk van de concrete partijwil – betekenis heeft. Partijen komen alsdan 'een' voorwaarde overeen, waarvan de verdere gevolgen in meerdere of mindere mate uit het begrip van de voorwaarde voortvloeien. Toegepast op *ontbindende* voorwaardelijkheid zou de partijwil derhalve weliswaar de grondslag vormen voor het bestaan van de voorwaarde, maar niet rechtstreeks voor de beëindiging van de rechtsverhouding bij het plaatsvinden van de gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde vormt.

⁴⁸³ Zie § 3.1.3.1.

⁴⁸⁴ Zie § 3.1.4.2.

De beëindiging zou mitsdien bij deze opvatting van een zelfstandige betekenis van de voorwaarde haar grondslag vinden in de ontbindende voorwaarde als zodanig.

Voorop zij gesteld dat ik niet heb kunnen vaststellen of in de moderne Nederlandse, Duitse of Zwitserse literatuur de opvatting van de ontbindende voorwaarde als zelfstandige grondslag voor de beëindiging inderdaad wordt onderschreven. Geen enkele auteur is daar expliciet over. De enkele constatering dat het intreden van de voorwaarde leidt tot beëindiging van de rechtsverhouding zegt immers weinig over de thans besproken vraag naar de grondslag voor die beëindiging. Onbesproken blijft in elk geval de vraag waaróm ontbindende voorwaardelijkheid, opgevat als zelfstandige grondslag voor beëindiging, een dergelijke grondslag zou vormen. Betreft dit bijvoorbeeld met art. 6:22 BW een wettelijke invulling van dit begrip of vloeit deze grondslag uit iets anders voort? Ook bezien vanuit de reeds besproken relatie tussen de rechtsverhouding en de voorwaarde als onzelfstandig bestanddeel daarbij, dan wel als zelfstandige modaliteit naast de rechtsverhouding komen we weinig verder.⁴⁸⁵ Het beperkte aantal hedendaagse auteurs dat zich daarover uitlaat kwalificeert de voorwaarde weliswaar als onzelfstandig bestanddeel – waarin een bescheiden argument gezien kan worden dat de voorwaarde geen zelfstandige grondslag vormt – maar ook in dat verband wordt de thans besproken kwestie niet verder uitgewerkt.

Resteert de vraag of het vorenstaande uitsluitend een theoretische exercitie is, dan wel of uit de verschillende opvattingen ook materieel verschillende gevolgen kunnen voortvloeien. In § 4.1 bespreek ik wat de grondslag is voor de voorwaardelijkheid van de rechtsverhouding. Veelal wordt deze gezien in – uitsluitend – de partijwil. Helemaal onweersproken is dit echter niet. Door sommige auteurs en ook incidenteel in de rechtspraak wordt een mogelijke grondslag voor voorwaardelijkheid tevens in de gewoonte en in de wet gezien. Als we echter uitgaan van mijn vorenbeschreven opvatting dat de partijwil de grondslag vormt voor de eventuele toekomstige beëindiging van de rechtsverhouding bij het intreden van de ontbindende voorwaarde, dan kunnen gewoonte en wet nauwelijks of niet de grondslag vormen voor de voorwaardelijkheid van de rechtsverhouding. Indien het bestaan van een voorwaarde immers het gevolg is van gewoonte of wet, ontbreekt de partijwil gericht op deze voorwaardelijkheid. Bij die grondslag voor de voorwaardelijkheid valt bij het uitgangspunt van een eenduidige systematiek niet te construeren, dat een beëindiging van de rechtsverhouding en eventueel ook de daarmee gepaard gaande ongedaanmakingsverplichtingen alsnog hun grondslag vinden in de partijwil. Dat laatste zou nog door middel van een fictie kunnen worden bereikt, dan wel de aanname dat in deze specifieke gevallen de grondslag voor die beëindiging toch in 'iets anders' is gelegen dan de partijwil. In het kader

485 Zie § 2.3.4.

van een eenduidige systematiek zouden we alsdan echter misschien beter kunnen onderkennen, dat de partijwil überhaupt niet de grondslag voor de beëindiging vormt.

Voor het antwoord op de vraag of de verschillende opvattingen ook materieel verschillende gevolgen hebben, kunnen we het vorenstaande ook omkeren: als de partijwil inderdaad de grondslag voor de beëindiging en de eventuele ongedaanmakingsverplichtingen vormt, dan kunnen gewoonte en wet daarmee niet de grondslag voor (in elk geval ontbindende) voorwaardelijkheid vormen. Voor de materiële gevolgen maakt het derhalve wel degelijk uit hoe de grondslag voor de beëindiging van de rechtsverhouding en het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen wordt vorm gegeven.

Ik kom tot de volgende conclusie. Hoe de grondslag voor de beëindiging van de rechtsverhouding bij het intreden van een ontbindende voorwaarde in de literatuur wordt gezien, blijft bij gebrek aan aandacht nogal onduidelijk. Zelf zie ik deze in de partijwil ten tijde van het aangaan van de rechtsverhouding. Die zienswijze leidt als gezegd tot een beperking van de mogelijke ontstaanswijzen van voorwaardelijkheid als zodanig en heeft derhalve materiële gevolgen. Echter, deze opvatting geeft ook de vereiste systematische ruimte voor de in de volgende paragraaf te bespreken nuanceringsin de gevolgen van het intreden van de voorwaarde. Zoals we zullen zien is bij de opvatting van de ontbindende voorwaarde met een zelfstandige betekenis die nuancering moeilijker, omdat alsdan de vraag bestaat waaruit de verklaring voor deze nuanceringsin ten opzichte van de zelfstandige betekenis van de voorwaarde bestaat. Daar staat tegenover dat de mogelijke grondslagen voor voorwaardelijkheid bij die opvatting ruimer zijn.

3.3.3.2 Nuanceringsin de beëindiging van de rechtsverhouding

Het behoeft geen betoog dat partijen bij een rechtsverhouding onder ontbindende voorwaarde nogal eens beogen, dat de rechtsverhouding als geheel zal eindigen met het intreden van de voorwaarde. Derhalve dienen niet alleen de bestaande verbintenissen te 'vervallen', maar ook voor het overige dient de rechtsverhouding te eindigen. In § 3.1.2.2 heb ik dienaangaande verdedigd dat ook de overeenkomst onder voorwaarde kan staan en dat die mogelijkheid ook zinvol is. Het begrip *overeenkomst* – opgevat als bron van verbintenissen en als de rechtsbetrekking in ruime zin tussen partijen – kan namelijk niet los worden gezien van de door partijen beoogde gevolgen van het intreden van de voorwaarde.

Het eindigen van verbintenissen onder ontbindende voorwaarde ten gevolge van het intreden van de voorwaarde zal veelal zonder verdere nuancering kunnen geschieden. Het is immers juist de bedoeling van partijen dat mét het intreden van de voorwaarde de rechten en plichten uit hoofde van die verbintenis direct eindigen. Voor andere delen van de rechtsverhouding,

met name de rechtsbetrekking in ruime zin, zal daarentegen behoefte bestaan aan een zekere nuancering. Geheimhoudingsplichten, zorgplichten ten aanzien van een ontvangen zaak en tal van andere verplichtingen tussen partijen waarvan niet gezegd kan worden dat deze gebaseerd zijn op specifieke verbin-tenissen zullen pas op een later moment dan het intreden van de ontbindende voorwaarde of zelfs in het geheel niet eindigen. Overige gedeelten van de rechtsbetrekking in ruime zin kunnen daarentegen wel direct met het in vervulling gaan van de voorwaarde eindigen. Tot slot zijn er buiten eventuele ongedaanmakingsverplichtingen nog verplichtingen die pas ontstaan of in werking treden mét het intreden van de ontbindende voorwaarde. Een aardig voorbeeld daarvan vormt de informatieplicht van een partij jegens de weder-partij dat een voorwaarde is ingetreden, zoals deze voor het Duitse geldend recht wordt aangenomen.

Deze verschillen in gevolgen van het intreden van de ontbindende voor-waarde vormen vorenbedoelde nuancerings op het uitgangspunt, dat de rechtsverhouding als geheel van rechtswege en per het moment van intreden van de voorwaarde eindigt. De vraag daarbij is hoe we het bestaan van bedoel-de nuancerings kunnen verklaren. Vanzelfsprekend zouden we een en ander kunnen herleiden tot verplichtingen uit hoofde van de redelijkheid en billijk-heid. Het inherente uitgangspunt aan die gedachte is echter, dat de rechtsver-houding als zodanig is beëindigd waarna de redelijkheid en billijkheid alsnog verplichtingen laat ontstaan of voortbestaan. Daarbij blijft de vraag waarom redelijkheid en billijkheid toepassing vinden op een beëindigde rechtsverhou-ding.

De verklaring voor de bedoelde nuancerings kan eenvoudiger. Zoals ik hiervoor verdedigde vindt de beëindiging van de rechtsverhouding haar grondslag in de eerdere partijwil. De 'ontbindend voorwaardelijke werking' heeft een nadere invulling die partijen daar zelf aan hebben gegeven. In dat licht kunnen ook de vorenbedoelde nuancerings in de beëindiging van de rechtsverhouding geplaatst worden; partijen *wilden* dat het eventuele intreden van de ontbindende voorwaarde geen absolute gevolgen zou hebben, maar tot op zekere hoogte genuanceerd zou worden. Het is derhalve wederom de partijwil die de inhoud van de (ontbindend) voorwaardelijke werking vorm geeft.

3.3.4 Nogmaals de ontbindend voorwaardelijke werking

In § 3.2 heb ik verdedigd dat de opgeschorte werking geen verklarend maar een beschrijvend begrip is. Het is namelijk de partijwil die invulling geeft aan het begrip van de opgeschorte werking. Uit de voorwaardelijkheid als zodanig vallen daarom voor het concrete geval weinig conclusies met zekerheid te trekken; veel hangt af van de gevolgen die partijen hebben willen verbinden aan de overeengekomen voorwaardelijkheid. Deze zelfde conclusie geldt ten

aanzien van de in deze paragraaf onderzochte ontbindend voorwaardelijke werking. Met betrekking tot deze laatste heb ik twee deelonderwerpen besproken: wat is de grondslag voor het eventuele ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen en waaruit bestaat de verklaring voor het van rechtswege beëindigen van de rechtsverhouding bij het intreden van de voorwaarde?

Zoals we zagen wordt de vraag naar het ontstaan van de ongedaanmakingsverplichtingen in de verschillende onderzochte stelsels zeer verschillend beantwoord. Voor het huidige Nederlandse recht heb ik verdedigd dat deze grondslag is gelegen in de eerdere wilsovereenstemming tussen partijen; partijen zijn ten tijde van het ontstaan van de rechtsverhouding overeengekomen dat ongedaan gemaakt zal worden als de voorwaarde in vervulling gaat. Dit betreft derhalve een invulling van de *werking* van de ontbindende voorwaarde. Een invulling die voortvloeit uit de partijwil. Ook voor wat betreft de verklaring voor het beëindigen van de rechtsverhouding heb ik verdedigd, dat deze het gevolg is van de partijwil. Niet de ontbindende voorwaarde als zodanig vormt deze verklaring, maar de afspraak tussen partijen dat mét het plaatsvinden van de toekomstige onzekere gebeurtenis de rechtsverhouding zal zijn beëindigd. Het is derhalve de partijwil die het gevolg van de voorwaardelijkheid – de *voorwaardelijke werking* – invulling geeft. Dit blijkt mede daaruit dat partijen im- of expliciet deze voorwaardelijkheid ook kunnen nuanceren. Niet ieder gevolg van de rechtsverhouding eindigt (direct) met het in vervulling gaan van de voorwaarde. Weliswaar behoeft dit laatste niet verklaard te worden uit de partijwil, toepassing van de redelijkheid en billijkheid zou wellicht tot dezelfde resultaten kunnen leiden, maar de partijwil vormt wel een goede verklaring voor dergelijke nuanceringen.

3.4 DE PARTIJWIL ALS GRONDSLAG VOOR DE VOORWAARDELIJKE WERKING

Partijen hebben voor het geldend recht nogal wat vrijheid inzake de voorwaardelijkheid van hun rechtsverhouding. Dat begint er reeds mee dat het uiteraard partijen zelf zijn die bepalen of de tot stand te brengen rechtsverhouding voorwaardelijk zal zijn.⁴⁸⁶ Daarnaast zijn het partijen zelf die vaststellen wat de inhoud van de voorwaarde – de *gebeurtenis* – is.⁴⁸⁷ Mede in verband daarmee zijn het tot op zekere hoogte ook partijen die bepalen hoe ver hun invloed mag reiken ten aanzien van het toekomstige wel of niet intreden van de voorwaarde.⁴⁸⁸ Ook staat het partijen in elk geval voor een belangrijk deel vrij om de gevolgen van het intreden van een voorwaarde vast te stellen. Zo is het aan partijen om te bepalen of door het intreden van een ontbindende

⁴⁸⁶ Zie § 4.1.

⁴⁸⁷ Zie § 4.2.

⁴⁸⁸ Zie hoofdstuk 7, ook v.w.b. de door mij in § 7.4.2.3 verdedigde benadering van art. 6:23 BW.

voorwaarde uitsluitend de rechtsverhouding 'voor de toekomst' wordt beëindigd, of dat ook ongedaanmakingsverplichtingen zullen bestaan. Maar ook een specifieke kwestie van het al dan niet uitsluiten van goederenrechtelijke werking van het intreden van een voorwaarde staat ter vrije bepaling van partijen.⁴⁸⁹ In een aantal wezenlijke opzichten is het derhalve onbetwist de partijwil die nadere invulling geeft aan (de gevolgen van) de voorwaardelijkheid.

Interessant genoeg is het minder duidelijk en op onderdelen ook bestreden in hoeverre de verdere gevolgen van de voorwaardelijkheid steeds ter vrije bepaling van partijen staan. Dat bij die eventuele vrijheid tenminste twee duidelijke grenzen bestaan, is in dat verband duidelijk. Op de eerste plaats is de rechtsverhouding voor zover die leidt tot – in feitelijke en juridische zin – blijvende gevolgen naar haar aard onvoorwaardelijk. Waar de rechtsverhouding immers tot onvoorwaardelijke gevolgen leidt, kan onmogelijk (nog) sprake zijn van een grondslag voor die gevolgen die tot voorwaardelijkheid strekte. Op de tweede plaats is er een grens specifiek voor opschortende voorwaardelijkheid. Bij gevolgen die vooralsnog met vol effect intreden, kan niettemin sprake zijn van ontbindende voorwaardelijkheid. Kenmerkend aan de ontbindende voorwaarde is immers juist, dát gevolgen kunnen en vaak ook zullen intreden tot het eventuele moment van het intreden van de voorwaarde. Waar het bij ontbindende voorwaardelijkheid om gaat is, dat mét het intreden van de voorwaarde die gevolgen zullen eindigen. Opschortende voorwaardelijkheid kent in deze een geheel andere systematiek. De rechtsverhouding die vóór het moment van intreden van de opschortende voorwaarde leidt tot directe gevolgen, is in zoverre niet opschortend voorwaardelijk van aard.⁴⁹⁰

De beide vorenstaande grenzen zijn een inherente consequentie van voorwaardelijkheid. Worden deze grenzen overschreden dan is geen sprake van voorwaardelijkheid respectievelijk opschortende voorwaardelijkheid. Deze 'beperkingen' aan de eventuele vrijheid van partijen om de gevolgen van voorwaardelijkheid zelf vast te stellen, vinden immers hun logische grens waar geen sprake meer is van voorwaardelijkheid respectievelijk waar de aard van de (opschortende) voorwaardelijkheid geweld zou worden aangedaan. Of anders gezegd, déze grenzen aan de partijvrijheid bestaan uitsluitend omdat partijen bij overschrijding daarvan niet langer handelen met het uitgangspunt van de door partijen zelf beoogde voorwaardelijkheid.

De thans nogmaals te bespreken vraag is echter of buiten de vorenbedoelde grenzen het al dan niet de partijwil is die de grondslag vormt voor – en daarmee ook de inhoud bepaalt van – de gevolgen van de voorwaardelijkheid. In dat verband heb ik het begrip voorwaardelijke werking besproken.⁴⁹¹ We

489 Zie § 11.4.2.

490 Zie § 3.2.3.4.

491 Zie § 3.1.4.

zagen dat het bepaald niet eenvoudig is om vast te stellen wat dit begrip in abstracto precies betekent en dat het in de literatuur daarbij ook onduidelijk blijft of sprake is van een verklarend of een beschrijvend begrip. *Verklarend* in die zin dat uit dit begrip de materiële gevolgen van de voorwaardelijkheid kunnen worden afgeleid of *beschrijvend* in de zin van uitsluitend doelend op deze materiële aspecten. Met enige voorzichtigheid heb ik gesteld dat de literatuur de voorwaardelijke werking bij opschortende voorwaarden vaak als een verklarend begrip lijkt te beschouwen, terwijl bij ontbindende voorwaardelijkheid dit begrip eerder een beschrijvende functie lijkt te hebben. Dat dit wezenlijke verschil in kwalificatie van de voorwaardelijke werking in de literatuur niet duidelijker naar voren komt – laat staan dat sprake zou zijn van een discussie dienaangaande – is het gevolg daarvan, dat de materiële aspecten van voorwaardelijkheid voor het geldend recht nauwelijks omstreden zijn. Omdat voorwaardelijkheid in de literatuur meestal benaderd wordt vanuit die materiële aspecten blijkt het verschil in kwalificatie van de voorwaardelijke werking dan ook slechts in een beperkt aantal gevallen. Om dit verschil in kwalificatie duidelijker naar voren te laten komen, heb ik ten aanzien van zowel opschortende als ontbindende voorwaardelijkheid gefocust op een aantal specifieke materiële aspecten waar het belang van de kwalificatie blijkt.

Bij opschortende voorwaarden betreffen deze materiële aspecten in ieder geval de *Vorwirkung* en de vraag naar de mogelijkheid van nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis. In het kader van de rechtsvergelijking met het OBW en het Duitse en Zwitserse recht zagen we daarbij het wezenlijke verschil tussen systemen waarbij ten gevolge van de opschortende voorwaarde tussen partijen de rechtsverhouding buiten de overeenkomst – de verbintenissen en vorderingsrechten derhalve – nog niet tot stand is gekomen en waar dat wél het geval is. In dit verband is de onmogelijkheid van nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis zonder twijfel een logisch gevolg van het (nog) niet bestaan van de verbintenis respectievelijk het vorderingsrecht zelf, zoals dit waarschijnlijk het geldend recht van het OBW was en het Duitse en Zwitserse recht is. Waar immers geen verbintenis is, kan deze uiteraard niet worden nagekomen.

Voor het geldend Nederlandse recht is het bij het onbetwiste uitgangspunt van het wél directe bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis daarentegen erg moeilijk om de onmogelijkheid van directe nakoming onder opschortende voorwaarde te beargumenteren. Weliswaar wordt deze onmogelijkheid door een belangrijk deel van de literatuur aangenomen, maar de verklaring daarvoor – de werking van de verbintenis is opgeschort – gaat impliciet uit van de voorwaardelijke werking als een verklarend begrip met een zelfstandige betekenis. Waarom de voorwaardelijke werking echter een dergelijk verklarend begrip zou zijn en wat die verklaring zou moeten inhouden, blijft in de literatuur onbesproken. Bij het uitgangspunt van het directe bestaan van de verbintenis, waarbij eerder de vraag opkomt waarom bepaalde

gevolgen nog *niet* intreden dan de tegenovergestelde vraag waarom andere gevolgen *direct* intreden, is dat een mijns inziens fors hiaat in de onderbouwing van de veronderstelde onmogelijkheid.

Met een ander deel van de literatuur verdedigde ik dat een dergelijke vroegtijdige nakoming in beginsel wel mogelijk is. Althans, als we voor ogen houden dat opschortende voorwaardelijkheid de vorenbesproken inherente grens van de opgeschorte gevolgen met zich meebrengt. Dat deze grens materieel betekent dat erg veel prestaties inderdaad nog niet kunnen worden nagekomen zonder af te zien van de opschortende voorwaardelijkheid doet niets af aan het systematische uitgangspunt, dat wel degelijk direct onder voorwaarde kan worden nagekomen. Die mogelijkheid is echter tevens in die zin beperkt, dat partijen anders overeen kunnen komen. Een bewust vroegtijdig presteren behoeft derhalve op grond van art. 6:25 BW niet ongedaan gemaakt te worden (althans niet voordat de opschortende voorwaarde alsnog zou vervallen), maar een abusievelijk presteren in de veronderstelling dat de verbintenis reeds onvoorwaardelijk is – en derhalve zónder dat partijen hebben bedoeld dat vroegtijdig gepresteerd werd – weer wel. Het is derhalve de partijwil die bepaalt of al dan niet kan worden nagekomen onder opschortende voorwaarde voordat die voorwaarde is ingetreden.⁴⁹²

In het kader van de opschortend voorwaardelijke werking hebben we ook naar de *Vorwirkung* gekeken. Bij de rechtsvergelijking bleek in dat verband een aanvullende factor van belang te zijn. Terwijl in elk geval een deel van de materiële aspecten van opschortende voorwaardelijkheid in het OBW alsmede het Duitse en Zwitserse recht wordt afgeleid uit het nog niet bestaan van de verbintenis en de vorderingsrechten, kent het Zwitsers recht een systematiek waarbij de rechtsbetrekking tussen partijen als deel van het begrip van de overeenkomst wel direct bestaat.⁴⁹³ Dit laatste stemt overeen met het geldend Nederlandse recht, maar wijkt af van het OBW en het Duitse recht. Dit verschil blijkt in die zin van belang te zijn, dat de Zwitserse literatuur de grondslag voor de gevolgen als samengevat onder het begrip *Vorwirkung* ziet in het directe bestaan van deze rechtsbetrekking. De literatuur van het OBW worstelde, bij het uitgangspunt van het nog ontbreken van een bestaande verbintenis, daarentegen stevig met deze grondslag. De Duitse literatuur lijkt dat niet te doen, maar wat voor het Duitse recht die grondslag zou moeten vormen blijft niettemin onduidelijk.

Wat er echter moge zijn van de bedoelde grondslag voor de *Vorwirkung* in deze drie stelsels, voor het huidige Nederlandse recht heb ik een geheel andere systematiek verdedigd. Zoals gezegd vormen verbintenissen en vorderingsrechten onder opschortende voorwaarde direct bestaande delen van de

492 Ik wijs er nogmaals op dat het Duitse en Zwitserse recht hetzelfde materiële gevolg kennen, maar o.g.v. een geheel andere, buiten het terrein van voorwaarden liggende systematiek. Zie § 3.2.3.1.

493 Zie voor dit lastige begrip § 3.1.2.1.

rechtsverhouding. Het bestaan van een grondslag voor de *Vorwirkung* ligt daarmee geheel voor de hand; ieder gevolg dat onderdeel vormt van de *Vorwirkung* vindt zijn grondslag in het deel van de rechtsverhouding waar deze bij onvoorwaardelijkheid ook in zou zijn gelegen. Er is immers dankzij het directe bestaan van onder meer de verbintenissen en vorderingsrechten geen enkele reden om een andere grondslag te vinden dan ingeval van onvoorwaardelijkheid.

Dit confronteert ons wederom met de tegenovergestelde vraag: het bestaan van de gevolgen van de *Vorwirkung* laat zich in het Nederlands geldend recht eenvoudig verklaren, maar langs welke wijze laat zich verklaren dat andere gevolgen vooralsnog zijn 'opgeschort'? Bij de veronderstelling dat de (opschortend) voorwaardelijke werking een verklarend begrip zou vormen, zou uit de achterliggende systematiek moeten voortvloeien welke gevolgen direct en welke gevolgen vooralsnog niet intreden. Een dergelijke systematiek ontbreekt echter, althans geen enkele auteur suggereert zelfs maar waaruit een dergelijke systematiek zou moeten bestaan. De voorwaardelijke werking wordt derhalve wel als verklarend begrip gehanteerd, maar – toegespitst op de *Vorwirkung* – zonder dat duidelijk is waarom de achterliggende systematiek leidt tot deels direct intredende en deels opgeschorte gevolgen.

Bij een grondslag gelegen in de wil van partijen is deze scheiding in wel en niet direct intredende gevolgen daarentegen eenvoudig. Partijen wensen hun rechtsverhouding aan te gaan 'onder opschortende voorwaarde' en daar vloeit de bedoelde scheiding rechtstreeks uit voort. Dat betekent tevens dat partijen in zekere mate ook zelf bepalen welke gevolgen wel en niet direct intreden,⁴⁹⁴ zolang ze maar niet in strijd handelen met de opschortende voorwaardelijke aard van hun rechtsverhouding. Een veroordeling tot directe nakoming 'onder opschortende voorwaarde' – bijvoorbeeld de overdracht van een zaak onder deze voorwaarde – is derhalve mogelijk, indien partijen in het kader van die voorwaardelijkheid beoogd hebben dat inderdaad vroegtijdig gepresteerd zou worden. Daaruit vloeit voort dat ook een executoriaal beslag wel degelijk mogelijk kan zijn voordat de opschortende voorwaarde is ingetreden. Ook bij de verklaring van de *Vorwirkung* vormt derhalve de partijwil de factor waar alles om draait en vormt de voorwaardelijke werking derhalve niet als zodanig een verklarend begrip.⁴⁹⁵

494 Dit 'in zekere mate' doelt op het gegeven dat een redelijk gedeelte van de gevolgen voortvloeit uit andere aspecten van de rechtsverhouding dan hetgeen partijen zijn overeengekomen. Bijv. het feit dat een opschortend voorwaardelijk vorderingsrecht reeds kan worden gecedeerd als een bestaand recht is nu eenmaal een gevolg van de goederenrechtelijke kwalificatie als bestaand recht. Met de partijwil heeft dit gevolg niets te maken. Daarbij merk ik overigens nogmaals op dat nogal wat aspecten van de opschortende voorwaardelijke rechtsverhouding met directe werking eigenlijk niets te maken hebben met de *Vorwirkung*, w.o. tevens begrepen voormelde mogelijkheid van cessie. Zie § 3.2.2.

495 Zie over die verklaring § 3.2.2.3.

Ook in het verband van ontbindende voorwaardelijkheid heb ik twee materiële aspecten besproken waarbij het belang van de kwalificatie van de voorwaardelijke werking blijkt. Dit betrof de vraag naar het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen en de verklaring voor het beëindigen van de rechtsverhouding bij het intreden van de voorwaarde. Bij de bespreking van de verschillende wettelijke stelsels zagen we dat de verklaring voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen geheel verschillend wordt benaderd.⁴⁹⁶ Voor het Nederlands geldend recht wordt die verklaring veelal gezien in een wettelijke ontstaansgrond, namelijk art. 6:24 BW. Die opvatting is mijns inziens onjuist. Partijen zijn ten tijde van het ontstaan van de rechtsverhouding overeengekomen dat ongedaan gemaakt zal worden als de ontbindende voorwaarde in vervulling gaat. Of anders gezegd, op grond van de partijwil zullen ongedaanmakingsverplichtingen ontstaan. Dit laatste blijkt reeds daaruit dat partijen, voor het geldend recht onbetwist, ook overeen hadden kunnen komen dat *niet* ongedaan gemaakt zal worden.

Met dit uitgangspunt is het nog maar een kleine stap om in die partijwil ook de grondslag voor het ontstaan van die ongedaanmakingsverplichtingen te zien. Waar partijen op basis van de partijwil beogen dat ongedaan gemaakt zal worden, ligt de gedachte van de partijwil als deze grondslag zelfs meer dan voor de hand. Een systematiek waarbij partijen wél het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen overeenkomen, maar de grondslag voor dat ontstaan uiteindelijk uit de wet zou moeten voortvloeien, miskent de functie van de partijwil. Een wettelijke grondslag is derhalve overbodig.

Tot slot heb ik ook ten aanzien van de verklaring voor het beëindigen van de rechtsverhouding verdedigd, dat deze het gevolg is van de partijwil.⁴⁹⁷ Niet de ontbindende voorwaarde zelf vormt deze verklaring, maar deze verklaring is gelegen in het feit dat partijen overeengekomen zijn dat met het intreden van de toekomstige onzekere gebeurtenis de rechtsverhouding eindigt. Het is derhalve de partijwil die het gevolg van de voorwaardelijkheid – de *voorwaardelijke werking* – invulling geeft.

Wat kunnen we uit het vorenstaande respectievelijk de daarmee samengevatte voorgaande paragrafen afleiden? Het denken in kaders waarbij de materiële aspecten van opschortende voorwaardelijkheid voortvloeien uit de voorwaarde zélf past bij een systematiek, waarbij de rechtsverhouding gedurende de periode van onzekerheid nog niet bestaat. Voor de ontbindende voorwaardelijkheid geldt dit eveneens bij een systematiek met terugwerkende kracht, waarmee de rechtsverhouding achteraf beschouwd nooit bestaan heeft. De systematiek van een wel of niet bestaan leidt daarbij ten dele tot aanvaardbare en ook logischerwijs uit die systematiek voortvloeiende materiële aspecten. Een onverkort doorvoeren van een dergelijke systematiek leidt echter ook tot

⁴⁹⁶ Zie § 3.3.2.

⁴⁹⁷ Zie § 3.3.3.

een aantal materiële aspecten die duidelijk minder gewenst zijn, waarvoor onder het OBW naar tamelijk moeizame systematische uitwegen is gezocht.

De systematiek van het NBW is in die zin van een geheel andere orde, dat de rechtsverhouding gedurende de periode van onzekerheid in al haar facetten direct bestaat en – bij ontbindende voorwaardelijkheid – ook niet met terugwerkende kracht komt te vervallen. De materiële consequenties van de voorwaardelijkheid laten zich daarmee niet afleiden uit het nog niet of niet meer bestaan van de rechtsverhouding. Van een daadwerkelijk logische benadering bij het vaststellen van die consequenties op basis van een dergelijk wel of niet bestaan kan in die zin onder het NBW dan ook niet langer sprake zijn. Toch lijkt een dergelijke benaderingswijze in de moderne Nederlandse literatuur nog min of meer te worden gehanteerd. Het bestaan van de rechtsverhouding gedurende de periode van onzekerheid wordt vanzelfsprekend onderkend, maar tegelijkertijd wordt de ‘logische’ benaderingswijze van het OBW in die zin ook onder het NBW gehanteerd, dat de materiële aspecten van de voorwaardelijkheid worden afgeleid uit de voorwaardelijke werking. De voorwaardelijke werking wordt derhalve – in elk geval óók – gehanteerd als een verklarend begrip dat de vervanging vormt voor de systematiek van het OBW van het niet (meer) bestaan van de rechtsverhouding.

Dat is niet terecht, althans er valt veel tegen in te brengen. We zagen reeds dat het NBW zelf maar zeer beperkt invulling geeft aan dit begrip van de voorwaardelijke werking, noch in materieel opzicht, noch in systematisch opzicht.⁴⁹⁸ Ook uit de literatuur kunnen we niet opmaken wat de systematiek achter die voorwaardelijke werking zou moeten zijn. De focus ligt op de materiële aspecten van de voorwaardelijkheid, die voor een deel worden beschouwd als een logische consequentie van de voorwaardelijke werking. Zo is bijvoorbeeld de werking van de verbintenis opgeschort en dáárom kan deze verbintenis nog niet verschuldigd worden nagekomen. Van een – in de literatuur veelal impliciet aangenomen – logische onderbouwing van de voorwaardelijke werking is daarbij echter geen sprake. Vrijwel steeds blijft namelijk de vraag wáárom de voorwaardelijke werking tot het betreffende materiële gevolg zou moeten leiden.⁴⁹⁹

Op verscheidene plaatsen in dit hoofdstuk heb ik echter reeds een alternatief omschreven voor de voorwaardelijke werking als verklarend begrip: de partijwil ten tijde van het ontstaan van de rechtsverhouding. In deze partijwil kan heel goed de grondslag voor en nadere invulling van de materiële aspecten van de voorwaardelijke rechtsverhouding worden gezien. Weliswaar kent deze

⁴⁹⁸ Zie § 3.1.4.1.

⁴⁹⁹ Een uitzondering vormt het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde. Althans, zoals ik reeds besprak zou art. 6:24 BW een wettelijke grondslag daarvoor verschaffen, zodat de voorwaardelijke werking niet de begripsmatige verklaring voor dit ontstaan behoeft te vormen. Voor dit ontstaan bestaat echter een veel betere verklaring: de aanvankelijke partijwil.

partijwil ook zekere grenzen ten aanzien van de materiële invulling van de voorwaardelijkheid, maar deze grenzen vloeien niet voort uit een bepaald begrip van de voorwaardelijke werking, maar uit het reeds genoemde feit dat bepaalde gevolgen naar hun aard niet voorwaardelijk respectievelijk opschortend voorwaardelijk zijn. Voor het overige blijkt de partijwil een uitstekende verklaring te vormen voor alle in de vorige paragrafen onderzochte materiële aspecten van de voorwaardelijkheid. Daaruit volgt tevens dat ik het begrip voorwaardelijke werking onder het NBW niet als een verklarend, maar als een beschrijvend begrip beschouw. De voorwaardelijke werking vormt in mijn optiek immers niet de verklaring voor de materiële aspecten van de voorwaardelijkheid, maar is niet meer dan een weergave van die materiële aspecten zoals deze door partijen zijn bepaald.

3.5 DE ONTERECHE FOCUS OP DE VOORWAARDELJKHEID VAN VERBINTENISSEN

Als afsluiting van dit hoofdstuk resteert nog de kwestie van het in het BW en de literatuur toespitsen van de voorwaardelijke werking op verbintenissen. Bij veel relatief eenvoudige rechtsverhoudingen – de koop van een brood, het huren van zaken voor het tuinfeest – is deze in de literatuur gangbare benadering van de voorwaardelijkheid van met name de tussen partijen bestaande verbintenissen begrijpelijk. De reden daarvoor is dat de rechtsverhouding nauwelijks uit meer bestaat dan deze verbintenissen. Toepassing van de voorwaardelijke werking op uitsluitend de verbintenissen leidt derhalve bij deze eenvoudige rechtsverhoudingen veelal tot een aanvaardbaar resultaat. Althans, voor zover de bakker inderdaad bereid blijkt te zijn tot een voorwaardelijke verkoop van een brood.

Voor de meer complexe rechtsverhoudingen, waaronder mede begrepen de rechtsverhoudingen die onder voorwaarde dienen te worden nagekomen, is dat laatste echter vaak anders. In abstracto is de reden daarvoor dat de voorwaardelijkheid van belang kan zijn voor wezenlijke delen van de gehele rechtsverhouding, welke delen echter niet als zodanig onderdeel van een verbintenis behoeven te vormen. Met andere woorden, de voorwaardelijkheid heeft ook betekenis voor onderdelen van de rechtsverhouding zonder dat gezegd kan worden dat deze onderdelen door middel van voorwaardelijkheid van de verbintenis zelf voorwaardelijk zijn. Bij dit laatste denk ik met name aan de overeenkomst, zowel beschouwd als de bron van verbintenissen, maar ook beschouwd als de rechtsbetrekking tussen partijen. Voor beide betekenissen stelde ik eerder dat het zinvol kan zijn om daaraan een voorwaarde te kunnen verbinden.⁵⁰⁰ Het periodiek blijven ontstaan van verbintenissen uit hoofde van een overeenkomst zou bijvoorbeeld afhankelijk gemaakt moeten kunnen worden van het intreden van een ontbindende voorwaarde. Dat geldt mijns

500 Zie § 3.1.2.2.

inziens ook voor het begrip van de overeenkomst als rechtsbetrekking. Voor zover deze rechtsbetrekking meer omvattend blijkt te zijn dan uitsluitend de verbintenissen tussen partijen – er bestaan bijvoorbeeld ook nevenrechten en verplichtingen of wilsrechten⁵⁰¹ – dan zal de voorwaardelijkheid vaak ook daarvoor van belang zijn.

We zouden derhalve kunnen stellen, dat een voorwaarde nogal eens de gehele rechtsverhouding tussen partijen ‘kleurt’. Dat is ook de wijze waarop partijen überhaupt vaak contracteren; in de beleving van partijen wordt de overeenkomst aangegaan onder voorwaarde, echter zonder dat zij een verdere uitwerking aan die voorwaardelijkheid geven. Dat wil uiteraard niet zeggen dat de partijwil niet gericht zou zijn op het bewerkstelligen van allerlei specifieke materiële aspecten van de bedoelde voorwaardelijkheid, zoals ik in de vorige paragraaf verdedigde. Dit laatste betreft uitsluitend de vraag naar de uitleg van de partijwil respectievelijk hetgeen partijen ter zake overeengekomen zijn. Waar het om gaat is, dat het verbinden van een voorwaarde aan hetgeen partijen overeenkomen ook in de bedoeling van partijen op méér betrekking kan hebben dan uitsluitend de tussen hen bestaande verbintenissen.

De reden dat de Nederlandse literatuur gericht is op de voorwaardelijkheid van met name verbintenissen vloeit begrijpelijkerwijs voort uit de nadruk op voorwaardelijke verbintenissen in het NBW. In het Duitse en Zwitserse recht zien we hetzelfde ten aanzien van de voorwaardelijkheid van rechtshandelingen respectievelijk overeenkomsten.⁵⁰² Daarmee is de vraag eerder waarom het NBW zo sterk de nadruk legt op voorwaardelijkheid van specifiek verbintenissen. Systematische of inhoudelijke argumenten ontbreken daarvoor grotendeels. Dit laatste blijkt niet alleen daaruit dat de strekking van veel van de bepalingen van afd. 6.1.5 BW ook buiten het verbintenissenrecht toepassing vindt – bijvoorbeeld hetgeen we onder een voorwaarde moeten verstaan (art. 6:21 en 22 BW), het beletten of teweegbrengen van een voorwaarde (art. 6:23 BW) – maar ook dat het Duitse en Zwitserse recht wetsbepalingen kennen met een zelfde strekking, die echter juist niet zijn toegeschreven op verbintenissen. Ik kan de aandacht in het BW voor specifiek de voorwaardelijke *verbintenis* dan ook niet anders dan historisch verklaren. Het OBW kende een zelfde nadruk op voorwaardelijke verbintenissen (uit overeenkomst) en daarmee ligt de gedachte enigszins voor de hand dat Meijers bij het opstellen van het OM deze structuur zonder veel overwegingen in het NBW heeft voortgezet.

Zoals we echter in § 3.1.2.1 zagen, zijn de begrippen *overeenkomst* en *verbintenis* in de loop van de tijd inhoudelijk gewijzigd. Terwijl onder het OBW aanvankelijk de verbintenis zonder twijfel het grootste deel van of wellicht

501 Ik wijs in deze ook op het Zwitsers recht, waar we zagen dat de verklaring voor de *Vorwirkung* in deze rechtsbetrekking wordt gezien (§ 3.2.2.1). Voor het Nederlands geldend recht verklaar ik de *Vorwirkung* uit het directe bestaan van de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding.

502 Zie § 2.1.1.

zelfs de gehele tot stand gebrachte rechtsverhouding tussen partijen omvatte, heeft sindsdien een zekere verschuiving plaatsgevonden naar het begrip van de overeenkomst. Die verschuiving kan niet zonder gevolgen blijven ten aanzien van de figuur van de voorwaardelijkheid in die zin, dat de voorwaardelijke werking van de voorwaarde ook haar weerslag kan vinden op gevolgen die thans worden geplaatst bij het begrip van de overeenkomst. Ik verwijs voor de zin daarvan naar § 3.1.2.2.

Mijn conclusie is derhalve dat waar partijen aan hun rechtsverhouding een voorwaarde willen verbinden, ook buiten de bestaande verbintenissen – met name ten aanzien van de overeenkomst – gevolgen aan die voorwaardelijkheid kunnen zijn verbonden.

4 Totstandkoming, vormvereisten en bewijs van voorwaarden

4.1 DE TOTSTANDKOMING VAN VOORWAARDEN

4.1.1 Inleiding

In deze paragraaf komen de mogelijke grondslagen voor voorwaardelijkheid aan bod. De partijwil vormt daarbij in elk geval de voornaamste reden of grondslag voor het bestaan van een voorwaarde, aan welke partijwil ook het breed onderkende vereiste van subjectieve onzekerheid is verbonden. De in dat verband belangrijkste te bespreken vraag is of ook grondslagen buiten die partijwil denkbaar zijn. Daarvoor beginnen we met de vraag of *onvoorwaardelijkheid* van een rechtsverhouding het uitgangspunt vormt. Op zich is dat vooral een bewijsrechtelijke vraag, maar het antwoord daarop zegt ook wel iets over de aard van de mogelijke grondslag. In § 4.1.3 bespreek ik vervolgens de partijwil als grondslag voor voorwaardelijkheid, met name om te bezien waarom deze partijwil vaak als de enig mogelijke grondslag voor voorwaardelijkheid wordt beschouwd. De voornaamste andersoortige grondslagen die soms in literatuur en rechtspraak opduiken bespreek ik in § 4.1.4. Tot slot komen in § 4.1.5 mijn bezwaren aan de orde tegen deze varianten van een grondslag buiten de partijwil.

4.1.2 Vormt onvoorwaardelijkheid het uitgangspunt?

Geldend recht, OBW, Duits en Zwitsers recht

Zoals ik hiervoor al stelde, vormt de vraag of een rechtstelsel al dan niet uitgaat van de onvoorwaardelijkheid van een rechtsverhouding op de eerste plaats een bewijsrechtelijke vraag. Immers zal bij een dergelijk uitgangspunt het tegendeel – bestaande uit de voorwaardelijkheid van de rechtsverhouding – bewezen moeten worden. Desondanks is het goed om ook in verband met de *grondslag* voor voorwaardelijkheid kort bij deze in dit kader niet zo eenvoudige vraag stil te staan. Indien namelijk de onvoorwaardelijkheid – of in theorie ook juist voorwaardelijkheid – van een rechtsverhouding ook buiten een bewijsrechtelijke aanname het uitgangspunt zou vormen, dan zou dat impliceren dat de grondslag voor voorwaardelijkheid in zekere zin los staat van die voor het ontstaan van de rechtsverhouding zelf. Partijen brengen alsdan een rechtsverhouding tot stand die onvoorwaardelijk is, óók in het geval de

(on)voorwaardelijkheid door partijen geheel open is gelaten, tenzij er een nadere grondslag zou zijn uit hoofde waarvan een voorwaarde aan die rechtsverhouding wordt verbonden. De voorwaarde vormt alsdan de uitzondering op het uitgangspunt van onvoorwaardelijkheid.

Voorop zij gesteld dat het aantal auteurs dat zich over de vraag heeft uitgelaten óf er een uitgangspunt van onvoorwaardelijkheid bestaat, uiterst bescheiden is. Van Bijnen onderkent voor het Nederlandse recht inderdaad een dergelijke uitgangspunt van onvoorwaardelijkheid.¹ Voor het Duitse recht is een dergelijk uitgangspunt door Schellhammer juist afgewezen.² De onvoorwaardelijkheid of juist voorwaardelijkheid van een rechtsverhouding is zijns inziens een keuze van partijen en kent op grond van de vrijheid die partijen dienaangaande hebben geen uitgangspunt. Peter gaat voor het Zwitsers recht daarentegen weer uit van het wel degelijk bestaan van een uitgangspunt van onvoorwaardelijkheid.³ Bij geen van de auteurs onder het OBW heb ik ten aanzien van de voorliggende vraag een standpunt gevonden. Met dit bescheiden aantal auteurs is derhalve niet alleen de aandacht in de literatuur zeer beperkt, maar ook blijkt geen eenstemmige opvatting te bestaan. Het in § 4.3 te bespreken bewijsrecht en met name de verdeling van de bewijslast tussen partijen in de verschillende stelsels helpt ons in deze evenmin verder. De onderzochte rechtssels kennen onderling deels verschillende verdelingen van de bewijslast tussen partijen. Deze verdeling van de bewijslast wordt echter vrijwel niet beargumenteerd uit hoofde van het wel of niet bestaan van een uitgangspunt van onvoorwaardelijkheid.⁴ Voor de vaststelling van hetgeen dienaangaande als het geldend recht in de verschillende stelsels kan worden beschouwd, ontbreekt dan ook vrijwel ieder houvast.

Niettemin zou ik voor het geldend Nederlandse recht willen aannemen dat een dergelijk uitgangspunt van onvoorwaardelijkheid niet bestaat. Terecht stelt Schellhammer dat de keuzevrijheid van partijen om al dan niet een voorwaardelijke rechtsverhouding tot stand te brengen geen dergelijk uitgangs-

1 Van Bijnen 2006, p. 218, 220 (die o.a. de voorwaardelijkheid van een verbintenis beschouwt als een 'opt-in'-regeling, waarvoor partijen 'expliciet' moeten kiezen. V.w.b. deze explicietheid van die partijkeuze is Van Bijnen v.w.b. het geldend recht in ieder geval abuis, zie § 4.1.3).

2 Schellhammer 2014, p. 1064.

3 Peter 1994, p. 208. Peter wijst er in dat verband op dat de wetsbepalingen ter zake voorwaardelijke overeenkomsten in het OR zijn geplaatst in de titel 'Besondere Verhältnisse bei Obligationen'.

4 Schellhammer vormt daarop van de door mij bestudeerde Duitse auteurs de enige uitzondering (Schellhammer 2014, p. 1064). Wél is het zo dat – voor zover we Peter voor het Zwitsers recht mogen volgen – v.w.b. dit bewijsrecht een verband zou kunnen bestaan met het Zwitserse uitgangspunt van onvoorwaardelijkheid van de rechtsverhouding. In § 4.3 zullen we nl. zien dat het huidige Zwitsers recht zowel de bewijslast van het bestaan van een ontbindende als een opschortende voorwaarde bij de debiteur legt (ten dele in afwijking van het Nederlands geldend recht en het Duitse recht). Daarin kunnen we inderdaad een uitgangspunt van onvoorwaardelijkheid zien, ook al wordt dit in de Zwitserse literatuur niet als argument v.w.b. deze bewijslastverdeling genoemd.

punt kent. Dat in het rechtsverkeer zonder twijfel het merendeel van de rechtsverhoudingen door partijen onvoorwaardelijk tot stand wordt gebracht, doet hier niets aan af. Een dergelijk kwantitatief argument zou bewijsrechtelijk wellicht betekenis kunnen hebben, maar is zonder enig gewicht waar het een essentieel beginsel als de contractsvrijheid van partijen betreft. Voor zover we al de mogelijkheid van grondslagen voor voorwaardelijkheid buiten de partijwil zouden willen aannemen, vormt dit eerder nog een additioneel argument tégen een uitgangspunt van onvoorwaardelijkheid. Daaruit zou immers volgen dat zelfs als de partijwil niet op voorwaardelijkheid zou zijn gericht, nog steeds sprake kan zijn van een voorwaarde. Ik wil derhalve, ook al is dit op basis van de bronnen voor het geldend recht niet te onderbouwen, aannemen dat het uitgangspunt van onvoorwaardelijkheid voor het Nederlands geldend recht ontbreekt.

4.1.3 De partijwil respectievelijk rechtshandeling als grondslag

4.1.3.1 De partijwil als grondslag in de verschillende stelsels

Inleiding

Reeds enkele malen kwam naar ter sprake dat de grondslag voor voorwaardelijkheid veelal in de partijwil wordt gezien. In deze paragraaf ga ik nader in op deze grondslag, waarbij we op de eerste plaats bekijken of deze grondslag in de onderzochte stelsels inderdaad als enig mogelijke grondslag wordt beschouwd. Voor zover dat het geval is, gaan we tevens op zoek ga naar de argumenten waarom de partijwil de enig mogelijke grondslag zou zijn.

Geldend recht

Het ontstaan van voorwaardelijkheid van een rechtsverhouding kan voor het Nederlands geldend recht als uitgangspunt op één grond plaatsvinden: de partijwil. In de literatuur wordt dit ook – wederom als uitgangspunt – onderkend.⁵ Voor de voorwaardelijke verbintenis volgt dit reeds uit de omschrijving van art. 6:21 BW, waar uitdrukkelijk sprake is van een ‘bij rechtshandeling’ van een voorwaarde afhankelijk gestelde verbintenis. Een rechtshandeling is als partijhandeling gebaseerd op partijwil, zodat daaruit het dwingende verband tussen enerzijds partijwil en anderzijds de verbintenis onder voor-

5 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 136; Ruygvoorn 2010, p. 169 nt. 6; Pitlo/Cahen 2002, p. 35; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 117; (vermoedelijk) Den Tonkelaar 1994, p. 4, 10 e.v., 36; (vermoedelijk) Van Buchem-Spapens 1982, p. 57. Voor het Belgisch recht: De Coninck 2007, p. 80, 133, 189 e.v.

Zie voor een nogal bijzondere constructie om tot de grondslag van (overeenstemmende) partijwil te komen ter zake een voorwaarde: Ktg. Rotterdam 16 november 1992, JAR 1993, 21.

waarde volgt.⁶ Althans voor zover we aan deze redactie van art. 6:21 BW een algemene gelding zouden willen toekennen. Daarmee is derhalve gegeven dat verbintenissen die zijn ontstaan uit een *niet* op de partijwil gebaseerde grondslag evenmin zouden kunnen zijn ontstaan onder voorwaarde.⁷ Dat laat vanzelfsprekend onverlet de mogelijkheid van het alsnog voorwaardelijk maken van een dergelijke verbintenis op grond van nadere wilsovereenstemming tussen partijen.⁸ Bij het vorenstaande mag het overigens als enigszins opvallend worden beschouwd dat weliswaar de partijwil als dé grondslag voor voorwaardelijkheid wordt gezien, maar dat in dat verband in de literatuur niet vaker de relatie wordt gelegd met het vereiste van subjectieve onzekerheid. Ik kom daar in § 4.1.3.2 op terug.

De partijwil als grondslag voor voorwaardelijkheid vormt voor het geldend Nederlands recht zonder twijfel het algemene uitgangspunt en is ook de voortzetting van de onder het OBW bestaande opvattingen. Het is derhalve de partijwil op grond waarvan zowel een rechtsverhouding voorwaardelijk

6 Eerder heb ik reeds gesteld dat het begrip van de voorwaarde en eigenlijk ook een belangrijk deel van de bepalingen van afd. 6.1.5 BW onterecht is toegeschreven op verbintenissen (§ 3.5). Overeenkomstig het BGB zou een plaatsing in Boek 3 BW bij de rechtshandeling juist zijn geweest. Aan die opvatting ligt ten grondslag dat 'voorwaardelijkheid' bij verbintenissen geen andere figuur is dan bij bijv. rechtshandelingen. Daarmee is tevens gegeven dat de partijwil ook de grondslag vormt voor voorwaarden bij rechtshandelingen.

7 Bijv. een verbintenis tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad of u.h.v. ongerechtvaardigde verrijking.

8 In gelijke zin: Blokland 2007, p. 15 (m.b.t. de herroepelijke – ontbindend voorwaardelijke – schenking); Hofmann/Van Opstall 1976, p. 362. Zie ook Rb. Leeuwarden (vzr.) 28 mei 2008, LJN: BD3234, waarbij werd vastgesteld dat ontbindende voorwaardelijkheid ná het ontstaan van een overeenkomst niet *eenzijdig* in het leven kan worden geroepen.

Ter zake deze mogelijkheid kunnen we niettemin op drie punten twijfelen. Op de eerste plaats is er de vraag of een reeds nagekomen – en daarmee tenietgegaane – verbintenis überhaupt nog voorwaardelijk gemaakt kan worden. Partijen zouden daarmee een wijziging aanbrengen in een rechtsverhouding, die niet (meer) bestaat. Blokland, de enige auteur die zich hierover heeft uitgelaten, lijkt hier geen probleem mee te hebben (Blokland 2007, p. 15). Het tweede punt van twijfel betreft de meer specifieke kwestie of een reeds nagekomen verbintenis alsnog *opschortend* voorwaardelijk gemaakt kan worden. Dit betreft de in § 3.2.3 besproken vraag of een opschortend voorwaardelijke verbintenis een grondslag voor nakoming oplevert. Als we in afwijking van hetgeen ik zelf verdedig zouden aannemen van niet, kan aan de nagekomen verbintenis óf geen opschortende voorwaarde worden toegevoegd, óf is deze daarmee alsnog onverschuldigd nagekomen.

Het laatste punt betreft de vraag of de d.m.v. een *beschikking* reeds nagekomen verbintenis uitsluitend d.m.v. nadere wilsovereenstemming alsnog voorwaardelijk gemaakt worden. Hier speelt het vraagstuk van de verklaring van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden. Voor zover we die verklaring vinden op het terrein van de goederenrechtelijke gerechtigdheid (en niet op het gebied van de voorwaardelijkheid van de overdracht) heb ik grote twijfels aan het ná de beschikking alsnog met goederenrechtelijk effect voorwaardelijk maken uitsluitend op grond van nadere partijwil. Samengevat zou daarmee de partijwil alsnog een goederenrechtelijke 'bezwaaring' (of hoe we dit goederenrechtelijk effect bij een voorwaardelijke gerechtigdheid ook zouden willen zien) tot gevolg hebben zónder dat sprake is van een beschikkingshandeling waarbij die voorwaardelijkheid in het verkregen recht wordt verdisconteerd. Zie ook § 11.2.7.

is, als die bepaalt wat de inhoud (de *gebeurtenis*) van een voorwaarde is. Het is echter de vraag of in dit uitgangspunt van de partijwil als grondslag niet toch 'rek' zit. Bij deze mogelijkheid van een eventueel breder denkbare grondslag kunnen we aan een aantal varianten denken, die kunnen worden gerangschikt in twee groepen. Ten eerste zijn er de varianten die in feite nog steeds de partijwil als grondslag voor de voorwaardelijkheid hebben. Een daadwerkelijke afwijking van het uitgangspunt van de partijwil vormen deze derhalve niet. Het duidelijkste voorbeeld daarvan is de stilzwijgend overeengekomen voorwaarde, waar de partijwil slechts niet expliciet tot uiting is gebracht.⁹ Andere mogelijkheden zijn de voorwaarde als bestendig gebruikelijk beding en (vermoedelijk) de voorwaarde die volgens een enkele auteur moet worden 'ingelesen'.¹⁰ Ook voor een aantal in de wet verder uitgewerkte voorwaardelijke figuren, zoals het eigendomsvoorbehoud en de koop op proef, vormt de partijwil nog steeds de grondslag voor deze voorwaardelijkheid.

Daarnaast is er de groep van varianten waarbij de grondslag voor voorwaardelijkheid slechts met wezenlijke twijfels of vaak ook geheel niet is te herleiden tot de partijwil. Dit betreft voorwaardelijkheid uit hoofde van gewoonte, de redelijkheid en billijkheid, de zogeheten *wettelijke voorwaarden*, door de rechter gestelde voorwaarden, alsmede wellicht een aantal specifieke figuren zoals het recht van reclame. Het zijn deze varianten die, afhankelijk van welke variant het betreft, soms of steeds in literatuur en rechtspraak als grondslag voor voorwaarden worden aanvaard en waaruit dan ook zou volgen dat de partijwil in elk geval niet stéeds de grondslag voor voorwaardelijkheid behoeft te zijn. Het materiële belang van deze mogelijke verbreding van de grondslag

9 Zie bijv. HR 31 januari 1997, NJ 1998, 327 (waarin de term 'mijn echtgenote' tot de conclusie leidde, dat een echtscheiding van de latere erflater een ontbindende voorwaarde behelsde. Overigens stelt de HR niet als zodanig dat sprake zou zijn van een voorwaarde, maar dat lijdt eigenlijk geen twijfel).

Zie ook: De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 57; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 136; Ruygvoorn 2010, p. 169 nt. 6; Janssen 2005, p. 138; Brunner & De Jong 2004, p. 56; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 125; Den Tonkelaar 1994, p. 10 e.v. (en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 12 e.v.). Een stilzwijgend overeengekomen voorwaarde was volgens Potjewijd overigens reeds onder het Romeinse recht mogelijk (Potjewijd 1998, p. 109).

10 Gräler stelt met enige voorzichtigheid dat bij een juiste doorgifte van verplichtingen aan een rechtsopvolger ter uitvoering van een kettingbeding bij overgang van de eigendom van een goed de verplichtingen van de oorspronkelijke eigenaar jegens de schuldeiser d.m.v. een ontbindende voorwaarde steeds eindigen (Gräler 1994, p. 7). Kooy en Melgers laten in het midden of zij deze visie van Gräler onderschrijven (Kooy & Melgers 2004, p. 15). Afgezien van de thans besproken kwestie van de (ontbrekende) partijwil is het overigens nog de vraag of de door Gräler bedoelde gebeurtenis van overgang onder bijzondere titel wel voldoet aan het vereiste van objectieve onzekerheid. De kans dat een huidige eigenaar en zijn rechtsopvolgers onder algemene titel tot in lengte van dagen de betreffende eigendom zullen behouden lijkt immers uiterst klein (zie § 2.4.4 over het belang van 'kansen' bij voorwaarden). Waar geen sprake is van (objectieve) onzekerheid kan geen sprake zijn van voorwaardelijkheid, maar wel van een (in dit geval ontbindende) tijdsbepaling.

voor voorwaardelijkheid lijkt daarbij met name gelegen te zijn in analoge toepassing van de wettelijke bepalingen ter zake voorwaarden.¹¹

Bij het vorenstaande moeten we wel voor ogen houden dat, overeenkomstig de hierna besproken situatie onder het OBW, er voor het geldend recht bepaald geen sprake is van duidelijk uitgewerkte opvattingen dienaangaande. Zoals gezegd vormt als uitgangspunt de partijwil de grondslag voor voorwaardelijkheid, maar hoe dit uitgangspunt zich precies verhoudt tot de vorenbedoelde tweede groep van varianten blijft in de literatuur eigenlijk onbesproken. Zoals ik § 4.1.3.2 en 4.1.5 zal bespreken, wringt in dit verband de schoen met name bij het voor voorwaarden onbetwiste vereiste van subjectieve onzekerheid bij partijen.

Oud BW

De thans besproken vraag naar de mogelijke grondslag voor voorwaardelijkheid werd in de literatuur van het OBW veelal vanuit een enigszins andere invalshoek benaderd. De insteek was namelijk vrijwel steeds of buiten de voorwaardelijkheid van verbintenissen uit *overeenkomst* – waar afd. 3.1.5 OBW ter zake voorwaarden specifiek op zag – sprake kon zijn van voorwaardelijkheid. Dat ingeval van voorwaardelijkheid van een verbintenis uit overeenkomst de partijwil de grondslag voor die voorwaardelijkheid vormde, behoefde geen betoog. Ook voor zover door een partij een voorwaarde werd verbonden aan een andersoortige rechtshandeling dan een overeenkomst werd dit aangenomen. Echter, de vraag naar de grondslag van voorwaardelijkheid werd bij andersoortige voorwaarden dan degene die duidelijk uit de partijwil voortvloeiden, met name de *wettelijke voorwaarden*, veelal benaderd vanuit de vraag of deze wel als daadwerkelijke voorwaarden kwalificeerden. De vraag naar de eventuele grondslag kwam daarbij veelal niet of slechts zijdelings ter sprake.

Voor een deel van de literatuur onder het OBW gold dat wilsovereenstemming respectievelijk de partijwil werd gezien als de enige mogelijke grondslag voor eventuele voorwaardelijkheid van een rechtsverhouding.¹² Ook de stilzwijgend overeengekomen voorwaarde werd uiteraard aanvaard.¹³ In het

11 Deze mogelijkheid van analoge toepassing wordt overigens ook onderschreven, i.o.m. de TM (Boek 6, TM, p. 145), in elk geval v.w.b. door de rechter of de wet gestelde voorwaarden: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 128 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 117); Den Tonkelaar 1994, p. 5.

12 Pitlo 1964, p. 72; Hofmann 1937, p. 86, 87; (waarschijnlijk) Van Brakel 1935a, p. 12, 13; Cleveringa 1919, p. 165; Everts 1883, p. 18 e.v., 59.

13 HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.) ter zake de ontbindende voorwaarde bij een fiduciaire eigendomsoverdracht en m.n. de conclusie van de A-G daarbij. Kleijn onderschrijft in zijn noot bij dit arrest de mogelijkheid van een stilzwijgende (hij spreekt van een 'ingebouwde') ontbindende voorwaarde. Zie verder ook: Rb. Rotterdam 22 februari 1950, NJ 1952, 261; Hof Amsterdam 24 juni 1936, NJ 1937, 1125; Rb. Breda 17 februari 1920, NJ 1920, 587.

Ook: Asser/Rutten 1973, p. 127 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 137); Pitlo 1964, p. 73; Veegens/Oppenheim 1917, p. 33 en 42; Opzoomer 1879a, p. 177 nt. 1.

verband van de stilzwijgende voorwaarde werd tevens de voorwaarde als bestendig gebruikelijk beding door de Hoge Raad geaccepteerd.¹⁴ In de literatuur werd ten aanzien van verbintenissen dan ook wel geconstateerd, dat uitsluitend verbintenissen uit overeenkomst – en niet uit hoofde van de wet – voorwaardelijk kunnen zijn.¹⁵

Deze constatering moeten we echter uitdrukkelijk onderscheiden van de (voormelde) eveneens in de literatuur verwoorde vaststelling, dat de bepalingen van afd. 3.1.5 OBW waren geschreven ten aanzien van voorwaardelijke verbintenissen specifiek uit overeenkomst.¹⁶ Deze laatste vaststelling liet op zich immers onverlet dat andersoortige verbintenissen wel degelijk voorwaardelijk zouden kunnen zijn, waarbij de wetsbepalingen van deze afdeling eventueel analoog zouden kunnen worden toegepast.¹⁷ In overeenstemming met deze laatste gedachte werd dan ook door sommige auteurs gesteld, dat rechtsverhoudingen ook uit andere hoofde dan wilsovereenstemming onder een voorwaarde zouden kunnen ontstaan, bijvoorbeeld uit hoofde van een wettelijk totstandkomingsvereiste.¹⁸ Ook bevatte art. 1302 OBW de wettelijke fictie van een stilzwijgend tussen partijen overeengekomen ontbindende voorwaarde ter zake een tekortschieten bij wederkerige overeenkomsten. Juist omdat sprake was van een fictie en niet van een wettelijk vermoeden van de

14 HR 24 januari 1924, NJ 1924, 365.

15 Hofmann 1937, p. 87 (t.a.v. de rechtsverhouding bij een *wettelijke voorwaarde* spreekt Hofmann dan ook van 'slechts een rechtsverwachting'. Hofmann onderkende wel de mogelijkheid van voorwaarden u.h.v. de wet, maar beschouwde deze niet als voorwaarden in de zin van art. 1289 OBW e.v. (Hofmann 1937, p. 87); Van Brakel 1935a, p. 12; (vermoedelijk) Diephuis 1885, p. 108, 109. Zie ook Cleveringa, die de gedachte van Van Proosdij afwees dat een aantal wetsartikelen in feite stilzwijgende ontbindende voorwaarden behelsden (Cleveringa 1919, p. 165).

Overigens bepaalde de Hoge Raad in 1903 dat de regresvordering van een borg op de hoofdschuldenaar – een verbintenis uit de wet derhalve – wel degelijk als 'opschortend voorwaardelijk' kwalificeerde (HR 13 november 1903, W. 7986). Zie verder ook § 4.1.4.4 en § 6.2.5.

16 Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 117; Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 124 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 136); Hofmann/Van Opstall 1976, p. 359; Pitlo 1964, p. 72 (zie ook Pitlo 1965, p. 197, 198, waarbij Pitlo de vraag stelt of art. 1297 OBW ook geldt voor goederenrechtelijke rechtshandelingen, overigens zonder het antwoord te geven); Kalma 1940, p. 221.

17 Deze analoge toepassing werd door een deel van de literatuur dan ook onderschreven: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 128 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 117); Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 124; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 361 e.v. (althans, Van Opstall stelt dat analogische toepassing op andersoortige verbintenissen 'soms op haar plaats kan zijn'); Wiarda 1943, m.n. p. 307 (Wiarda stelt t.a.v. art. 1296 OBW dat deze bepaling een bredere – bijv. ook zakenrechtelijke – strekking had). Ook Everts achtte analoge toepassing van deze wetsbepalingen buiten het terrein van verbintenissen uit overeenkomst mogelijk, maar uitsluitend v.w.b. rechtshandelingen en derhalve uitsluitend voor zover door een 'wilsverklaring' ontstaan (Everts 1883, p. 2, 59).

18 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 362 e.v.; Kalma 1940, p. 221; Veegens/Oppenheimer 1917, p. 33. Kalma en Veegens zagen in wettelijke totstandkomingsvereisten, zoals een huwelijk voor huwelijkse voorwaarden, wettelijke voorwaarden.

daadwerkelijke partijwil was het zonder meer mogelijk dat een daadwerkelijke partijwil gericht op een dergelijke voorwaardelijkheid geheel ontbrak.¹⁹ Van de – uit hoofde van de wet ontstane – regresvordering van een borg op de hoofdschuldenaar nam de Hoge Raad eveneens sinds lange tijd aan, dat deze vordering vanzelf onder een opschortende voorwaarde ontstond.²⁰

Uit het vorenstaande volgt dat er onder het OBW geen algemeen gedragen opvatting bestond ten aanzien van de vraag of de partijwil de enige grondslag voor voorwaardelijkheid kon zijn. Daarbij was het als gezegd vooral de vraag of wettelijke voorwaarden als voorwaarde moesten worden gekwalificeerd. Dit laatste beperkte de discussie niet alleen onterecht, maar ook werd de eigenlijke vraagstelling vertroebeld door het feit dat het begrip van wat onder een wettelijke voorwaarde moest worden verstaan bepaald niet helder was.²¹ Een echt uitgebreide onderbouwing voor een van beide standpunten ben ik bovendien bij geen van de bestudeerde auteurs tegengekomen.

Duits en Zwitsers recht

Voor zowel het Duitse als het Zwitserse recht is het uitsluitend de partijwil die een rechtsverhouding voorwaardelijk kan maken.²² Voor het Duitse recht

19 Dat sprake was van een fictie volgde rechtstreeks uit de redactie van art. 1302 OBW: 'wordt altijd voorondersteld', maar werd ook in de literatuur onderkend (Brahm 1988, p. 37; Schut 1977, p. 75). Zie ook de conclusie van A-G Franx bij het arrest HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745, waar hij stelt dat bij een cessie van een vorderingsrecht gezien het causale stelsel altijd een ontbindende voorwaarde is 'ingebouwd' van het na de cessie tenietgaan van de titel. Dat kan moeilijk als een partijwil gericht op voorwaardelijkheid worden beschouwd. Iets heel anders is of hier – ook in de opvatting van Franx – überhaupt wel sprake is van een eigenlijke voorwaarde.

Om meerdere redenen werd deze systematiek van de ontbinding d.m.v. de figuur van de ontbindende voorwaarde onder het OBW overigens bekritiseerd, zie: Hofmann 1937, p. 99 e.v.; Veegens/Oppenheim 1917, p. 43. Diephuis betwistte in dat verband dát sprake zou zijn van voorwaardelijkheid (Diephuis 1885, p. 108, nt. 7).

20 Zie bijv. HR 13 november 1903, W. 7986. P-G Polis constateerde in zijn conclusie dat de hoofdschuldenaar zelfs niet bekend behoeft te zijn met de borgstelling. De voorwaardelijkheid van deze uit de wet voortvloeiende vordering kon derhalve op geen enkele wijze herleid worden tot de partijwil van i.e.g. de hoofdschuldenaar.

21 Zie over die vraag § 4.1.4.3.

22 Duits recht: Erman/Armbrüster 2014, p. 459 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 474); Palandt/Ellenberger 2014, p. 178; Schellhammer 2014, p. 1060, 1063; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 612, 613; Bork 2011, p. 495; Staudinger/Bork 2010, p. 311; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1057, 1058; HKK/Finkenauer 2003, p. 882; Wolf 1999, p. 502, 509; Flume 1992, p. 677, 678. Zie ook de conclusie van A-G Haak bij HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.) (m. nt. Kleijn), waarin de A-G voor het Duitse recht in de jaren zeventig van de vorige eeuw tot dezelfde conclusie komt.

Zwitsers recht: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 373; Berger 2012, p. 259; BSK OR I-Ehrat 2011, p. 850 (buiten de wel vermelde partijwil Ehrat noemt althans nergens nog een andere grondslag dan deze partijwil); Koller 2009, p. 1270, 1272; Huguenin e.a. 2008, p. 194, 195; Guhl/Koller 2000, p. 54; Gutmans 1995, p. 8, 9; Peter 1994, p. 207 e.v.; Bucher 1988, p. 505; Merz 1984, p. 148; Becker 1941, p. 712; Stiefel 1918, p. 41, 46, 111. Peter onder-

volgt dit eigenlijk ook reeds uit de omschrijvingen van het begrip *voorwaarde* die in de literatuur (bij gebrek aan een in de wet neergelegde omschrijving) worden gehanteerd.²³ Met het oog op dit vereiste van de partijwil verbaast het dan ook niet, dat in de literatuur van beide landen wordt gesteld dat partijen de onzekerheid over de betreffende gebeurtenis moeten hebben voorzien respectievelijk zich daarvan bewust moeten zijn geweest.²⁴ Zonder een dergelijk inzicht kan de partijwil immers niet gericht zijn op het verdisconteren van die onzekerheid in de rechtsverhouding en daarmee evenmin sprake zijn van voorwaardelijkheid. De voorwaarde kan vanzelfsprekend uitdrukkelijk, maar ook stilzwijgend overeengekomen worden.²⁵ Ook voor de aanvaarding van een dergelijke stilzwijgend tot stand gekomen voorwaarde is echter essentieel, dat partijen inderdaad een op voorwaardelijkheid gerichte wil hadden.²⁶ Reeds daaruit vloeit voort dat de Duitse literatuur wettelijke voorwaarden (*Rechtsbedingungen*) niet als daadwerkelijke voorwaarden beschouwt.²⁷

bouwt zijn visie o.m. met het vonnis van het Obergericht des Kantons Zürich van 29 januari 1926: 'Für den Begriff der Bedingung ist wesentlich, so das Obergericht, <<dass die Abhängigmachung des Rechtserfolges auf dem Willen der Parteien beruht>>'.

V.w.b. het OR 2020 vloeit de grondslag van de partijwil reeds voort uit art. 209: het zijn *partijen* die de werking van de rechtshandeling afhankelijk maken van de voorwaarde.

²³ Zie § 2.1.1.

²⁴ Duits recht: MüKo/Westermann 2012, p. 1692; Medicus 2010, p. 352; Staudinger/Bork 2010, p. 311; HKK/Finkenauer 2003, p. 883.

Zwitsers recht: Huguenin e.a. 2008, p. 195; Guhl/Koller 2000, p. 55

²⁵ Duits recht: Erman/Armbrüster 2014, p. 459 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 474); Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 613; Staudinger/Bork 2010, p. 311; Wolf 1999, p. 509. In oudere literatuur werd nog wel anders verdedigd, zie de conclusie van A-G Haak bij HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.) (m. nt. Kleijn).

Zwitsers recht: Gauch, Schlupe, Emmenegger 2014, p. 373; Schwenzer 2012, p. 65; BSK OR I-Ehrat 2011, p. 850; Honsell 2008, p. 614; Huguenin e.a. 2008, p. 195; Guhl/Koller 2000, p. 55; Gutmans 1995, p. 9; Peter 1994, p. 208 (met uitgebreid literatuur- en jurisprudentie-overzicht); Bucher 1988, p. 506; Keller & Schöbi 1988, p. 103; Merz 1984, p. 150; Guhl 1944, p. 53; Becker 1941, p. 717; Oser 1929, p. 684.

Een fraai voorbeeld van een in het Zwitsers recht aanvaarde stilzwijgende voorwaarde betrof het geval waarbij een echtgenoot zijn echtgenote de familiejuwelen schonk. Het huwelijk eindigde onverwacht in een echtscheiding en de eerdere gift van de sieraden bleek – voor de ex-echtgenote vermoedelijk eveneens onverwacht – te hebben plaatsgevonden onder de stilzwijgende ontbindende voorwaarde van echtscheiding (BGE 6 december 1945, 71 II 255, 256).

²⁶ Staudinger/Bork 2010, p. 311. Daaruit volgt bijv. dat het grootste deel van de huidige Duitse literatuur het ontgaan door partijen van het *Abstraktionsprinzip* d.m.v. een stilzwijgende ontbindende voorwaarde uitsluitend wil aanvaarden, indien partijen direct aanzienlijke twijfels hadden over de geldigheid van de verbintenis. Uitsluitend in een dergelijk geval zal immers redelijkerwijs een stilzwijgende partijwil gericht op voorwaardelijkheid (kunnen) hebben bestaan (in deze zin: HKK/Finkenauer 2003, p. 912). Zie verder § 2.2.1 over deze mogelijkheid van het ontgaan door partijen van het *Abstraktionsprinzip*.

²⁷ Zie verder § 4.1.4.3.

PECL, DCFR

Art. 16:101 PECL gaat ervan uit dat een voorwaarde verbonden kan worden aan een 'verdragliche verpflichtung'. Daaruit lijkt reeds de suggestie te volgen dat ook de PECL uitgaat van de partijwil als grondslag voor voorwaardelijkheid. Dit blijkt tevens enigszins impliciet uit de toelichting bij het artikel.²⁸ Of de partijwil daadwerkelijk de enig mogelijke grondslag voor voorwaardelijkheid is, blijkt derhalve niet onomstotelijk. Het heeft er echter wel de schijn van.

De toelichting bij het DCFR laat er geen twijfel over bestaan dat voorwaarden uit hoofde van partijwil ontstaan.²⁹ Daarnaast vermeldt de toelichting echter tevens dat ook een wetgever uiteraard een recht, verplichting of gehele rechtsverhouding van een voorwaarde afhankelijk kan maken. In de systematiek van het DCFR vormt de partijwil derhalve niet de enig denkbare grondslag voor voorwaardelijkheid.

4.1.3.2 De relatie tussen subjectieve onzekerheid en de grondslag van voorwaarden

Het eigenlijke begrip van de voorwaarde (derhalve buiten de door art. 6:21 BW gestelde kaders van het 'bij rechtshandeling' afhankelijk stellen van een voorwaarde) lijkt op het eerste gezicht het vereiste van een grondslag in de partijwil niet te omvatten. De aan het inhoudelijke begrip van de voorwaarde gestelde vereisten bestaan immers daaruit, dat sprake is van een 'toekomstige onzekere gebeurtenis'. Van de partijwil blijkt daarbij in elk geval niet in uitdrukkelijke zin. Toch wordt dit vereiste van de partijwil wel degelijk ook uit het begrip van de voorwaarde afgeleid. Naast het vereiste van objectieve onzekerheid van de gebeurtenis is het voor het Nederlands geldend recht immers onbetwist, dat die gebeurtenis ook *subjectief* onzeker moet zijn. Subjectief onzeker in die zin, dat partijen de toekomstige gebeurtenis ook inderdaad als onzeker moeten hebben beschouwd.³⁰ Zoals ik in dat verband reeds stelde, is het daarvoor wezenlijk dat partijen twijfelen en zij zich derhalve bewust zijn van een bepaalde kans of een bepaald risico. Dat vraagt dus om een zekere mate van besef van de objectieve onzekerheid. Zie in dezelfde zin de in § 4.1.3.1 vermelde Duitse en Zwitserse literatuur.

Uit de aanwezigheid van subjectieve onzekerheid volgt vanzelfsprekend nog niet, dat partijen een voorwaarde overeen wensen te komen. Zij kunnen immers in onzekerheid verkeren maar het daaruit voortvloeiende risico desondanks niet door middel van voorwaardelijkheid in hun rechtsverhouding

28 De toelichting stelt dit nergens als zodanig, maar niettemin blijkt afdoende uit de tekst en de vele gegeven voorbeelden dat de grondslag steeds door de partijwil wordt gevormd (Von Bar & Zimmerman 2005, p. 812 e.v.).

29 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 690.

30 Zie § 2.4.3.

willen verdisconteren.³¹ Of anders gezegd, partijen waren zich wel degelijk bewust van de objectieve onzekerheid en verkeerden daarmee in subjectieve onzekerheid, maar niettemin ontbrak de partijwil gericht op voorwaardelijkheid. Het tegenovergestelde vormt binnen de kaders van het geldend recht wél een dwingende conclusie: als partijen zelf niet in onzekerheid verkeren, kan – *zelfs* als de toekomstige gebeurtenis objectief onzeker is – geen sprake zijn van een voorwaarde met een grondslag in de partijwil.³² Waar partijen immers niet in onzekerheid verkeren, bestaat er voor hen geen enkele reden om door middel van een voorwaarde deze in hun ogen niet bestaande onzekerheid alsnog in de rechtsverhouding te verdisconteren.

We zien derhalve dat er voor wat betreft voorwaardelijkheid met een grondslag in de partijwil een duidelijk verband bestaat met subjectieve onzekerheid; deze vormt een bestaansvereiste om een dergelijke partijwil te kunnen aannemen. Heeft subjectieve onzekerheid echter ook betekenis indien we de vraag stellen of voorwaarden buiten de partijwil zouden kunnen ontstaan? In § 4.1.5 zal ik bespreken dat ik in de mogelijkheid van het ontbreken van subjectieve onzekerheid een van de twee wezenlijke bezwaren zie tegen een dergelijke grondslag buiten de partijwil. Subjectieve onzekerheid heeft in mijn optiek namelijk ook een andere functie dan een bestaansvereiste voor een partijwil gericht op voorwaardelijkheid. Thans wil ik echter reeds vaststellen dat we uit de subjectieve onzekerheid ook een zekere grens kunnen afleiden ten aanzien van de mogelijkheid van een grondslag buiten de partijwil. Althans voor zover een dergelijke ‘voorwaardelijkheid’ buiten de partijwil niet dwingendrechtelijk zou ontstaan, zoals dat bij de nog te bespreken ‘wettelijke voorwaarden’ wel het geval zou zijn.

Het aannemen van een grondslag voor voorwaardelijkheid buiten de partijwil is, indien partijen *wel* in subjectieve onzekerheid verkeren én deze ‘voorwaardelijkheid’ als gezegd *niet dwingend* zou bestaan, om de volgende reden lastig te beargumenteren. Bij deze twee uitgangspunten zouden we

31 Door het aldus onvoorwaardelijk laten ontstaan van de rechtsverhouding blijft het risico dat met deze onzekerheid gepaard gaat derhalve rusten op de partij, die bij een voorwaardelijk ontstaan belang zou hebben gehad.

32 Zie in dit verband: HR 21 juni 1918, NJ 1918, 790 (Plockworst). Het niet aanvaarden van een voorwaarde bij gebrek aan subjectieve onzekerheid werd in de rechtspraak onder het OBW vaker aangenomen: Rb. Utrecht 25 november 1896, W. 6938. In § 2.4.3 constateerde ik bij het arrest van HR 21 juni 1918 overigens reeds, dat er in de opvatting van de Hoge Raad waarschijnlijk helemaal geen verschil bestaat tussen het ontbreken van subjectieve onzekerheid en het ontbreken van de partijwil tot opname van een voorwaarde. In dit arrest baseert de Hoge Raad het ontbreken van deze partijbedoeling waarschijnlijk *juist* op het ontbreken van subjectieve onzekerheid. In overeenstemming hiermee stelt ook De Coninck terecht dat het vereiste van subjectieve onzekerheid uitsluitend een vereiste vormt voor het *kunnen* aangaan van een voorwaardelijke rechtsverhouding. Zonder deze zal de partijbedoeling immers nooit gericht zijn op het laten ontstaan van een afhankelijkheidsverhouding tussen de gebeurtenis en de verdere rechtsgevolgen van de rechtsverhouding (De Coninck 2007, p. 80 e.v.).

namelijk een voorwaarde willen aannemen in een situatie, waarin partijen zich bewust waren van de bestaande onzekerheid, maar daar blijkbaar niet de consequentie van voorwaardelijkheid uit hoofde van partijwil aan hebben verbonden (of in sommige gevallen zelfs sterker: aan hebben *willen* verbinden). Derhalve zou sprake zijn van voorwaardelijkheid uit een andere grond dan de partijwil waar partijen, ondanks hun bekendheid met de onzekerheid, juist géén voorwaarde overeen zijn gekomen. Dat is een moeizame constellatie, zelfs al zouden partijen de mogelijkheid van voorwaardelijkheid niet uitdrukkelijk hebben afgewezen. Waar partijen immers hebben beseft dat sprake was van onzekerheid, maar daar geen consequenties in de vorm van een voorwaarde aan hebben verbonden, zou een zelfde voorwaardelijkheid vervolgens tóch ontstaan maar dan uit hoofde van een andere grondslag.

Ingeval van aanwezigheid van subjectieve onzekerheid is derhalve de conclusie gerechtvaardigd, dat bij de aanvaarding van grondslagen voor voorwaarden buiten de partijwil die niet dwingend tot voorwaardelijkheid behoeven te leiden – zoals bijvoorbeeld de eventuele grondslag van de gewoonte – de partijwil niettemin de enig denkbare grondslag voor voorwaardelijkheid is. Dat leidt tevens tot de volgende opvallende vaststelling. Terwijl het bestaan van subjectieve onzekerheid een bestaansvereiste vormt voor voorwaardelijkheid uit hoofde van partijwil, vormt diezelfde subjectieve onzekerheid de grens voor het aannemen van voorwaardelijkheid buiten partijwil, althans voor zover deze laatste niet 'dwingend' van aard zou zijn.

Ik vat het vorenstaande samen. Het vereiste van subjectieve onzekerheid blijkt uitsluitend gesteld te worden omdat bij gebreke daaraan de partijwil nooit gericht kan zijn op voorwaardelijkheid. We vinden echter bij de aanname van mogelijke voorwaardelijkheid buiten de partijwil nog een andere relatie tussen subjectieve onzekerheid en een dergelijke voorwaarde. Het bestaan van subjectieve onzekerheid bij partijen staat een dergelijke 'voorwaardelijkheid' (voor zover die niet dwingend ontstaat) namelijk in de weg. Uit uitsluitend het vereiste van subjectieve onzekerheid volgt daarmee niet, dat er in het geheel geen ruimte zou zijn voor het aannemen van voorwaardelijkheid buiten de grondslag van de partijwil. Waar we immers de partijwil als ontstaansgrond terzijde laten, vervult de subjectieve onzekerheid in die zin geen functie als vereiste voor het bestaan van een dergelijke partijwil. Dat laat onverlet dat er andere redenen kunnen zijn – en er mijns inziens ook zijn – om een grondslag buiten de partijwil af te wijzen.³³

33 Zie § 4.1.5.

4.1.3.3 De stilzwijgende voorwaarde

In het kader van voorwaardelijkheid uit hoofde van partijwil respectievelijk wilsovereenstemming zou deze partijwil gericht op voorwaardelijkheid ook *stilzwijgend* aanwezig kunnen zijn. Een dergelijk stilzwijgend voorwaardelijk handelen zou bijvoorbeeld kunnen blijken uit de omstandigheden waaronder de rechtsverhouding tot stand komt. Een andere mogelijkheid kan zijn gelegen in de strekking van een rechtshandeling of verbintenis. Het in de Zwitserse literatuur wel verwoorde criterium of daarvan sprake is, is óf het voor de wederpartij van de handelende persoon duidelijk was dat de beoogde rechtsgevolgen afhankelijk werden gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis.³⁴ Dat de partijwil ook stilzwijgend gericht kan zijn op voorwaardelijkheid behoeft verder geen onderbouwing.

In het kader van de stilzwijgende voorwaarde wil ik één voor de rechtspraktijk wat lastige kwestie bespreken. Een partij kan geneigd zijn om bepaalde beweegredenen die een rol speelden bij de oorspronkelijke wilsvorming of wilsovereenstemming bij een latere uitleg als stilzwijgend overeengekomen voorwaarde te interpreteren. Zie in dat verband ook de in § 2.2.1 bij de bespreking van het Duitse recht door mij genoemde *Voraussetzungslehre*. De redengeving voor een dergelijke extensieve uitleg zal meestal zijn gelegen in de mogelijkheid om door middel van een (meestal ontbindende) voorwaarde een voor deze partij teleurstellende of door gewijzigde omstandigheden achterhaalde rechtsverhouding eenzijdig te kunnen beëindigen. Voorop gesteld zij dat dergelijke beweegredenen op zich ook zeer wel een voorwaarde kunnen vormen.³⁵ Tegelijkertijd wordt er echter in de Duitse en Zwitserse literatuur terecht op gewezen, dat tussen beweegredenen die ten grondslag liggen aan de wilsvorming en de uiteindelijke bestanddelen die de betreffende verbintenis of overeenkomst vormen meestal een zeer duidelijk verschil bestaat.³⁶ De vraag is derhalve in welke gevallen een bepaalde beweegreden voor het aangaan van een rechtsrelatie is te interpreteren als een voorwaarde. Dat is een feitelijke beoordelingskwestie, maar niettemin zijn in abstracto wel enige criteria te formuleren en een aantal grenzen te stellen.

Het eerste criterium is dat een kenbaar gemaakte beweegreden een voorwaarde *kán* zijn, maar dat in de regel niet is. Deze beperking vloeit voort uit het algemene beginsel van het vermogensrecht, dat persoonlijke motivaties bij vermogensrechtelijke handelingen slechts in uitzonderingssituaties als ook juridisch relevant kunnen worden beschouwd. Wil toch sprake zijn van een voorwaarde, zal ten tijde van het ontstaan van de verbintenis derhalve duidelijk moeten zijn geweest dat de rechtsgevolgen afhankelijk zijn gemaakt van

³⁴ Becker 1941, p. 717.

³⁵ In gelijke zin voor het Duitse recht: PWW/Brinkmann 2014, p. 219.

³⁶ Duits recht: MüKo/Westermann 2012, p. 1690. Zwitsers recht: Bucher 1988, p. 506.

deze beweegreden. Een tweede, zeer wezenlijke begrenzing is gelegen in het reeds besproken vereiste van subjectieve onzekerheid ten tijde van de totstandkoming van de rechtsrelatie. Verkeerden partijen ten aanzien van de eerdere beweegreden niet in het besef dát sprake was van een onzekerheid – subjectieve onzekerheid ontbrak derhalve – dan kan bij toekomstige uitleg in geen geval deze beweegreden bij de totstandkoming als voorwaarde worden geïnterpreteerd. Tot slot is het van belang dat het (eventueel) beoogde voorwaardelijk handelen van een partij ook door middel van aanbod en aanvaarding de rechtsrelatie tussen beide partijen mede heeft bepaald. Bij de beoordeling of daarvan daadwerkelijk sprake is geweest, kan een criterium zijn of een van beide partijen wellicht een bijzonder belang had om *onvoorwaardelijk* te contracteren.³⁷ Het spreekt voor zich dat in een dergelijk geval een gepretendeerde voorwaardelijkheid niet waarschijnlijk is.

4.1.3.4 Het bestendig gebruikelijk beding

In § 4.1.4 zal ik onder meer de voorwaarde met een grondslag in de gewoonte respectievelijk het gewoonterecht bespreken. Thans ga ik in op de enigszins verwante grondslag van het bestendig gebruikelijk beding. Een figuur die onder het OBW in art. 1383 nog een wettelijke erkenning vond, maar thans uit het BW is verdwenen. Dat laatste laat onverlet dat deze figuur ook onder het geldend recht wordt erkend. Het onderscheid tussen gewoonterecht en bestendig gebruikelijk beding wordt thans veelal daarin gezien, dat bij gewoonterecht de partijwil gericht op het betreffende gevolg van een of zelfs beide partijen kan ontbreken. Bij het bestendig gebruikelijk beding is daarentegen sprake van een stilzwijgende partijwil van beide partijen gericht op het betreffende gevolg.³⁸ Onbetwist is deze betekenis van het bestendig gebruikelijk beding zeker niet, juist met name in het verband van de vraag of de partijwil inderdaad de eigenlijke grondslag vormt.³⁹

Op zich maakt de kwalificatie van het bestendig gebruikelijk beding in die zin voor het thans behandelde onderwerp weinig uit, dat *als* de grondslag toch niet uit de partijwil zou bestaan, het bestendig gebruikelijk beding alsnog zou kunnen behoren tot de andere categorie van eventuele grondslagen voor

³⁷ In deze zin voor Duitse recht: PLG Braunschweig NJW 1976, 570.

³⁸ HR 21 september 1990, NJ 1991, 799 (m. nt. CJHB). En ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 358, 359; Hijma e.a. 2013, p. 290; Breedveld-de Voogd 2007, p. 132. De TM maakt min of meer ditzelfde onderscheid tussen gewoonte en bestendig gebruikelijk beding, maar brengt t.a.v. dit laatste wel de nuancering aan dat een dergelijk beding 'dat geen van beide partijen kende [] of dat de ene partij niet als zodanig kende, *terwijl de wederpartij zulks begreep* [cursivering HS]' niet tot binding dienaangaande tussen partijen leidt (PG Boek 6, TM, p. 920). De vraag is derhalve of, als de wederpartij dit *niet* begreep, wél sprake zou zijn van binding?

³⁹ Hondius 1992, p. 127; de noot van Brunner bij HR 21 september 1990, NJ 1991, 799; Reinhartz 1988, p. 19 e.v.

voorwaardelijkheid buiten de partijwil. In dit verband is het arrest van 21 september 1990 interessant ter zake een financieringsvoorbehoud.⁴⁰ In dit arrest beschouwde de Hoge Raad het op zich mogelijk dat een ontbindende voorwaarde als bestendig gebruikelijk beding tussen partijen had te gelden.⁴¹ De Hoge Raad acht daarbij tevens juist dat voor de aannahme van een bestendig gebruikelijk beding in ieder geval is vereist 'dat de wederpartij ermee bekend was of had behoren te begrijpen dat, ingeval zij zou zwijgen, het beding als bestendig gebruikelijk van toepassing zou zijn'. Dus tóch de partijwil als grondslag voor het bestendig gebruikelijk beding.⁴² Zonder twijfel heeft de Hoge Raad met het vereiste van de partijwil in zijn algemeenheid gedoeld op het bestendig gebruikelijk beding en niet op de specifieke inhoud bestaande uit een voorwaarde. We kunnen derhalve zeker niet stellen dat de Hoge Raad met dit arrest een dwingend verband tussen de partijwil en voorwaardelijkheid heeft onderschreven. Uit dit arrest had echter ook het tegendeel kunnen voortvloeien: wél mogelijke voorwaardelijkheid, maar niet uit hoofde van partijwil. Dát stelt de Hoge Raad echter niet. Het arrest wijkt op dit punt dan ook niet af van hetgeen ik in deze paragraaf betoog, namelijk dat uitsluitend de partijwil de grondslag voor voorwaardelijkheid kan vormen.

4.1.4 Andere grondslagen voor voorwaardelijkheid?

4.1.4.1 Inleiding

Literatuur, rechtspraak en de wetgever lijken een zekere neiging te hebben om voorwaardelijkheid aan te willen nemen ook buiten de grondslag van de partijwil. In het kader van het vinden van oplossingen voor specifieke vraagstukken is dat in zekere mate begrijpelijk. Ontbindende voorwaarden lenen zich bijvoorbeeld veelal uitstekend voor beëindiging van rechtsverhoudingen, voor welke beëindiging geen bruikbare alternatieven lijken te zijn. Alternatieve figuren zoals ontbinding, opzegging, annulering of vernietiging kennen groten-deels bijzondere vereisten voor toepasselijkheid en bovendien hebben deze alternatieven deels ook gevolgen die in het kader van de betreffende beëindiging vaak helemaal niet zijn gewenst. Het toepassingsbereik van voorwaarden is bovendien groot: met betrekking tot de mogelijke inhoud van de onzekere

40 HR 21 september 1990, NJ 1991, 799 (m. nt. CJHB).

41 De aannahme van een financieringsvoorbehoud u.h.v. een bestendig gebruikelijk beding is echter in de overige rechtspraak die ik vond afgewezen. Zie: Hof Leeuwarden 23 maart 2005, NJF 2005, 219 (waar het hof v.w.b. onroerend goed transacties niettemin spreekt van een 'zeer gebruikelijk' beding); Hof Leeuwarden 10 augustus 2005, LJN: AU0820 (ter zake het bestaan van een – eveneens door het hof afgewezen – financieringsvoorbehoud).

42 Al is deze conclusie t.a.v. het arrest ook weer niet onomstreden, zie: Breedveld-de Voogd 2007, p. 132.

gebeurtenis worden voor het geldend recht vrijwel geen beperkingen gesteld.⁴³ Daarmee lijkt ontbindende voorwaardelijkheid een soepel hanteerbaar instrument om bepaalde resultaten relatief eenvoudig te kunnen bereiken. Voor de opschortende voorwaarde geldt dit nog sterker, omdat deze een nog veel specifiekere rechtsfiguur is en daarmee moeilijk vervangbaar door andersoortige figuren.⁴⁴

Bij deze vrijheid die voorwaarden bieden, lopen we echter tegen één probleem aan: wat vormt de grondslag voor die eventuele voorwaardelijkheid indien deze niet voortvloeit uit de partijwil? Zoals ik in § 4.1.3 heb besproken, vormt die partijwil in alle onderzochte stelsels als uitgangspunt dé grondslag voor voorwaardelijkheid. Het enkele feit dat een gebeurtenis toekomstig en (objectief) onzeker is, maakt deze – uiteraard – nog niet tot een voorwaarde als die partijwil ontbreekt. In deze paragraaf bespreek ik derhalve de eventuele andere grondslagen voor voorwaardelijkheid, bestaande uit de gewoonte, de figuur van de wettelijke voorwaarde alsmede een kleine restgroep van eventuele andere grondslagen.

4.1.4.2 *De gewoonte*

De eerste mogelijke grondslag voor voorwaardelijkheid buiten de partijwil die ik bespreek is de gewoonte. De hierna door mij genoemde literatuur en rechtspraak is echter qua omvang te bescheiden en te weinig inzichtelijk om voor de onderzochte rechtsstelsels vast te kunnen stellen hetgeen aangaande deze grondslag als het geldend recht kan worden beschouwd. Ik beperk deze paragraaf dan ook tot onderstaande inhoudelijke bespreking.

Voor het antwoord op de vraag of een voorwaarde ook kan ontstaan omdat deze voort zou vloeien uit de gewoonte, moeten we eerst bezien wat de betekenis van de gewoonte is en welke functie deze heeft. Voor wat betreft de betekenis van de gewoonte vinden we in de literatuur dat daarvan sprake is 'indien in een bepaalde kring, met betrekking tot een bepaalde soort overeenkomsten, een bepaalde gedragslijn algemeen en bij herhaling wordt gevolgd en op naleving daarvan wordt gerekend'.⁴⁵ Met dit 'rekenen op naleving' wordt zeer waarschijnlijk bedoeld op een rekenen op naleving binnen de bedoelde 'bepaalde kring' en niet op de handelende partijen specifiek. Partijen zélf behoeven namelijk helemaal niet bekend te zijn met of zich bewust te zijn van deze gewoonte om daar desondanks aan gebonden te zijn.⁴⁶ Wanneer partijen niet bekend zijn met de gewoonte kan uiteraard moeilijk worden

⁴³ Zie § 2.5 en v.w.b. deze beperkingen § 5.1.

⁴⁴ Zie ook § 2.4.3.2.

⁴⁵ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 356.

⁴⁶ PG Boek 6, TM, p. 920; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 357; Hijma e.a. 2013, p. 290; Hondius 1992, p. 132, 133.

volgehouden dat zij er niettemin *op rekenden* dat deze – hun onbekende – gewoonte wél zou worden nageleefd.

Dan de functies van de gewoonte. De eerste en vermoedelijk merendeels in literatuur en rechtspraak bedoelde functie is die, waarbij het gewoonterecht invulling geeft aan hetgeen partijen niet hebben geregeld.⁴⁷ Zoals gezegd kan deze invulling ook plaatsvinden indien partijen niet bekend waren met deze gewoonte. De gewoonte zou bij deze functie derhalve een zelfstandige grondslag voor voorwaardelijkheid vormen. De tweede functie van de gewoonte bestaat daaruit dat uit de gewoonte volgt hetgeen partijen stilzwijgend zijn overeengekomen. Gezien de gewoonte hebben partijen geen expliciete wilsovereenstemming gehad, maar hebben zij hetgeen uit de gewoonte voortvloeit wel stilzwijgend aanvaard. Wil daarvan sprake kunnen zijn, moeten partijen ook bekend zijn met deze gewoonte. Zonder een dergelijke bekendheid kan de partijwil immers nooit gericht zijn geweest op deze (stilzwijgende) aanvaarding. De gewoonte vervult hier derhalve een geheel andere functie dan het gewoonterecht als bedoeld in art. 6:248 lid 1 BW. Wellicht dat we bij deze tweede functie de desbetreffende regel zouden moeten kwalificeren als een bestendig gebruikelijk beding, maar voor de thans besproken kwestie maakt die kwalificatie als zodanig geen verschil. Waar het immers bij deze tweede functie – de gewoonte vormt in feite uitsluitend een bewijsmiddel van hetgeen partijen stilzwijgend zijn overeengekomen ter zake voorwaardelijkheid – om gaat is, dat tussen partijen de grondslag voor die voorwaardelijkheid is gelegen in de partijwil. Daarin onderscheidt deze eventuele tweede functie zich dan ook wezenlijk van de eerstgenoemde functie en geldt dienaangaande hetgeen ik in § 4.1.3 heb geschreven.

Ik bespreek een voorbeeld waar de voorliggende problematiek van de gewoonte als grondslag voor voorwaardelijkheid naar voren komt. Stel dat twee jongelieden zich verloven, uiteraard in de veronderstelling op een toekomstig moment ook met elkaar in het huwelijk te treden. Die toekomstige huwelijksluiting is, het behoeft geen betoog, objectief onzeker. Maar is deze ook in de beleving van partijen onzeker? Ik durf zonder meer te stellen dat bij veel aanstaande bruidsparen daarover geen enkele subjectieve onzekerheid bestaat.⁴⁸ Als bij de aanstaanden deze inderdaad ontbreekt, is daarmee tevens iedere voorwaardelijkheid tussen deze partijen aangaande de huwelijksluiting onmogelijk. Althans voor zover gegrondvest op de partijwil respectievelijk

47 Zie art. 6:248 lid 1 BW, waar is vastgesteld dat uit de gewoonte rechtsgevolgen kunnen voortvloeien naast die welke door partijen zijn overeengekomen.

48 Degenen die daaraan twifelen zouden eens bij een notaris moeten informeren inzake diens ervaringen aangaande zijn toelichtingen voor 'bruidsparen' bij het aangaan van huwelijksvoorwaarden, alsmede de mogelijkheid van een latere echtscheiding. Ook dat laatste is weer zo'n levensfeit waar veel bruidsparen op geen enkele wijze in kunnen of willen geloven.

wilsovereenstemming en bij het vasthouden aan het vereiste van subjectieve onzekerheid.

Zouden we desondanks kunnen aannemen dat – indien de aanstaande bruid een schenking van haar aanstaande bruidegom verkrijgt – deze schenking op grond van bijvoorbeeld Turks gewoonterecht plaatsvond onder de opschortende voorwaarde van dat huwelijk?⁴⁹ Het Hof 's-Hertogenbosch nam in elk geval bij haar vonnis dat leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 13 juli 2001 aan van wel.⁵⁰ Bij dit arrest is het vooral de conclusie van A-G Strikwerda die aandacht vraagt. De A-G stelt namelijk in navolging van het hof dat ook zonder de instemming van de begiftigde,⁵¹ maar dan uit hoofde van de gewoonte als bedoeld in art. 6:248 lid 1 BW, de schenkingsovereenkomst voorwaardelijk kan zijn. Daaruit lijkt te volgen dat de A-G inderdaad de gewoonte buiten iedere vorm van wilsovereenstemming als ontstaansgrond voor voorwaardelijkheid erkent. Toch hinkt ook de A-G op twee gedachten, waar hij tevens stelt: 'Een dergelijke voorwaarde kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend worden overeengekomen, waarbij mede betekenis mag worden toegekend, zoals het hof kennelijk heeft gedaan, aan hetgeen in de kring van betrokkenen als gewoonte geldt: art. 6:248 lid 1 BW'. Dus misschien tóch de gewoonte uitsluitend als duiding van hetgeen partijen stilzwijgend zijn overeengekomen en niet als zelfstandige bron van rechtsgevolgen? Enerzijds suggereert de verwijzing naar art. 6:248 BW van niet, maar anderzijds is de verwijzing naar de uitdrukkelijke of stilzwijgende wilsovereenstemming nauwelijks mis te verstaan. Ik laat de stellingen van de A-G voor wat zij zijn.

Het feit dat de gewoonte zowel binnen de kaders van de partijwil als ook juist daarbuiten betekenis kan hebben, maakt het moeilijk om vast te stellen wat in de zeer beperkte rechtspraak en literatuur ter zake de gewoonte als grondslag voor voorwaardelijkheid is bedoeld. Dát de gewoonte kan leiden tot de vaststelling dat de rechtsverhouding onder voorwaarde staat, leidt

49 Terzijde wijs ik op art. 209 OBW uit hoofde waarvan 'schenkingen ter zake van huwelijk' vervielen indien het huwelijk niet alsnog werd gesloten. Daarin kan men zonder veel problemen een (wettelijke) ontbindende voorwaarde zien.

50 HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506. De Hoge Raad laat zich in die zin niet over het oordeel van het hof uit, dat het hof als feitenrechter reeds geoordeeld had dát de schenkingsovereenkomst onder opschortende voorwaarde zou zijn aangegaan. De casus in voormeld arrest was in die zin overigens wezenlijk anders dan in het door mij besproken voorbeeld, dat het de aanstaande *schoonvader* was die de schenking verrichtte en niet een van de aanstaande echtelieden. Het is een feit van algemene bekendheid dat bij schoonfamilie veelal aanzienlijk meer twijfels bestaan aangaande een (voorgenomen) huwelijk, zodat subjectieve onzekerheid aan de zijde van i.i.g. déze schenker duidelijk meer voor de hand lag. Overigens spreekt de schenking onder voorwaarde dat een huwelijk inderdaad wordt gesloten blijkbaar tot de verbeelding. Ook de Toelichting Meijers refereert aan die mogelijkheid (PG Boek 6, TM, p. 806), wellicht geïnspireerd door een veel eerdere uitspraak van het zelfde hof (Hof 's-Hertogenbosch 26 juni 1945, NJ 1946, 662) ter zake eveneens een schenking aan een verloofde.

51 Over de schenker laat de A-G zich niet uit, omdat de grief evenmin op deze betrekking had.

daarbij geen twijfel.⁵² Of die vaststelling tevens betekent dat voor het geldend recht de gewoonte kan leiden tot voorwaardelijkheid buiten iedere partijwil blijft voor het geldend recht echter de vraag. Zelf wijs ik die mogelijkheid af. Ik besprak reeds dat het *bestaan* van subjectieve onzekerheid bij partijen een belemmering vormt voor het aannemen van een 'niet-dwingende' grondslag voor voorwaardelijkheid buiten de partijwil, zoals bij de gewoonte.⁵³ Echter, zoals ik nog zal bespreken kan ook bij het juist *ontbreken* van een dergelijke subjectieve onzekerheid de gewoonte geen grondslag buiten de partijwil vormen.⁵⁴

4.1.4.3 De wettelijke voorwaarde

Inleiding

In alle door mij onderzochte rechtssystemen wordt enigszins geworsteld met de wettelijke voorwaarde of *Rechtsbedingung*. De wezenlijke vraag daarbij is steeds of dergelijke 'voorwaarden' al dan niet als daadwerkelijke voorwaarden in de zin van de wet (art. 3:38 BW, art. 6:21 BW) zijn te beschouwen. Die vraag is met name van belang in het verband van de kwestie óf en in hoeverre wettelijke voorwaarden ook in hun verdere materiële gevolgen gelijk te stellen zijn aan 'echte' voorwaarden, bijvoorbeeld door analoge toepasselijkheid van wetsbepalingen ter zake voorwaarden. Voor het thans besproken onderwerp is het belang echter daarin gelegen dat – mede afhankelijk van wat we onder een wettelijke voorwaarde verstaan – de aanname van een wettelijke voorwaarde de conclusie zou rechtvaardigen dat voorwaardelijkheid niet uitsluitend uit de partijwil behoeft voort te vloeien. Voordat we echter aan die eigenlijke vraagstelling kunnen toekomen, moeten we eerst bekijken wat onder het begrip *wettelijke voorwaarde* kan worden verstaan.

Geldend recht, oud BW

De term *wettelijke voorwaarde* komen we in de Nederlandse rechtskring in drie verschillende betekenissen tegen.⁵⁵ Op de eerste plaats wordt daaronder

52 Zie de voormelde opvatting van het Hof 's-Hertogenbosch in HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506. Ook: Rb. Almelo (vzr.) 26 november 2003, NJ 2004, 202; Rb. Rotterdam 22 februari 1950, NJ 1952, 261 (uitsluitend met een verwijzing naar het 'gebruik'). In deze zin ook: Ruygvoorn 2010, p. 169 nt. 6; Breedveld-de Voogd 2007, p. 132, 133 en 135 e.v.
Zie echter ook: Hof 's-Hertogenbosch 11 september 2007, Prg. 2008, 53. In dit vonnis werd het bestaan van een (ontbindende) voorwaarde van een financieringsvoorbehoud u.h.v. de gewoonte afgewezen. De reden die het hof daarvoor aannam was, dat partijen juist onvoorwaardelijk hadden gecontracteerd.

53 Zie § 4.1.3.2.

54 Zie § 4.1.5.

55 Voor het Belgisch recht is door De Coninck de wettelijke voorwaarde omschreven als 'een vereiste die niet op de wil van (één van) de partijen bij de rechtshandeling berust, maar wel op een rechtsregel of (impliciet) uit het wezen van de rechtshandeling voortvloeit' (De

verstaan de 'voorwaarde' die door de wet zelf gesteld wordt ten aanzien van het intreden van een bepaald rechtsgevolg, welke voorwaarde gevormd wordt door een toekomstige onzekere gebeurtenis.⁵⁶ Een voorbeeld van een dergelijke opschortende 'voorwaarde' is de huwelijksvoltrekking als toekomstige onzekere gebeurtenis voor wat betreft de inwerkingtreding van huwelijkse voorwaarden.⁵⁷ Ook een nog van een overheidsorgaan te verkrijgen toestemming of goedkeuring zal waarschijnlijk tot deze groep van opschortende wettelijke voorwaarden gerekend moeten worden, maar wellicht dat plaatsing bij de hierna beschreven tweede categorie van wettelijke voorwaarden ook mogelijk is.⁵⁸ Een laatste voorbeeld van een dergelijke wettelijke voorwaarde

Coninck 2007, p. 191). De Coninck bespreekt de wettelijke voorwaarde overigens vrij uitgebreid voor een aantal stelsels.

- 56 In deze zin: PG Boek 6, TM, p. 145; Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 269, 270; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 362; Meijers 1948, p. 91 e.v. Vermoedelijk ook Snijders, waar hij enerzijds de mogelijkheid van wettelijke voorwaarden onderkent, maar anderzijds de mogelijkheid van een voorwaarde van een wettelijk totstandkomingsvereiste afwijst. Zie zijn noot onder HR 3 juni 1994, NJ 1995, 342.

Zie voor het OBW: Kalma 1940, p. 221; Veegens/Oppenheim 1917, p. 33; Diephuis 1885, p. 108.

Van Opstall wenste de term *wettelijke voorwaarde* zelfs te reserveren voor – waarschijnlijk – specifiek deze betekenis. Hij omschreef de wettelijke voorwaarde daarbij als 'een door de wet gesteld speciaal vereiste voor het intreden van een rechtsgevolg van een bijzonder rechtsfeit, welk rechtsfeit echter de kenmerken heeft van de groep van rechtsfeiten waaraan dat rechtsgevolg in het algemeen wordt verbonden zonder dat aan dat vereiste wordt voldaan' (Hofmann/Van Opstall 1976, p. 363). Overigens verwijst Van Opstall naar HR 23 mei 1947, NJ 1948, 143, maar het is enigszins de vraag in hoeverre die verwijzing juist is. In het arrest gaat het om een voorbehoud van het verkrijgen van een wettelijk vereiste ontheffing. Enige verwijzing naar de figuur van de voorwaarde of zelfs maar de term als zodanig komt in het arrest noch in de noot van Houwing echter voor.

Ook de Hoge Raad hanteert de term *wettelijke voorwaarde* wellicht in deze betekenis, zie: HR 13 mei 1977, NJ 1978, 154. Dit betrof een u.h.v. de Ziekenfondswet vereiste goedkeuring van een derde. P-G Van Oosten beschouwt deze goedkeuring in ieder geval als een voorwaarde, waar hij in zijn conclusie verwijst naar de vereisten van 'een toekomstige en onzekere gebeurtenis'. Daarbij zij opgemerkt dat ik mij, gezien de gestelde feiten, afvraag of ook sprake was van subjectieve onzekerheid; beide partijen lijken aanvankelijk gehandeld te hebben alsof sprake was van een onvoorwaardelijke overeenkomst, hetgeen er op duidt dat zij zelf niet in onzekerheid verkeerden.

Het is ook de vraag of de Hoge Raad inderdaad uitgaat van een voorwaarde. Bloembergen wijst er in zijn noot op dat een wettelijke voorwaarde bestaande uit een nog te verkrijgen goedkeuring de rechtskracht aan een overeenkomst niet onthoudt. De Hoge Raad gaat echter wel degelijk uit van het ontbreken van een dergelijke rechtskracht. Er is derhalve enige reden tot twijfel of de Hoge Raad inderdaad doelde op een *voorwaarde* of wellicht toch een wettelijke *vereiste* bedoelde. In de literatuur wordt uitgegaan van het eerste (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 325).

- 57 Hartkamp noemt in dit verband ook de inschrijving van de transportakte in de daartoe bestemde registers t.b.v. de levering van een registergoed (Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 270). Dit is m.i. een ongelukkig voorbeeld i.v.m. het feit dat werkelijke onzekerheid ook in objectieve zin normaal gesproken ontbreekt.

- 58 Een voorbeeld van een dergelijke wettelijke voorwaarde vinden we bij HR 2 december 1949, NJ 1950, 265.

vormt wellicht de opschortende voorwaarde bij de regresvordering die een borg op de hoofdschuldenaar in de opvatting van de Hoge Raad verkreeg. Twijfels aangaande deze kwalificatie heb ik echter wel.⁵⁹

Als ontbindende 'voorwaarde' vinden we bijvoorbeeld in het erfrecht de testamentaire last die op een erfgenaam of legataris rust, zónder dat sprake is van een vorderingsrecht aan de zijde van de lastbevoordeelde. Uit art. 4:131 BW volgt in dat verband dat de desbetreffende erfgenaam of legataris zelf een recht onder de ontbindende voorwaarde houdt, welke voorwaarde intreedt doordat de rechter bij het niet uitvoeren van de last een vervallenverklaring uitspreekt.⁶⁰ Ook het recht van reclame van art. 7:39 BW wordt in de literatuur

59 De Hoge Raad oordeelde in het arrest van 13 november 1903 (W 7986) dat een dergelijke vordering ontstond onder de opschortende voorwaarde van toekomstige betaling door de borg aan de schuldeiser. Zie verder ook § 6.2.5. De verbintenis waar deze vordering deel van uitmaakt, is een verbintenis uit de wet. Maar is daarmee ook gegeven dat deze voorwaarde uit de wet zou voortvloeien? Het zou i.e.g. opvallend zijn als deze grondslag voor voorwaardelijkheid alsnog in de partijwil gezocht zou moeten worden; de vordering ontstaat u.h.v. de wet, maar zou alsdan direct u.h.v. de partijwil tot een voorwaardelijke worden gemaakt.

Die gedachte kunnen we eigenlijk meteen afwijzen. De Hoge Raad moest oordelen over de vraag of een dergelijke regresvordering bij het aangaan van de borgtocht en dus vóórdat de borg aan de schuldeiser zou hebben moeten voldoen, kwalificeerde als *bestaand* of als *toekomstig*. De keuze van de Hoge Raad voor de kwalificatie als *bestaand* zou, als we zouden stellen dat de partijwil die bestaande vordering voorwaardelijk zou maken, betekenen dat de regresvordering op de hoofdschuldenaar van rechtswege direct onvoorwaardelijk zou ontstaan. Dat is een niet te aanvaarden resultaat als die partijwil zou ontbreken. Overigens is het met het arrest van de Hoge Raad van 6 april 2012, LJN BU3784 sterk de vraag of de toekomstige betaling in de ogen van de Hoge Raad überhaupt (nog) wel kwalificeert als een voorwaarde. V.w.b. een (niet uit borgtocht voortvloeiende) regresvordering stelde de Hoge Raad dat deze vordering afhankelijk is van de 'wettelijke voorwaarde' van betaling, welke voorwaarde niet kwalificeert als een voorwaarde in de zin van art. 6:21 BW.

Andere mogelijke grondslagen buiten de wet lijken voor de voorwaardelijkheid van de regresvordering eveneens uitgesloten. Op zijn best kunnen we deze grondslag afleiden uit het systeem van de wet; bij gebrek aan een duidelijk wettelijk aanknopingspunt voor die voorwaardelijkheid en vooral bij gebrek aan beter.

60 Het lijkt er derhalve op dat het niet de partijwil van de toekomstige erfflater is die de voorwaardelijkheid creëert, maar dat uitsluitend sprake is van wetsduiding m.b.t. de figuur van de erfrechtelijke last. Niettemin kunnen we aan die opvatting twijfelen. Op de eerste plaats bestaat er in de literatuur discussie over de vraag, of de werking van art. 4:131 BW van dwingendrechtelijke aard is. Zo niet, dan formuleert art. 4:131 BW weliswaar het (wettelijke) uitgangspunt, maar vloeit de voorwaardelijkheid uiteindelijk toch voort uit de instemmende partijwil van de toekomstige erfflater. Althans voor zover deze bekend is met deze wettelijke systematiek. Dat laatste mogen we echter, gezien de tussenkomst van de notaris, wel aannemen.

Ten tweede rijst de vraag waarom de wetgever gekozen heeft voor het laten ontstaan van specifiek een ontbindend voorwaardelijk recht bij de erfgenaam en legataris. In het OM was er nog geen sprake van een dergelijke voorwaardelijkheid. De reden daarvoor blijkt te zijn gelegen in de materiële aspecten die een (ontbindende) voorwaarde heeft, te weten de goederenrechtelijke werking van de voorwaarde (PG Boek 4, MvA II, p. 784 e.v.). M.a.w. de wetgever hanteert in art. 4:131 BW de figuur van de ontbindende voorwaarde uitsluitend vanwege het door de wetgever gewenste goederenrechtelijke effect bij een vervallenverkla-

nogal eens als een wettelijke ontbindende voorwaarde beschouwd, die mijns inziens in deze categorie ingedeeld moet worden.⁶¹ Voorwaarden in de eigenlijke zin van de artt. 3:38 en 6:21 BW respectievelijk afd. 3.1.5 OBW worden hier in zowel de opschortende als de ontbindende varianten veelal niet in gezien en de wettelijke bepalingen ter zake voorwaarden vinden dan ook geen – in ieder geval geen rechtstreekse – toepassing.⁶²

Een tweede mogelijke betekenis van de wettelijke voorwaarde bestaat uit een wettelijk totstandkomings- of geldigheidsvereiste voor de betreffende rechtsverhouding.⁶³ Deze categorie bestaat uitsluitend als opschortende 'voorwaarde'. Te denken valt aan het uitbrengen van een wilsverklaring in het kader van de totstandbrenging van een overeenkomst, het verrichten van een leveringshandeling ten behoeve van een overdracht of het beschikkingsbevoegd worden in het kader van een beschikken over een goed.⁶⁴ Een nogal bijzonde-

ring. Van enige aandacht van de wetgever voor de partijbedoeling of het vereiste van subjectieve onzekerheid blijkt uit de PG niet. Het heeft er derhalve de schijn van dat de wetgever de ontbindende voorwaarde als ad hoc-instrument heeft gehanteerd om het beoogde doel – goederenrechtelijke werking – te bereiken. Aan de m.i. wezenlijke vraag of de ontbindende voorwaarde van art. 4:131 BW wel in lijn is met de figuur van voorwaarden in het vermogensrecht ging de wetgever voorbij.

- 61 Reehuis 2013, p. 24. Andere auteurs onderschrijven deze visie of onderkennen dat het recht van reclame eventueel een dergelijke voorwaarde vormt: Wibier & Smid 2009, p. 729; Nève 2000, p. 54, 55; Brahn 1988, p. 140 (die i.i.g. de vergelijking met art. 3:84 lid 4 BW maakt). Van Vliet stelt dat het recht van reclame 'wel eens' wordt gezien als een ontbindende voorwaarde (Van Vliet 2008, p. 333). Uitsluitend bij Salomons vond ik een afwijzende opvatting, al onderkent hij wel dat er zekere gelijkenissen zijn (Salomons 1993, p. 863 e.v.).
- 62 Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 269; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 362 (Van Opstall wijst ook analogische toepassing veelal af). Houwing wijst er overigens op dat het ontwerp BW 1820 in art. 2217 er wél van uitging dat een 'echte' voorwaarde ook uit de wet kon voortvloeien (Houwing 1949, p. 31).
Zwalve lijkt een dergelijke voorwaarde u.h.v. de wet daarentegen (ook) voor het huidig recht te erkennen. Althans, hij verdedigt dat u.h.v. art. 3:86 lid 3 BW de verkrijger te goeder trouw die om baat verkreeg eigenaar onder opschortende voorwaarde is en de bestolen eigenaar eigenaar is onder ontbindende voorwaarde van de niet-uitoefening van zijn revindicatie binnen de daarvoor gestelde termijn (Zwalve 2013, p. 100).
- 63 Hartkamp noemt het door de wet gestelde geldigheidsvereiste, waarbij het niet voldoen aan dit vereiste de rechtshandeling niet tot stand komt (Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 270). Hartkamp beschouwt een dergelijk vereiste echter niet als wettelijke voorwaarde. Cahen verwijst – vermoedelijk – in dit verband naar de 'wettelijke' opschortende voorwaarde van het eigendomsvoorbehoud als bedoeld in de artt. 3:91 en 92 BW (Pitlo/Cahen 2002, p. 35). Hierin vergist hij zich echter; de voorwaarde van het eigendomsvoorbehoud is geen wettelijke voorwaarde, maar is gebaseerd op de partijwil.
Voor het OBW: Hofmann 1937, p. 87; Van Brakel 1935a, p.12, 13; Diephuis 1885, p. 108; Everts 1883, p. 18.
- 64 Een interessante variant van deze 'wettelijke voorwaarde' vinden we bij Steneker. Steneker beschrijft de overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht, met name een pandrecht (Steneker 2008, p. 644 e.v.). Terecht wijst hij op de problemen voor de praktijk die daaruit voortvloeien, dat aan alle vestigingshandelingen t.b.v. het (voorbehouden) pandrecht moet zijn of worden voldaan t.t.v. de leveringshandeling voor de overdracht. Bijv. het opmaken

re wettelijke voorwaarde in deze betekenis betreft een bezwaring van *eigen* goederen ten behoeve van zich zelf of ten gunste van andere, eveneens *eigen* goederen onder de opschortende voorwaarde van vervreemding van het bezwaarde goed aan een derde – voor zover we een dergelijke opzet überhaupt al zouden willen aanvaarden. Een voorbeeld daarvan is de vestiging van een erfdienstbaarheid waarbij het heersend en dienend erf (nog) in één hand zijn, onder de opschortende voorwaarde van toekomstige overdracht van een van beide erven aan een derde.⁶⁵

Ook al zal menigene direct een verschil aanvoelen met de eerstgenoemde categorie van wettelijke voorwaarden, in abstracto is het lastig om aan te geven waaruit dit verschil bestaat.⁶⁶ Dat huwelijkse voorwaarden nog geen werking hebben omdat het huwelijk nog niet is gesloten, dan wel omdat ook de beoogde notariële akte houdende de huwelijkse voorwaarden nog niet is verleden, lijkt verschil te maken. Hoe dit verschil in het kader van eventuele voorwaardelijkheid ten aanzien van het door partijen beoogde in werking treden van de huwelijkse voorwaarden precies moet worden gekwalificeerd, is echter nog

van een pandakte en eventuele registratie daarvan, vóórdat de bezitsverschaffing plaatsvindt (p. 651).

Een mogelijke oplossing ziet hij daarin dat de overdracht plaatsvindt onder de opschortende voorwaarde dat aan alle vestigingsvereisten voor het voorbehouden pandrecht is voldaan. Vindt er in dat geval echter (inderdaad) een opschortend voorwaardelijke overdracht plaats? Het is mij niet helemaal duidelijk of Steneker deze vraag ontkennend of bevestigend beantwoordt. Weliswaar verwijst hij naar art. 3:84 lid 4 BW – hetgeen suggereert dat hij inderdaad een voorwaardelijke overdracht onderkent – maar ook stelt hij het volgende: ‘Deze constructie heeft als nadeel, dat, zolang de vestigingshandelingen niet geldig zijn verricht, ook de (onvoorwaardelijke) overdracht vooralsnog achterwege blijft’ (Steneker 2008, p. 651, 652). Daarin kan men zowel lezen dat direct een voorwaardelijke overdracht tot stand komt, als pas een onvoorwaardelijke (en dus nooit een voorwaardelijke) met het intreden van de voorwaarde.

Bij Steneker vinden we toevallig ook nog een tweede variant: de herverpanding bij voorbaat door een (toekomstige) pandhouder onder de ‘opschortende voorwaarde’ dat deze zelf pandhouder wordt (Steneker 2012, p. 31).

- 65 Opvallend genoeg treft men deze en soortgelijke – in mijn optiek zonder meer falende – pogingen tot goederenrechtelijke beschikkingen t.a.v. registergoederen incidenteel aan in notariële akten en wordt deze opzet ook in de literatuur nog wel verdedigd, zie: Gräler 2014, p. 63; Wibbens-de Jong 2006, p. 26 (ter zake de gunning bij openbare verkoop aan verschillende bidders); Heuff 1982. Gräler verwijst in deze overigens naar Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008, nr. 173 (p. 226, 227), maar aldaar wordt in mijn optiek slechts geconstateerd dat deze mogelijkheid in de literatuur wordt verdedigd, zonder eigen stellingname van de betreffende auteurs.

Ook Van Velten onderschreef in dit verband aanvankelijk de mogelijkheid van vestiging van een erfdienstbaarheid door dezelfde eigenaar, verwijzend naar PG Boek 3, TM, p. 185 (Van Velten 1997). De door Van Velten genoemde TM stelt echter uitsluitend in zijn algemeenheid dat beperkte rechten onder een voorwaarde kunnen worden gevestigd. Dat is nogal wat anders dan de vestiging van een erfdienstbaarheid onder voorwaarde dat een van beide percelen in de toekomst aan een ander zal toebehoren. Later sprak ook Van Velten zijn duidelijke twijfels over de constructie uit (Van Velten 2012, p. 34).

- 66 Zie in min of meer gelijke zin: De Coninck 2007, p. 198.

niet zo eenvoudig. Beide elementen – huwelijkssluiting en notariële akte – vormen immers constitutieve en wettelijke vereisten voor werkzame huwelijkse voorwaarden. Ook materiële verschillen tót het moment van de huwelijkssluiting liggen niet voor het oprapen. Wat daar verder van zij, als een werkelijke voorwaarde kwalificeert een dergelijk wettelijk totstandkomings- of geldigheidsvereiste volgens de literatuur in elk geval niet.⁶⁷

Een laatste betekenis van het begrip wettelijke voorwaarde heeft een weliswaar soortgelijke, maar toch enigszins andere inhoud. Dit betreft de opschortende 'voorwaarde' die eveneens bestaat uit een wettelijk totstandkomingsvereiste voor de betreffende rechtsverhouding, maar die door partijen op grond van wilsovereenstemming bovendien als voorwaarde bij die – beoogde – rechtsverhouding overeen is gekomen.⁶⁸ Ook een dergelijke 'voorwaarde' wordt echter niet als een voorwaarde in de zin van de wet beschouwd.⁶⁹

We zien derhalve dat de term *wettelijke voorwaarde* onder zowel het NBW als het OBW in enigszins verschillende betekenissen wordt gehanteerd, ook al wordt niet ieder van de voormelde betekenissen in de literatuur inderdaad als een wettelijke voorwaarde beschouwd. Wél zou ik durven stellen dat de meest gehanteerde betekenis is gelegen in de voorwaarde die door de wet zelf gesteld wordt ten aanzien van het intreden van een bepaald rechtsgevolg, zoals de huwelijkssluiting voor de werking van huwelijkse voorwaarden.

Bij alle drie vorenomschreven betekenissen van wettelijke voorwaarden constateerde ik reeds, dat deze in de literatuur veelal niet worden beschouwd als 'eigenlijke' voorwaarden in de zin van het NBW en OBW. In dat verband wordt in de literatuur gesteld dat de wettelijke bepalingen van onder meer afd. 6.1.5 NBW en afd. 3.1.5 OBW ter zake voorwaarden betrekking hebben op voorwaar-

67 Janssen 2006, p. 747; Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 270; Snijders in zijn voormelde noot bij HR 3 juni 1994, NJ 1995, 342.

OBW: Hofmann 1937, p. 87; Van Brakel 1935a, p. 12, 13 (al ben ik niet helemaal zeker of Van Brakel ook op deze groep van wettelijke voorwaarden doelt). Hofmann concludeerde in dit verband tot het bestaan van uitsluitend een 'rechtsverwachting' i.p.v. een voorwaardelijk recht. Een zelfde gedachte vinden we bij P-G Berger in zijn conclusie bij HR 2 december 1949, NJ 1950, 265, waar de wettelijke voorwaarde z.i. geen voorwaardelijke maar een 'eventuele' verbintenis met zich meebrengt.

In andere zin echter Veenhoven, die inschrijving van een akte in het kader van levering van onroerend goed als een (potestatieve) voorwaarde beschouwt (Veenhoven 1955, p. 22 nt. 3).

68 In deze zin: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 327 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 271); Janssen 2005, p. 142 (m.b.t. vereisten voor overdracht).

OBW: Diephuis 1885, p. 109; Everts 1883, p. 18. Zie voor het Belgisch recht: De Coninck 2007, p. 193.

69 Janssen 2005, p. 142; Snijders in zijn noot bij HR van 3 juni 1994, NJ 1995, 340. Zie Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 271 voor de variant waarbij het mogelijke intreden van een wettelijke voorwaarde o.g.v. nadere wilsovereenstemming in de tijd wordt beperkt.

OBW: Diephuis 1885, p. 109.

delijkheid uit hoofde van partijwil respectievelijk rechtshandeling.⁷⁰ Die op zich juiste constatering vloeit echter uitsluitend daaruit voort dat de betreffende wetsbepalingen duidelijk geschreven zijn voor voorwaarden uit hoofde van rechtshandelingen respectievelijk voorwaardelijke verbintenissen uit overeenkomst. De voormelde constatering dat wettelijke voorwaarden geen 'eigenlijke' voorwaarden in de zin van de wet zijn, is derhalve niets meer dan een weergave van het gegeven dat de betreffende wetsbepalingen zijn geschreven voor voorwaarden uit hoofde van de partijwil. Dat betekent daarmee nog niet dat het (wettelijk) uitgangspunt zou zijn dat voorwaardelijkheid uitsluitend uit hoofde van de partijwil zou kunnen ontstaan. Met andere woorden, óf voorwaarden al dan niet uit andere hoofde kunnen ontstaan – waaronder mede begrepen uit hoofde van de wet – volgt niet uit de betreffende wetsbepalingen van het NBW of het OBW.

In de literatuur en de PG lijkt soms dan ook indirect gesteld te worden dat voorwaardelijkheid wel degelijk ook bestaat of tenminste kan bestaan bij wettelijke voorwaarden. De wetsbepalingen met betrekking tot voorwaarden uit hoofde van partijwil zouden namelijk eventueel *analoog* toegepast kunnen worden op (onder meer) wettelijke voorwaarden.⁷¹ Het is echter de vraag of uit deze opvatting voortvloeit dat de bedoelde wettelijke voorwaarden volgens de betreffende auteurs inderdaad kwalificeren als daadwerkelijke voorwaarden náást de groep van voorwaarden uit hoofde van partijwil. Bij die kwalificatie als daadwerkelijke voorwaarde zou de gedachte zijn dat de wetsbepalingen ter zake voorwaarden weliswaar niet geschreven zijn voor deze wettelijke voorwaarden, maar *omdat* deze laatste wel degelijk 'echte' voorwaarden zijn, kunnen die wetsbepalingen analoog worden toegepast. We zouden de voormelde opvatting echter ook op die wijze kunnen interpreteren dat wettelijke voorwaarden helemaal niet kwalificeren als daadwerkelijke voorwaarden, maar dat blijkens de zekere gelijkenis met daadwerkelijke voorwaarden de strekking van die wetsbepalingen soms toepassing kan vinden op de situatie bij wettelijke voorwaarden.⁷² Uit de aanvaarding van de mogelijkheid van de bedoelde analoge toepassing *sec* kunnen we derhalve niet afleiden of door de betreffende auteurs wettelijke voorwaarden als daadwerkelijke voorwaarden worden beschouwd.

70 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, p. 124. Ook: PG Boek 6, TM, p. 145. OBW: Pitlo 1964, p. 72; Houwing 1949, p. 29, 30 (en ook in zijn noot bij HR 2 december 1949, NJ 1950, 265); Hofmann 1937, p. 87.

71 PG Boek 6, TM, p. 145. In gelijke zin: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, p. 124 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 269); Snijders in zijn noot onder HR 3 juni 1994, NJ 1995, 342; Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 125.

OBW: Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 125; Houwing 1949, p. 30. Van Opstall wees analogische toepassing daarentegen meestal af (Van Opstall 1976, p. 362).

72 Deze gelijkenis bestaat daaruit dat ook bij de wettelijke voorwaarden sprake is van een toekomstige objectief onzekere omstandigheid waar de verdere gevolgen van de (beoogde) rechtsverhouding van afhankelijk zijn.

Uit het vorenstaande volgt dat bij een deel van de literatuur niet duidelijk is of een wettelijke voorwaarde in een of meerdere van de vorenomschreven betekenissen al dan niet zou kwalificeren als een 'echte' voorwaarde. Er zijn echter ook auteurs die wettelijke voorwaarden expliciet als 'daadwerkelijke' voorwaarden beschouwen. Zo verdedigde Houwing dat de wettelijke voorwaarde bestaande uit een wettelijk totstandkomings- of geldigheidsvereiste wel degelijk als daadwerkelijke voorwaarde beschouwd diende te worden, waaruit de analoge toepassing van de wettelijke bepalingen ter zake voorwaarden voortvloeide.⁷³ Ook Kalma en Oppenheim lijken bij wettelijke voorwaarden uit te gaan van daadwerkelijke voorwaarden, maar hebben die opvatting niet verder uitgewerkt.⁷⁴ Houwing verdedigde zijn visie met de gedachte dat er geen algemeen geldende reden te bedenken zou zijn waarom de positie van een schuldenaar onder partij-voorwaarde of onder wettelijke voorwaarde anders zou moeten zijn.⁷⁵ Houwing benadert het thans voorliggende vraagstuk derhalve vanuit een materieel oogpunt; het gaat zijns inziens om de *positie* die een schuldenaar inneemt gegeven de 'voorwaarde'. Een dergelijke materiële benadering van het vraagstuk lijkt wellicht verdedigbaar, met name ook omdat uit de mogelijke grondslagen van partijwil of wet zélf eigenlijk geen argumenten pro of contra zijn te ontleen.⁷⁶ Zoals ik echter in § 4.1.5 zal verdedigen, valt aan het wel of niet overeenstemmen van de materiële gevolgen echter geen enkele conclusie te verbinden.

Als ik het vorenstaande samenvat dan zien we het volgende. In de Nederlandse literatuur worden in verband met de wettelijke voorwaarde drie verschillende betekenissen gehanteerd. Daarvan wordt echter uitsluitend de voorwaarde die door de wet zelf gesteld wordt ten aanzien van het intreden van een bepaald rechtsgevolg als betekenis breder aanvaard. Óf de wettelijke voorwaarde in specifiek die betekenis ook als een 'echte' voorwaarde wordt gezien, komt bij het merendeel van de auteurs en in de jurisprudentie niet duidelijk naar voren. Het enkele feit dat de wettelijke bepalingen van zowel het NBW als het OBW zijn geschreven voor voorwaarden uit hoofde van partijwil, heeft evenmin betekenis. Voor het geldend recht van het NBW en het OBW is derhalve geen duidelijk antwoord te geven op de vraag of wettelijke voorwaarden al dan niet kwalificeren als 'echte' voorwaarden. Daarmee blijft tevens onduidelijk of de wet – en daarmee niet steeds de partijwil – voor het geldend recht de grondslag voor voorwaardelijkheid kan vormen.

73 Houwing 1949, p. 31.

74 Kalma 1940, p. 221; Veegens/Oppenheim 1917, p. 33.

75 Houwing in zijn noot bij HR 2 december 1949, NJ 1950, 265. Houwing brengt daarbij wel de nuancering aan, dat de aard van een voorschrift zich tegen analoge toepassing kan verzetten (verwijzend naar art. 1296 OBW), hetgeen ook het geval kan zijn bij een eventuele bijzondere regeling t.a.v. de wettelijke voorwaarde.

76 Zie over deze materiële benadering tevens: De Coninck 2007, p. 196 e.v.

Duits en Zwitsers recht

Zoals uit de relatief beperkte literatuurverwijzingen bij de bespreking van het Nederlands geldend recht en het OBW reeds volgde, heeft de figuur van de wettelijke voorwaarde in de Nederlandse literatuur slechts vrij bescheiden aandacht gekregen. In de Duitse literatuur was deze aandacht met name door de onderzoeken van Egert en Oertmann duidelijker ruimer.⁷⁷ In de moderne Duitse literatuur en in wat mindere mate in de Zwitserse vinden we daar nog de weerklank van. Tegelijkertijd zij daar direct bij opgemerkt, dat in afwijking van de opvattingen van Egert en Oertmann de Duitse auteurs thans veelal sterk afwijzend staan tegenover de gedachte dat *Rechtsbedingungen* daadwerkelijke voorwaarden kunnen zijn. De eerdere ruime belangstelling heeft er derhalve voor het huidige Duitse recht niet toe geleid dat de figuur van wettelijke voorwaarden zich mag verheugen in nog steeds aanvaarde, verder uitgewerkte opvattingen.⁷⁸

De *Rechtsbedingung* wordt in zijn voornaamste betekenis wel omschreven als de 'auf Gesetz und nicht auf Parteivereinbarung beruhende Wirksamkeitsvoraussetzung des Rechtsgeschäfts'.⁷⁹ De nadruk ligt bij deze omschrijving in de eerste plaats op het verschil in grondslag tussen de wettelijke en de 'echte' voorwaarde, welk verschil door een deel van de literatuur ook wordt benadrukt.⁸⁰ Daarnaast omvat deze omschrijving het onderscheid tussen de *Wirksamkeitsvoraussetzung*, hetgeen de wettelijke voorwaarde vormt, en de *Tatbestande* die de constitutieve elementen van de rechtshandeling vormen. Waar het onderscheid tussen *Wirksamkeitsvoraussetzung* en *Tatbestand* zou moeten liggen, heeft ondanks alle onderzoek in de Duitse literatuur bepaald niet geleid tot overeenstemmende inzichten.⁸¹ Voor het thans door mij besproken onderwerp is dit – ik zou willen stellen 'gelukkig' – zonder belang, zodat ik de discussie laat voor wat zij is.

Een variant op de voormelde omschrijving van de wettelijke voorwaarde is 'die gesetzlichen Voraussetzungen für Zustandekommen und Wirksamkeit

⁷⁷ Egert 1974; Oertmann 1924.

⁷⁸ Overigens stelt De Coninck in die zin anders, dat zij ervan uitgaat dat het eerder ontwikkelde onderscheid tussen *Tatbestandselementen* en *Wirksamkeitsvoraussetzungen* – en daarmee de plaatsing van *Rechtsbedingungen* in het licht van 'echte' voorwaarden – nog steeds de bestaande Duitse opvattingen zou weergeven (De Coninck 2007, p. 196 e.v.). De Coninck baseert zich echter uitsluitend op oudere literatuur.

⁷⁹ Metzger 2005, p. 72.

⁸⁰ Duits recht: Bork 2011, p. 495; Staudinger/Bork 2010, p. 315; Wolf 1999, p. 502. Zwitsers recht: Merz 1984, p. 152; Becker 1941, p. 712; Stiefel 1918, p. 113, 136.

⁸¹ In deze zin reeds Egert (Egert 1974, p. 11). Zie voor een verdere beschrijving van de beide categorieën: Egert 1974, p. p. 14 e.v.

eines Vertrages'.⁸² Met name in deze tweede omschrijving vinden we de beide hiervoor reeds bij het Nederlands geldend recht omschreven betekenissen: een door de wet zelf vereiste onzekere gebeurtenis als 'voorwaarde' voor het intreden van een bepaald rechtsgevolg, alsmede een wettelijk totstandkomings- of geldigheidsvereiste voor de betreffende rechtsverhouding. Een derde betekenis van de wettelijke voorwaarde wordt gezien in een wettelijk totstandkomingsvereiste dat tevens – maar in zijn gevolgen derhalve overbodig – door middel van een partijbeding bij de (beoogde) rechtsverhouding overeen is gekomen.⁸³ Het ontwerp van het BGB bevatte in § 140 ook een bepaling die gericht was op deze betekenis van de *Rechtsbedingung*, welke bepaling echter als eveneens overbodig werd geschrapt.⁸⁴

Tot slot wordt aan de wettelijke voorwaarde nog een beperktere betekenis toegekend. In deze laatste betekenis vormt de *Rechtsbedingung* een ten tijde van het 'totstandkomen' van de rechtsverhouding nog ontbrekende *Wirksamkeitsvoraussetzungen* waaraan achteraf nog kan worden voldaan.⁸⁵ In de literatuur genoemde voorbeelden daarvan zijn de wettelijk vereiste rechterlijke toestemming voor bepaalde rechtshandelingen door een voogd (§ 1822 BGB, uitsluitend mogelijk als opschortende voorwaarde)⁸⁶ en de instemming van

82 Duits recht: PWW/Brinkmann 2014, p. 219. In soortgelijke zin: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164; Palandt/Ellenberger 2014, p. 178; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 613; MüKo/Westermann 2012, p. 1713; Staudinger/Bork 2010, p. 315; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1058; Honsell 2008, p. 612; Weirich 2006, p. 62; Wolf 1999, p. 502; Pawlowski 1998, p. 288; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 840.

Zwitsers recht: Gauch, Schlupe, Emmenegger 2014, p. 385; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 853; Koller 2009, p. 1300; Honsell 2008, p. 612; Huguenin e.a. 2008, p. 195; Guhl/Koller 2000, p. 55; Bucher 1988, p. 508; Becker 1941, p. 712. Schwenzer hanteert een veel abstraktere omschrijving: 'die Voraussetzungen [], von denen eine Rechtsnorm die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes abhängig macht' (Schwenzer 2012, p. 64).

Gutmans en Staehelin beschouwen de *Rechtsbedingung* daarentegen (waarschijnlijk) uitsluitend als een begrip met een veel beperktere betekenis, zie hierna.

83 Duits recht: Palandt/Ellenberger 2014, p. 178; (vermoedelijk) Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 613, 614; MüKo/Westermann 2012, p. 1713; Bork 2011, p. 495, 496; Medicus 2010, p. 341; Staudinger/Bork 2010, p. 315; Wolf 1999, p. 502; Flume 1992, p. 680; Pawlowski 1998, p. 288; Egert 1974, p. 43, 44; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 840; Oertman 1924, p. 45. Zwitsers recht: BSK OR I-Ehrt 2011, p. 853; Gutmans 1995, p. 17; Becker 1941, p. 713 (waarbij Becker ingeval van een verdere beperking, bijv. in de tijd, wél een 'echte' voorwaarde aanneemt); Stiefel 1918, p. 136, 137.

84 Dit art. 140 luidde: 'Durch die Beifügung einer Bedingung, welche die rechtliche Wirkung von einem Umstande abhängig macht, von welchem dieselbe auch ohne den Willen des Erklärenden abhängig ist, wird an der rechtlichen Bestimmtheit des Verhältnisses nichts geändert' (aldus Schießler 1998, p. 32).

85 Duits recht: MüKo/Westermann 2012, p. 1713; Staudinger/Bork 2010, p. 315; Wolf 1999, p. 502 (o.b.v. de door hem genoemde uitspraken van het BGH); Egert 1974, p. 33; Oertman 1924, p. 6, 28.

Zwitsers recht: Koller 2009, p. 1300; Huguenin e.a. 2008, p. 195; Gutmans 1995, p. 16; Staehelin 1993, p. 69. Gutmans en Staehelin lijken deze betekenis van de *Rechtsbedingung* overigens als de enig mogelijke te gebruiken.

86 Staudinger/Bork 2010, p. 331.

een partij met het handelen van een 'vertegenwoordigende' partij zónder vertegenwoordigingsbevoegdheid.⁸⁷ Of deze laatste betekenis van de *Rechtsbedingung* inderdaad als een separate betekenis naast de drie voormelde wordt gezien, is mij overigens niet helemaal duidelijk geworden. Sommige auteurs brengen ook totstandkomingsvereisten zoals beschikkingsbevoegdheid onder deze categorie, waarmee ieder verschil met de eerstgenoemde betekenissen zou ontbreken.

Enkele auteurs breiden het begrip van de *Rechtsbedingung* uit tot de 'Tatsachen, die nach der Natur [cursivering HS] des Rechtsgeschäftes [] die Voraussetzungen für die Wirkung dieses Rechtsgeschäftes darstellen'.⁸⁸ Een voorbeeld daarvan zou de 'voorwaarde' van het bestaan van een schuld zijn voor het bestaan van een verplichting uit borgtocht of van een pandrecht. Deze bedoelde afhankelijkheid of, zo men wil, dit causale verband vloeit eerder voort uit de aard van de specifieke rechtsverhouding, dan dat sprake is van enig wettelijk vereiste van totstandkoming of voor de 'werking' van die rechtsverhouding. Van een daadwerkelijk *wettelijke* voorwaarde zou bij déze betekenis van de *Rechtsbedingung* derhalve geen sprake zijn.

Bij de vorenstaande betekenissen zij overigens opgemerkt, dat de in de Duitse en Zwitserse literatuur gevoerde discussie voor een groot deel juist betrekking heeft op de vraag wat als een *Rechtsbedingung* is te beschouwen. Het aantal besproken varianten is daarbij wezenlijk groter dan ik vorenstaand heb weergegeven.⁸⁹

We zien derhalve dat de wettelijke voorwaarde als begrip in zowel de Duitse als de Zwitserse literatuur is aanvaard, al worden daar ook in deze beide stelsels enigszins verschillende betekenissen aan toegekend. Vooral de moderne literatuur in beide landen laat echter geen mogelijkheid onbenut om ons er op te wijzen, dat de *Rechtsbedingung* niet kwalificeert als een daadwerkelijke voorwaarde respectievelijk een voorwaarde in de zin van § 158 BGB respectieve-

87 Erman/Armbrüster 2014, p. 457; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 120; Wolf 1999, p. 502.

88 Guhl 1944, p. 53. In gelijke zin: Guhl/Koller 2000, p. 55. Zie voor het Duitse recht: Wolf 1999, p. 502; Egert 1974, p. 14. Bij Nipperdey vinden we deze gedachte indirect. Volgens Nipperdey kunnen ook gebeurtenissen zoals het overlijden voor het inwerking treden van een testament als een *condicio iuris* kwalificeren (Ennecerus/Nipperdey 1955, p. 613, 614). Dat laatste is overigens ook in die zin een interessante opvatting, dat het toekomstige overlijden iedere onzekerheid ontbeert. Uitsluitend in relatie tot de rechtshandeling zelf – zal ook het testament met *deze* inhoud van kracht worden of zal het testament voordien gewijzigd worden – zou sprake zijn van een daadwerkelijke voorwaarde (die alsdan potestatief van aard zou zijn).

89 Zie voor een aantal andere omschrijvingen voor het Duitse recht: Egert 1974, p. 33, 34; Oertmann 1924, p. 6 e.v. Voor (o.m.) het Zwitserse recht: Stiefel 1918, p. 132 e.v.

lijk 151 OR.⁹⁰ Dit overigens in navolging van het Romeinse recht⁹¹ en ook overeenkomstig de toelichting bij de PECL.⁹² Daarmee bestaat de vraag wat de aan de kwalificatie als *Rechtsbedingung* verbonden gevolgen zijn.

De Duitse wetgever liet die vraag bewust over aan de wetenschap, in welk verband tevens de voormelde schrapping van § 140 van het ontwerp van het BGB moet worden geplaatst.⁹³ Flume stelt in dit verband voor het Duitse recht dat aan het begrip van de wettelijke voorwaarde geen materiële betekenis kan worden ontleend: 'Die von Rechts wegen bestehenden Wirksamkeitsvoraussetzungen der Rechtsgeschäfte sind so unterschiedlich, daß dem Begriff der Rechtsbedingung dafür keine Bedeutung zukommt'.⁹⁴ In Flume's visie bestaat 'de' wettelijke voorwaarde dan ook niet. Deze gedachte dat voor *Rechtsbedingungen* geen algemene voorschriften gelden, maar dat de toepasselijke voorschriften afhankelijk zijn van de specifieke (wettelijke) bepaling die de *Rechtsbedingung* vormt, wordt in elk geval door een deel van de Duitse literatuur onderschreven.⁹⁵ Dit laatste volgt ook daaruit, dat volgens de Duitse literatuur de wettelijke bepalingen ter zake voorwaarden niet – ook niet analoog – op

90 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164; Jauernig/Mansel 2014, p. 125; Palandt/Ellenberger 2014, p. 178; PWW/Brinkmann 2014, p. 219; Schellhammer 2014, p. 1061; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 613; MüKo/Westermann 2012, p. 1713; Wolf/Neuner 2012, p. 643; Bork 2011, p. 495, 496; Staudinger/Bork 2010, p. 310; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 120; HKK/Finkenauer 2003, p. 883; Wolf 1999, p. 502; Pawlowski 1998, p. 288; Flume 1992, p. 680. En ook: BGH 11 februari 2004, NJW 2004, 1595; BGH 25 september 1952, NJW 1952, 1330. Schießer stelt overigens dat het Duitse faillissementsrecht juist geen verschil maakt tussen voorwaarden als gebaseerd op de partijwil en wettelijke voorwaarden (Schießer 1998, p. 31, 32).

Zwitsers recht: Schwenzer 2012, p. 64; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 853 (echter aanzienlijk genuanceerder op p. 868); Koller 2009, p. 1269, 1300; Honsell 2008, p. 612; Guhl/Koller 2000, p. 55; Gutmans 1995, p. 16, 17; Keller & Schöbi 1988, p. 104; Bucher 1988, p. 508; Merz 1984, p. 152; Guhl 1944, p. 53; Becker 1941, p. 712; Oser 1929, p. 683; Stiefel 1918, p. 112.

91 Aldus: Flume 1992, p. 680; Jörs e.a./Honsell e.a. 1987, p. 91. Volgens Bork en Peter kende het Romeinse recht i.i.g. het verschil tussen normale en wettelijke voorwaarden (Staudinger/Bork 2010, p. 315; Peter 1994, p. 17 en uitgebreid p. 53 e.v.).

92 In de toelichting bij de PECL lezen we dat de bepalingen van de PECL geen betrekking hebben op dergelijke wettelijke voorwaarden (Von Bar & Zimmerman 2005, p. 820). De vraag of dergelijke 'voorwaarden' al dan niet mogelijk zijn, wordt niet beantwoord. De toelichting bij de PECL (en overigens ook die bij het DCFR) onderkent in dit verband overigens de mogelijkheid, dat een voorwaarde bestaat uit de rechtsgeldigheid van hetgeen overeengekomen is naar een ander rechtstelsel dan het op de rechtsverhouding toepasselijke (Von Bar & Zimmerman 2005, p. 820; Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 692). Als voorbeeld noemt de toelichting de mogelijkheid van legale uitvoer van kunstvoorwerpen uit een ander land. De logische en daarmee op zich juiste gedachte daarbij is uiteraard, dat voor het toepasselijke rechtstelsel geen sprake is van een wettelijke voorwaarde; de rechtsverhouding zal immers ook bij strijd met buitenlands recht naar het eigen recht veelal rechtsgeldig zijn. Iets anders is dat bij een dergelijke voorwaarde vaak sprake zal zijn van uitsluitend subjectieve en niet van tevens objectieve onzekerheid (zie verder § 2.4.3).

93 Schießer 1998, p. 32.

94 Flume 1992, p. 680.

95 Erman/Armbrüster 2014, p. 457; Wolf/Neuner 2012, p. 643, 644; Medicus 2010, p. 341; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 840. In soortgelijke zin: MüKo/Westermann 2012, p. 1713.

Rechtsbedingungen toepassing kunnen vinden.⁹⁶ In die zin is de *Rechtsbedingung* als begrip in het Duitse recht dan ook in zekere zin een lege huls; uitsluitend op het niveau van de individuele wettelijke voorwaarde is immers vast te stellen wat de materiële gevolgen van deze 'voorwaardelijkheid' zijn. Het overkoepelende begrip van de *Rechtsbedingung* vormt niet meer dan een verzamelbegrip zonder algemene materiële betekenis ten aanzien van de 'voorwaardelijkheid'.⁹⁷

Het is twijfelachtig of het vorenstaande ten aanzien van het Duitse recht ook een weergave vormt van het Zwitserse. Incidenteel vinden we een tot op zekere hoogte met het Duitse recht overeenstemmende opvatting in de Zwitserse literatuur.⁹⁸ Becker beperkt het begrip van de *Rechtsbedingung* daarentegen tot die wettelijke voorwaarden, waarbij een daadwerkelijke periode van onzekerheid bestaat met materiële gevolgen als bij een 'echte' voorwaarde.⁹⁹ Door het begrip van de *Rechtsbedingung* te verbinden specifiek aan *die* wettelijke voorwaarden met overeenstemmende gevolgen als bij daadwerkelijke voorwaarden, kan hetgeen ik voor het Duitse recht schreef uiteraard geen toepassing vinden.¹⁰⁰

Dat het Zwitserse recht ook overigens een (al dan niet beperkt) andere koers vaart, blijkt tevens daaruit dat de Zwitserse literatuur de mogelijkheid van analoge toepassing van de wettelijke bepalingen ter zake voorwaarden

96 Erman/Armbrüster 2014, p. 457 (in ieder geval v.w.b. rechtstreekse toepasselijkheid); Palandt/Ellenberger 2014, p. 178; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 614; Staudinger/Bork 2010, p. 315; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1058; Hübner 1996, p. 470. Anders echter Neuner en Wolf, die voor het Duitse recht rechtstreekse toepassing afwijzen maar analoge toepassing eventueel mogelijk achten (Wolf/Neuner 2012, p. 644; Wolf 1999, p. 502).

97 Aan de kwalificatie als *Rechtsbedingung* worden in de Duitse literatuur wel twee consequenties verbonden. Op de eerste plaats is het mogelijk om aan dwingend onvoorwaardelijke rechtsverhoudingen (zie verder § 5.2) een *Rechtsbedingung* te verbinden. De rechtsverhouding wordt daardoor immers niet daadwerkelijk voorwaardelijk. Zie: OLG Karlsruhe 5 mei 1966, NJW 1967, 936. In gelijke zin: MüKo/Westermann 2012, p. 1714; Staudinger/Bork 2010, p. 316; Wolf 1999, p. 502; Pawlowski 1998, p. 288 (m.b.t. het zogeheten *Gestaltungsrecht*, zie § 5.3.2); Egert 1974, p. 44; Oertman 1924, p. 46.

Op de tweede plaats heeft het vereiste dat de *Rechtsbedingung* vormt gevolgen voor de (beoogde) rechtsverhouding, ongeacht of partijen bekend zijn met deze *Rechtsbedingung* (Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 613).

98 Staehelin 1993, p. 70. Daarbij heeft het begrip van de *Rechtsbedingung* volgens Staehelin in die zin overigens wel een functie, dat d.m.v. analogie met 'echte' voorwaarden antwoorden voor vraagstukken bij *Rechtsbedingungen* gevonden kunnen worden.

99 Becker 1941, p. 713. Ook Hartkamp zoekt in zekere mate de betekenis van de wettelijke voorwaarde in de met 'echte' voorwaarden overeenstemmende materiële aspecten (Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 270).

100 Al blijft de geciteerde opmerking van Flume ook in dat geval betekenis houden. De materiële gevolgen van de *Rechtsbedingung* worden in de visie van Becker immers niet afgeleid uit die *Rechtsbedingung*, maar deze wettelijke voorwaarde kwalificeert uitsluitend als zodanig, omdat sprake is van overeenstemmende materiële gevolgen.

op *Rechtsbedingungen* juist aanvaardt.¹⁰¹ Derhalve ook door die auteurs die een breder begrip van de wettelijke voorwaarde hanteren dan Becker. Tot slot is in de Zwitserse literatuur ook verdedigd dat een *Rechtsbedingung* – opgevat als wettelijk totstandkomingsvereiste dat tevens door middel van een partijbeding bij de (beoogde) rechtsverhouding overeen is gekomen – in feite een dubbele voorwaardelijkheid creëert: het oorspronkelijke wettelijke vereiste, alsmede datzelfde vereiste in de vorm van een verbintenisrechtelijke voorwaarde.¹⁰² Wat de toegevoegde waarde van die opvatting zou zijn, blijkt echter niet.¹⁰³ Met het vorenstaande heeft het er derhalve zeker de schijn van dat het Zwitsers recht ter zake de gevolgen van de kwalificatie als *Rechtsbedingung* andere opvattingen huldigt dan het Duitse. Van een verder uitgewerkte theorievorming lijkt echter geen sprake, zodat het niet mogelijk is om aan te geven waar de verschillen met het Duitse recht precies in zijn gelegen.

Ter zake het Duitse en Zwitserse recht kunnen we het volgende vaststellen. De *Rechtsbedingung* kent een aantal verwante maar te onderscheiden betekenissen. Ongeacht de gehanteerde betekenis worden *Rechtsbedingungen* in de moderne Duitse en Zwitserse literatuur vrijwel nooit beschouwd als 'echte' voorwaarden. Dit is duidelijk mede daarvan een gevolg, dat beide rechtssystemen het vereiste van de partijwil als grondslag voor de voorwaardelijkheid eisen, waaraan een voorwaarde uit hoofde van de wet vanzelfsprekend niet voldoet.

De vraag wáárom dit vereiste van de partijwil bestaat, wordt in de literatuur van beide landen echter gesteld noch beantwoord. De vraagstelling ter zake *Rechtsbedingungen* wordt geheel toegespitst op de kwestie, of en in hoeverre materiële aspecten van 'echte' voorwaarden – waaronder (analoge) toepassing van de wettelijke bepalingen ter zake voorwaarden – van betekenis zijn voor wettelijke voorwaarden. Voor de thans door mij besproken vraag naar de mogelijkheid van een grondslag van voorwaardelijkheid buiten de partijwil bieden de Duitse en Zwitserse rechtskring in die zin derhalve geen nieuwe gezichtspunten.

Nadere uitwerking

Zoals we zagen bestaan in alle vier de onderzochte systemen een aantal variaties in de betekenis van de wettelijke voorwaarde. Slechts door een enkele auteur wordt de wettelijke voorwaarde in deze varianten beschouwd als een 'echte' voorwaarde in de zin van de desbetreffende burgerlijke wetboeken. Echter, deze vaststelling is veelal daarop gestoeld dat uit de wettelijke bepalingen

101 BSK OR I-Ehrat 2011, p. 868 (althans, Ehrat ziet deze mogelijkheid m.b.t. art. 156 OR); Guhl/Koller 2000, p. 55; Gutmans 1995, p. 17; Staehelin 1993, p. 70; Becker 1941, p. 713; Stiefel 1918, p. 137, 138.

102 Koller 2009, p. 1300.

103 M.n. omdat Koller beperkingen aan de materiële gevolgen van de 'voorwaardelijkheid' u.h.v. de *Rechtsbedingung* ook van toepassing acht op de verbintenisrechtelijke voorwaarde, met als voorbeeld art. 156 OR.

ter zake voorwaarden het vereiste van een grondslag in de partijwil respectievelijk rechtshandeling voortvloeit. In dat laatste verband wordt ook het vereiste van subjectieve onzekerheid gezien, naast dat van objectieve onzekerheid.¹⁰⁴ Deze benadering van het vereiste van de partijwil als grondslag is derhalve sterk op de wet respectievelijk de omschrijving van hetgeen een voorwaarde zou zijn gebaseerd en niet op een inhoudelijke argumentatie. Een dergelijke meer materiële onderbouwing voor dit vereiste ontbreekt in de literatuur.

De te beantwoorden vraag is derhalve, wanneer een wettelijke voorwaarde als 'echte' voorwaarde zou kwalificeren indien we het vereiste van de partijwil als grondslag voor voorwaardelijkheid zouden weglaten. Het bestaan van een dergelijke wettelijke voorwaarde als 'echte' voorwaarde zou immers betekenen, dat de grondslag voor voorwaardelijkheid inderdaad ook buiten de partijwil kan zijn gelegen. Daarvoor zou een wettelijke voorwaarde in ieder geval moeten voldoen aan de vereisten van *toekomstig* en *onzeker*.¹⁰⁵ Deze onzekerheid zou op basis van de bestaande opvattingen alsdan uitsluitend *objectieve* onzekerheid betreffen, omdat het vereiste van subjectieve onzekerheid – onterecht – wordt beschouwd als beperkt tot het vereiste voor een op voorwaardelijkheid gerichte partijwil. Als we de partijwil als vereiste zouden laten vervallen, behoeven we bij deze opvatting derhalve evenmin nog het vereiste van subjectieve onzekerheid te stellen. De formele vereisten van toekomstig en objectief onzeker zullen zonder twijfel van toepassing zijn op talloze wettelijke eisen die als wettelijke voorwaarde zouden kunnen kwalificeren. Vanuit deze begripsmatige benadering zou er dan ook geen belemmering zijn een wettelijke voorwaarde als 'echte' voorwaarde te beschouwen.

Het voldoen aan deze beide voormelde vereisten is in de Nederlandse heersende opvattingen weliswaar essentieel om überhaupt voorwaardelijkheid aan te kunnen nemen, maar uitsluitend een voldoen aan deze vereisten maakt iets nog niet tot een voorwaarde. Juridisch handelen gaat immers constant gepaard met toekomstige onzekere factoren, zonder dat daar enige voorwaardelijkheid in wordt gezien.¹⁰⁶ Met als uitgangspunt dat voldaan moet zijn aan deze vereisten van toekomstig en objectief onzeker komen we derhalve terug bij de vraag wanneer een wettelijke voorwaarde als een 'echte' voorwaarde is te beschouwen.

Deze vraag kunnen we van twee zijden benaderen. De eerste benaderingswijze wordt gevormd door het uitgangspunt dat van een 'echte' voorwaarde sprake zou zijn, indien de materiële gevolgen van een wettelijke voorwaarde overeenstemmen met die van een 'daadwerkelijke' voorwaarde. Bij een derge-

104 Zie § 4.1.3.

105 In gelijke zin: Egert 1974, p. 32; Stiefel 1918, p. 134, 135.

106 Partijen bij een overeenkomst hebben bijv. niet direct een vordering tot schadevergoeding onder de opschortende voorwaarde dat de wederpartij toerekenbaar tekort schiet. Zie in deze zin ook: HR 3 december 2010, NJ 2010, 653.

lijk overeenstemmen van de materiële gevolgen van wettelijke voorwaarden met die van 'echte' lijkt er immers – binnen de formele grenzen van de vereisten van de toekomstige en onzekere gebeurtenis – geen enkele reden te bestaan om een wettelijke voorwaarde niet als een daadwerkelijke voorwaarde te beschouwen. Als dat inderdaad het geval is, zou het ontbreken van een grondslag in de partijwil geen belemmering vormen voor de kwalificatie als 'echte' voorwaarde en zou de conclusie dan ook zijn, dat voorwaardelijkheid ook buiten de grondslag van de partijwil kan ontstaan. Is daarentegen niet of onvoldoende sprake van een dergelijk overeenstemmen van de materiële gevolgen, dan moge nog steeds voldaan zijn aan de vereisten van toekomstig en onzeker en kan wellicht ook een déél van de gevolgen van 'echte' voorwaardelijkheid toepassing vinden, maar materieel beschouwd is dan toch sprake van een andere figuur. Dat iets *lijkt* op een bepaald type rechtsverhouding maakt het immers nog niet tot dat type, met name niet als ook de gevolgen op onderdelen verschillen. Deze benaderingswijze bespreek ik onderstaand.

Bij de tweede benaderingswijze is het juist de vraag of een dergelijk al dan niet overeenstemmen van de materiële gevolgen wel een argument vormt voor of tegen de kwalificatie van een wettelijke voorwaarde als een 'echte'. De achterliggende gedachte is dat dergelijke gevolgen uiteraard ook min of meer toevallig wel of niet overeen zouden kunnen stemmen, maar dat het in essentie gaat om de vraag of er ook een rechtstreeks verband bestaat tussen de grondslag en deze materiële gevolgen. Omdat deze laatste benaderingswijze in een breder verband geplaatst kan worden dan uitsluitend bij de wettelijke voorwaarden, bespreek ik deze in § 4.1.5.

De in het kader van de eerste benaderingswijze te beantwoorden vraag is derhalve, of de materiële gevolgen van een wettelijke voorwaarde overeen (kunnen) stemmen met die van een 'daadwerkelijke' voorwaarde. Bij de vorenstaande bestudering van de vier stelsels zagen we dat de vraag of wettelijke voorwaarden al dan niet kunnen kwalificeren als voorwaarden, in de literatuur inderdaad vaak wordt gesteld in verband met de vraag of de materiële aspecten van 'echte' voorwaardelijkheid ook toepassing vinden bij wettelijke voorwaarden. In het kader van de thans voorliggende vraag naar de grondslag van voorwaardelijkheid draaien we die benadering om: als de materiële gevolgen van wettelijke voorwaarden overeenstemmen met die van 'echte', bestaat er – binnen de formele grenzen van de vereisten van de toekomstige en onzekere gebeurtenis – geen reden om een wettelijke voorwaarde niet als een daadwerkelijke voorwaarde te beschouwen. Alsdan zou de grondslag voor voorwaardelijkheid dus ook buiten de partijwil kunnen zijn gelegen.

De vraag is derhalve of er wettelijke eisen zijn – die alsdan zouden kwalificeren als wettelijke voorwaarden – waarvan de materiële gevolgen overeenstemmen met die van 'echte' voorwaarden. Dat is een moeilijke vraag, hetgeen reeds in zekere zin volgt uit de discussie in de literatuur of analoge toepassing van de wettelijke bepalingen ter zake voorwaarden op wettelijke voorwaarden

mogelijk is. Of de materiële gevolgen overeenstemmen is om drie uiteenlopende redenen lastig vast te stellen. Op de eerste plaats zouden er in de meest uiteenlopende wettelijke regelingen vereisten kunnen bestaan, die wellicht zouden kunnen kwalificeren als wettelijke voorwaarde. Het is binnen de kaders van dit onderzoek, zo niet überhaupt onmogelijk die tezamen met hun materiële gevolgen in afdoende mate in kaart te brengen. Een onderzoek daarnaar zou dan ook slechts steekproefgewijs mogelijk zijn. Op de tweede plaats variëren de materiële gevolgen van 'echte' voorwaarden nogal eens.¹⁰⁷ Met andere woorden, de vraag zou zijn welke materiële gevolgen van 'daadwerkelijke' voorwaarden de toetssteen vormen ten aanzien van wettelijke voorwaarden. En de derde reden is dat het de vraag blijft of de gevolgen van een wettelijk vereiste al dan niet *geheel* overeen zouden moeten stemmen met daadwerkelijke voorwaardelijkheid om van een 'echte' voorwaarde te kunnen spreken. Het antwoord op deze laatste vraag lijkt mij in het geheel niet objectieverbaar, zodat zich ook in die zin een moeilijkheid voordoet.

Al deze beperkingen laten onverlet dat – waarschijnlijk anders dan het Duitse recht – het Nederlands geldend recht, het OBW en het Zwitsers recht in zekere mate analoge toepassing van de wetsbepalingen ter zake 'echte' voorwaarden aanvaardt. Daaruit lijkt tenminste in enige mate te volgen, dat in de heersende opinies de materiële gevolgen van wettelijke voorwaarden overeen kunnen stemmen met die van 'echte' voorwaarden. Echter, ook in de voormelde stelsels bestaat aanzienlijke terughoudendheid ten aanzien van deze analoge toepassing. Dat geldt bijvoorbeeld duidelijk ten aanzien van art. 6:23 BW en de equivalenten daarvan in de andere stelsels, waarvan analoge toepassing veelal wordt uitgesloten.¹⁰⁸ In meer algemene zin vinden we echter eveneens terughoudendheid. Meijers spreekt van '*hoogstens* [cursivering HS] analogisch toepasselijk'.¹⁰⁹ Deze insteek vinden we in de literatuur meestal herhaald.¹¹⁰ De slechts voorzichtige analogische toepassing is waarschijnlijk ook terecht. De gevolgen van wettelijke voorwaarden lijken namelijk veelal nauwelijks of niet te vergelijken met een daadwerkelijke voorwaarde. Voor zover de specifieke – afwijkende – gevolgen van een wettelijke voorwaarde niet reeds uit de betreffende wet volgen, dan nog zijn de materiële gevolgen vaak niet te vergelijken met de consequenties van een 'echte' voorwaarde.

107 Zie hoofdstuk 3. Dat geldt zeker als we mijn stelling willen onderschrijven dat het partijen zélf zijn die in beginsel deze gevolgen vaststellen (zie § 3.4).

108 Zie § 7.4. Kort gezegd is de reden daarvoor dat een handelen i.s.m. de redelijkheid niet tot gevolg kan hebben dat een wettelijke vereiste d.m.v. een fictie terzijde wordt gesteld.

109 PG Boek 6, TM, p. 145.

110 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, p. 124 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 269); Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 125. Van Opstall wees analogische toepassing meestal geheel af (Van Opstall 1976, p. 362). Houwing achtte daarentegen een brede analogische toepassing mogelijk, waarbij hij wel een uitzondering maakte voor art. 1296 OBW (het huidige 6:23 BW). Zie Houwing 1949, p. 31. Zie voor Zwitsers recht: Stiefel 1918, p. 137, 138.

Waarin lijken de gevolgen van reeds in een notariële akte neergelegde huwelijkse voorwaarden vóór de huwelijkssluiting op die van een willekeurige overeenkomst onder opschortende voorwaarde? Daarmee heeft het er op zijn minst de schijn van dat tussen 'echte' voorwaarden en wettelijke voorwaarden veelal wezenlijke materiële verschillen in gevolgen bestaan.

De conclusie is derhalve als volgt. Het is niet geheel uit te sluiten dat er wettelijke vereisten zijn waarvan de materiële gevolgen in alle facetten overeenstemmen met die van 'echte' voorwaarden. Als daarbij tevens voldaan is aan de vereisten van toekomstig en onzeker lijkt derhalve sprake te zijn van een voorwaarde die – met uitzondering van de grondslag van de partijwil – geheel overeenstemt met een 'echte' voorwaarde. Voor zover we de gedachte zouden onderschrijven dat het materieel overeenstemmen van deze gevolgen bij het voldoen aan de vereisten van toekomstig en onzeker leidt tot de kwalificatie als 'echte' voorwaarde, dan zouden sommige wettelijke voorwaarden in theorie als zodanig kunnen kwalificeren.¹¹¹ Als daarentegen een situatie slechts *lijkt* op echte voorwaardelijkheid en we in dat verband aanknoping zoeken bij de materiële aspecten van daadwerkelijke voorwaarde, is dat onvoldoende om te kunnen zeggen dat daarmee sprake is van een zelfde situatie als bij 'echte' voorwaardelijkheid.

Ik heb zelf echter geen wettelijke voorwaarden gevonden waarvan ik zou durven zeggen dat deze in hun materiële gevolgen inderdaad de weerslag zijn van 'echte' voorwaardelijkheid. De vorenbesproken terughoudendheid in de literatuur ter zake analogische toepassing van de wettelijke bepalingen met betrekking tot 'echte' voorwaarden kunnen we waarschijnlijk eveneens in dat licht zien. Ik houd het er derhalve vooralsnog op dat wettelijke voorwaarden op basis van de thans besproken benaderingswijze waarschijnlijk zelden of nooit kunnen kwalificeren als 'echte' voorwaarden. Daarmee is tevens gegeven dat wettelijke voorwaarden bij deze benaderingswijze waarschijnlijk geen uitzondering vormen op de dwingende grondslag voor 'echte' voorwaardelijkheid bestaande uit de partijwil.

4.1.4.4 Door de rechter gestelde voorwaarden, redelijkheid en billijkheid

Als mogelijke grondslagen voor voorwaardelijkheid buiten de partijwil heb ik thans besproken de gewoonte en de wet. Daarnaast worden in de Nederlandse literatuur een enkele maal ook wel andere grondslagen genoemd.¹¹² In de PG en de literatuur worden de door de rechter gestelde voorwaarden

111 Zoals gezegd bespreek ik in § 4.1.5 echter de hiervoor genoemde 'tweede benaderingswijze', waaruit zou volgen dat het overeenstemmen van deze materiële gevolgen hoe dan ook zonder betekenis is voor een dergelijke 'gelijkschakeling' van de verschillende grondslagen.

112 In de Duitse en Zwitserse literatuur ben ik de hierna vermelde grondslagen niet tegengekomen.

genoemd, waarop – overeenkomstig de wettelijke voorwaarden – de wettelijke bepalingen ter zake voorwaarden eventueel analoog van toepassing kunnen zijn.¹¹³ Ik zie geen argumenten waarom voor dergelijke rechterlijke voorwaarden iets anders zou gelden dan hetgeen ik heb geschreven bij de wettelijke voorwaarden.

Een nogal bijzondere grondslag zou bestaan uit de redelijkheid en billijkheid. Door de rechtbank Rotterdam is deze grondslag voor voorwaardelijkheid in elk geval onder het OBW erkend en ook Van der Grinten aanvaardt die mogelijkheid, maar voor het overige zijn er erg weinig aanknopingspunten om deze grondslag voor het geldend recht te aanvaarden dan wel af te wijzen.¹¹⁴ In verband met het zowel in theoretisch opzicht als ook voor de praktijk uiterst bescheiden belang van deze mogelijke grondslag, zal ook ik daaraan geen separate aandacht besteden. Uitsluitend wil ik opmerken dat de *aanvullende* redelijkheid en billijkheid hoe dan ook nauwelijks of niet deze grondslag kan vormen; het is immers buitengewoon onwaarschijnlijk dat partijen in het midden – en dus ongeregeld – hebben gelaten of de rechtsverhouding onvoorwaardelijk of juist voorwaardelijk zou moeten zijn.¹¹⁵

4.1.5 Bezwaren tegen andere grondslagen dan de partijwil

In § 4.1.4 heb ik enkele mogelijke grondslagen voor voorwaardelijkheid bestudeerd, die bij aanvaarding daarvan tot de conclusie zouden leiden dat voorwaardelijkheid niet steeds uit de partijwil behoeft voort te vloeien. De resultaten daarvan waren enigszins gemêleerd. Ten aanzien van de gewoonte als grondslag kon ik in § 4.1.4.2 niet goed vast stellen of deze al dan niet voor het geldend recht is aanvaard. Duidelijke argumenten pro of contra die mogelijkheid ontbreken in de literatuur eveneens. Óf de gewoonte in deze betekenis de grondslag voor een voorwaarde kan vormen, is voor het geldend recht derhalve onduidelijk. Voor de aannahme van voorwaardelijkheid uit hoofde van gewoonte heb ik zelf in zijn algemeenheid evenmin argumenten vóór of tégen die mogelijkheid besproken. Voor de specifiekere situatie waarbij partijen

113 PG Boek 6, TM, p. 145. In gelijke zin: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, p. 124 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 269); Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 125.

114 Rb. Rotterdam 22 februari 1950, NJ 1952, 261 (waarin de rechtbank stelt dat de door de rechtbank aanvaarde voorwaarde in de overeenkomst is opgenomen 'krachtens de aard der overeenkomst en de billijkheid'). Van der Grinten aanvaardt deze mogelijkheid in zijn noot bij en o.b.v. HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.) (m. nt. Kleijn) (Van der Grinten 1981, p. 84). Dit arrest biedt daarvoor m.i. echter geen argument. De enige juiste vaststelling is dat de voorwaarde 'niet uitdrukkelijk' was overeengekomen en biedt verder alle ruimte voor de vaststelling dat de voorwaarde stilzwijgend in de rechtsverhouding was verdisconteerd.

115 Ruygvoorn gaat er daarentegen van uit dat de aanvullende redelijkheid en billijkheid wel degelijk tot voorwaardelijkheid kunnen leiden (Ruygvoorn 2010, p. 169 nt. 6).

zelf in subjectieve onzekerheid verkeren heb ik de gewoonte als zelfstandige grondslag echter afgewezen.

Bij de bespreking van de wettelijke voorwaarden in § 4.1.4.3 zagen we dat deze niet als 'echte' voorwaarden worden beschouwd. De daarvoor gehanteerde reden is echter vooral, dat de verschillende wettelijke stelsels juist de partijwil als grondslag vereisen. In die zin is de afwijzing van wettelijke voorwaarden als 'daadwerkelijke' voorwaarden – en daarmee tevens de dwingende grondslag voor 'echte' voorwaardelijkheid gelegen in de partijwil – uitsluitend gebaseerd op het totstandkomingsvereiste van hetgeen een voorwaarde zou zijn. Voor het geldend recht zou dat betekenen, dat daadwerkelijke voorwaardelijkheid niet haar grondslag in de wet kan hebben. Een inhoudelijk argument tegen de mogelijkheid van een dergelijke grondslag in de wet is dit echter niet.

Wél inhoudelijk is het besproken argument dat de materiële *gevolgen* van wettelijke voorwaarden vaak, meestal of zelfs steeds zouden afwijken van de gevolgen van voorwaarden gebaseerd op de partijwil. Deze afwijkende gevolgen vloeien alsdan voort uit het betreffende wettelijke vereiste; de wet omvat uitdrukkelijk deze gevolgen of zij moeten worden afgeleid uit de aard of systematiek van de betreffende regeling. De eigenlijk steeds impliciete gedachte achter deze afwijzing van wettelijke voorwaarden is derhalve, dat ten gevolge van de bedoelde afwijkende respectievelijk door de wet voorgeschreven materiële gevolgen geen sprake *kán* zijn van een 'echte' voorwaarde. Daarbij zij voorop gesteld dat er uiteraard veel voor is te zeggen om figuren waarvan de gevolgen onderling verschillen niet als een zelfde begrip te beschouwen. In die zin treft het argument dan ook doel. Bij dit argument zijn echter twee wezenlijke kanttekeningen te maken. De eerste daarvan is, dat het niet is uitgesloten dat er wel degelijk wettelijke vereisten zijn waarvan de materiële gevolgen overeenstemmen met die van 'echte' voorwaarden. Gevonden heb ik ze niet, maar gezien de vermoedelijke hoeveelheid van dergelijke wettelijke vereisten betekent dat waarschijnlijk niet zo veel. De tweede bestaat daaruit dat het nog maar de vraag is of het al dan niet overeenstemmen van de materiële gevolgen in deze überhaupt wel een argument vormt. Deze tweede benaderingswijze bespreek ik onderstaand als een van de twee voornaamste argumenten tegen de mogelijkheid van een grondslag buiten de partijwil.

Tot slot heb ik met de door de rechter opgelegde voorwaarden en de redelijkheid en billijkheid nog twee andere mogelijke grondslagen voor voorwaardelijkheid buiten partijwil genoemd. De aandacht daarvoor in de literatuur en de betekenis voor het geldend recht bleek echter dermate bescheiden, dat ik deze niet verder heb uitgewerkt. Ook bij de thans te bespreken bezwaren zal ik deze mogelijke grondslagen niet bespreken.

In het vorenstaande vinden we wel zekere argumenten tegen een mogelijke grondslag voor voorwaardelijkheid buiten de partijwil, maar deze argumenten bevonden zich op het niveau van de betreffende grondslagen. Het is dan ook

niet zo dat deze argumenten iedere mogelijkheid van een andere grondslag uitsluiten, voor zover daarvan al sprake zou zijn ten aanzien van de grondslagen waar ik deze argumenten heb gehanteerd. Onderstaand zal ik twee argumenten tegen grondslagen buiten de partijwil bespreken die een meer algemene strekking hebben. Bij die bespreking nemen we als uitgangspunt dat in ieder geval voldaan wordt aan objectieve onzekerheid en toekomstigheid, omdat anders – naar mijn idee overigens onterecht¹¹⁶ – in de heersende Nederlandse opvattingen geen sprake is van een voorwaarde.

We beginnen met de reeds gestelde en lastig te beantwoorden vraag of het al dan niet overeenstemmen van de materiële gevolgen tussen voorwaarden met een grondslag in de partijwil en met een andere grondslag op zich een argument vormt pro of contra de aanvaarding van voorwaarden met een andere grondslag. In § 4.1.4.3 heb ik dit argument van het al dan niet overeenstemmen ten aanzien van de wettelijke voorwaarden wel gehanteerd, maar tegelijkertijd mijn twijfels uitgesproken over de validiteit daarvan. Het argument blijkt namelijk uitsluitend van belang te zijn voor de eventuele aanvaarding van andere grondslagen, indien er een causaal verband zou bestaan tussen de inhoud van de gevolgen van 'echte' voorwaarden en de partijwil.¹¹⁷ Immers, als dit causale verband zou ontbreken mogen de gevolgen van voorwaarden gebaseerd op de partijwil en op een andere grondslag onderling afwijken of overeenstemmen, voor het afwijzen respectievelijk aanvaarden van een dergelijke andere grondslag vormen deze onderling verschillende of overeenstemmende materiële gevolgen alsdan geen argument. Bijvoorbeeld vindt in dat geval een verschil in gevolgen bij wettelijke voorwaarden zijn oorsprong in wetsbepalingen die inhoudelijk 'toevallig' afwijken van de gevolgen van voorwaarden als gebaseerd op de partijwil. Echter, deze wetsbepalingen zouden – in theorie – ook kunnen aansluiten bij de materiële gevolgen van voorwaarden gebaseerd op de partijwil, waarmee ieder materieel verschil ondanks het verschil in grondslag zou ontbreken. Met andere woorden, het zou – wederom in theorie – een kwestie van 'toeval' zijn of bijvoorbeeld een wettelijke voorwaarde op grond van het al dan niet overeenstemmen van de materiële gevolgen met die van voorwaarden gebaseerd op de partijwil als een 'echte' voorwaarde heeft te gelden. De partijwil als zodanig heeft ten aanzien van de materiële gevolgen van die voorwaardelijkheid door het ontbreken van enig causaal verband helemaal geen functie. Het verschil in grondslag staat bij een dergelijke benadering dan ook geheel buiten het wel of niet overeenstemmen van de materiële gevolgen, waaruit zou volgen dat er geen dwingend verband is tussen de materiële gevolgen en de grondslag.

We zouden echter ook kunnen uitgaan van het wél bestaan van een causaal verband tussen de materiële gevolgen van 'echte' voorwaarden en de partijwil.

116 Zie § 2.4.3.

117 Derhalve een verband dat bestaat náást het gegeven, dat de onderzochte stelsels alle het totstandkomingsvereiste van de partijwil voor 'echte' voorwaarden stellen.

Deze gevolgen van de voorwaardelijkheid zouden in dat geval ook voortvloeien *uit* die partijwil. Dat is de systematiek die ik in hoofdstuk 3 heb verdedigd.¹¹⁸ De voorwaardelijke werking is in mijn optiek niet het gevolg van het feit dat partijen een voorwaarde overeengekomen zijn, maar partijen hebben zelf invulling gegeven aan deze voorwaardelijkheid. Bij die opvatting is er derhalve een direct verband tussen de grondslag voor de voorwaardelijkheid – de partijwil – en de gevolgen van die voorwaardelijkheid zoals deze voortvloeien uit die partijwil.

Daarmee is ook direct gegeven waarom de grondslag van de wet voor 'voorwaarden' tot een in theoretisch opzicht wezenlijk andere figuur leidt dan bij voorwaarden gebaseerd op de partijwil. Bij de laatste vloeien de materiële gevolgen immers voort uit die partijwil, bij 'voorwaarden' met een andere grondslag uit iets anders, bijvoorbeeld de wettelijke regeling die deze grondslag vormt. Indien bij deze opvatting de materiële gevolgen van voorwaardelijkheid als gebaseerd op de wet en als gebaseerd op de partijwil onderling overeen zouden stemmen, doet dit niets af aan het gegeven dat deze overeenstemmende gevolgen geheel verschillende ontstaansgronden hebben.¹¹⁹ Het feit dat deze gevolgen overeen kunnen stemmen laat bij deze opvatting derhalve onverlet, dat voorwaarden gebaseerd op de partijwil een geheel andere figuur vormen dan voorwaarden gebaseerd op de wet.

De conclusie op grond van het vorenstaande is als volgt. Als er bij voorwaarden gebaseerd op de partijwil geen causaal verband bestaat tussen die partijwil en de materiële gevolgen van de voorwaardelijkheid, dan vormt het al dan niet overeenstemmen van deze gevolgen met de gevolgen van 'voorwaarden' geen argument vóór of tégen de aanvaarding van een grondslag buiten de partijwil. Of deze gevolgen overeenstemmen is alsdan – bezien vanuit deze grondslag – toeval. Daarmee zouden we ter zake een dergelijk al dan niet overeenstemmen terugvallen op hetgeen ik in § 4.1.4.3 beschreef ten aanzien van wettelijke voorwaarden.¹²⁰ Bestaat een dergelijk causaal verband daarentegen wel, zoals ik zelf ook heb verdedigd, dan vormen 'voorwaarden' gebaseerd op een andere grondslag dan de partijwil naar hun aard geen 'daadwerkelijke' voorwaarden. Niet alleen verschilt in dat geval deze grondslag voor de voorwaarde als zodanig, maar ook zijn alsdan de materiële gevolgen gebaseerd op verschillende grondslagen. Onder de presumptie dat vorenbedoeld causaal verband bestaat, rechtvaardigt dat de conclusie dat

118 Zie voor de conclusies § 3.4.

119 Daarin zien we tevens hoe theoretisch deze benadering is v.w.b. de vraag of al dan niet grondslagen buiten de partijwil mogelijk zijn. Enige materiële verschillen t.a.v. de gevolgen van voorwaarden kunnen we hier niet uit afleiden. Iets anders is dat bij aanvaarding de gevolgen van voorwaardelijkheid uit de partijwil voortvloeien en daarmee partijen de in hoofdstuk 3 beschreven vrijheid hebben om die gevolgen binnen zekere grenzen zelf vast te stellen.

120 Zie m.n. de 'nadere uitwerking'.

'echte' voorwaarden als gebaseerd op de partijwil een werkelijk andere figuur zijn dan 'voorwaardelijkheid' met een andere grondslag.

In zeker verband met het vorenstaande vinden we nog een ander bezwaar tegen de mogelijkheid van 'echte' voorwaardelijkheid niet gebaseerd op de partijwil. Zoals ik reeds meerdere malen stelde, wordt het vereiste van subjectieve onzekerheid van partijen – onzekerheid in de beleving van partijen ten aanzien van de toekomstige gebeurtenis¹²¹ – veelal geplaatst in het licht van het bestaan van een partijwil gericht op het ontstaan van een rechtsverhouding onder voorwaarde. Als partijen zelf niet in onzekerheid verkeren, zullen zij de rechtsverhouding ook niet voorwaardelijk aangaan, zelfs al zou sprake zijn van objectieve onzekerheid. Subjectieve onzekerheid vormt derhalve een bestaansvereiste voor een partijwil gericht op voorwaardelijkheid.

Naast dit bestaansvereiste kunnen we de subjectieve onzekerheid echter ook een meer feitelijke functie toekennen. Het gaat er namelijk niet alleen om dat partijen de rechtsverhouding voorwaardelijk *willen* maken, maar ook dat zij als uitvloeisel daarvan bij hun verdere handelen rekening (kunnen) houden met deze onzekerheid.¹²² Hoe dienen partijen zich jegens elkaar te gedragen gegeven de voorwaardelijkheid?¹²³ Hetgeen bijvoorbeeld als een *redelijk* handelen moet worden beschouwd, zal immers mede ingevuld worden door het feit dat partijen zelf – derhalve subjectief – in onzekerheid verkeerden. Daarin is tevens het wezenlijke verschil gelegen met de situatie van bestaande objectieve onzekerheid bij het ontbreken van subjectieve onzekerheid. Als gezegd ontbreekt alsdan de partijwil gericht op het doen ontstaan van voorwaardelijkheid, maar ook zullen partijen bij hun verdere handelen geen rekening houden met het bestaan van die onzekerheid. Of anders gezegd, hun handelen is afgestemd op een situatie alsof geen sprake is van objectieve onzekerheid en daarmee gericht op een situatie van *onvoorwaardelijkheid*.

Als we het vorenstaande plaatsen bij de thans besproken grondslagen voor voorwaardelijkheid buiten de partijwil, dan komen we tot het volgende. Bij de aanname van een dergelijke grondslag was het uiteraard niet de partijwil waar de voorwaardelijkheid op zou zijn gestoeld. Daarmee is niet gezegd dat ook subjectieve onzekerheid bij partijen ontbrak. De bestaande objectieve onzekerheid zou hen uiteraard zeer wel voor ogen kunnen staan, waarmee zij zelf derhalve in subjectieve onzekerheid verkeerden. Noodzakelijk is dat echter niet. Hetgeen objectief onzeker is, behoeft immers door betrokkenen niet als zodanig te worden beleefd. Terwijl enerzijds de 'voorwaardelijkheid' van de rechtsverhouding gebaseerd op een andere grondslag dan de partijwil

121 Zie over dit begrip verder § 2.4.3.

122 Juist hierin is de reden gelegen dat ik in § 2.4.3 heb verdedigd dat uitsluitend subjectieve onzekerheid – derhalve bij het ontbreken van objectieve onzekerheid – bij niet-goederenrechtelijke verhoudingen voldoende is om van een 'voorwaarde' te kunnen spreken.

123 Zie verder m.n. § 6.2.3.

in juridisch opzicht een gegeven is, is anderzijds het handelen van partijen gedurende de (bestaande maar niet door partijen besepte) periode van onzekerheid alsdan gericht op een situatie van onvoorwaardelijkheid. Het aanvaarden van voorwaardelijkheid buiten de partijwil kan derhalve leiden tot een frictie tussen hetgeen de juridische situatie vormt en de door partijen gehanteerde uitgangspunten voor hun handelen.

Is dat laatste anders als we bijvoorbeeld wettelijke vereisten niet zouden kwalificeren als voorwaarden? Voor de bedoelde problematiek van het verschil tussen de juridische situatie van onzekerheid en de onjuiste beleving daarvan door partijen maakt dit vanzelfsprekend geen verschil. Er is nu eenmaal sprake van objectieve onzekerheid ook als partijen daar niet van uitgaan en het recht verbindt daar buiten de grondslag van de partijwil consequenties aan. De vraag is echter of het wel zinvol is om dergelijke onzekerheid te verdisconteren in de rechtsverhouding door middel van de figuur van voorwaarden. Bij 'echte' voorwaardelijkheid gaan partijen immers uit van een situatie van onzekerheid en zijn ze daarom ook in staat om hun verdere handelen daarop af te stemmen. Bij de aanname van voorwaardelijkheid gebaseerd op een andere grondslag kan die subjectieve onzekerheid echter ontbreken, waarmee ook het handelen van partijen niet gericht zal zijn op een situatie van onzekerheid.

Voor de gevolgen die het recht aan deze onzekerheid verbindt zou dit verschil moeten of tenminste kunnen maken. Willen partijen bij hun gedragingen namelijk rekening kunnen houden met de onzekerheid uit hoofde van de voorwaarde, dan moeten zij zich vanzelfsprekend wel bewust zijn van die onzekerheid.¹²⁴ Wat is bijvoorbeeld een 'redelijk handelen' als *beide* partijen – onterecht – uitgingen van een situatie van het ontbreken van onzekerheid? Voor hetgeen in de onderlinge verhouding als 'redelijk' is te beschouwen kan het immers verschil maken of zij al dan niet uitgingen van het bestaan van onzekerheid. Denk bijvoorbeeld aan de zorgplicht voor een zaak of de (on)mogelijkheid om daar (nogmaals) over te beschikken.¹²⁵ Het ontbreken van subjectieve onzekerheid zal er derhalve toe leiden dat een van de wezenlijke aspecten van voorwaardelijkheid – hoe dienen partijen gedurende de periode van onzekerheid met elkaar om te gaan – in feitelijke zin niet tot uiting zal komen.

124 Afhankelijk van de vraag in hoeverre in het betreffende geval een dergelijk 'rekening houden met' inderdaad van belang is, zou het ontbreken van subjectieve onzekerheid derhalve leiden tot het komen te ontbreken van een van de drie door mij in § 2.2.1 omschreven hoofdfuncties van voorwaardelijkheid in het rechtsverkeer.

125 Bijv. de schenking onder een ontbindende voorwaarde die voortvloeit uit gewoonterecht – en die bij de begiftigde onbekend is – zou er toe kunnen leiden, dat de begiftigde met de geschonken zaak anders om gaat dan in het geval dat rekening gehouden zou moeten worden met teruggave. De door de begiftigde aan de verkregen zaak bestede zorg kan anders zijn, maar ook kan de begiftigde er niet bij stil staan dat problemen kunnen ontstaan bij een eventuele vervreemding van de verkregen zaak.

We zien derhalve dat het bestaan van subjectieve onzekerheid niet uitsluitend van belang is met betrekking tot de partijwil gericht op voorwaardelijkheid, maar in bepaalde mate ook voor de materiële gevolgen van de rechtsverhouding. Anders dan bij 'echte' voorwaardelijkheid kan die subjectieve onzekerheid bij 'voorwaarden' die niet gebaseerd zijn op de partijwil als gezegd ontbreken. Voor zover dat inderdaad het geval is, ligt het dan ook duidelijk minder voor de hand aansluiting te zoeken bij 'daadwerkelijke' voorwaardelijkheid.¹²⁶

Samengevat zijn er derhalve twee bezwaren tegen de aanname van voorwaardelijkheid buiten de grondslag van de partijwil. De eerste is sterk theoretisch. Als we, zoals ik heb verdedigd, er van willen uitgaan dat de *gevolgen* van voorwaardelijkheid voortvloeien uit de partijwil, dan kan de grondslag voor voorwaardelijkheid ook niet anders dan in de partijwil zijn gelegen. Bij een andere grondslag zullen die gevolgen – de *voorwaardelijke werking* – immers niet voortvloeien uit de partijwil, maar bijvoorbeeld uit de wet. Het tweede bezwaar is minder theoretisch. Bij het aannemen van een grondslag buiten de partijwil kan, maar behoeft geen sprake te zijn van subjectieve onzekerheid. Ontbreekt deze, dan zullen partijen bij hun verdere handelen niet uitgaan van het bestaan van onzekerheid. Het voor wat betreft de materiële gevolgen gelijk stellen van een situatie waarin partijen niet uitgingen van onzekerheid – hetgeen bij een andere grondslag dan de partijwil mogelijk is – en de situatie waarin partijen dat wél deden – hetgeen bij een grondslag gelegen in de partijwil steeds het geval is – is niet terecht. De conclusie is derhalve dat 'echte' voorwaardelijkheid uitsluitend uit de partijwil kan voortvloeien.

4.2 VOORWAARDEN EN VORMVEREISTEN

4.2.1 Inleiding

In het vermogensrecht bestaan een aantal rechtsverhoudingen die uitsluitend kunnen ontstaan met inachtneming van specifieke, door de wet voorgeschreven vormvereisten. De 'consumentenkoop' van een woning als bedoeld art. 7:2 BW of de 'timeshare-overeenkomst' van art. 7:50a sub c BW kunnen bijvoorbeeld uitsluitend worden aangegaan door middel van een schriftelijke (respectievelijk digitaal aangegane) overeenkomst, terwijl ook de toestemming van de echt-

126 Het ontbreken van subjectieve onzekerheid respectievelijk de kwalificatie als 'daadwerkelijke' voorwaarde staat de mogelijkheid van analoge toepassing van wettelijke bepalingen ter zake voorwaarden ook in dat geval overigens niet per definitie in de weg. Dat het recht aan uitsluitend objectieve onzekerheid gevolgen verbindt die in een bepaalde mate overeenstemmen met een voorwaarde is alleszins terecht. Daarvoor is echter helemaal niet nodig dat een rechtsverhouding ook daadwerkelijk als 'voorwaardelijk' kwalificeert.

genoot als bedoeld in art. 1:88 BW in een aantal gevallen schriftelijk dient te worden verleend.

Bij de samenloop van wettelijke vormvereisten en (beoogde) voorwaardelijkheid van de rechtsverhouding doen zich een aantal vragen voor. Zoals bij meer deelonderwerpen in dit hoofdstuk is de aandacht in de moderne Nederlandse literatuur en die onder het OBW voor deze samenloop uiterst bescheiden. In de toelichtingen van de PECL en het DCFR ontbreekt zelfs iedere aandacht. In de Duitse en Zwitserse literatuur bestaat meer belangstelling, maar desalniettemin blijft ook in deze rechtskringen de aandacht relatief beperkt. Ik zal dan ook geen poging doen het geldend recht ten aanzien van de verhouding tussen vormvereisten en voorwaardelijkheid in de verschillende stelsels te beschrijven. In plaats daarvan zal ik een aantal specifieke vragen bespreken die de te onderscheiden aspecten van deze samenloop weergeven. Voor zover literatuur en rechtspraak van de onderzochte rechtsstelsels antwoorden op deze vragen formuleren, zal ik daar uiteraard aandacht aan besteden.

In deze § 4.2 bedoel ik overigens met *vormvereisten* uitsluitend wettelijke vormvoorschriften en niet eventuele vereisten ten aanzien van de vorm zoals partijen deze door middel van een rechtshandeling overeen zijn gekomen.

4.2.2 Kan een voorwaarde de toekomstige voldoening aan een vormvereiste inhouden?

Voor zover de Nederlandse literatuur zich uitspreekt over de vraag of het in de toekomst voldoen aan een wettelijk vormvereiste een opschortende voorwaarde kan vormen, wordt in zijn algemeenheid gesteld dat een dergelijke 'voorwaarde' niet leidt tot een geldige respectievelijk bestaande rechtsverhouding, derhalve ook niet onder die voorwaarde.¹²⁷ Dat is ook hetgeen incidenteel in de Zwitserse literatuur lijkt te worden aangenomen.¹²⁸ Zoals we hierna zullen zien is deze insteek als uitgangspunt ook juist, maar bestaan op dit uitgangspunt wel een aantal wezenlijke uitzonderingen en nuanceringen.

De voorliggende vraag kunnen we vanuit twee weliswaar samenhangende, maar toch te onderscheiden invalshoeken benaderen. De eerste daarvan is de functie die het vormvoorschrift vervult. Zo kan een vormvoorschrift bestaan uit een geldigheids- of bestaansvereiste voor de rechtshandeling.¹²⁹ Daarvan is met name sprake indien het vormvereiste gesteld wordt in het kader van de rechtszekerheid van alle betrokken partijen of derden.¹³⁰ Te denken valt

127 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 327 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 272); Breedveld-de Voogd 2007, p. 29 e.v. (althans mb.t. vormvereisten die betrekking hebben op de geldigheid van de rechtshandeling).

128 Peter 1994, p. 217.

129 In deze zin: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 64; Loth 2009, p. 47; Breedveld-de Voogd 2007, p. 30.

130 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 246; Loth 2009, p. 48.

aan de opname van huwelijkse voorwaarden in een notariële akte. Daarnaast kan een vormvoorschrift ook een beperktere strekking hebben, zoals een voorschrift voor bewijsvoering, de mogelijkheid van eenvoudige overdraagbaarheid van rechten als belichaamd in de akte en het verkrijgen van een executoriale titel.¹³¹ Zoals ik hierna zal bespreken is de tweede invalshoek voor wat betreft de samenhang met voorwaarden eigenlijk interessanter. Dit betreft de vraag naar de gevolgen van respectievelijk sancties op een niet-naleving van een vormvereiste. De meest in het oog springende daarvan – de nietigheid van de rechtshandeling – vormt uit hoofde van art. 3:39 BW de hoofdregel.¹³² Alternatieven voor deze sanctie, met name bestaande uit vernietigbaarheid, vormen derhalve de uitzondering.

Tussen deze beide invalshoeken bestaat veelal een duidelijk verband. De functie die een vormvoorschrift heeft, vloeit voort uit het belang dat met dit voorschrift wordt beschermd. De sancties op niet-naleving van een vormvoorschrift zouden dan ook moeten aansluiten op dit te beschermen belang. Nietigheid van de door partijen beoogde rechtsverhouding mist bijvoorbeeld als sanctie doel bij een vormvoorschrift dat slechts strekt tot bescherming van een van partijen, die daar echter in het betreffende geval geen behoefte aan heeft.¹³³ Deze relatie tussen het te beschermen belang en de sanctie bij niet-naleving van het vormvereiste wordt door het recht uiteraard veelal erkend, zie het verschil tussen nietigheid en vernietigbaarheid als sanctie.

In dit onderscheid naar de aard van de sanctie vinden we tevens een eerste antwoord op de vraag óf een vormvoorschrift de inhoud van een voorwaarde kan zijn. Een belangrijk deel van de vormvereisten vormt een geldigheidsvereiste voor de betreffende rechtsverhouding. Het te beschermen belang is van dien aard, dat er in het geheel geen gevolgen aan de beoogde rechtsverhouding mogen worden verbonden. Het recht bereikt dit ontbreken van ieder rechtsgevolg door het ontstaan van de rechtsverhouding af te wijzen. Door middel van de sanctie van nietigheid leidt de niet-naleving van een dergelijk vormvoorschrift dan ook tot het niet ontstaan van de rechtsverhouding. Het niettemin 'tot stand brengen' van de rechtsverhouding onder de opschortende voorwaarde dat in de toekomst eventueel nog zal worden voldaan aan een dergelijk vormvereiste, zou deze systematiek doorkruisen. Kenmerkend aan (ook opschortend) voorwaardelijke rechtsverhoudingen is immers, dat tussen partijen wel degelijk bepaalde gevolgen bestaan. Bovendien kan een voorwaarde het ontbreken van een daadwerkelijke totstandkoming überhaupt niet ondervangen; een totstandkomingsvereiste kan geen inhoud van een voorwaar-

131 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 64, 65, 245; Loth 2009, p. 47; Breedveld-de Voogd 2007, p. 30.

132 Zie ook: PG Boek 3, TM, p. 188; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 246; Loth 2009, p. 48; Hijma 1988, p. 333 (althans, Hijma spreekt van 'in beginsel').

133 Zie verder ook Verstappen in: Zwalm, Verstappen & Huizink 2003, p. 66 e.v.

de zijn. Een dergelijk vormvoorschrift kan derhalve geen voorwaarde vormen, waarmee het voormelde in de literatuur verwoorde uitgangspunt als juist moet worden beschouwd.

Er is echter ook de groep van vormvereisten waar de sanctie uit iets anders bestaat dan algehele nietigheid. De belangrijkste daarvan, de vernietigbaarheid, betekent dat de rechtsverhouding weliswaar in zijn voortbestaan bedreigd is, maar vooralsnog wel bestaat. Bij een dergelijke sanctie is er geen enkele reden te veronderstellen, dat het aangaan van de rechtsverhouding onder opschortende voorwaarde dat alsnog voldaan zal worden aan dat vormvereiste niet mogelijk zou zijn. Een dergelijke voorwaardelijkheid heeft ook materiële betekenis, omdat – anders dan in het geval dat deze rechtsverhouding ‘bedreigd’ maar onvoorwaardelijk is – de rechtsgevolgen onder de opschortend voorwaardelijke werking worden gebracht totdat alsnog aan het vormvereiste is voldaan. Een eerste uitzondering op het vorenstaande uitgangspunt van onmogelijkheid van een vormvoorschrift als voorwaarde vloeit derhalve voort uit het gegeven, dat de bedoelde sancties niet steeds betrekking hebben op het vooralsnog niet ontstaan van de rechtsverhouding.

Een tweede uitzondering of tenminste nuancering ligt moeilijker. Hijma en in navolging van hem ook Verstappen wijzen er terecht op, dat niet uit iedere overtreding van het vereiste van een bepaalde vorm volgt dat daarmee ook het te beschermen belang geschonden is.¹³⁴ De ratio van een specifiek vormvereiste kan immers met zich mee brengen dat de geboden bescherming in het specifieke geval door de niet-naleving van het vormvereiste helemaal niet is aangetast. Ontbreekt een daadwerkelijke schending van dit belang, dan bestaat in Verstappens opvatting plaats voor nuancering of zelfs het ontbreken van de sanctie van nietigheid. Voor zover we deze zienswijze willen aanvaarden – en mij komt deze juist voor – zou tevens de mogelijkheid bestaan, dat een dergelijk vormvereiste ondanks het uitgangspunt van nietigheid als sanctie tóch de inhoud van een voorwaarde kan vormen. Waar immers zekere gevolgen uit een rechtsverhouding voortvloeien, ook al is nog niet voldaan aan de betreffende vormvereisten, kunnen er overeenkomstig de hiervoor beschreven eerste uitzondering redenen bestaan deze gevolgen te plaatsen onder een ‘opgeschorte werking’.

134 Verstappen in: Zwalve, Verstappen & Huizink 2003, p. 67. Hijma bespreekt de situatie waar in beginsel het algemeen belang een bepaald vereiste verlangt en dit algemeen belang derhalve het zelfbeschikkingsprincipe van partijen terzijde stelt. Waar echter van een conflict met het algemeen belang bij het niet voldoen aan een vormvereiste geen sprake is, prevaleert in Hijma's optiek de mogelijkheid om rechtsgeldig het vormvereiste niet na te leven (Hijma 1988, p. 75).

4.2.3 Vindt een vormvereiste toepassing op het overeenkomen van de voorwaarde zélf?

Vormvereisten bestaan merendeels uit een vereiste van het opmaken van een onderhandse of authentieke (al dan niet notariële) akte, hetgeen onverlet laat dat ook andere vereisten mogelijk zijn.¹³⁵ Normaal gesproken zal een eventuele ontbindende of opschortende voorwaarde als expliciet onderdeel van de beoogde rechtsverhouding van zelf worden 'meegenomen' bij het voldoen aan het vormvereiste, bijvoorbeeld doordat de voorwaarde is opgenomen in de voor de betreffende rechtshandeling vereiste akte. De vraag is echter wat de situatie is als de (beoogde) voorwaardelijkheid vooralsnog buiten het voldoen aan het vormvoorschrift is gebleven. Daarvoor kunnen meerdere redenen zijn. Vanzelfsprekend kunnen partijen gewoonweg zijn vergeten de voorwaarde op te nemen, terwijl zij wél die bedoeling hadden. Ook kunnen zij de voorwaarde stilzwijgend overeen zijn gekomen, waardoor deze al dan niet abusievelijk buiten het vormvereiste is gebleven. Daarnaast kunnen partijen pas op een later moment de aanvankelijk onvoorwaardelijke rechtsverhouding alsnog voorwaardelijk willen maken. De voorwaarde zou tevens buiten het vormvereiste kunnen zijn gebleven indien we – in afwijking van hetgeen ik in § 4.1.5 verdedig – zouden aanvaarden dat voorwaardelijkheid ook buiten partijwil kan ontstaan, bijvoorbeeld uit hoofde van gewoonte of als wettelijke voorwaarde. Tot slot zou aan het vormvereiste voor wat betreft de voorwaarde in eerste instantie kunnen zijn voldaan, maar wensen partijen deze voorwaarde vervolgens inhoudelijk te wijzigen.

Langs verschillende wegen kunnen partijen derhalve geconfronteerd worden met een situatie, waarin een (beoogde) voorwaarde (nog) niet voldoet aan een vormvereiste dat in elk geval in zijn algemeenheid gesteld wordt aan de rechtshandeling respectievelijk rechtsverhouding. De kernvraag is dan ook óf een vormvereiste toepassing dient te vinden op een voorwaarde. Wederom geldt dat uit de literatuur en jurisprudentie slechts beperkt een antwoord op deze vraag valt af te leiden. Wel heeft de Hoge Raad reeds onder het OBW vastgesteld dat een ontbindende voorwaarde ter zake een cessie niet in schriftelijke vorm behoeft te worden vastgelegd, ook al gold ten aanzien van de cessie zelf uit hoofde van art. 668 OBW het vereiste van een akte.¹³⁶ De daarvoor door de Hoge Raad gegeven onderbouwing is ongelukkigerwijs bescheiden: noch in de woorden, noch in de strekking van art. 668 OBW kan een dergelijke vereiste volgens de Hoge Raad worden gezien. Datzelfde gold blijkens dit

¹³⁵ Zo stelde het tot 2003 geldende erfrecht t.a.v. testamenten de vereisten van het passeren van de notariële akte in aanwezigheid van getuigen en diende de akte door de passerend notaris ook geheel voorgelezen te worden.

¹³⁶ HR 17 juni 1960, NJ 1962, 60.

arrest overigens ook voor een latere wijziging van de inhoud van een voorwaarde.¹³⁷

Breedveld-de Voogd maakt in het thans besproken verband een onderscheid tussen de voorwaarde die tussen partijen gelding heeft op grond van wilsovereenstemming en de voorwaarde uit hoofde van gewoonterecht.¹³⁸ Bij de eerste dient volgens haar aan het vormvoorschrift te worden voldaan, bij de tweede niet. Als ik het goed zie onderbouwt Breedveld-de Voogd dit verschil aldus dat een voorwaarde een voor partijen essentieel onderdeel van de (koop)overeenkomst vormt en op grond van de aard van het vormvoorschrift daarom als beding in de (koop)akte moet zijn opgenomen.¹³⁹ Bij de voorwaarde uit hoofde van gewoonterecht zou dat daarentegen niet zijn vereist, omdat een dergelijke voorwaardelijkheid in dat geval toch al het uitgangspunt vormt.¹⁴⁰ Aan deze gedachte lijkt de opvatting ten grondslag te liggen, dat uit de functie van het vormvereiste moet worden afgeleid of dit ook toepassing vindt op de voorwaarde.

In de Zwitserse literatuur wordt aangenomen dat bij rechtsverhoudingen waarvoor bij de totstandkoming een vormvereiste geldt, ook de daarbij overeen te komen voorwaarde meestal aan dit vormvereiste is onderworpen.¹⁴¹ De door Ehrat en Peter op grond van de rechtspraak van het Bundesgericht gegeven onderbouwing voor dit standpunt is eenvoudig: een dergelijke vormvereiste geldt ten aanzien van de gehele of tenminste het grootste deel van de rechtshandeling, verbintenis of overeenkomst en derhalve ook voor de toepasselijke voorwaarde. Volgens het Bundesgericht dient namelijk een vormvereiste 'alle wesentlichen Punkte des Vertrages zu decken'.¹⁴² In de door mij bestudeerde Duitse literatuur vond ik het thans besproken verband

137 Ter zijde merk ik op dat art. 3:89 lid 2 BW t.a.v. de akte van levering voor overdracht van onroerende zaken het vereiste stelt van het in die akte 'nauwkeurig de titel van overdracht vermelden'. Op grond daarvan wordt in de literatuur aangenomen, dat ook een voorwaarde bij een dergelijke titel in die akte moet worden vermeld (Breedveld-de Voogd 2007, p. 198 nt. 122; Huijgen 1992, p. 131. Zie uitgebreid: Olthof 1986, p. 39 e.v.). Als zodanig is dit geen vormvoorschrift – het betreft een vereiste aan de inhoud van de akte van levering – en materieel bestaat derhalve een verschil met het voormelde arrest. Zie verder § 11.4.3.

138 Breedveld-de Voogd 2007, p. 134. Daarbij zij opgemerkt dat Breedveld-de Voogd dit vraagstuk specifiek bespreekt v.w.b. het vormvoorschrift van de schriftelijke koopovereenkomst bij een woning (art. 7:2 BW).

139 Breedveld-de Voogd 2007, p. 133. Overigens is een indicatie in de akte dat een voorwaarde overeengekomen zou zijn in de opvatting van Breedveld-de Voogd ook voldoende om tot uitleg van de overeenkomst te kunnen geraken.

140 Breedveld-de Voogd 2007, p. 134. Tegelijkertijd stelt zij overigens dat voorwaarden o.g.v. art. 3:89 lid 2 BW wel moeten worden opgenomen bij de titel als vermeld in de akte van levering van onroerende zaken (Breedveld-de Voogd 2007, p. 198). Voor die categorie van goederen dient derhalve ook naar opvatting van Breedveld-de Voogd een voorwaarde u.h.v. gewoonterecht uiteindelijk toch op schrift te worden gesteld.

141 BSK OR I-Ehrat 2011, p. 854; Peter 1994, p. 213 e.v.; Merz 1984, p. 155; Becker 1941, p. 718.

142 BGE 15 september 1969, 95 II 309 (opgemerkt zei dat deze uitspraak geen betrekking heeft op specifiek voorwaarden).

tussen vormvereisten en voorwaarden niet besproken, maar op grond van hetgeen in zijn algemeenheid ten aanzien van vormvoorschriften geldt, lijken het Zwitserse en Duitse recht in deze overeen te stemmen.¹⁴³

Op het voormelde uitgangspunt onderkent Peter voor het Zwitsers recht twee mogelijke uitzonderingen. Ten eerste behoeft een voorwaarde – uiteraard – niet aan een vormvereiste te voldoen, indien de voorwaarde uitsluitend betrekking heeft op een kwestie waarvoor het vormvereiste toch al niet geldt.¹⁴⁴ De tweede uitzondering is iets minder eenduidig. Op grond van art. 115 OR kunnen partijen een vordering die uitsluitend onder een vormvereiste tot stand kan komen ook zonder dat vormvereiste door nadere wilsovereenstemming beëindigen. De gedachte kan daarmee opkomen dat het mindere – het *eventueel* in de toekomst beëindigen van deze vordering door het intreden van een overeen te komen voorwaarde – ook uit hoofde van een vormloos toepasselijke voorwaarde kan geschieden.¹⁴⁵ Voor zover sprake is van het bij nadere wilsovereenstemming *alsnog* toevoegen van een voorwaarde met betrekking tot een gehele overeenkomst, dan wel met betrekking tot een separate vordering, dan lijkt de heersende leer dit dan ook vormvrij toe te staan.¹⁴⁶ Voor zover echter sprake is van een van aanvang af bestaande voorwaardelijkheid vindt bij de initiële totstandkoming van de rechtsverhouding het vormvoorschrift wél op de voorwaarde toepassing. Helemaal consistent is deze Zwitserse systematiek daarmee niet. Bij Ehrat vinden we tot slot nog een derde uitzondering, namelijk voor zover een voorwaarde de verplichtingen van de schuldenaar zou verlichten.¹⁴⁷

Voor zover we de met name door Peter weergegeven opvattingen als het Zwitsers geldend recht mogen beschouwen, wordt voor de toepasselijkheid

143 Zie in dit verband: PWW/Ahrens 2014, p. 129; Schellhammer 2014, p. 970, 971; Bamberger/Roth/Wendtland 2012, p. 471; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 73.

144 Dit u.h.v. de door Peter genoemde rechtspraak (Peter 1994, p. 213, nt. 74), op grond waarvan bijkomende bedingen in beginsel niet aan het vormvereiste behoeven te voldoen. Dit laatste overigens in tegenstelling tot het Duitse recht, zie de literatuur in de vorige noot.

145 Daarmee loopt het Zwitserse OR wel tegen een ander probleem aan. Indien nl. een overeenkomst op grond van art. 12 OR dwingendrechtelijk met inachtneming van een vorm tot stand is gekomen, vereist een wijziging van die overeenkomst eveneens die vorm (Peter 1994, p. 215, nt. 82). Tussen de artt. 115 en 12 OR bestaat v.w.b. voorwaarden derhalve een zekere frictie. Een latere toevoeging van een voorwaarde kan immers worden beschouwd als een mogelijke toekomstige beëindiging van de vorderingen tussen partijen (die op grond van art. 115 OR vormvrij is), maar ook als een wijziging van een overeenkomst (die op grond van art. 12 OR alsdan met in achtneming van de vorm dient te geschieden).

146 Zie voor een overzicht van literatuur en rechtspraak: Peter 1994, p. 215 e.v., nt. 82.

147 Helaas onderbouwt Ehrat dit standpunt niet inhoudelijk. Het is immers zeer wel denkbaar dat toepasselijkheid van een vormvoorschrift ook in dit (uitzonderings)geval ten voordele van de schuldenaar strekt, bijv. doordat zijn bewijspositie door de dwingend voorgeschreven vorm verbeterd. Overigens stelt Ehrat dat deze uitzondering de enige zou zijn op het uitgangspunt van toepasselijkheid van het vormvoorschrift, waarmee hij impliciet de door Peter genoemde uitzonderingen afwijst.

van het vormvereiste op voorwaarden aangeknoopt bij de gedachte dat voor een voorwaarde, als wezenlijk onderdeel van de tot stand te brengen rechtsverhouding, hetzelfde geldt als voor andere wezenlijke onderdelen van die rechtsverhouding. Het gaat derhalve niet om de functie van het vormvereiste in relatie tot de voorwaarde. Reeds het feit dat een voorwaarde – de voormelde tweede uitzondering daargelaten – een wezenlijk onderdeel van de rechtsverhouding vormt, maakt dat het vormvereiste ook ten aanzien van de voorwaarde geldt.

In het vorenstaande vinden we derhalve twee verschillende zienswijzen over de toepasselijkheid van vormvereisten op voorwaarden. Zo kunnen we een verband leggen met de functie die het vormvereiste heeft en ons daarbij afvragen of die functie ook gelding heeft ten aanzien van specifiek de voorwaarde. We kunnen echter ook uitgaan van de gedachte dat een voorwaarde veelal een wezenlijk deel van de tot stand te brengen (of gebrachte) rechtsverhouding vormt en daarmee – uitzonderingen daargelaten – het vormvoorschrift óók op die voorwaarde toepassing dient te vinden. Het een behoeft het ander uiteraard niet uit te sluiten. Dat is ook wat ik zou willen verdedigen. Het voortbestaan respectievelijk het verkrijgen van 'werking' van een rechtsverhouding is zonder enige twijfel een wezenlijk deel van hetgeen tussen partijen geldt. Voor alle in de vorige paragraaf genoemde functies van vormvoorschriften – rechtszekerheid, bewijsvoering, eenvoudige overdracht en een executoriale titel – is dit voortbestaan of verkrijgen van werking van belang. Het duidelijke uitgangspunt is dan ook dat vormvoorschriften toepassing dienen te vinden op voorwaarden, ongeacht of de rechtsverhouding nog tot stand moet worden gebracht, de voorwaarde daar later aan wordt toegevoegd dan wel de voorwaarde op enig moment inhoudelijk wordt gewijzigd. Dat neemt niet weg dat uitzonderingen denkbaar zijn, bijvoorbeeld omdat de betekenis van de voorwaarde in een bijzonder geval toch niets van doen heeft met de functie van het vormvoorschrift.¹⁴⁸

4.2.4 Het intreden van een zuiver potestatieve voorwaarde en vormvereisten

In § 7.3 bespreek ik onder meer de figuur van de zuiver potestatieve voorwaarde. Onder een dergelijke voorwaarde wordt door mij verstaan de voorwaarde, waarbij de loutere toekomstige wil van een partij bij de rechtsverhouding de 'gebeurtenis' vormt en waar die partij derhalve door middel van diens enkele wilsverklaring doorslaggevende invloed heeft op het intreden van de voor-

¹⁴⁸ Waarbij ik direct toegeef dat mij van die bijzondere situatie niet zomaar een voorbeeld te binnen schiet.

waarde.¹⁴⁹ In het thans besproken verband van vormvereisten doet zich de vraag voor in hoeverre bij een rechtsverhouding waarvoor een vormvereiste geldt en die is aangegaan onder zuiver potestatieve voorwaarde ook de nadere (positieve) wilsuiting dient te voldoen aan dat vormvereiste.

Deze vraag speelt bij de eerste van de in § 4.2.2 genoemde groepen van vormvereisten, namelijk voor zover deze vereisten betrekking hebben op de geldigheid respectievelijk totstandkoming van de (beoogde) rechtshandeling. De opschortende zuiver potestatieve voorwaarde – als de nadere wilsverklaring waarmee de rechtsverhouding tot stand zal komen¹⁵⁰ – heeft eveneens betrekking op deze totstandkoming. Bij het alsnog beëindigen van een reeds verrichte rechtshandeling door middel van een nadere wil (de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde) zal zelden of nooit een vormvereiste gelden.¹⁵¹ De vorenstaande vraag van vormvereisten bij zuiver potestatieve voorwaarden is dan ook (vrijwel) uitsluitend van belang voor opschortende en niet voor ontbindende voorwaarden.

In de Nederlandse literatuur komt deze vraag niet ter sprake. De Zwitserse literatuur acht bij de nadere wilsuiting voortvloeiend uit de zuiver potestatieve voorwaarde het vormvereiste niet van toepassing,¹⁵² terwijl deze vraag in de Duitse literatuur wisselend wordt beantwoord.¹⁵³ De Zwitserse visie dat vormvereisten geen toepassing vinden op de wilsuiting vloeit daaruit voort, dat thans nauwelijks weersproken de rechtsverhouding onder een opschortende zuiver potestatieve voorwaarde mogelijk is. Of anders gezegd, de voorwaarde staat het directe bestaan van die rechtsverhouding niet in de weg.¹⁵⁴ Althans, in het Duitse recht is dit laatste in de literatuur omstreden, maar de rechtspraak hanteert hetzelfde uitgangspunt als het Zwitserse recht. Daarmee is te begrijpen

149 Zie § 7.1.2.3 over de vele varianten die t.a.v. het begrip van de (zuiver) potestatieve worden gehanteerd.

150 Zie over de uiteenlopende visies op de kwalificatie van een dergelijke 'voorwaarde' § 7.3.3.

151 Ten overvloede, ik doel hier niet op rechtshandelingen die een bestaande rechtsverhouding beëindigen, zoals de opzegging van een erfpachtrecht d.m.v. een exploit (5:88 BW). Het gaat hier om de rechtshandelingen die zélf weer zouden worden beëindigd, zoals het alsnog 'annuleren' van een reeds uitgebrachte opzegging (voor zover al mogelijk). Van dergelijke, ongetwijfeld zeer zeldzame gevallen durf ik de stelling wel aan, dat diengaande (vrijwel) geen vormvereisten zullen gelden.

152 BSK OR I-Ehrt 2011, p. 854, 855; Koller 2009, p. 1275 (zie echter ook: Guhl/Koller 2000, p. 58, waar Koller het vormvereiste wél wil toepassen indien het de partij dient te beschermen); Oser 1929, p. 685; Stiefel 1918, p. 255, 256.

153 Vóór toepasselijkheid van het vormvereiste: Medicus 2010, p. 341; Flume 1992, p. 686; Egert 1974, p. 15 (zie echter ook p. 134); Oertmann 1924, p. 26.

Tegen toepasselijkheid: PWW/Brinkmann 2014, p. 219 (Brinkmann spreekt zelfs van de heersende leer); Reinicke & Tiedtke 2004, p. 434; HKK/Finkenauer 2003, p. 909 (met uitgebreid overzicht van jurisprudentie); Wolf 1999, p. 506.

De Coninck stelt dan ook niet helemaal terecht dat het m.n. de oudere Zwitserse en Duitse literatuur zou zijn die vormvereisten niet toepasselijk acht en dat hierover thans anders zou worden gedacht (De Coninck 2007, p. 345, 346).

154 Zie § 7.3.3.1.

dat in beide stelsels de toekomstige wilsuiking niet aan het vormvoorschrift behoeft te voldoen.

De gedeeltelijke afwijzing in de literatuur van de niet-toepasselijkheid van het vormvereiste is op de eerste plaats gebaseerd op het daarmee ontbreken van bescherming van de debiteur.¹⁵⁵ De mijns inziens terechte gedachte daarbij is, dat pas mét de uitoefening van het wilsrecht de schuldenaar daadwerkelijk gebonden raakt en zodoende juist ook dan de bescherming in de vorm van het vormvereiste behoeft. Daaruit zou echter volgen dat voor zover een vormvereiste niet tot een dergelijke bescherming strekt, de uitoefening van het wilsrecht vormvrij zou kunnen plaatsvinden.

Er is echter een nog veel zwaarwegender argument tégen niet-toepasselijkheid van het vormvereiste. We kunnen het als de Nederlandse heersende leer beschouwen dat de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de debiteur bij gebrek aan gebondenheid tussen partijen nog geen rechtsverhouding doet ontstaan.¹⁵⁶ Of dat ook geldt voor de voorwaarde met een wilsrecht voor de crediteur is enigszins onduidelijk.¹⁵⁷ Als we dit nog ontbreken van de rechtsverhouding als uitgangspunt nemen, dan is er eigenlijk geen ontkomen aan dat de wilsuiking zelf ook aan het vormvereiste dient te voldoen. Vóór de positieve wilsuiking is er immers geen rechtsverhouding en deze komt pas tot stand mét die nadere wilsuiking. De strekking van een vormvereiste gericht op de geldigheid respectievelijk totstandkoming van een rechtsverhouding zou in dat geval sterk teniet worden gedaan, indien de wilsuiking niet behoeft te voldoen aan het vormvereiste. Met andere woorden, ook de nadere wil uit hoofde van een (opschortende) zuiver potestatieve voorwaarde dient te voldoen aan het vormvereiste.

4.3 BEWIJS TER ZAKE BESTAAN, VERVULD ZIJN EN INHOUD VAN EEN VOORWAARDE

Inleiding

In hoofdstuk 1 heb ik aangegeven dat het onderhavige onderzoek beperkt is tot het materiële recht. In verband met het belang van het bewijsrecht voor de rechtspraktijk wil ik niettemin enige aandacht besteden aan de bewijslastverdeling bij voorwaarden. Gegeven de vorenstaande beperking blijft deze aandacht echter relatief bescheiden en zal ik deze bewijslastverdeling ook niet plaatsen in het bredere verband van het algemene bewijsrecht. Bewijsrechtelijke vraagstukken bij mogelijke toepasselijkheid van art. 6:23 BW (respectievelijk

¹⁵⁵ Guhl/Koller 2000, p. 58; Flume 1992, p. 686; Merz 1984, p. 155.

In gelijke zin voor het Belgisch recht: De Coninck 2007, p. 346.

¹⁵⁶ Zie § 7.3.3.1 en 7.3.3.2.

¹⁵⁷ Zie § 7.3.3.2 en 7.3.3.3.

de daarmee in de andere onderzochte stelsels overeenstemmende bepalingen) bespreek ik apart in § 7.4.

Geldend recht

De vraag óf een voorwaarde tot stand is gekomen, wordt eigenlijk vanzelfsprekend als uitgangspunt beantwoord aan de hand van uitleg van de partijbedoeling.¹⁵⁸ Dit geldt ook – onverminderd de objectieve uitleg die de Hoge Raad voorstaat ter zake de *omschrijving* in een notariële akte van levering van een over te dragen onroerende zaak¹⁵⁹ – voor de vraag of een overdracht voorwaardelijk heeft plaatsgevonden. In de literatuur wordt in dat verband namelijk terecht onderkend, dat op grond van art. 3:84 lid 4 BW en de TM bij die wetsbepaling de overdracht als uitgangspunt óók voorwaardelijk is, indien de voorwaarde uitsluitend uit de titel maar niet uit de akte van levering volgt.¹⁶⁰ Daarnaast wordt tevens, weinig verrassend, de inhoud van een voorwaarde uitgelegd overeenkomstig de regels waarop overeenkomsten in het algemeen worden uitgelegd.¹⁶¹

In het kader van de bewijslastverdeling tussen partijen ter zake het bestaan, het vervuld zijn en de inhoud van een voorwaarde is het voor het geldend recht wezenlijk een onderscheid te maken tussen ontbindende en opschortende voorwaarden. Het bewijs van het bestaan en vervuld zijn van een ontbindende voorwaarde rust naar de opvatting van de Hoge Raad op de partij die zich

158 Kersten 2013, p. 29; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 139 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 128).

159 HR 8 december 2000, NJ 2001, 350 (m. nt. WMK).

160 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 346; Breedveld-de Voogd & Huijgen 2007, p. 403 (in gelijke zin ook Breedveld-de Voogd 2007, p. 203 e.v.).

Overigens hanteren Breedveld-de Voogd en Huijgen deze 'doorwerking' van art. 3:84 lid 4 BW als argument tegen de vorenbedoelde objectieve uitleg die de Hoge Raad in het arrest van 8 december 2000 voorstond. Het lijkt mij echter de vraag of die argumentatie juist is. In het voormelde arrest stelt de Hoge Raad immers dat specifiek de *omschrijving* van de over te dragen zaak naar objectieve maatstaven (in het licht van de gehele inhoud van de akte) moet worden uitgelegd (hetgeen op zich ook door Breedveld-de Voogd en Huijgen wordt onderkend, zie p. 398). Het argument van Breedveld-de Voogd en Huijgen treft derhalve logischerwijs slechts doel als een voorwaarde deel zou uitmaken *van* die omschrijving. Gezien het m.i. sterk feitelijke karakter van een dergelijke omschrijving kan ik echter niet zo maar inzien, waarom een voorwaarde daarvan deel zou moeten zijn. Als we de goederenrechtelijke werking van voorwaarden echter daaruit zouden verklaren dat het verkregen goederenrechtelijke recht zelf voorwaardelijk is, valt ervan uit theoretisch opzicht wellicht weer iets voor de voorwaarde als deel van de omschrijving te zeggen; in dat geval 'kleurt' de voorwaarde immers hetgeen verkregen wordt.

161 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 139; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 127, 128. In deze zin ook: Rb. Den Haag (vzr.) 6 maart 2013, RVR 2013, 76; Hof Amsterdam 13 november 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY6792 (m.b.t. termijn waarop nog beroep op een voorwaarde kon worden gedaan); Hof 's-Hertogenbosch 3 juni 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0504; Rb. Rotterdam 11 februari 2009, LJN: BH4673; conclusie van A-G Hartkamp bij HR 2 oktober 1998, JOR 1999, 52.

daarop beroept.¹⁶² Dit bewijs dient derhalve – als bevrijdend verweer – vrijwel steeds door de debiteur te worden geleverd. Anders gezegd, de wederpartij respectievelijk crediteur behoeft bij de stelling van de debiteur dat sprake is van een ontbindende voorwaarde niet de onvoorwaardelijkheid of het niet ingetreden zijn van de ontbindende voorwaarde te bewijzen.¹⁶³ Tót het arrest van 9 september 2005 werd hierover overigens nog wel anders geoordeeld.¹⁶⁴ Uit deze opvatting van de Hoge Raad vloeit voor wat betreft het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen als bedoeld in art. 6:24 BW in zekere zin het tegengestelde voort; de oorspronkelijke debiteur die heeft gepresteerd en zich beroept op het ingetreden zijn van een ontbindende voorwaarde zal in zijn hoedanigheid van crediteur van de vordering tot ongedaanmaking dit bewijs moeten leveren. Overeenkomstig het bestaan en vervuld zijn van een ontbindende voorwaarde rust het bewijs van de inhoud van een voorwaarde op de partij die zich daarop beroept.¹⁶⁵

In het verband van een gestelde opschortende voorwaarde is de bewijslastverdeling omgekeerd aan het voormelde uitgangspunt bij ontbindende voorwaarden. Uit HR 7 december 2001 volgt dat de bewijslast van de inhoud en het eventuele ingetreden zijn van een opschortende voorwaarde rust op de crediteur (althans, de partij die nakoming van de overeenkomst verlangt).¹⁶⁶ De Hoge Raad onderbouwt dit laatste oordeel met het argument dat een beroep van de debiteur op het bestaan en onvervuld zijn van een opschortende voorwaarde niet de strekking heeft zich te bevrijden van een bestaande verplichting. Juist dat 'effectieve' bestaan van het vorderingsrecht wordt immers op basis van de gestelde opschortende voorwaarde door de debiteur betwist

162 HR 22 april 2011, NJ 2011, 188 en RCR 2011, 54; HR 17 april 2009, NJ 2009, 196; HR 9 september 2005, NJ 2005, 468. Zie voor een bespreking van dit laatste arrest Boonekamp 2006. Overigens had de Hoge Raad bij het arrest van HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 80 (Schilperoort/De Nijs) reeds geoordeeld, dat de bewijslast van het *vervuld zijn* van een ontbindende voorwaarde als uitgangspunt op de debiteur rustte. Het bestaan en de inhoud van die voorwaarde stonden in dit laatste arrest vast en bleven destijds derhalve buiten de vraag naar de bewijslastverdeling. Deze werden wel in het voormelde arrest van 9 september 2005 door de Hoge Raad (in vorenstaande zin) beoordeeld. Dat de debiteur het bewijs van het *bestaan* van een (ontbindende) voorwaarde diende te leveren, was door de Hoge Raad reeds in de negentiende eeuw vastgesteld (HR 20 april 1877, W. 4116).

163 HR 9 september 2005, NJ 2005, 468. Impliciet ook: Hof 's-Hertogenbosch 13 december 2011, LJN: BU8387. In gelijke zin: Boonekamp 2006, p. 15.

164 Hof Leeuwarden 10 augustus 2005, LJN: AU0820, waarin het hof – in afwijking van het arrest van de HR van 9 september 2005, derhalve een kleine maand later – vaststelde dat de bewijslast van de onvoorwaardelijkheid van een overeenkomst op de crediteur rustte als de debiteur het bestaan van een ontbindende voorwaarde stelde.

165 HR 22 april 2011, NJ 2011, 188 en RCR 2011, 54; Rb. Rotterdam 5 oktober 2011, RN 2012, 8.

166 HR 7 december 2001, NJ 2002, 494 (m. nt. DA) (Probis/De Smedt). Ook: Hof 's-Hertogenbosch 13 december 2011, LJN: BU8387. Zie tevens HR 23 oktober 1992, NJ 1992, 813, waarin de Hoge Raad vaststelde dat uit art. 177 Rv (oud) niet kon worden afgeleid, dat de wederpartij de feiten moet bewijzen die zij stelt ter motivering van haar betwisting (dus: bestaande uit het overeengekomen en niet ingetreden zijn van een opschortende voorwaarde) van de door de eisende partij gestelde feiten.

en er is derhalve – anders dan bij de ontbindende voorwaarde – geen sprake van een bevrijdend verweer.¹⁶⁷ Op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv dient de crediteur zodoende het bewijs te leveren van de inhoud en het ingetreden zijn van die opschortende voorwaarde.¹⁶⁸ Ook de wetgever liet zich ter zake de koop op proef – op grond van art. 7:45 BW als uitgangspunt vormgegeven als opschortende voorwaarde – in deze zin uit.¹⁶⁹ Voor specifiek het eigendomsvoorbehoud bevat art. 3:92 lid 1 BW overigens een zeker bewijsvermoeden.¹⁷⁰

Hoe strikt is deze bewijslastverdeling? In het arrest van 21 oktober 1988 bepaalde de Hoge Raad dat de omstandigheden aanleiding kunnen geven tot een andere bewijslastverdeling.¹⁷¹ In dit arrest ging het weliswaar uitsluitend om de bewijslastverdeling met betrekking tot het vervuld zijn van een ontbindende voorwaarde, maar er is geen reden denkbaar waarom die regel niet eveneens zou gelden voor opschortende voorwaarden of het überhaupt overeengekomen zijn van een voorwaarde. Ook de wetgever gaat er, wederom met betrekking tot de figuur van de koop op proef, van uit dat voormelde bewijslastverdeling weliswaar het uitgangspunt vormt, maar de omstandigheden van het geval tot een ander oordeel kunnen leiden.¹⁷² Blijkens het arrest van 17 april 2009 heeft het er echter nogal de schijn van, dat de Hoge

167 Van Hooijdonk en Tjittes stellen n.a.v. dit arrest dan ook terecht: 'op de partij die beweert dat zij als crediteur rechten aan een overeenkomst onder opschortende voorwaarde kan ontlenen, rust de stelplicht en bewijslast dat de voorwaarde is vervuld' (Van Hooijdonk & Tjittes 2008, p. 53. Zie in deze zin ook: Kersten 2013, p. 30, 31). Tjon Tjin Tai stelt m.b.t. de opschortende voorwaarde en eveneens o.b.v. dit arrest echter anders. In zijn – o.b.v. dit arrest onjuiste – opvatting is het óók bij een opschortende voorwaarde de partij die zich op het bestaan en de inhoud van die voorwaarde beroept – derhalve vrijwel steeds de debiteur – die zal moeten bewijzen (Tjon Tjin Tai 2008, p. 813).

168 Wellicht dat op deze hoofdregel n.a.v. HR 8 oktober 2004, NJ 2006, 478 in ieder geval voor één uiterst bijzondere situatie een uitzondering geldt. In de casus van dit arrest beriep een pseudo-gevolmachtigde – geconfronteerd met de aansprakelijkheid van art. 3:70 BW – zich op het feit, dat bij een juiste vertegenwoordiging gecontracteerd zou zijn met een ontbindende voorwaarde, welke voorwaarde zou zijn ingetreden. De in dit arrest door de Hoge Raad gegeven regel lijkt een zodanig algemene strekking te hebben, dat bij die situatie de bewijslast van het niet ingetreden zijn van een opschortende voorwaarde wellicht eveneens op de debiteur i.p.v. de crediteur rust. Zie verder A-G Hartkamp in zijn conclusie bij dit arrest.

169 PG Boek 7, MvA II, p. 295.

170 Dit vermoeden bestaat daaruit dat – in de woorden van de wetgever – een eigendomsvoorbehoud in de praktijk 'niet altijd met zoveel woorden' als een overdracht onder opschortende voorwaarde is geformuleerd (PG Boek 3, MvA II, p. 389).

171 HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 80 (Schilperoord/De Nijs). Dit vloeit thans uiteraard ook voort uit art. 150 Rv.

172 PG Boek 7, MvA II, p. 295.

Raad dergelijke omstandigheden niet snel aanvaardt.¹⁷³ Ik kom hier bij de 'nadere uitwerking' op terug.

Bij de specifiekere vraag of sprake is van een ontbindende of een opschortende voorwaarde, komt uit literatuur en jurisprudentie een beeld naar voren dat het opvallend vaak onduidelijk is dan wel tenminste betwist of een voorwaarde ontbindend of opschortend van aard is.¹⁷⁴ Dit overeenkomstig het hierna besproken Duitse en Zwitserse recht en het OBW. Expliciete verklaringen worden daarvoor niet gegeven, maar liggen in zekere mate wel voor de hand. Vermoedelijk de veelvuldigst voorkomende verklaring zal daaruit bestaan, dat partijen aanvankelijk wel de afhankelijkheid met de toekomstige onzekere gebeurtenis voor ogen stond, maar niet hetgeen in dat verband tussen hen zou moeten gelden gedurende de periode van onzekerheid. Dat laatste zal al helemaal gelden voor ieders bewijspositie ten aanzien van die voorwaardelijkheid, waar niet-juristen nooit bij stil zullen staan. Daar komt ook nog eens bij dat positief geformuleerde opschortende voorwaarden en negatief geformuleerde ontbindende voorwaarden voor veel partijen nauwelijks zijn te onderscheiden. Omgekeerd geldt voor negatieve opschortende voorwaarden en positief geformuleerde ontbindende voorwaarden hetzelfde. Dit alles zal eenvoudig kunnen leiden tot onjuiste formuleringen of wellicht zelfs het onbewust ontbreken van wilsovereenstemming ter zake de aard van de voorwaarde.

173 HR 17 april 2009, NJ 2009, 196. Het hof had de bewijslast van een *on*voorwaardelijkheid i.p.v. het overeengekomen zijn van een ontbindende voorwaarde (financieringsvoorbehoud) nog bij een verkoper als crediteur gelegd. Daarvoor voerde het hof drie argumenten aan: het door koper gestelde financieringsvoorbehoud is bij de koop van woningen een normaal verschijnsel, er was slechts een korte periode tussen de mondelinge overeenstemming en het op schrift stellen daarvan en (direct) na dat op schrift stellen bleek van de onenigheid ter zake het financieringsvoorbehoud. De Hoge Raad en A-G zien echter niets in deze argumenten en leggen de bewijslast van het bestaan van de ontbindende voorwaarde op de koper resp. partij die zich op die voorwaarde beroept.

174 Hof Arnhem 30 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY1304; Hof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX6224; Hof Amsterdam 26 juni 2012, NJF 2012, 464; HR 31 maart 2006, NJ 2006, 233; Hof Amsterdam 26 augustus 2004, PRG 2005, 18; Rb. Zwolle 5 maart 2009, LJN: BI2400; Rb. Rotterdam 11 februari 2009, LJN: BH4673; HR 15 januari 1992, BNB 1992, 120 (ter zake een 'dertig dagen-clausule' in een testament). Zie ook: Hof Amsterdam 6 augustus 2009, LJN BJ5188, waarbij uit een notariële leveringsakte een ontbindende voorwaarde leek te volgen, maar het hof desondanks een opschortende voorwaarde aannam. De vraag niet beantwoordend: Hof Amsterdam in HR 17 december 1982, NJ 1983, 416.

In deze zin ook: Haentjens & Meijer 2011, p. 65; Boonekamp 2006, p. 16; Zwemmer 1997, p. 12, 24. In gelijke zin voor voorwaardelijke testamentaire makingen: Mollema 2007, p. 147; Verstappen 2000, p. 260; Den Tonkelaar 1983, p. 27. Zie ook de conclusie van A-G Hartkamp bij HR 8 oktober 2004, NJ 2006, 478, waarin Hartkamp stelt dat het dikwijls *toevallig* is of sprake is van een ontbindende of opschortende voorwaarde en het soort voorwaarde ook vaak pas na uitleg van de overeenkomst komt vast te staan.

Ook het antwoord op de vraag of in een bepaald geval sprake is van een ontbindende of opschortende voorwaarde dient op de eerste plaats door middel van uitleg vastgesteld te worden.¹⁷⁵ Overeenkomstig de hierna besproken rechtsstelsels zal daarbij met name van belang zijn of partijen beogen reeds gedurende de periode van onzekerheid uitvoering te geven aan de hoofdverbintenissen, in welk geval een voorwaarde veelal als ontbindend zal kwalificeren.¹⁷⁶ Indien ook onduidelijk is of deze nakoming beoogd werd, hanteren het Duitse en Zwitserse recht het hierna besproken uitgangspunt *in dubio mitius*. Mij is echter niet gebleken of dit uitgangspunt bij het thans besproken vraagstuk ook toepassing kan vinden voor het Nederlands geldend recht. Een in zekere zin hiermee samenhangend criterium voor de vraag of sprake is van een ontbindende of opschortende voorwaarde vinden we bij het Hof Amsterdam.¹⁷⁷ Het hof overwoog dat uit het ontbreken van voor ontbinding in aanmerking komende rechtsgevolgen bij het intreden van de voorwaarde volgde, dat sprake was van een opschortende voorwaarde. Of enigszins kort door de bocht gezegd: als bij het intreden van de voorwaarde niets ongedaan gemaakt behoeft te worden, bestond vóór het intreden van de voorwaarde blijkbaar geen verplichting tot presteren en zal derhalve sprake zijn van opschortende voorwaardelijkheid.

Oud BW, Duits en Zwitsers recht

De vraag óf tussen partijen een voorwaarde overeengekomen was, diende naar het OBW maar ook het huidige Duits en Zwitsers recht beantwoord te worden door middel van uitleg van de partijbedoeling.¹⁷⁸ Een aardig voorbeeld

175 In deze zin: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 119. Zie ook: Hof Arnhem 30 oktober 2012, ECLI: NL:GHARN:2012:BY1304; Hof Amsterdam 26 juni 2012, NJF 2012, 464 en Hof Amsterdam 26 augustus 2004, PRG 2005, 18, waarbij het hof v.w.b. die uitleg o.m. aannam dat het bij het verstrekken van een geldlening ten behoeve van een schuldsanering onder voorwaarde algemeen gebruikelijk is een opschortende i.p.v. de door de curator gestelde ontbindende voorwaarde op te nemen.

176 Let wel, in hoofdstuk 3 heb ik verdedigd dat opschortende voorwaardelijkheid de nakoming niet in de weg behoeft te staan, mits – indien en voor zover mogelijk – de gevolgen van deze nakoming onder diezelfde voorwaarde kunnen staan. Dat neemt niet weg dat als partijen beogen direct (derhalve vóór het intreden van de voorwaarde) te presteren, meestal een ontbindende voorwaarde beoogd zal zijn. Dat geldt zeker voor die prestaties waarbij naar hun aard geen ‘opgeschorte’ gevolgen mogelijk zijn.

177 Hof Amsterdam 6 augustus 2009, LJN: BJ5188.

178 OBW: Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 138 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 151); Pitlo 1964, p. 74, 78; Veegens/Oppenheim 1917, p. 37; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 54.

Duits recht: (enigszins impliciet) BGH 10 oktober 1984, NJW 1985, 376. Ook: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164; Staudinger/Bork 2010, p. 335; Wolf 1999, p. 510; Hübner 1996, p. 471. De daarbij door partijen gehanteerde terminologie is volgens de Duitse literatuur daarbij i.i.g. niet zaligmakend: Staudinger/Bork 2010, p. 335; Wolf 1999, p. 509; Hübner 1996, p. 471, 473. Zwitsers recht: Koller 2009, p. 1274. Zie bijv. BGE 20 maart 2009 135 III 295, waar de expliciete opname van een aantal ‘voorwaarden’ de overeenkomst als geheel toch niet als voorwaardelijk werd beschouwd.

daarvan onder het OBW betrof het twistpunt voorgelegd aan de rechtbank Alkmaar of sprake was van een door een verkoper gegeven garantie, dan wel van een ontbindende voorwaarde.¹⁷⁹ Deze uitleg van de partijbedoeling vindt voor het Duitse recht (bij gebrek aan een bepaling als art. 3:84 lid 4 BW) ook relatief vaak toepassing voor het *Erfüllungsgeschäft* bestaande uit een levering naar aanleiding van een voorwaardelijke verbintenis. Althans, een dergelijke nakoming 'onder' dezelfde voorwaarde als bij de verbintenis is daarbij in ieder geval niet het uitgangspunt – en op grond van het abstracte stelsel ook geen dwingend gevolg – en zal derhalve bewezen moeten worden.¹⁸⁰ Overigens bevat het BGB voor een aantal bijzondere voorwaarden – het eigendomsvoorbehoud, koop op proef en testamentaire makingen – wél wettelijke vermoedens ten aanzien van de partijbedoeling.¹⁸¹ Ik zal deze verder niet bespreken.

Bij de vraag naar deze partijbedoeling komt wederom de daarmee samenhangende vraag op, op wie van partijen het bewijs van die eerdere partijbedoelingen rust. Everts stelde in 1883 dat het naar Nederlands en overigens ook Duits recht omstreden zou zijn op wie van partijen welke bewijsplicht drukte.¹⁸² Volgens Everts zelf rustte dit bewijs – ongeacht of sprake was van een ontbindende of opschortende voorwaarde – op de crediteur. Ook volgens Van Ossenbruggen diende de crediteur, indien de debiteur stelde dat sprake is van een ontbindende of opschortende voorwaarde (en derhalve niet van een onvoorwaardelijke verbintenis) te bewijzen dat de verbintenis wel degelijk onvoorwaardelijk bestond.¹⁸³ De Hoge Raad had echter reeds in 1877 beslist dat de bewijslast van in elk geval het bestaan van een voorwaarde op de debiteur rustte, waarbij de Hoge Raad evenmin een ex- of zelfs maar impliciet verschil tussen ontbindende en opschortende voorwaardelijkheid maakte.¹⁸⁴

We vinden derhalve aanwijzingen dat onder het OBW van de negentiende eeuw tussen beide soorten van voorwaarden bewijsrechtelijk geen onderscheid werd gemaakt.¹⁸⁵ Enigszins opvallend lijkt er in de periode daarna nauwelijks

179 Rb. Alkmaar 17 april 1924, NJ 1925, p. 1045. Gezien de voor partijen veelal wezenlijk verschillende rechtsgevolgen bij het al dan niet kwalificeren van een afspraak als voorwaarde, zal het niet verbazen dat de jurisprudentie over deze kwalificatie reeds onder het OBW relatief talrijk is. Zie: Rb. Maastricht 22 oktober 1942, NJ 1943, 626; Hof 's-Gravenhage 6 maart 1922, NJ 1922, p. 670.

180 Staudinger/Bork 2010, p. 336.

181 Zie de §§ 449, 454, 2074 en 2075 BGB.

182 Het vast te stellen criterium voor de beantwoording van die vraag was z.i. gelegen in de – destijds voor het geldend recht nog te beantwoorden – vraag, of een voorwaarde onderdeel van de verbintenis vormt, dan wel slechts een toevoeging of nevenbepaling bij die verbintenis. In het laatste geval behoefde de schuldeiser slechts het bestaan van de verbintenis te bewijzen, terwijl op de schuldenaar ter afwering het bestaan van de zowel een opschortende als een ontbindende voorwaarde rustte (zie verder overigens ook Van Ossenbruggen 1893, p. 19 e.v.). Everts huldigde zelf echter de eerste opvatting, zodat z.i. op de schuldeiser het bestaan van de onvoorwaardelijke verbintenis rustte (Everts 1883, p. 68 e.v.).

183 Van Ossenbruggen 1893, p. 19.

184 HR 20 april 1877, W. 4116.

185 HR 9 november 1900, W. 7514, ook genoemd in: PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II p. 295.

of geen aandacht meer te zijn besteed aan deze bewijslast, ook niet in het kader van een eventueel verschil in bewijslast tussen het bestaan van ontbindende en opschortende voorwaarden. Pas in 1988 wees de Hoge Raad opnieuw arrest, waarbij de bewijslast van het vervuld zijn van een ontbindende voorwaarde in ieder geval als uitgangspunt bij de debiteur werd gelegd.¹⁸⁶ De opvatting dat de bewijslast rust op de crediteur dan wel de debiteur afhankelijk van de aard van de voorwaarde – en daarmee dus een onderscheid gemaakt moet worden naar de aard van de voorwaarde – vinden we bij de Hoge Raad voor het eerst in 1992.¹⁸⁷ Het heeft er derhalve alle schijn van dat in de ruime periode tussen het einde van de negentiende en de twintigste eeuw een zekere omslag heeft plaatsgevonden in de opvattingen aangaande de verdeling van de bewijslast afhankelijk van de aard van de voorwaarde.

Op de geheel andersoortige vraag of een (onbetwiste of bewezen) voorwaarde van ontbindende of opschortende aard is, ga ik onderstaand nader in.

Overeenkomstig het huidige Nederlandse recht maken het Duitse en Zwitserse recht een dergelijk onderscheid ter zake de bewijslastverdeling van het bestaan van een voorwaarde wel, waarbij deze beide systemen echter een onderling deels verschillende koers varen. Met betrekking tot ontbindende voorwaarden is de situatie overzichtelijk en onbetwist: de bewijslast van het bestaan en het ingetreden zijn van een ontbindende voorwaarde rust op de partij die zich op de voorwaarde beroept, derhalve normaal gesproken de debiteur bij de verbintenis.¹⁸⁸ Voor zover reeds is gepresteerd en ongedaanmaking wordt gevorderd uit hoofde van het alsnog intreden van de ontbindende voorwaarde rust de bewijslast eveneens op de (oorspronkelijke) debiteur, die ongedaanmaking alsdan uiteraard vordert in de hoedanigheid van crediteur.¹⁸⁹

Met betrekking tot de bewijslastverdeling bij opschortende voorwaarden bestaat daarentegen verschil van inzicht. In dat verband worden zowel in de Duitse als Zwitserse literatuur twee verschillende visies onderscheiden: de *Leugnungstheorie* en de *Einwendungstheorie* (of ook wel *Einredetheorie*). De eerste opvatting houdt in dat de stelling van de wederpartij dat een overeenkomst

186 HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 80 (Schilperoort/De Nijs).

187 HR 23 oktober 1992, NJ 1992, 813 (zie v.w.b. dit arrest ook hiervoor bij het 'geldend recht'. Deze scheiding werd v.w.b. de inhoud en het ingetreden zijn van de voorwaarde bevestigd in HR 7 december 2001, NJ 2002, 494 (m. nt. DA) (Probis/De Smedt).

188 Duits recht: Palandt/Ellenberger 2014, p. 180; PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Schellhammer 2014, p. 1064; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 618; MüKo/Westermann 2012, p. 1711; Bork 2011, p. 494, 495; Staudinger/Bork 2010, p. 323; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122; Reinicke & Tiedtke 2004, p. 12; Wolf 1999, p. 514; Hübner 1996, p. 473. Ook: BGH 27 april 1966, DB 1966, 818.

Zwitserse recht: Gauch, Schlupe, Emmenegger 2014, p. 384; BSK OR I-Ehrat 2011, p. 855; Schwenzer 2012, p. 70; Honsell 2008, p. 614, 622; Guhl/Koller 2000, p. 57; Guhl 1944, p. 55; Becker 1941, p. 730; Oser 1929, p. 686.

189 Uitsluitend Ehrat noemt dit vanzelfsprekende standpunt expliciet: BSK OR I-Ehrat 2011, p. 855.

niet onvoorwaardelijk maar onder een opschortende voorwaarde is aangegaan in feite de betwisting van de (opeisbaarheid van de) vordering is. Daarmee zou de bewijslast van de onvoorwaardelijkheid rusten op de crediteur, daaruit bestaande dat de overeenkomst direct onvoorwaardelijk was aangegaan dan wel intussen de opschortende voorwaarde is ingetreden. Een enigszins anders ingestoken argumentatie is dat het (Duitse) recht ter zake het al dan niet (on)voorwaardelijk aangaan van de rechtsverhouding geen wettelijk uitgangspunt kent. De stelling van de debiteur dat de rechtsverhouding 'slechts' onder opschortende voorwaarde zou bestaan, vormt derhalve geen bestrijding van een wettelijk uitgangspunt van onvoorwaardelijkheid, maar uitsluitend van de *stelling* door de crediteur van onvoorwaardelijkheid.¹⁹⁰ De *Einwendungstheorie* gaat daarentegen uit van de visie, dat een beroep op het bestaan van een opschortende voorwaarde een bevrijdend verweer is en daarmee op de debiteur drukt.¹⁹¹ Op de vraag op wie van partijen het (niet) ingetreden zijn van de opschortende voorwaarde bij de *Einwendungstheorie* rust, kom ik onderstaand bij het Zwitsers recht terug.

De *Leugnungstheorie* vormt voor het Duitse recht de heersende leer. Daarmee geldt dat de crediteur die stelt opeisbare rechten te hebben uit hoofde van een verbintenis de onvoorwaardelijkheid respectievelijk het ingetreden zijn van de voorwaarde daarvan moet bewijzen, indien de wederpartij stelt dat sprake zou zijn van een opschortende voorwaarde.¹⁹² Deze crediteur dient zodoende óf te bewijzen dat er sprake is van een (van aanvang af) onvoorwaardelijke verbintenis, óf dat de opschortende voorwaarde intussen is ingetreden.¹⁹³ Deze opvatting stemt derhalve overeen met het Nederlands geldend

190 Schellhammer 2014, p. 1064. Overigens zou dit laatste argument ook gebruikt kunnen worden bij een ontbindende voorwaarde tégen de bewijslast van de debiteur die in het geldend recht op deze rust.

191 Deze *Einwendungstheorie* wordt overigens ook wel verdedigd u.h.v. meer praktische argumenten. Wolf wijst er bijv. op dat bij de *Leugnungstheorie* op de crediteur de bewijslast drukt van een negatief feit: de rechtsverhouding is *niet* opschortend voorwaardelijk. Daarnaast wijst Wolf er op dat de *Leugnungstheorie* leidt tot een verschil in stel- en bewijsplicht. De schuldeiser zal immers het tegendeel moeten bewijzen van de stelling van de schuldenaar, dat sprake zou zijn van een opschortende voorwaarde (Wolf 1999, p. 508).

192 BGH 10 juni 2002, NJW 2002, 2862; BGH 17 oktober 1984, NJW 1985, 497. In beide vonnissen werd de *Leugnungstheorie* aanvaard. Zie ook: Jauernig/Mansel 2014, p. 126; Palandt/Ellenberger 2014, p. 180; PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Schellhammer 2014, p. 1064; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 618; Bork 2011, p. 494; Staudinger/Bork 2010, p. 323; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122; Honsell 2008, p. 614; Reinicke & Tiedtke 2004, p. 12; Wolf 1999, p. 508 (Wolf onderkent de *Leugnungstheorie* als heersende leer, maar beschouwt o.b.v. de in de vorige noot vermelde argumenten de *Einwendungstheorie* als de betere); Hübner 1996, p. 473.

193 Voor zover een debiteur overigens stelt dat t.a.v. een aanvankelijk onvoorwaardelijke rechtsverhouding op een later moment alsnog een voorwaarde overeen is gekomen, dan rust op die debiteur in afwijking van het vorenstaande alsnog het bewijs daarvan. Zie: Jauernig/Mansel 2014, p. 126; Palandt/Ellenberger 2014, p. 180; PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 618; Staudinger/Bork 2010, p. 323; Reinicke & Tiedtke 2004, p. 12.

recht. Overigens wordt in dit verband in de literatuur opgemerkt dat op de debiteur die stelt dat sprake zou zijn van een opschortende voorwaarde de verplichting rust om de gepretendeerde voorwaarde nader te omschrijven.¹⁹⁴

Daarentegen moet voor het Zwitsers recht thans de *Einwendungstheorie* – vermoedelijk – als heersende leer worden beschouwd. Vooral in de modernere literatuur wordt deze als heersende leer genoemd of tenminste door de desbetreffende auteurs onderschreven.¹⁹⁵ Deze opvatting wordt aldus onderbouwd dat een opschortende voorwaarde van een ‘rechtsverhinderende’ aard is – een bevrijdend verweer derhalve – en daarmee de bewijslast daarvan op de debiteur rust.¹⁹⁶ Overigens kent het Zwitsers recht bij twijfel over de aard van de voorwaarde het onderstaand besproken bewijsvermoeden. Als gezegd is het echter niet helemaal zeker of de *Einwendungstheorie* inderdaad heersende leer is. In een deel van de (veelal wel oudere) literatuur wordt uitdrukkelijk gesteld dat de vraag naar de bewijslast van het bestaan – dus niet het vervuld zijn – van een opschortende voorwaarde betwist is of wordt zelfs de *Leugnungstheorie* als heersende leer beschouwd.¹⁹⁷ In de moderne literatuur heb ik in dat verband ook niet de constatering gevonden, dat een omslag zou hebben plaats gehad in hetgeen ter zake als heersende leer wordt beschouwd.

Voor wat betreft het bewijs of de (door de debiteur bewezen) opschortende voorwaarde al dan niet reeds is *vervuld*, rust de bewijslast volgens de Zwitserse literatuur op de partij die zich daarop beroept, derhalve bijna steeds de crediteur.¹⁹⁸ Voor het Zwitsers recht zou er derhalve bij aanvaarding van de *Einwendungstheorie* als heersende leer sprake zijn van een scheiding in de bewijslast van het bestaan en het ingetreden zijn van een opschortende voorwaarde.

Naast de vorenbesproken kwesties van het bewijs van het bestaan en vervuld zijn van een voorwaarde speelt in de drie thans besproken stelsels vanzelfsprekend ook de vraag of een bestaande voorwaarde van ontbindende dan wel opschortende aard is.¹⁹⁹ Het OBW kende met art. 1293 OBW, dat bepaalde dat

194 Wolf 1999, p. 508.

195 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 384; Honsell 2008, p. 614 (Honsell acht de *Leugnungstheorie* de juiste, maar stelt dat de *Einwendungstheorie* de Zwitserse heersende leer zou zijn); Ehrat in: BSK OR I-Ehrat 2011, p. 859; Guhl/Koller 2000, p. 57 (die niet specifiek verwijst naar de *Einwendungstheorie*, maar stelt dat de bewijslast van het bestaan van een opschortende voorwaarde op de debiteur rust); Becker 1941, p. 719 (die echter onderkent dat uit de omstandigheden anders kan voortvloeien).

196 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 384; Merz 1984, p. 162.

197 Guhl/Koller 2000, p. 57; Merz 1984, p. 161; Guhl 1944, p. 55; Becker 1941, p. 719; Oser 1929, p. 686, 687.

198 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 384; Schwenzer 2012, p. 70; Honsell 2008, p. 614; Guhl/Koller 2000, p. 57; Becker 1941, p. 719.

199 Voor het Duitse recht gaat het dienaangaande te leveren bewijs wederom vooraf aan de vraag of de betreffende voorwaarde is ingetreden, zoals ik dat hiervoor reeds heb beschreven voor het Nederlands geldend recht. Voor het Zwitsers recht geldt dit niet, omdat deze

'alle voorwaarden moeten vervuld worden op zoodanige wijze als partijen waarschijnlijk gewild en verstaan hebben', een redactioneel nogal ongelukkige regel van uitleg. De strekking van deze bepaling was dat de vraag of een voorwaarde was vervuld, beoordeeld moest worden naar de wijze waarop partijen haar gewild en verstaan hadden.²⁰⁰ Aan de noodzakelijkheid en doelmatigheid van deze uitlegregel naast de overige wettelijke uitlegeregels werd echter vaak getwijfeld.²⁰¹ Meijers beschouwde de wetsbepaling in ieder geval als overbodig, waarmee tevens haar lot voor het NBW was bezegeld.²⁰²

Wat verder van art. 1293 OBW zij, ook onder de werking van het OBW vormde de bedoeling van partijen de kern van hetgeen bewezen moest worden ten aanzien van de inhoud van een voorwaarde.²⁰³ Dat laatste gold derhalve ook voor de onder het OBW eveneens vaak als lastig ervaren kwalificatie van voorwaarden als ontbindend of opschortend.²⁰⁴ Wat deze aard van de voorwaardelijkheid was, diende overeenkomstig het vorenstaande door middel van uitleg van die partijbedoeling te worden vastgesteld.²⁰⁵ Het hierna besproken Duitse en Zwitserse uitgangspunt dat bij twijfel de voor de schuldenaar gunstigere betekenis – en daarmee een opschortende voorwaarde – wordt aangenomen, werd onder het OBW door geen enkele door mij bestudeerde auteur verdedigd.²⁰⁶ Dat laatste is enigszins opvallend, omdat art. 1385 OBW wel een bepaling bevatte die in zijn algemeenheid – dus buiten het specifieke

stelsels ter zake het bestaan van de voorwaarde geen onderscheid maken in de verdeling van de bewijslast tussen crediteur en debiteur afhankelijk van de aard van de voorwaarde. Deze bewijslast rust in het Zwitsers recht immers vermoedelijk steeds op de debiteur.

200 In deze zin: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 378; Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1973, p. 139 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 151); Pitlo 1964, p. 78; Veegens/Oppenheim 1917, p. 36, 37; Asser/Van Goudoever 1913, p. 54, 55; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 54. Opzoomer en Everts beschouwden deze bepaling als een uitzonderingsregel op de artt. 932, 933, 1378 en 1379 OBW, die voor het erfrecht en voor overeenkomsten algemene regels van uitleg gaven (Opzoomer 1879a, p. 138; Everts 1883, p. 27, 28).

201 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 378; Asser/Rutten 1973, p. 139 (met vermelding van literatuur, en eerder ook: Asser/Rutten 1958, p. 151); Pitlo 1964, p. 78; Asser/Van Goudoever 1913, p. 55; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 54. Opzoomer stelde al de vraag of dit wetsartikel (inderdaad) een uitzondering op de overige regels van uitleg bevatte, dan wel slechts een toepassing daarvan was (Opzoomer 1879a, p. 138).

202 PG Boek 6, TM, p. 147.

203 Van Brakel 1935a, p. 16; Veegens/Oppenheim 1917, p. 37. In deze zin ook: Hof 's-Gravenhage 31 mei 1957, BNB 1957, 329.

204 Van Brakel 1935a, p. 15, 16.

205 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 127; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 55. Overigens heb ik geen rechtspraak gevonden waar deze wetsbepaling een rol speelde in het verband van de aard van een voorwaarde.

206 Zie bijv. Van Brakel 1935a, p. 16, die ook in het geval iedere wijze van uitleg niet tot resultaat leidt, nog steeds art. 1385 OBW niet noemt. Wel lijkt de rechtbank Rotterdam het *bestaan* van een voorwaarde bij een borgstelling te hebben aangenomen o.b.v. art. 1385 OBW (Rb. Rotterdam 9 november 1914, W. 9732).

verband van voorwaarden – een uitgangspunt hanteerde dat overeen lijkt te stemmen met dit Duitse en Zwitsers recht.²⁰⁷

Het is weinig opmerkelijk dat ook naar Duits en Zwitsers recht de inhoud van voorwaarden door middel van uitleg dient te worden vastgesteld.²⁰⁸ Uit de Duitse en Zwitserse jurisprudentie en literatuur volgt eveneens dat het opvallend vaak onduidelijk is of een voorwaarde van ontbindende of opschortende aard is.²⁰⁹ Overeenkomstig de vraag óf een voorwaarde overeengekomen is, dient de vraag of sprake is van een ontbindende of opschortende voorwaarde derhalve beantwoord te worden aan de hand van de uitleg van de partijwil.²¹⁰ Bij die uitleg komt het er volgens Flume op aan, 'ob nach dem Sinn der rechtsgeschäftlichen Regelung die durch sie bestimmte Änderung der Rechtslage jedenfalls zunächst einmal gelten und nur in der Dauer ihrer Geltung durch die Bedingung terminiert sein sollte oder ob die Änderung der Rechtslage bis zum Eintritt der Bedingung aufgeschoben sein sollte'.²¹¹ Die zelfde insteek vinden we ook in de Zwitserse literatuur, waar gesteld wordt dat voor zover partijen reeds gedurende de periode van onzekerheid uitvoering willen geven aan de (hoofd)verbintenissen uit een voorwaardelijke rechtsverhouding, sprake zal zijn van een ontbindende voorwaarde.²¹² De uitleg van de aard van een voorwaarde als ontbindend of opschortend wordt in beide stelsels derhalve gebaseerd op het beoogde doel van de voorwaardelijkheid van de rechtsverhouding.

Voor zowel het Duitse als het Zwitserse recht wordt in het geval uitleg niet tot resultaat leidt, het uitgangspunt *in dubio mitius* gehanteerd: bij twijfel wordt de voor de debiteur gunstigere betekenis aangenomen.²¹³ Op grond

207 Hetgeen onverlet laat dat de strekking van art. 1385 OBW wel omstreden was: Hofmann 1937, p. 256, 257; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 270; Diephuis 1886, p. 466 e.v.; Opzoomer 1879b, p. 175 e.v. Pitlo noemde de toepasselijkheid van art. 1385 OBW overigens wel bij de figuur van de tijdsbepaling (Pitlo 1964, p. 97).

208 Zwitsers recht: BSK OR I-Ehrat 2011, p. 855; Koller 2009, p. 1283; Gutmans 1995, p. 72; Becker 1941, p. 722.

209 Voor een uitgebreid overzicht van de Duitse jurisprudentie: Schellhammer 2014, p. 1062; MüKo/Westermann 2012, p. 1693 e.v.

Voor het Zwitsers recht in deze zin: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 375; Schwenger 2012, p. 65; Honsell 2008, p. 620; Guhl/Koller 2000, p. 57; Merz 1984, p. 153; Guhl 1944, p. 54; Becker 1941, p. 728; Oser 1929, p. 684.

210 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164; Staudinger/Bork 2010, p. 334; Wolf 1999, p. 510. Zwitsers recht: Berger 2012, p. 261; Schwenger 2012, p. 65; Ehrat in: BSK OR I-Ehrat 2011, p. 855; Honsell 2008, p. 611; Gutmans 1995, p. 12; Keller & Schöbi 1988, p. 105; Bucher 1988, p. 507.

211 Flume 1992, p. 682.

212 Honsell 2008, p. 621; Merz 1984, p. 153, 154. Indien daarentegen slechts sprake is van handelingen die niet bestaan uit een nakoming van de hoofdverplichtingen, kan ook sprake zijn van een opschortende voorwaarde (Merz 1984, p. 154).

213 Dit is naar Zwitsers recht overigens een algemene regel van uitleg, die min of meer overeen lijkt te stemmen met art. 1385 OBW, aldus: Gauch, Schluep, Schmid 2008, p. 279; Guhl 1944, p. 55.

van deze regel is de ten opzichte van de ontbindende voorwaarde minder ver strekkende opschortende voorwaarde aan te nemen.²¹⁴ De achterliggende gedachte is dat een debiteur in het algemeen de vervulling respectievelijk definitieve uitval van een voorwaarde zal willen afwachten, voordat de op hem rustende verplichtingen onvoorwaardelijk worden.²¹⁵

Nadere uitwerking

Hiervoor onder het 'geldend recht' heb ik op basis van een aantal arresten van de Hoge Raad vastgesteld dat de bewijslastverdeling tussen partijen bij een betwiste ontbindende of opschortende voorwaarde tegengesteld is. De reden voor dit onderscheid is dat een beroep op een ontbindende voorwaarde door de Hoge Raad wordt beschouwd als een bevrijdend verweer van de debiteur.²¹⁶ Een beroep op het bestaan van respectievelijk niet-ingetreden zijn van een opschortende voorwaarde wordt daarentegen beschouwd als een betwisting door de debiteur van het door de crediteur gestelde vorderingsrecht.

De thans te bespreken vraag is of dit onderscheid wel zo terecht is. We zagen in elk geval dat het opvallend vaak onduidelijk respectievelijk betwist is of een voorwaarde ontbindend of opschortend van aard is. Hartkamp spreekt in dat verband zelfs van 'toeval'.²¹⁷ Daarmee is het voor de situatie waarin over de kwalificatie van de voorwaarde daadwerkelijk getwist kan worden eveneens vooral toeval of het door de Hoge Raad op formele criteria – er is sprake van een al dan niet bevrijdend verweer – gegronde onderscheid tot de beste resultaten leidt.²¹⁸

214 Duits recht: Schellhammer 2014, p. 1062; Wolf 1999, p. 510; Flume 1992, p. 682; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 843. In deze zin ook: BGH 27 oktober 1983, NJW 1984, 312 (overigens is m.i. niet uitgesloten dat dit oordeel samenhang met de vrij specifieke omstandigheden). Tegen deze opvatting: Staudinger/Bork 2010, p. 333, 334.

Zwitsers recht: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 376; Ehrat in: BSK OR I-Ehrat 2011, p. 855; Honsell 2008, p. 611, 621; Huguenin e.a. 2008, p. 196; Guhl/Koller 2000, p. 57; Gutmans 1995, p. 12; Keller & Schöbi 1988, p. 105; Merz 1984, p. 153; Oser 1929, p. 684.

215 BSK OR I-Ehrat 2011, p. 855, 856.

Deze 'bescherming' van de debiteur is naar Zwitsers recht in die zin echter beperkt, dat deze o.g.v. de *Einwendungstheorie* (waarschijnlijk) eerst zelf zal moeten bewijzen dát de rechtsverhouding onder 'een' voorwaarde is aangegaan. Zowel het bewijs van het bestaan van een ontbindende als een opschortende voorwaarde rust immers op de debiteur. O.g.v. de in Duitsland gehanteerde *Leugnungstheorie* is dit anders: de stelling van de debiteur dat een opschortende voorwaarde (nog) van toepassing is, zal door de crediteur moeten worden ontkracht. Bij voortbestaande twijfel over de aard van de voorwaarde geldt alsdan toch weer het uitgangspunt van opschortende voorwaardelijkheid.

Overigens wordt voor het Zwitsers recht t.a.v. het eigendomsvoorbehoud, waarvan in zekere mate omstreden is of dit een opschortende of ontbindende voorwaarde betreft, het uitgangspunt *in dubio mitius* niet zonder meer toegepast.

216 Zoals ik hiervoor beschreef is dat iets te kort door de bocht; de bewijslast drukt op de partij die zich op de ontbindende voorwaarde beroept, maar dat is normaal gesproken de debiteur.

217 Zie Hartkamps conclusie bij HR 8 oktober 2004, NJ 2006, 478.

218 Een vonnis waarin ik deze cumulatie van elementen meen te zien met een daarop gegronde bewijslastverdeling is Rb. Rotterdam 11 februari 2009, LJN: BH4673.

Wezenlijker is echter nog wat in deze als een 'rechtvaardig resultaat' moet worden beschouwd. Het is een open deur dat toch een van partijen de bewijslast opgelegd moet krijgen. De vraag is echter of het onderscheid tussen ontbindende en opschortende voorwaarden gekoppeld aan een formeel criterium of al dan niet sprake is van een bevrijdend verweer zo gelukkig is. Voor zover partijen in het rechtsverkeer bij het overeenkomen van een voorwaarde überhaupt al materiële gevolgen gedurende de periode van onzekerheid voor ogen stonden, zullen deze partijen vrijwel nooit aan de bewijsrechtelijke implicaties van die voorwaarde hebben gedacht. Het verschil in bewijsrechtelijke positie bij een mondelinge koopovereenkomst waarbij de verkoper betwist dat deze zou zijn aangegaan onder een door de koper gestelde ontbindende dan wel een opschortende voorwaarde is in de opvattingen van de Hoge Raad niettemin hemelsbreed.²¹⁹ De rechtvaardiging daarvan via het bedoelde formele criterium kan ik moeilijk inzien. Daar komt nog bij dat ingeval van opschortende voorwaardelijkheid zelfs over dit formele criterium getwijfeld kan worden; zie de Duitse en Zwitserse opvattingen aangaande de *Leugnungstheorie* en *Einwendungstheorie*.

Dat iedere verdeling van de bewijslast een keuze tussen verschillende kwaden is, spreekt voor zich. Ten aanzien van voorwaarden is dat niet anders. Het gewicht van de gevolgen van voorwaardelijkheid is echter relatief groot. Met het oog op het 'alles of niets' karakter dat voortvloeit uit het bestaan en al dan niet intreden van een voorwaarde bevindt zich dit qua gevolgen op het niveau van het al dan niet aangegaan zijn van de rechtsverhouding. Dat vraagt mijns inziens om een genuanceerde verdeling van de bewijslast, met name als we bedenken dat partijen in het rechtsverkeer veelal wel een redelijk beeld zullen hebben of zij al dan niet (wensen te) contracteren en over de eventuele bewijsbaarheid daarvan, maar de bewijsrechtelijke implicaties van een voorwaarde in dat verband in het geheel niet kunnen overzien. Ik wil er dan ook voor pleiten dat, anders dan de terughoudendheid die ik dienaangaande bij de Hoge Raad meen te bespeuren, de omstandigheden van het geval relatief snel van belang zijn in het verband van deze bewijslastverdeling.²²⁰

219 HR 17 april 2009, NJ 2009, 196, waar de uitkomst wellicht geheel anders zou zijn geweest als de koper – waarschijnlijk i.s.m. de waarheid – gesteld zou hebben dat sprake was van een opschortende voorwaarde. Zie voor dit arrest ook de bespreking van het geldend recht.

220 Zie in een dergelijke zin ook de wetgever ter zake de opschortende voorwaarde bij de *koop op proef* van art. 7:45 BW: PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 295.

5 | Beperkingen aan voorwaardelijkheid

5.1 HET UITGANGSPUNT VAN DE PARTIJVRIJHEID TEN AANZIEN VAN VOORWAARDELIJKHEID

5.1.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik besproken dat dé grondslag voor voorwaardelijkheid is gelegen in de partijwil. Partijen bepalen zelf of zij een rechtsverhouding voorwaardelijk willen maken en tevens wat de inhoud van die voorwaarde – de onzekere gebeurtenis – alsdan dient te zijn. Overeenkomstig de ruime vrijheid die partijen in zijn algemeenheid in het vermogensrecht hebben om hun rechtsverhouding gestalte te geven, hebben zij diezelfde vrijheid ook ten aanzien van eventuele voorwaardelijkheid. In § 5.1.2 maak ik deze gevolgen van die partijvrijheid enigszins concreter.

Zoals wij echter allen weten is er geen vrijheid zonder beperkingen. Dat geldt uiteraard ook voor de figuur van voorwaarden. Met betrekking tot beperkingen aan voorwaardelijkheid kunnen we direct vaststellen dat deze zeer uiteenlopende gronden hebben. Zo is bijvoorbeeld de voorwaarde in strijd met de goede zeden van een geheel andere orde dan de veelal aangenomen onmogelijkheid van een voorwaardelijke opzegging, ongeacht de inhoud van die laatste voorwaarde. De verschillende in dit hoofdstuk besproken grenzen aan de partijvrijheid ten aanzien van voorwaardelijkheid hebben onderling in inhoudelijk opzicht dan ook veelal niets met elkaar van doen. Daarmee is tevens gegeven dat het voorliggende hoofdstuk in dit opzicht nogal verschillende onderwerpen bevat, die slechts zijn samengebracht onder de noemer van 'beperkingen aan voorwaardelijkheid'. Van een over de verschillende paragrafen opgebouwd betoog is – voor wat betreft de inhoud van die beperkingen – dan ook slechts in beperkte mate sprake.

Niettemin kunnen we dit onderwerp van beperkingen aan voorwaardelijkheid op twee wijzen systematiseren. Op de eerste plaats kunnen de te onderscheiden beperkingen worden gegroepeerd in twee categorieën. De eerste categorie betreft de onmogelijkheid van *bepaalde* voorwaarden in relatie tot de rechtsverhouding waar deze voorwaarden aan zijn verbonden. Zo zal de voorwaarde bestaande uit het plegen van een misdrijf door een van partijen merendeels onmogelijk zijn, ongeacht de rechtsverhouding waar partijen deze aan zouden willen verbinden. Deze categorie bespreek ik in § 5.2. De tweede categorie van beperkingen aan voorwaardelijkheid betreft de rechtsverhoudin-

gen die zich überhaupt slecht verdragen met voorwaardelijkheid. Derhalve een beperking aan voorwaardelijkheid ongeacht de verdere inhoud van de voorwaarde. Deze categorie komt in § 5.3 aan bod.

Een tweede vorm van systematisering betreft de wijze waarop de beperkingen aan voorwaardelijkheid in de wettelijke systematiek zijn opgenomen met de aan die beperkingen door de wet verbonden consequenties. Dat blijkt echter lastig te zijn, zo zien we in § 5.1.4. Opvallend genoeg is vaak wel duidelijk wélke beperkingen in materiële zin bestaan, maar als we deze proberen te plaatsen in de systematiek van met name de artt. 3:38 en 3:40 BW, dan levert dat een weinig helder beeld op. Dit laatste blijkt duidelijk als we, in navolging van het Duitse en Zwitserse recht en hetgeen in de Nederlandse literatuur veelal impliciet gebeurt, de vorenomschreven scheiding aanbrengen tussen de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden en de onmogelijkheid om bepaalde rechtsverhoudingen überhaupt voorwaardelijk te kunnen maken. Wat er echter ook moge zijn van deze nogal onduidelijke wetssystematiek, uiteindelijk zullen we in § 5.4 zien dat een en ander voor de consequenties van een handelen in strijd met beperkingen aan voorwaardelijkheid waarschijnlijk geen enkel verschil maakt.

5.1.2 Het brede uitgangspunt van mogelijke voorwaardelijkheid

Geldend recht, OBW, Duits en Zwitsers recht

In art. 3:38 lid 1 BW vinden we het wettelijke uitgangspunt dat rechtshandelingen onder voorwaarde (of tijdsbepaling) kunnen worden verricht. Deze mogelijkheid wordt voor het geldend recht uiteraard onweersproken onderschreven, zodat dienaangaande voor het geldend recht geen enkele twijfel bestaat.¹ Het OBW alsmede het Duitse en Zwitserse recht kennen geen met dit wetsartikel overeenstemmende bepaling. Het lijdt niettemin geen twijfel dat in al deze stelsels – in ieder geval als uitgangspunt – eveneens aan een rechtshandeling een voorwaarde kan worden verbonden.²

De reden voor de mogelijkheid van voorwaardelijkheid is evident. Het algemeen vermogensrechtelijke uitgangspunt van de contractsvrijheid – als ik deze term voor het gemak maar even gebruik voor rechtshandelingen in het algemeen³ – geldt ook ten aanzien van voorwaardelijkheid.⁴ Handelende partijen mogen in beginsel zelf beslissen of zij enigerlei vorm van onzekerheid in hun juridisch handelen wensen te incorporeren. De afweging van de voor-

1 Zie het overzicht van literatuur, PG en jurisprudentieoverzicht in § 2.3.3.

2 Zie § 2.3.3.

3 Hijma spreekt dan ook van de ‘rechtshandelingsvrijheid’ als ruimer begrip t.o.v. de ‘contractsvrijheid’ (Hijma 1998, p. 26).

4 Een argument dat de wetgever ook heeft gehanteerd in het verband van de testeervrijheid ter verdediging van de mogelijkheid van erfrechtelijke voorwaardelijke makingen (PG Boek 4, MO, p. 816).

en nadelen daarvan is aan partijen zelf. Deze vrijheid van partijen ziet uiteraard tevens op de mogelijke inhoud van voorwaarden, althans ontbreekt iedere reden om anders aan te nemen.⁵ In dit verband wijs ik er overigens nog op dat ik heb verdedigd, dat deze contractsvrijheid in twee opzichten verder reikt dan veelal wordt aangenomen. Zo kan de inhoud van een voorwaarde mijns inziens – in ieder geval in afwijking van de heersende Nederlandse visie – meestal ook bestaan uit een slechts subjectief onzekere gebeurtenis. Daarnaast bepalen partijen, naast de vrijheid die zij hebben óf een rechtsverhouding voorwaardelijk is en wat de inhoud van die voorwaarde is, binnen de inherente grenzen van voorwaardelijkheid tevens wat de *gevolgen* van die voorwaardelijkheid zijn.⁶

Met het vorenstaande is gegeven dat voor alle onderzochte stelsels een eindeloze rij van obligatoire rechtsverhoudingen voorwaardelijk kan zijn. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor de vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:905 BW, die nota bene juist veelal zal dienen ter beëindiging of voorkoming van onzekerheid.⁷ Ook een schenking kan voorwaardelijk geschieden, hetgeen onder het OBW met name een punt van twijfel was indien de voorwaarde neigde naar de verboden 'herroepelijkheid'.⁸ De goederenrechtelijke gevolgen van een overdracht kunnen voor het Nederlands geldend recht eveneens zowel opschortend als ontbindend voorwaardelijk zijn.⁹ Dat is ten aanzien van de bezwaring van een goed met beperkte rechten niet anders. Ook de verdeling van een gemeenschap kan voor het geldend recht voorwaardelijk plaatsvinden.¹⁰ De onderhandse verkoop door een executerende pand- of hypotheekhouder onder ontbindende voorwaarde van het niet verkrijgen van de in art. 3:251 BW bedoelde toestemming van de voorzieningenrechter is eveneens mogelijk.¹¹ Of beschikkingshandelingen inderdaad (steeds) onder een voorwaarde konden plaatsvinden, was onder het OBW daarentegen in beperkte mate omstreden. Uiteindelijk werd die mogelijkheid ook onder het OBW breed aanvaard.¹² Op zich aanvaarden het Duitse en Zwitserse recht eveneens voor-

5 Zie dienaangaande ook § 2.5, ook v.w.b. de auteurs die zich in een zelfde zin hebben uitgelaten.

6 Zie § 2.4.3 respectievelijk § 3.4.

7 Welke mogelijkheid meerdere malen werd aanvaard: Hof Arnhem (vzr.) 3 februari 2009, NJF 2009, 270; Rb. Almelo (vzrg) 4 september 2008, LJN: BE9879. Tevens blijkt van deze mogelijkheid in Rb. Rotterdam 25 maart 2009, LJN: BI2237. Zie in deze zin voor het OBW: Pitlo 1964, p. 72.

8 Zie bijv. Rb. Utrecht 18 november 1981, LJN: AC7389, waar de Rb. de geldigheid van een voorwaardelijke schenking mede aanvaardt met het argument dat in dat verband geen sprake is van herroepelijkheid.

9 Zie § 11.1.4. De vraag waar we de voorwaarde in het verband van een overdracht moeten plaatsen, is voor het geldend recht daarentegen sterk omstreden en bespreek ik in § 11.2.6.

10 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 323 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 268, waarbij overigens op beide plaatsen abusievelijk verwezen wordt naar PG Inv. Boek 3, p. 1132 i.p.v. 1232).

11 Zie over een dergelijk geval: HR 10 juni 2011, NJ 2011, 423.

12 Zie § 11.1.4 en 11.2.4.

waardelijke beschikkingen, maar ten aanzien van onroerend goed is dit (vrijwel geheel) uitgesloten. Voor het Zwitsers recht is daarnaast de mogelijkheid van een ontbindend voorwaardelijke overdracht van roerende zaken en van vorderingsrechten omstreden.¹³ De ‘contractuele’ mandeligheid van onroerende zaken kan blijkens de PG eveneens onder een (ontbindende) voorwaarde bestaan.¹⁴

Ter zake de vraag of een splitsing in appartementsrechten onder voorwaarde mogelijk is, ben ik met uitzondering van het Duitse recht geen enkel standpunt tegengekomen.¹⁵ Dat geldt eveneens voor de verwante vraag of een voorwaardelijke gerechtigdheid tot een gebouw met de grond kan worden gesplitst. Ik zie echter geen redenen om een splitsing in appartementsrechten als dwingend onvoorwaardelijk te beschouwen, ook al kunnen de toekomstige gevolgen van een ontbindend voorwaardelijke splitsing of splitsing van ontbindend voorwaardelijk gehouden eigendom zeer ingrijpend zijn.

In § 5.1.3 en 5.3.2.1 zal ik bespreken dat veel eenzijdige gerichte rechtshandelingen veelal niet onder voorwaarde kunnen plaatsvinden. Dat laat voor alle onderzochte stelsels onverlet dat ook dergelijke rechtshandelingen eventueel voorwaardelijk kunnen zijn.¹⁶ Voor de toestemming in het verband van de in art. 5:91 BW bedoelde overdracht of toedeling van een erfpachtrecht bestaat daarover voor het Nederlands geldend recht zelfs geen enkele twijfel.¹⁷ In de literatuur wordt de voorwaardelijke toestemming echter ook buiten dit specifieke verband aanvaard, hetgeen mijns inziens slechts binnen bepaalde grenzen juist is.¹⁸ Van de volmachtverlening wordt eveneens aanvaard dat deze onder voorwaarde kan plaatsvinden.¹⁹ Dat een aanbod voorwaardelijk

13 Zie over deze beperkingen in het Duitse en Zwitserse recht § 5.3.2.1.

14 PG Boek 5, MvA II, p. 230.

15 Voor het Duitse recht dient een dergelijke splitsing dwingend onvoorwaardelijk te zijn (art. 4 lid 2 WEG).

16 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 324 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 269). OBW: Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 124; Pitlo 1964, p. 72. Meijers drukte zich in de TM t.a.v. deze mogelijkheid heel terughoudend uit (PG Boek 3, TM, p. 185). De MvA stelt – i.e.g. in het specifieke verband van de onvoorwaardelijkheid van de opzegging – dat ‘uitzonderingen denkbaar zijn’ (PG Boek 3, MvA, p. 187, 188). Zie voor Duits en Zwitsers recht § 5.3.2.1.

17 PG Boek 5, MvA, p. 314. De mogelijke inhoud van een dergelijke voorwaarde is in de jurisprudentie overigens nogal ingeperkt (Hof Leeuwarden 14 januari 2010, NJ 2010, 236). Het hof beperkte de inhoud van een dergelijke voorwaarde tot invloed op de persoon van de opvolgend erfpachter, alsmede de wijze van gebruik van de in erfpacht uitgegeven grond. Zie hierover: Pleysier 2010.

18 Zie § 5.3.2.3.

19 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 324 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 269). Iets anders is dat het noemen van een volmachtgever in de zin van art. 3:67 lid 1 BW onvoorwaardelijk dient te geschieden (aldus: HR 26 mei 2000, NJ 2000, 442).

Ook de Duitse literatuur gaat ervan uit dat volmachtverlening onder voorwaarde mogelijk is: Bamberger/Roth/Rövekamp 2016, p. 616; MüKo/Westermann 2012, p. 1700; Wolf/Neuner 2012, p. 647; Medicus 2010, p. 388; Wolf 1999, p. 515.

kan geschieden, verbaast niet.²⁰ Ook van de aanvaarding van een (onvoorwaardelijk) aanbod wordt echter voor het Nederlands geldend recht en eerder ook het OBW aangenomen dat deze onder voorwaarde kan plaatsvinden.²¹ In § 5.3.2.4 zal ik echter bespreken dat daar óók voor het geldend recht belangrijke beperkingen van toepassing zijn.

5.1.3 Waarom tóch beperkingen aan de voorwaardelijkheid?

Het in de vorige paragraaf besproken uitgangspunt van de mogelijkheid van partijen een rechtsverhouding voorwaardelijk tot stand te brengen onder een voorwaarde is een gevolg van de contractsvrijheid. Dat geldt tevens voor het feit dat partijen zélf de inhoud van een voorwaarde kunnen bepalen. Deze contractsvrijheid kent echter zowel grenzen met betrekking tot het überhaupt voorwaardelijk kunnen maken van bepaalde rechtsverhoudingen, als grenzen ten aanzien van de mogelijke inhoud van voorwaarden. Deze laatste beperking ten aanzien van de inhoud van voorwaarden leidt derhalve tot de in § 5.2 besproken onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden, terwijl de eerstbedoelde beperking leidt tot de in § 5.3 besproken groep van dwingend onvoorwaardelijke rechtsverhoudingen. De thans op hoofdlijnen te bespreken vraag is waarin de redenen zijn gelegen voor deze beperkingen van de contractsvrijheid. Ten aanzien van die vraag heb ik in deze paragraaf geen onderscheid aangebracht tussen de verschillende onderzochte stelsels. De reden daarvoor is dat deze vraag – voor zover overigens in de literatuur al gesteld – ten aanzien van specifieke beperkingen aan voorwaardelijkheid ook in de volgende paragrafen nog ter sprake komt, alwaar ik wél nader inga op de verschillen tussen de onderzochte stelsels.

De in § 5.1.4 besproken wettelijke grondslagen voor beperkingen aan voorwaardelijkheid helpen ons bij de thans voorliggende vraag slechts op bescheiden schaal verder. De enige inhoudelijke reden voor een dergelijke beperking vinden we in art. 3:40 lid 1 BW: een beoogde voorwaardelijke rechtsverhouding kan in strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde. Diezelfde strijd met de goede zeden als reden voor beperkingen aan voorwaardelijkheid volgt ook voor het OBW, het Duitse en het Zwitserse recht uit de wet.²² De eventuele strijd met de goede zeden of openbare orde vormt zélf de inhoudelijke reden waarom voorwaardelijkheid uitgesloten kan zijn. Of anders gezegd, indien sprake is van een dergelijke strijd vormt dát de materiële

20 PG Boek 6, TM, p. 881. Asser/Hartkamp 6-III*, p. 145, 146; Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 139, 269. Ook: HR 12 november 2004, NJ 2005, 500.

21 PG Boek 6, MvA II, p. 881. Asser/Hartkamp 6-III*, p. 145, 146 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 139). HR 17 december 1896, W 6906.

22 Voor alle onderzochte stelsels geldt daarbij nauwelijks weersproken dat het bij de beoordeling óf sprake is van strijd met de goede zeden (of openbare orde) gaat om de samenhang tussen voorwaarde en de rest van de rechtsverhouding. Zie verder § 5.2.3.

onderbouwing voor het niet in rechte erkennen van de voorwaardelijke rechtsverhouding.

Dat laatste geldt niet voor de overige gronden die in de wet worden genoemd als beperking aan voorwaardelijkheid. Uit hoofde van zowel art. 3:38 lid 1 als art. 3:40 lid 2 BW kan een dergelijke beperking bijvoorbeeld een gevolg zijn van de wet zelf, maar de materiële reden voor een dergelijke (wettelijke) beperking aan voorwaardelijkheid is daarmee nog niet gegeven. Die is gelegen in de overwegingen van de wetgever die tot deze wettelijke beperkingen hebben geleid.²³ Voor de laatste in de wet genoemde grond voor beperkingen aan voorwaardelijkheid – de aard van de rechtshandeling als genoemd in art. 3:38 BW – geldt eveneens dat deze niet als zodanig de reden vormt voor die beperking van de contractsvrijheid. Waarom deze *aard* voorwaardelijkheid zou uitsluiten, een inhoudelijke reden daarvoor derhalve, is uitsluitend uit hoofde van de ‘aard van de rechtshandeling’ immers niet gegeven.

We zien derhalve dat buiten het geval van strijd met de goede zeden of openbare orde de inhoudelijke redenen voor beperkingen aan voorwaardelijkheid niet bestaan uit hetgeen we als de belangrijkste wettelijke grondslagen voor die beperkingen – de artt. 3:38 lid 1 en 3:40 BW – kunnen beschouwen. Dat is voor het OBW en het Duitse en Zwitserse recht niet anders. Voor al die gevallen van beperkingen aan voorwaardelijkheid blijft derhalve de vraag *waarom* die beperkingen zouden bestaan. Voor het Nederlandse recht is, enigszins in afwijking van de Duitse en Zwitserse literatuur, niet bijzonder veel opgemerkt ten aanzien van deze redenen voor beperkingen aan de contractsvrijheid. Niettemin kunnen we (ook) voor het Nederlandse recht wel stellen dat deze van nogal uiteenlopende aard zijn. We lopen de verschillende redenen kort langs. In de volgende paragrafen ga ik bij de bespreking van de te onderscheiden beperkingen dieper in op deze redenen.

In het Duitse en het Zwitserse recht wordt de voornaamste reden voor beperkingen aan voorwaardelijkheid gezien in de eventuele ontoelaatbaarheid van de onzekerheid die aan voorwaarden inherent is.²⁴ Dat zal voor het Nederlandse recht niet anders zijn, in ieder geval voor wat betreft het algemene

23 Bijv. blijkt uit art. 4:45 BW dat aan een erfrechtelijke verkrijging geen voorwaarde kan worden verbonden die een verder beschikken over het verkregen goed zou uitsluiten. Uit deze wettelijke beperking aan voorwaardelijkheid volgt echter nog niet wat de redenen van de wetgever zijn geweest voor een dergelijke beperking aan voorwaardelijkheid. T.a.v. de beperking als neergelegd in art. 3:92 lid 2 BW (de inhoud van de voorwaarde bij het eigendomsvoorbehoud) is dat niet anders. Zie v.w.b. art. 4:45 BW overigens § 5.2.4.2

24 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164; Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; Schellhammer 2014, p. 1063; Wolf/Neuner 2012, p. 646; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 120; Hübner 1996, p. 474. Zwitsers recht: BSK OR I-Ehrt 2011, p. 851.

In dat verband wordt ook wel genoemd dat het bestaan van een periode van onzekerheid zich niet verdraagt met een bepaalde rechtsverhouding (Palandt/Ellenberger 2014, p. 179), maar daarmee lijkt niets anders bedoeld te zijn dan de voormelde onzekerheid.

vermogensrecht.²⁵ Het behoeft inderdaad weinig betoog dat uit deze onzekerheid voor partijen negatieve aspecten kunnen voortvloeien van verschillende aard, bijvoorbeeld in economische of psychische zin.²⁶ Dat gegeven alléén zal echter slechts zeer incidenteel tot een beperking van mogelijke voorwaardelijkheid leiden. Ook al zouden de bedoelde negatieve aspecten bestaan, dan nog staat het de handelende partijen immers vrij om deze op de koop toe te nemen – de contractsvrijheid staat voorop. Voor het niettemin in rechte afwijzen van een willens en wetens aanvaarde onzekerheid moeten dan ook héle goede argumenten bestaan. De bedoelde ontoelaatbaarheid van onzekerheid speelt dan ook met name in die gevallen, waarin een belanghebbende juist niet in de gelegenheid is geweest met de voorwaardelijkheid respectievelijk onzekerheid al dan niet in te stemmen. Een dergelijke belanghebbende zou daarmee geconfronteerd kunnen worden met (de negatieve aspecten van) onzekerheid, echter zónder dat deze invloed heeft gehad op het ontstaan daarvan.

De eventuele ontoelaatbaarheid uit hoofde van de onzekerheid die voorwaarden met zich mee brengen bestaat aldus op de eerste plaats ten aanzien van derden, derhalve belanghebbenden die geen partij zijn bij de (beoogde voorwaardelijke) rechtsverhouding.²⁷ Anders dan bij de handelende partijen zou bij deze derden sprake zijn van een 'opgedrongen' onzekerheid.²⁸ Deze zelfde gedachte kunnen we ook volgen ten aanzien van beoogde voorwaardelijkheid bij eenzijdige gerichte rechtshandelingen. De wederpartij respectievelijk 'ontvanger' van de gerichte rechtshandeling zou immers geconfronteerd worden met onzekerheid respectievelijk de negatieve aspecten daarvan, waar deze uit hoofde van de aard van de eenzijdige rechtshandeling niet mee heeft ingestemd. De vorenbedoelde positie van een derde en die van deze wederpartij verschillen in dit opzicht niet van elkaar.

Bij de thans besproken ontoelaatbaarheid van voorwaarden kunnen we ons echter de vraag stellen waarom eigenlijk het creëren van onzekerheid bij anderen die daar geen invloed op hebben gehad ontoelaatbaar zou zijn. Bij zoveel handelingen in het rechtsverkeer doen we anderen mogelijk tekort – reeds door het kopen van het laatste brood bij de bakker – zónder dat het

25 Incidenteel vinden we die onzekerheid ook genoemd als argument tegen de mogelijkheid van voorwaarden. Zie PG Boek 4, MO, p. 816 inzake de mogelijkheid van de erfrechtelijke voorwaardelijke making.

26 Wie aan dat laatste twijfelt zou eens moeten nagaan welke volstrekt onzinnige risico's – lees: onzekerheden – kunnen worden verzekerd en daarmee worden 'uitgesloten'. Ook daaruit blijkt maar weer dat veel mensen slecht overweg kunnen met onzekerheid.

27 Dit is ook een van de overwegingen – en wellicht zelfs hét argument – op grond waarvan de Hoge Raad en eerder het hof voorwaardelijkheid van huwelijkse voorwaarden v.w.b. het goederenrechtelijke regime niet mogelijk achtten (HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120 (Conversie-arrest)). Zie ook de conclusie van P-G Wijnveldt bij dit arrest.

28 Zie ook in dit verband HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120 (Conversie-arrest), waar de Hoge Raad expliciet overweegt dat een uitsluitend tussen partijen werkend beding in huwelijkse voorwaarden niet aan de bedoelde bedenkingen onderhavig is.

recht daar enige consequentie aan verbindt. In geen van de bestudeerde stelsels wordt deze kwestie echter besproken. Daarnaast blijken de verschillende stelsels wel degelijk een zekere mate van nuancering ten aanzien van de ontoelaatbaarheid van onzekerheid te onderkennen. Zo wordt van sommige eenzijdige gerichte rechtshandelingen, zoals de toestemming, aangenomen dat deze wél voorwaardelijk kunnen worden verricht.²⁹ Daarmee zou de bij anderen gecreëerde maar niet door dezen aanvaarde onzekerheid niet altijd een probleem zijn. Deze materie speelt met name in het kader van dwingende onvoorwaardelijkheid, zodat ik deze verder bespreek in § 5.3.2.

Geheel andere redenen voor beperkingen aan voorwaardelijkheid vloeien voort uit het goederenrecht. Een bijzonderheid van voorwaarden is dat de inhoud daarvan uit hoofde van de contractsvrijheid in beginsel ter vrije bepaling van partijen staat, waarbij het intreden van die voorwaarde na een eerdere beschikking goederenrechtelijke werking heeft. Daarmee zouden voorwaarden een instrument kunnen zijn, waarbij dwingende aspecten van het goederenrecht – bijvoorbeeld de overdraagbaarheid van goederen en de uitwinning door schuldeisers van het vermogen van de schuldenaar – door middel van voorwaardelijkheid alsnog ter zijde gesteld zouden kunnen worden. Zoals ik in § 5.2.4 bespreek vormen de verschillende beginselen van het goederenrecht echter wel degelijk redenen voor beperkingen aan de inhoud van voorwaarden.

Een verdere beperking aan ontbindende voorwaardelijkheid kan bestaan bij die rechtsverhoudingen die een (al dan niet min of meer) gesloten systeem van beëindiging kennen. Dat geldt bijvoorbeeld voor arbeidsovereenkomsten en de huur van woonruimte. In zekere overeenstemming met hetgeen ik hiervoor ten aanzien van het goederenrecht stelde, zouden voorwaarden die gesloten systematiek kunnen ontgaan doordat de inhoud van voorwaarden in beginsel ter vrije bepaling van partijen staat. Datzelfde geldt bij figuren waar de mogelijke beëindiging dwingend verbonden is aan nadere inhoudelijke of andersoortige (vorm)vereisten.³⁰ De inhoud van een voorwaarde kan er echter niet toe leiden dat dergelijke vereisten worden ontgaan; ware dat anders dan zouden deze dwingende vereisten zinledig zijn, zeker als een dergelijke voorwaarde ook nog een potestatief karakter zou hebben. Ook hier kent de contractsvrijheid ten aanzien van voorwaarden derhalve wel degelijk beperkingen.

²⁹ Waarvan ik de juistheid overigens in aanzienlijke mate in twijfel trek. Zie § 5.3.2.3.

³⁰ Te denken valt aan art. 5:87 lid 2 BW ter zake de opzegging van een erfpachtrecht door de bloot eigenaar bij niet-voldoening van de canon. Een ontbindende voorwaarde kan de genoemde dwingende termijn van tenminste twee jaar niet-betaling niet verkorten. Ook kan de dwingende tussenkomst van de rechter bij een beroep op onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) niet d.m.v. een ontbindende voorwaarde van het optreden van een onvoorziene omstandigheid worden ontgaan. Zie verder ook de ‘nadere uitwerking’ bij § 5.1.4.

In het kader van het intussen weer ingetrokken wetsvoorstel personenvennootschappen heeft de wetgever nog andere argumenten gehanteerd voor het aannemen van dwingende onvoorwaardelijkheid.³¹ Samengevat zag de wetgever in dit verband drie redenen voor een dergelijke beperking: er kan onzekerheid bestaan óf en wanneer een niet concreet omschreven voorwaarde in vervulling is gegaan, de belangen van een potentieel uittredende vennoot komen wellicht in de verdrukking en titel 7.13 voorzag in een (uitgebreide) contractuele opzeggingsmogelijkheid, zodat aan de mogelijkheid van opname van ontbindende voorwaarden geen behoefte zou bestaan.³² Opvallend genoeg kunnen deze drie redenen voor dwingende onvoorwaardelijkheid toepassing vinden op vrijwel iedere denkbare voorwaardelijke rechtsverhouding.³³ Daaraan heeft de wetgever echter nooit eerder consequenties verbonden. Het lijkt me dan ook zeer de vraag hoe serieus we deze redenen voor dwingende onvoorwaardelijkheid moeten nemen, mede ook omdat aan de totstandkoming van die voorwaardelijkheid wilsovereenstemming ten grondslag zou liggen.

Een laatste beperking vinden we bij die 'gebeurtenissen' die in de weg staan aan het überhaupt tot stand komen van de rechtsverhouding. Dit betreft de gevallen waarin nog niet voldaan is aan constitutieve vereisten of essentialia voor de betreffende rechtsverhouding.³⁴ Van een eigenlijke beperking aan voorwaardelijkheid is daarbij echter geen sprake. Voorwaardelijkheid veronderstelt immers een bestaande rechtsverhouding. Ontbreekt deze juist omdat nog niet voldaan is aan deze vereisten of essentialia, dan komt de rechtsverhouding ook niet tot stand onder de 'voorwaarde' dat alsnog aan deze vereisten of

31 Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, 28746, ingetrokken in 2011. Art. 818 van het ontwerp bepaalde dat het niet mogelijk was in de overeenkomst ter zake de personenvennootschap een ontbindende voorwaarde op te nemen die bij intreding zou leiden tot gedeeltelijke ontbinding (derhalve geen ontbinding t.a.v. alle vennoten).

32 MvT bij TK 28746 nr. 3, p. 29.

33 Afhankelijk van de inhoud (en eventueel een t.a.v. de voorwaarde opgenomen tijdsbepaling) kan de bedoelde onduidelijkheid m.b.t. het op enig moment al dan niet onvoorwaardelijk of beëindigd zijn van de rechtsverhouding inderdaad onduidelijk zijn, ongeacht de aard van de rechtsverhouding. Ook kunnen de belangen van een partij door het intreden van een voorwaarde in de verdrukking komen. Wat bijv. te denken van de verkrijger van een zaak die onder ontbindende voorwaarde heeft verkregen, maar wél de koopsom heeft betaald? Bij het intreden van de voorwaarde verliest deze verkrijger van rechtswege de eigendom, maar de koopprijs moet hij nog maar gerestitueerd zien te krijgen. Uit niets volgt dat de wetgever met deze koper ook maar enig mededogen had. Tot slot kunnen partijen t.a.v. iedere denkbare rechtsverhouding contractuele beëindigingswijzen overeenkomen. Ook dat sluit de mogelijkheid van (ontbindende) voorwaardelijkheid vrijwel nooit uit.

34 Een aardig voorbeeld vinden we bij HR 13 november 1968, BNB 1969, 7. Het vooralsnog ontbreken van een vastgestelde koopprijs deed de Hoge Raad concluderen dat er nog geen sprake kon zijn van een koopovereenkomst, óók niet onder opschortende voorwaarde van latere vaststelling daarvan.

essentialia wordt voldaan. Helemaal onbetwist is dit laatste ten aanzien van verschillende aspecten overigens niet.³⁵

De inhoudelijke redenen voor beperkingen aan voorwaardelijkheid variëren derhalve nogal. Op hoofdlijnen kunnen we echter drie categorieën onderscheiden. Op de eerste plaats is er de strijd met goede zeden of openbare orde die voortvloeit uit de voorwaarde in samenhang met de rechtsverhouding. Ten tweede kan de aan voorwaarden inherente onzekerheid problematisch zijn, met name waar belanghebbenden niet hebben ingestemd met het ontstaan van een onzekere situatie. Tot slot kan de vrijheid die partijen in beginsel hebben ten aanzien van de inhoud van een voorwaarde leiden tot frictie met dwingendrechtelijke onderdelen van het vermogensrecht.

Zoals in de komende paragrafen zal blijken, is het soms niet zo duidelijk of een bepaalde reden voor onvoorwaardelijkheid geplaatst moet worden onder de in de wet verwoorde noemers van strijd met of voortvloeiend uit de wet, strijd met de goede zeden of openbare orde, dan wel de aard van de rechtsverhouding. De grenzen tussen deze zijn niet scherp te trekken en er is derhalve ook een zekere mate van samenloop. Met uitzondering van het kleine verschil in consequenties tussen de leden 1 en 2 van art. 3:40 BW is deze onduidelijkheid echter slechts een theoretisch probleem.³⁶ Wél is het in dit verband goed om voor ogen te houden dat een verwijzing naar wet of aard van de rechtshandeling weinig zegt over de werkelijke reden van een beperking van mogelijke voorwaardelijkheid. Noch wet noch aard van de rechtshandeling vormen immers op zich een inhoudelijke reden voor het afwijzen van een bepaalde voorwaardelijkheid.

5.1.4 De wettelijke grondslagen voor beperkingen aan voorwaardelijkheid

Inleiding

In § 5.1.2 beschreef ik het brede uitgangspunt dat aan iedere rechtshandeling iedere voorwaarde kan worden verbonden. Niettemin blijken er redenen te zijn waarom deze mogelijkheid van voorwaardelijkheid eventueel zou kunnen zijn beperkt, zo zagen we in § 5.1.3. De thans te bespreken vraag is of de grondslag voor dergelijke beperkingen in de verschillende stelsels is te herleiden tot een of meerdere wettelijke bepalingen. Vanzelfsprekend is een dergelij-

35 Het belangrijkste discussiepunt betreft de mogelijkheid van de (opschortend) voorwaardelijke zuiver potestatieve voorwaarde. Een belangrijk deel van de literatuur en rechtspraak wijst die mogelijkheid af o.g.v. het argument dat bij gebrek aan bindingswil vooralsnog überhaupt geen rechtsverhouding tot stand is gekomen. Met tal van varianten wordt hier echter ook wel anders over gedacht (zie § 7.3.3). Ook t.a.v. dwingende vormvereisten bestaat wel enige ruimte voor discussie (zie § 4.2).

36 Zie § 5.4 over de consequenties van een beoogd voorwaardelijk handelen i.s.m. een dergelijke beperking.

ke wettelijke grondslag geen dwingend vereiste om eventueel beperkingen ten aanzien van voorwaardelijkheid aan te kunnen nemen,³⁷ maar met name bij verschillen van inzicht omtrent het bestaan van specifieke beperkingen zou een wettelijke grondslag eventueel houvast bieden.

Geldend recht

De duidelijkste wettelijke beperking van mogelijke voorwaardelijkheid in het Nederlandse geldend recht vinden we in art. 3:38 lid 1 BW. Niet mis te verstaan volgt uit deze wetsbepaling dat 'uit de wet of de aard van de rechtshandeling' kan voortvloeien dat een rechtshandeling niet voorwaardelijk kan worden verricht. Met andere woorden, uit dit wetsartikel volgt rechtstreeks dat aan bepaalde rechtsverhoudingen in het geheel geen voorwaarde kan worden verbonden, als uitgangspunt derhalve ongeacht de verdere inhoud van die voorwaarde.³⁸ Bij dit op het eerste gezicht heldere onderscheid tussen dwingende onvoorwaardelijkheid uit hoofde van de wet en uit de aard van de rechtshandeling moeten we ons ook weer niet te veel voorstellen. Zoals ik bij de 'nadere uitwerking' bespreek, doelt art. 3:38 lid 1 BW met deze beperkingen uit de wet namelijk ook op impliciete beperkingen. In een dergelijke impliciete beperking uit de wet kunnen we echter nogal eens tegelijkertijd een beperking uit hoofde van de aard van de rechtshandeling zien. Maar ook ter zake het (vervallen) art. 6.1.10.14 OM, waarin een expliciete dwingende onvoorwaardelijkheid met betrekking tot verrekening was opgenomen, wisselde de wetgever bij nader inzien alsnog naar een systematiek van mogelijk dwingende onvoorwaardelijkheid uit hoofde van de aard van de rechtshandeling.³⁹ Ook daaruit lijkt te volgen dat beide grondslagen tenminste dicht bij elkaar kunnen liggen.⁴⁰

Een andere vraag is of art. 3:38 lid 1 BW niet tevens een grondslag biedt voor de onmogelijkheid van *bepaalde* voorwaarden. Een rechtshandeling zou daarbij als zodanig wel degelijk onder een voorwaarde kunnen worden verricht, maar uit hoofde van dit wetsartikel zouden een aantal specifieke voorwaarden – bezien in samenhang met de betreffende rechtshandeling – niet mogelijk zijn. In het verband van deze onmogelijkheid van bepaalde voorwaar-

37 Zie bijv. de in § 5.3.2.1 besproken *Gestaltungsgeschäfte* waarvan in de Duitse en Zwitserse rechtskring vrijwel zonder wettelijke grondslag de dwingende onvoorwaardelijkheid – derhalve de onmogelijkheid om aan deze rechtshandelingen een voorwaarde te verbinden – algemeen wordt aanvaard.

38 Deze betekenis vinden we ook onderschreven in: PG Boek 3, MvA II, p. 187, 188. Dat op een dergelijke dwingende onvoorwaardelijkheid u.h.v. art. 3:38 lid 1 BW toch uitzonderingen denkbaar zijn, vinden we eveneens in de PG bevestigd: PG Boek 3, MvA II, p. 187, 188; PG Boek 6, MvA II, p. 511, 512.

39 Zie de MvA bij het vervallen art. 6.1.10.14 OM (PG Boek 6, MvA II, p. 511, 512). Deze voorwaardelijke verrekening komt verder in § 6.2.2.4 ter sprake.

40 Hetgeen niet weg neemt dat het onderscheid tussen *wet* en *aard van de rechtshandeling* ook door de Hoge Raad wordt gemaakt (HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506, r.o. 3.4.2.), zij het zonder dat dit onderscheid ook tot een verschil in toepassingsbereik leidde.

den in samenhang met de rechtshandeling vinden we in de MvA bij art. 3:38 BW inderdaad, dat 'b.v. de aard van de rechtshandeling slechts bepaalde voorwaarden [] uitsluit'.⁴¹ Blijkens deze MvA is de redactie van het oorspronkelijke art. 3:2.5 OM zelfs gewijzigd om de bedoelde onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden eveneens onder dit wetsartikel te kunnen brengen.⁴² Daarmee is voor het geldend recht gegeven dat uit hoofde van art. 3:38 lid 1 BW uit de samenhang met de specifieke rechtsverhouding ook de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden kan voortvloeien.⁴³

Het belang van art. 3:38 lid 1 BW is voor het geldend recht niettemin enigszins beperkt. Voorwaarden die in samenhang met de rechtshandeling naar inhoud of strekking in strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde vallen blijkens de TM en de literatuur namelijk niet onder het bereik van deze wetsbepaling, maar rechtstreeks onder de werking van art. 3:40 lid 1 BW.⁴⁴ De literatuur gaat er daarnaast van uit dat ook voorwaardelijkheid in strijd met dwingende wetsbepalingen tot toepasselijkheid van art. 3:40 lid 2 en 3 BW leidt.⁴⁵ Dit alles lijkt voor de toepasselijkheid van art. 3:40 BW wellicht voor de hand te liggen, maar er is reden voor twijfel waar ik onderstaand bij de 'nadere uitwerking' op in ga. Op deze plaats kunnen we in elk geval vaststellen dat het Nederlands geldend recht met de artt. 3:38 lid 1 en 3:40 BW twee wettelijke grondslagen kent waar beperkingen van voorwaardelijkheid binnen het algemene vermogensrecht op kunnen worden gebaseerd.

41 PG Boek 3, MvA II, p. 188.

42 Uit art. 3:2.5 OM en de bijbehorende TM (PG Boek 3, TM, p. 185, 186) blijkt inderdaad niet of Meijers met de in art. 3:38 lid 1 BW bedoelde beperking aan voorwaardelijkheid tevens het oog had op de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden. Het is derhalve niet uitgesloten dat Meijers het veelal in de literatuur gemaakte en hierna bij de 'nadere uitwerking' besproken onderscheid tussen *algehele* onmogelijkheid van voorwaardelijkheid van bepaalde rechtsverhoudingen en de onmogelijkheid van *bepaalde* voorwaarden in samenhang met de rechtsverhouding eveneens voor ogen stond. De voormelde TM wijst wel in die richting.

43 Anders dan soms in de literatuur wordt gesuggereerd door er op te wijzen dat een separate bepaling als art. 1290 OBW ter zake onmogelijke voorwaarden in het NBW ontbreekt (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 135 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 124); Haentjens & Meijer 2011, p. 66), bevat het NBW met art. 3:38 lid 1 BW derhalve náást het onderstaand besproken art. 3:40 BW wel degelijk een wetsbepaling met een dergelijke strekking.

44 Meijers achtte een uitdrukkelijke bepaling als art. 1290 OBW specifiek ter zake voorwaarden i.s.m. goede zeden of de wet overbodig, zie: PG Boek 3, TM, p. 186; PG Boek 6, TM, p. 146 nt. 7. Florijn stelt overigens dat het Eggens zou zijn geweest die de in art. 1290 OBW neergelegde bepaling uit het OM verwijderde (Florijn 1995, p. 259). Ook: De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 56; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 135; Brunner & De Jong 2004, p. 55; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 123, 124; Den Tonkelaar 1994, p. 44 e.v.; Van Buchem-Spapens 1982, p. 59.

45 De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 56; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 135; Reehuis 2010, p. 92; Pitlo/Reehuis 2006, p. 103; Brunner & De Jong 2004, p. 55; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 123, 124; Den Tonkelaar 1994, p. 44 e.v.; Van Buchem-Spapens 1982, p. 59 (onterecht suggererend dat de TM óók zou spreken van de voorwaarde i.s.m. dwingende wetsbepaling).

Oud BW

Een bepaling met de algemene strekking van dwingende onvoorwaardelijkheid van bepaalde rechtsverhoudingen als art. 3:38 lid 1 BW kende het OBW niet. Wél bevatte art. 1290 OBW een bepaling ter zake bepaalde voorwaarden 'om iets te doen dat onmogelijk, met de goede zeden strijdig, of bij wet verboden is'. Een handelen in strijd met deze bepaling leidde blijkens de wettekst tot het van onwaarde zijn van de gehele overeenkomst. Op deze redactie van de wetsbepaling was in de literatuur stevige kritiek.⁴⁶ Door een beperkt aantal auteurs werd er tevens op gewezen dat uit hoofde van de artt. 1371 en 1373 OBW een (overeenkomst onder een) voorwaarde in strijd met zedelijkheid of wet een geoorloofde oorzaak ontbeerde en derhalve reeds daarom nietig was.⁴⁷ In samenhang met het huidige art. 3:40 BW werd art. 1290 OBW ook door Meijers als overbodig beschouwd.⁴⁸ De Hoge Raad zag daarentegen, in elk geval in 1914, wel degelijk een toegevoegde waarde in art. 1290 OBW. Deze bestond daaruit dat de artt. 1371 en 1373 OBW betrekking hadden op de *oorzaak* van de overeenkomst in strijd met de goede zeden, terwijl art. 1290 OBW ook een toetsing aan de goede zeden buiten die oorzaak mogelijk zou maken.⁴⁹ Dit verschil van inzicht is vermoedelijk terug te voeren op de nogal omstreden betekenis van dit begrip van de *oorzaak*, maar ik heb dit niet nader onderzocht. Onverminderd de vorenbedoelde kritiek en wellicht de overbodigheid van art. 1290 OBW bevatte de wet met artt. 1290, 1371 en 1373 OBW in elk geval een wettelijke grondslag voor een aantal beperkingen aan de mogelijkheid van voorwaardelijkheid.⁵⁰

⁴⁶ Zie § 5.2.3.1.

⁴⁷ Hofmann/Van Opstall 1976, p. 367; Asser/Rutten 1958, p. 145 (althans de vraag stellend). Ook Kamphuisen wijst op 'de leer van de causa' (Kamphuisen 1955, p. 347). Den Tonkelaar stelt dat onder het OBW de onwettige voorwaarde geheel opging in dit leerstuk van de ongeoorloofde oorzaak (Den Tonkelaar 1994, p. 47 (en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 51)). In min of meer dezelfde zin: Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 133. In de rest van de literatuur onder het OBW vond ik echter weinig aanwijzingen dat die opvatting breed werd onderschreven, maar evenmin expliciete ontkenningen daarvan. Wél zal deze waarschijnlijk overeenstemmen met Meijers' visie. Meijers beschouwde in samenhang met art. 3:40 BW een bepaling als 1290 OBW in het OM als overbodig (PG Boek 3, TM, p. 186). Het huidige art. 3:40 BW is de opvolger van de artt. 1371 en 1373 OBW, zodat we kunnen aannemen dat Meijers ook in de relatie tussen de artt. 1371 en 1373 enerzijds en art. 1290 OBW anderzijds de laatste als overbodig beschouwde.

⁴⁸ PG Boek 3, TM, p. 186.

⁴⁹ De Hoge Raad stelt in dat verband: '[] dat de stelling van het middel, dat de rechter alleen dan bevoegd is te onderzoeken, of een beding in strijd is met de goede zeden, als dit beding de oorzaak der overeenkomst bevat, in artikel 1290 B.W. hare weerlegging vindt, []' (HR 24 april 1914, NJ 1914, 668).

⁵⁰ V.w.b. de regeling van de 'ongeoorloofde oorzaak' ter zake (onvoorwaardelijke) overeenkomsten van de artt. 1371 en 1373 OBW werd door de Hoge Raad overigens uiteindelijk aangenomen, dat deze analoog kon worden toegepast op andersoortige rechtshandelingen (zie Van den Brink 2002, p. 30). V.w.b. afd. 3.1.5 OBW ter zake voorwaardelijke verbintenissen uit overeenkomst werd in de literatuur eveneens bijna algemeen aangenomen dat de daarin opgenomen regelingen op andere figuren dan de verbintenis uit overeenkomst

Duits en Zwitsers recht

Het Duitse recht kent evenmin een wetsbepaling als art. 3:38 lid 1 BW, waar een meer algemene beperking van de mogelijkheid van voorwaardelijkheid uit zou volgen. Wel kent het BGB enige wetsartikelen waarin is neergelegd dat een beperkt aantal specifieke rechtshandelingen in het geheel niet onder voorwaarde kan worden verricht.⁵¹ Daarnaast vinden blijkens de Duitse literatuur ook op voorwaarden de §§ 134 en 138 BGB toepassing ter zake strijd met een wettelijk verbod respectievelijk de goede zeden.⁵² Vanuit Nederlandse optiek bijzonder is § 118 BGB met betrekking tot niet serieus bedoelde wilsverklaringen, welk artikel eveneens op voorwaarden toepassing vindt.⁵³

Het Zwitserse recht vaart een enigszins andere koers voor wat betreft de wetssystematiek ten opzichte van het Nederlandse en Duitse. Art. 20 OR verklaart onder meer de overeenkomst in strijd met wet of goede zeden nietig. Daarnaast stelt art. 157 OR eveneens nietig de vordering (*Anspruch*) waaraan een voorwaarde is verbonden waarmee beoogd wordt een handelen in strijd met wet of zedelijkheid te bevorderen.⁵⁴ De systematiek waarbij specifiek ten aanzien van de *voorwaardelijke* rechtsverhouding een wetsbepaling een dergelijke verbodsbepaling omvat, is overigens met art. 214 ook gehandhaafd in het OR 2020.

In de Zwitserse literatuur wordt art. 157 OR als een aanvulling op art. 20 OR beschouwd in die zin, dat inderdaad ook het slechts uitlokken of bevorderen van een handelen in strijd met wet of goede zeden door art. 157 OR getroffen wordt.⁵⁵ De wetsbepaling is daarmee gericht op de (inhoud van de) voorwaarde zelf.⁵⁶ Het 'verbod' van art. 20 OR richt zich blijkens voormelde literatuur daarentegen uitsluitend op de inhoud respectievelijk verplichtingen van de overeenkomst. Omdat een voorwaarde naar zijn aard geen verplicht-

analoge toepassing kon vinden (zie § 2.3.2). Ik heb het bij geen enkele auteur expliciet kunnen vinden, maar met het vorenstaande heeft het er alle schijn van dat art. 1290 en eventueel de artt. 1371 en 1373 OBW ook andere voorwaardelijke figuren dan de voorwaardelijke verbintenis uit overeenkomst toepassing konden vinden.

⁵¹ Zie § 5.3.2.

⁵² Erman/Armbrüster 2014, p. 458 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 473); Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164, 165; Jauernig/Mansel 2014, p. 126; PWW/Brinkmann 2014, p. 220; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; MüKo/Westermann 2012, p. 1709; Staudinger/Bork 2010, p. 318; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 120; Wolf 1999, p. 514, 515.

⁵³ Staudinger/Bork 2010, p. 318; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 120.

⁵⁴ I.e.g. een deel van de literatuur stelt dat met deze *Anspruch* van art. 157 OR de gehele rechtshandeling respectievelijk rechtsverhouding is bedoeld (BSK OR I-Ehrt 2011, p. 871; Honsell 2008, p. 628; Oser 1929, p. 696). Daarmee zou geen begripsmatig verschil bestaan met de 'overeenkomst' van art. 20 OR. Bij gebreke aan enig argument is dit verschil in redactie tussen de artt. 20 en 157 OR vermoedelijk inderdaad slechts een gevolg van een gebrek aan consistentie in de gehanteerde terminologie door de Zwitserse wetgever. Zie verder uitgebreid: Stiefel 1918, p. 216.

⁵⁵ Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 378; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 871, 872; Huguenin e.a. 2008, p. 198; Merz 1984, p. 156; Becker 1941, p. 733, 734; Oser 1929, p. 696.

⁵⁶ Expliciet in deze zin: Honsell 2008, p. 628.

ting behelst, zou de inhoud van een voorwaarde niet onder het bereik van art. 20 OR vallen, maar wél onder art. 157 OR. Onbetwist is dit echter niet.⁵⁷ In § 5.2.3.1 zullen we echter zien dat tussen het Nederlandse en Duitse recht enerzijds en het Zwitserse anderzijds in die zin geen materieel verschil bestaat dat – in elk geval in abstracto – dezelfde redenen tot ontoelaatbaarheid van bepaalde voorwaardelijke rechtsverhoudingen leiden. Tot slot kent het Zwitsers recht overeenkomstig het Duitse een aantal wetsbepalingen die bij verschillende specifieke rechtshandelingen de mogelijkheid van voorwaardelijkheid uitsluit.⁵⁸

De algemene conclusie is derhalve dat het Duitse en Zwitserse recht een aantal wetsbepalingen kennen waar specifiek aan voorwaardelijkheid beperkingen worden gesteld. Daarnaast vinden de algemene §§ 134 en 138 BGB alsmede wellicht art. 20 OR ook op voorwaarden toepassing. Een algemene bepaling dat ook uit de *aard* van de rechtsverhouding een dwingende onvoorwaardelijkheid kan voortvloeien, ontbreekt in beide rechtssstelsels. Tot een materieel verschil ten opzichte van het Nederlandse recht lijkt dit echter niet te leiden.⁵⁹

Nadere uitwerking

Bij de bespreking van het Nederlands geldend recht bleek dat de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden in de literatuur en voor een gedeelte ook de PG wordt gebaseerd op art. 3:40 BW. We zagen echter tevens dat volgens de wetgever ook art. 3:38 lid 1 BW de strekking heeft dat bepaalde voorwaarden uitgesloten kunnen zijn, omdat dit uit de *wet* of uit de *aard van de rechtshandeling* voortvloeit. Tussen beide bepalingen bestaat derhalve in elk geval een overlapping voor wat betreft de op de *wet* gebaseerde onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden. De thans te bespreken vraag is hoe deze beide wetsbepalingen zich tot elkaar verhouden.

In het verband van deze vraag kunnen we constateren dat in de PG en literatuur vrijwel iedere aandacht ontbreekt. Sterker, in de TM lijkt de onduidelijkheid over de verhouding tussen beide wetsbepalingen in zekere zin zelfs te worden bestendigd.⁶⁰ Wél vinden we in de literatuur vaak een impliciet

57 Art. 157 OR zou volgens de critici niet meer dan een herhaling zijn van hetgeen u.h.v. art. 20 OR reeds zou gelden: Berger 2012, p. 261; Honsell 2008, p. 628; Peter 1994, p. 218.

58 Zie § 5.3.2.

59 Op hoofdlijnen worden in het Nederlandse recht als dwingend onvoorwaardelijk u.h.v. de aard van de rechtshandeling beschouwd de familierechtelijke rechtshandelingen, de aanvaarding en verwerping van nalatenschappen, alsmede de eenzijdige gerichte rechtshandelingen (zie § 5.3.2). Dit is voor het Duitse en Zwitserse recht echter niet anders.

60 Zo noemt Meijers in de TM bij art. 3:38 BW (PG Boek 3, TM, p. 186) wél de groep van voorwaarden i.s.m. de goede zeden of de openbare orde v.w.b. toepasselijkheid van art. 3:40 lid 1 BW, maar in dat verband niet de voorwaarden i.s.m. dwingende wetsbepalingen waar lid 2 van dit artikel eventueel op van toepassing zou kunnen zijn. Daar gaat de suggestie van uit dat Meijers deze laatste groep wel degelijk plaatste bij art. 3:38 lid 1 BW en niet onder art. 3:40 BW.

en niet verder onderbouwd onderscheid in toepassingsbereik van deze bepalingen. De beperking van mogelijke voorwaardelijkheid van art. 3:38 lid 1 BW wordt op basis van gehanteerde voorbeelden veelal geplaatst in de algehele onmogelijkheid om specifieke rechtsverhoudingen onder *willekeurig* welke voorwaarde aan te gaan, op welk uitgangspunt vervolgens incidenteel uitzonderingen worden aanvaard. In de PG en literatuur genoemde voorbeelden daarvan zijn de opzegging, aanvaarding en verwerping van nalatenschappen en het aangaan van huwelijkse voorwaarden. Art. 3:40 BW wordt daarentegen in de literatuur toegepast op *bepaalde* voorwaarden in samenhang met de rechtsverhouding, welke rechtsverhouding in zijn algemeenheid wel degelijk voorwaardelijk kan zijn. Een voorbeeld daarvan is de schenking van een geldsom aan de eigen zoon – een rechtshandeling die op zich voorwaardelijk kan plaatsvinden – echter veelal niet onder de opschortende voorwaarde van diens echtscheiding van de verfoeide schoondochter.⁶¹

Uit hoofde van de reeds genoemde PG en de aanpassing van de redactie van het oorspronkelijke art. 3:2.5 OM is dit in de literatuur impliciet gemaakte onderscheid tussen het bereik van beide wetsbepalingen echter niet de scheidslijn, zoals de wetgever die voor ogen stond. Althans, in elk geval niet zonder meer. Ook de beperking van art. 3:38 lid 1 BW kan in de visie van de wetgever immers toepassing vinden op *bepaalde* voorwaarden bij rechtsverhoudingen, die op zich onder een voorwaarde kunnen staan. Daarmee blijft de vraag in welke onderlinge relatie we de artt. 3:38 lid 1 en het ingewikkelde art. 3:40 BW – Van den Brink spreekt zelfs van ‘lachwekkend gecompliceerd’⁶² – met

Tegelijkertijd zag Meijers de sanctie van o.m. de ‘onwettige’ voorwaardelijkheid in nietigheid van de rechtshandeling. Hij noemt art. 3:40 BW in dit verband niet – en daarmee blijft het derhalve de vraag of die bepaling in Meijers visie al dan niet de grondslag voor de onmogelijkheid van voorwaarden i.s.m. de wet was – maar noemt in dat verband wel art. 3:42 BW (art. 3:2.8 OM, zie PG Boek 3, TM, p. 186). Op de enigszins onverwachte plaats van de TM bij art. 6:22 BW wijst Meijers er op, dat ook de ‘verboden’ voorwaarde onder de werking van de artt. 3:40-42 BW valt (PG Boek 6, TM, p. 146). Of Meijers daarmee ook doelde op een verbod u.h.v. dwingende wetsbepaling, blijft echter gissen. Ik noem in dit verband nogmaals dat (ook) Meijers vermoedelijk een onderscheid maakte tussen algehele onmogelijkheid van voorwaardelijkheid van bepaalde rechtsverhoudingen (waar art. 3:38 BW betrekking op zou hebben) en de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden in samenhang met de rechtsverhouding (die onder de werking van art. 3:40 BW zouden vallen).

61 Auteurs waar ik o.b.v. dergelijke voorbeelden deze toepassing van de wetsartikelen aantrof zijn: De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 56; Reehuis 2010, p. 92 (en eerder: Pitlo/Reehuis 2006, p. 103); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 131; Brunner & De Jong 2004, p. 55; Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 268, 269; Schoordijk 1986, p. 118. In andere zin echter: Den Tonkelaar 1994, p. 48.

Het voormelde voorbeeld van echtscheiding van de schoondochter werd door het BGH overigens als rechtsgeldig aangemerkt (aldus: Flume 1992, p. 695).

62 Van den Brink 2002, p. 27.

betrekking tot bepaalde voorwaarden moeten plaatsén.⁶³ Ik werk deze relatie voor de verschillende aspecten van beide wetsartikelen uit.

Zoals we zagen gaat de moderne literatuur ervan uit dat een bepaalde voorwaarde in strijd met een dwingende wetsbepaling onder het bereik van art. 3:40 lid 2 BW valt. Voor wat betreft de strijd met dwingende wet in zijn algemeenheid volgt zowel uit deze wetsbepaling zélf als uit de literatuur dat toepassing van de bepaling een aantal grenzen kent.⁶⁴ De in het thans besproken verband belangrijkste beperking van toepassing van lid 2 ter zake strijd met de wet bestaat daaruit, dat uit hoofde van lid 3 het verbod van de dwingende wetsbepaling moet zien op het *verrichten* van de rechtshandeling respectievelijk de *totstandkoming* van de rechtsverhouding.⁶⁵

Toegesplitst op de voorwaardelijkheid zou dit betekenen dat uit de wet dwingend zou moeten volgen dat specifieke rechtshandelingen niet onder bepaalde voorwaarden dan wel – als we het vorenomschreven impliciete onderscheid in de literatuur tussen de artt. 3:38 lid 1 en 3:40 lid 2 BW niet onderschrijven – überhaupt niet voorwaardelijk mogen worden verricht. Het algemene vermogensrecht kent echter vrijwel geen dergelijke wetsbepalingen ter zake bepaalde voorwaarden.⁶⁶ Een uitzondering hierop wordt gevormd door de in art. 3:92 lid 2 BW neergelegde beperking van het soort vordering waar het eigendomsvoorbehoud betrekking op kan hebben. Voor díe beperking vervult art. 3:40 lid 2 BW echter geen functie, omdat de consequentie van overtreding van deze beperking uit art. 3:92 lid 2 BW zelf volgt. De enige andere door mij in het algemene vermogensrecht gevonden uitzondering betreft

63 Overigens vinden we in het familierecht – derhalve buiten het vermogensrecht – de gedachte dat bepaalde rechtsverhoudingen dwingend onvoorwaardelijk zijn, omdat een voorwaardelijkheid in strijd zou zijn met de goede zeden als bedoeld in art. 3:40 BW. Ook daaruit volgt dat de vorenbedoelde impliciete scheiding in bereik tussen de artt. 3:38 en 3:40 BW niet juist is. Omdat deze consequentie v.w.b. art. 3:40 lid 1 BW uitsluitend buiten het vermogensrecht wordt getrokken, laat ik dit punt verder rusten.

64 Hijma & Olthof 2014, p. 32, 33; Hijma e.a. 2013, p. 156; Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 239 e.v.

65 Zie voor deze beperking: Hijma & Olthof 2014, p. 32; Hijma e.a. 2013, p. 156, 158; Van den Brink 2002, p. 15; Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 246. Ook in de PG wordt het onderscheid gemaakt tussen de rechtshandeling die zelf in strijd is met dwingende wetsbepaling en die strekt tot het verrichten van een bij wet verboden prestatie (PG Boek 3, MvA II, p. 192).

66 Dat geldt helemaal als we met Van den Brink zouden aannemen, dat de desbetreffende wetsbepaling ‘met zoveel woorden’ en derhalve expliciet het verrichten van de rechtshandeling moet verbieden om art. 3:40 lid 2 BW te kunnen toepassen (Van den Brink 2002, p. 15). Het algemene vermogensrecht kent immers vrijwel geen enkele bepaling waar een dergelijke onmogelijkheid ter zake bepaalde voorwaarden uitdrukkelijk in is neergelegd. Dit door Van den Brink genoemde vereiste wordt door andere hedendaagse auteurs echter niet gesteld en ook overigens heb ik niet kunnen herleiden waarom dat vereiste zou gelden. Ik ga er verder dan ook van uit dat deze weergave door Van den Brink niet het geldend recht vormt.

de in § 5.2.4 besproken beperkingen aan bepaalde voorwaarden uit hoofde van het goederenrecht.⁶⁷

Art. 3:38 lid 1 BW stelt op zijn beurt dat rechtshandelingen voorwaardelijk kunnen worden verricht, tenzij uit de wet anders voortvloeit. Daarmee heeft het er alle schijn van dat een beoogde voorwaardelijkheid in strijd met een dwingende wetsbepaling eveneens bestreken wordt door art. 3:38 lid 1 BW.⁶⁸ Het uit hoofde van de bewoordingen schijnbaar ruimere criterium van deze wetsbepaling is immers, dat uit de wet *anders voortvloeit*. Bij de bedoelde *strijd met de wet* van art. 3:40 BW zal toch sprake zijn van een situatie waarbij tegelijkertijd *uit de wet voortvloeit* dat de beoogde voorwaardelijkheid niet mogelijk is. De *strijd met de wet* met betrekking tot het verrichten van de rechtshandeling in de zin van art. 3:40 lid 2 BW kan daarmee tevens onder het criterium van art. 3:38 lid 1 BW worden gebracht.

Daarnaast zou het in art. 3:38 lid 1 BW gehanteerde criterium eventueel ook tot toepassing kunnen leiden buiten de beperkte strekking van het verrichten van een rechtshandeling van art. 3:40 lid 2 BW.⁶⁹ Uit niets volgt immers dat art. 3:38 BW een zelfde beperkt bereik als art. 3:40 lid 2 BW zou kennen. Sterker, met de terminologie dat uit de wet 'voortvloeit' dat een rechtsverhouding niet onder (een bepaalde) voorwaarde kan staan, beoogde de wetgever blijkens de PG weer te geven dat afwijkingen ook *impliciet* uit de wet kunnen

67 Het algemene vermogensrecht kent daarnaast wel nog enkele bepalingen waar eveneens uit voortvloeit dat bepaalde voorwaarden bij bepaalde rechtsverhoudingen niet mogelijk zijn. De daarin gelegen beperkingen aan voorwaardelijkheid hebben echter geen betrekking op de totstandkoming van de rechtsverhouding, zodat art. 3:40 lid 2 BW geen toepassing vindt. Bij de onderstaande bespreking van de reikwijdte van de uit art. 3:38 BW voortvloeiende beperkingen kom ik daar op terug.

Buiten het algemene vermogensrecht vinden we met art. 4:45 BW ook nog een wetsbepaling die bepaalde voorwaarden bij een specifieke rechtshandeling als zodanig uitsluit. Ook deze bepaling geeft echter zelf de consequentie bij 'overtreding' daarvan, zodat ook daar art. 3:40 BW geen toepassing vindt.

68 Redactioneel beschouwd is het overigens geen absolute zekerheid dat met de bedoelde uitzondering 'voortvloeiend uit de wet' in art. 3:38 lid 1 BW inderdaad (tevens) op de voorwaarde wordt gedoeld. Immers zou daarmee ook uitsluitend op de tijdsbepaling (en in het oorspronkelijke art. 3:2.5.1 OM ook de last) kunnen zijn gedoeld, althans in theorie. Hoe de wetgever dit zag blijkt niet uit de PG. Uitsluitend aan de onmogelijkheid van voorwaardelijkheid die voortvloeit uit de *aard* van de rechtshandeling wordt enige aandacht besteed, maar dit betreft slechts voorbeelden. Bij gebreke aan enige verdere aanwijzing ga ik er nochtans van uit dat met 'voortvloeiend uit de wet' wel degelijk ook op de voorwaarde wordt gedoeld.

69 Anders dan m.b.t. voorwaarden vinden we t.a.v. de tijdsbepaling in de literatuur een voorbeeld daarvan. De door art. 3:85 BW uitgesloten overdracht onder tijdsbepaling zou een bepaling zijn waar art. 3:38 lid 1 BW op doelt (Hijma e.a. 2013, p. 44). Niet het verrichten van de rechtshandeling (levering) onder tijdsbepaling als zodanig is onmogelijk (waar art. 3:40 lid 2 BW op is gericht), maar het beoogde gevolg – een tijdelijke verkrijging – wordt door art. 3:85 geconverteerd. Art. 3:38 lid 1 BW creëert daarbij expliciet de mogelijkheid voor een dergelijke wettelijke beperking als art. 3:85 BW. Voor zover juist zou een dergelijke systematiek zich moeiteloos op voorwaarden laten toepassen, zij het dat het algemene vermogensrecht t.a.v. voorwaarden geen beperkende bepaling als art. 3:85 BW kent.

volgen.⁷⁰ In vorenbedoelde PG wordt ten aanzien van de in art. 3:38 lid 1 BW bedoelde uitzonderingen op de mogelijkheid van voorwaardelijkheid zelfs aangegeven dat deze uitzonderingen vrijwel altijd impliciet en derhalve niet uitdrukkelijk uit de wet volgen. Daarmee mogen we vaststellen dat art. 3:38 lid 1 BW inderdaad een ruimer bereik kán hebben dan art. 3:40 lid 2 BW.

Bij het vorenstaande moeten we echter het volgende voor ogen houden. Het uitdrukkelijke uitgangspunt wordt gevormd door de vrijheid van partijen een rechtshandeling onder een voorwaarde te kunnen verrichten.⁷¹ Of anders gezegd, er moet een *reden* zijn waarom een bepaalde voorwaarde in samenhang met de rest van de rechtsverhouding *niet* mogelijk is. De grondslagen voor een dergelijke onmogelijkheid vloeien bijvoorbeeld in het verband van de in art. 3:40 lid 1 BW bedoelde goede zeden en openbare orde ook inhoudelijk voort uit die strijd met deze goede zeden en openbare orde. Voor wat betreft de in art. 3:40 lid 2 BW bedoelde onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden uit hoofde van een dwingende wetsbepaling zou deze onmogelijkheid het gevolg moeten zijn van die dwingende wetsbepaling.⁷² Als we echter aan art. 3:38 lid 1 BW uit hoofde van het verondersteld ruimere criterium een bereik zouden willen toekennen buiten dat van art. 3:40 lid 2 BW, dan ontstaat de vraag waarin de uit de wet voortvloeiende redenen zijn gelegen voor de onmogelijkheid van een bepaalde voorwaarde in samenhang met de rest van de rechtsverhouding.

Het in de wet vinden van dergelijke redenen is nog niet zo heel eenvoudig. Uit hoofde van de strekking van art. 6:258 BW ter zake de *imprévision* kunnen we aannemen, dat het ontgaan van de dwingendrechtelijke tussenkomst van de rechter uit hoofde van deze wetsbepaling door middel van het opnemen van een ontbindende voorwaarde van het intreden van onvoorziene omstandigheden niet mogelijk is.⁷³ Een dergelijke onmogelijkheid van deze bepaalde voorwaarde zou alsdan waarschijnlijk onder het bereik van art. 3:38 lid 1 BW gebracht kunnen worden, al kan deze onmogelijkheid overigens wellicht ook op andere wijze worden herleid naar de wet.⁷⁴ Het vorenstaande geldt waarschijnlijk ook voor die ontbindende voorwaarden die dwingendrechtelijke bepalingen ter zake beëindiging van specifieke rechtsverhoudingen feitelijk

70 PG Boek 3, NvW, p. 189.

71 Zie § 5.1.2.

72 Zoals hiervoor reeds geconstateerd kent het algemene vermogensrecht echter geen dergelijke expliciete wetsbepalingen uit hoofde waarvan art. 3:40 lid 2 BW in dit verband toepassing zou vinden.

73 Onder het OBW werd aangenomen dat een wijziging van omstandigheden wel degelijk de inhoud van een voorwaarde kon vormen (Asser/Rutten I (De verbintenissen in het algemeen) 1981, p. 134). Een bepaling als art. 6:258 BW ontbrak in het OBW echter.

74 Een handelen i.s.m. de dwingende strekking van een wetsbepaling kan bijv. strijd opleveren met de goede zeden of openbare orde, waarmee art. 3:40 lid 1 BW in beeld komt (zie Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 238).

ter zijde zouden stellen, zoals de opzegging van een recht van erfpacht als bedoeld in art. 5:87 lid 2 BW. Andere voorbeelden heb ik niet gevonden.

We zien derhalve dat er in elk geval een aantal – mogelijke – voorbeelden zijn, waarbij art. 3:38 lid 1 BW een nadere wettelijke grondslag zou kunnen vormen voor de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden. Art. 3:40 lid 2 BW kan die functie bij deze voorbeelden niet vervullen, blijkens de vorenbesproken beperking van de wetsbepaling tot een uit de wet volgend verbod van het verrichten van een rechtshandeling onder een bepaalde voorwaarde, waaraan bij deze voorbeelden niet is voldaan. Art. 3:38 lid 1 BW biedt derhalve een wettelijke grondslag voor de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden voortvloeiend uit de wet, waar art. 3:40 lid 2 BW die niet kan bieden.

Iets anders is dat ik ten aanzien van de in § 5.4 besproken consequenties van een beoogde maar onmogelijke voorwaardelijkheid verdedig, dat er geen verschil bestaat tussen de beide wetsbepalingen. Of een bepaalde voorwaarde in relatie tot de rest van de rechtsverhouding onmogelijk is uit hoofde van art. 3:38 lid 1 dan wel 3:40 lid 2 BW maakt derhalve in zijn materiële gevolgen geen verschil. De conclusie is dan ook dat art. 3:38 lid 1 ten opzichte van art. 3:40 lid 2 BW voor wat betreft de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden uit hoofde van de wet een enigszins ruimer toepassingsbereik kent, maar ten aanzien van de verdere materiële consequenties bij een dergelijke onmogelijkheid de beide wetsbepalingen tot dezelfde resultaten leiden.

Naast de vorenbesproken beperking uit hoofde van de wet kent art. 3:38 lid 1 BW nog een tweede mogelijke beperking gelegen in de *aard van de rechtshandeling*. Blijkens de PG als vermeld bij de bespreking van het geldend recht leidt het geen twijfel dat ook uit deze aard van de specifieke rechtshandeling *bepaalde* voorwaarden niet mogelijk kunnen zijn. De mogelijke overlapping met de strekking van art. 3:40 BW is met dit uitgangspunt echter beperkt tot het geval dat uit de aard van de rechtshandeling voortvloeit dat de voorwaarde (in samenhang met die rechtshandeling) in strijd zou zijn met de goede zeden of openbare orde als bedoeld in art. 3:40 lid 1 BW.⁷⁵ Met andere woorden, de bedoelde 'overlapping' bij rechtshandelingen met een onmogelijke voorwaarde ontbreekt, omdat óf uitsluitend de aard van de specifieke rechtshandeling leidt tot onmogelijkheid van een bepaalde (normaal gesproken wél mogelijke) voorwaarde uit hoofde van art. 3:38 lid 1 BW, óf de voorwaarde in combinatie met een willekeurige rechtshandeling leidt tot strijd met goede zeden of openbare orde uit hoofde van art. 3:40 lid 1 BW. Alleen indien door de bijzondere aard van de specifieke rechtshandeling een bepaalde voorwaarde leidt tot strijd met goede zeden of openbare orde, bestaat de vraag of art. 3:38 lid 1 dan wel 3:40 lid 1 BW de wettelijke grondslag daarvoor vormt. Voor zover

75 Dat de bedoelde *aard* geen materiële overeenkomsten bevat met de categorie 'strijd met dwingend wetsbepaling' van art. 3:40 lid 2 BW ligt zodanig in de rede, dat ik deze niet zal bespreken.

een dergelijke samenloop al bestaat – zoals in § 5.2.2.2 uitgebreider aan de orde komt, is er vrijwel geen aannemelijk voorbeeld te bedenken – zal dat hoe dan ook een zeldzaamheid zijn.

We zien derhalve dat de wettelijke grondslag voor beperkingen aan *bepaalde* voorwaarden is gelegen in art. 3:40 BW zowel als in art. 3:38 lid 1. De vorenbesproken onduidelijkheid over de exacte verhouding tussen beide wetsartikelen voor wat betreft beperkingen aan voorwaardelijkheid uit hoofde van de wet is zonder meer te wijten aan de wetgever. Uit de PG volgt namelijk uit niets dat de wetgever zich zelfs maar bewust is geweest van de onduidelijke wetssystematiek in de relatie tussen beide wetsartikelen. Dat alles neemt niet weg dat art. 3:38 lid 1 BW in het verband van de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden voortvloeiend uit de wet waarschijnlijk een enigszins ruimer toepassingsbereik kent dan art. 3:40 lid 2 BW. De in de literatuur impliciet gehanteerde ‘opsplitsing’ tussen de artt. 3:38 lid 1 en 3:40 BW van de überhaupt onmogelijke voorwaardelijkheid en de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden is, gezien de voormelde ‘overlapping’ ingeval van strijd met de wet alsmede het bedoelde ruimere bereik van art. 3:38 lid 1 BW ter zake bepaalde voorwaarden, dan ook niet helemaal juist.

5.2 ONMOGELIJKE VOORWAARDEN

5.2.1 Inleiding

Hiervoor stelde ik reeds enige malen dat we een onderscheid kunnen maken tussen rechtsverhoudingen die nooit van een voorwaarde afhankelijk kunnen worden gemaakt – ongeacht de inhoud van de voorwaarde derhalve – en rechtsverhoudingen die weliswaar als breed uitgangspunt voorwaardelijk kunnen zijn, maar waar een probleem bestaat ten aanzien van specifieke voorwaarden. In deze paragraaf bespreek ik deze laatstbedoelde beperkingen met de verschillende grondslagen voor onmogelijkheid van specifieke voorwaarden. In § 5.3 komt de andere groep van de dwingend onvoorwaardelijke rechtsverhoudingen ter sprake.

5.2.2 Onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden

5.2.2.1 Elders besproken onmogelijke voorwaarden

Op verscheidene plaatsen buiten dit hoofdstuk komen een aantal specifieke ‘voorwaarden’ ter sprake die om uiteenlopende redenen als niet mogelijk worden beschouwd. De eerste daarvan betreft de in § 2.4.3 besproken voorwaarde waarbij objectieve en/of subjectieve onzekerheid ontbreekt, ook wel

betiteld als noodzakelijke of onmogelijke voorwaarden. De tweede groep van veelal onmogelijk geachte voorwaarden wordt gevormd door die voorwaarden, die voortvloeien uit een andere grondslag dan de partijwil, waarvan de bekendste de zogeheten *wettelijke voorwaarde* is.⁷⁶ Verder zijn er de onmogelijke voorwaarden waarvan de gebeurtenis bestaat uit het in de toekomst alsnog voldoen aan constitutieve vereisten of essentialia van de rechtsverhouding – voor zover we die groep niet reeds onder het begrip van de wettelijke voorwaarde willen scharen. Bij gebreke daaraan is er veelal überhaupt nog geen bestaande rechtsverhouding, zie – met enige nuancering – § 4.1.4.3 en 4.2 ten aanzien van specifieke vormvereisten. De laatste door mij buiten dit hoofdstuk besproken en deels niet mogelijk geachte voorwaarde sluit hierop aan en bestaat uit de vooralsnog ontbrekende partijwil; met name de opschortende (zuiver) potestatieve voorwaarde derhalve. Deze bespreek ik als onderdeel van de invloed van partijen op het intreden van een voorwaarde in § 7.3. We zien derhalve reeds bij deze drie groepen van veelal niet mogelijk geachte voorwaarden dat de redenen voor de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden – het ontbreken van onzekerheid, het niet aanvaarden van een grondslag buiten de partijwil en het ontbreken van een partijwil gericht op het überhaupt doen ontstaan van de rechtsverhouding – sterk uiteen kunnen lopen.

5.2.2.2 Onmogelijkheid uit hoofde van de aard van de rechtshandeling

Zoals ik reeds besprak bestaat er uit hoofde van art. 3:38 lid 1 BW geen enkele twijfel over, dat ook uit de aard van de rechtshandeling kan voortvloeien dat een rechtshandeling überhaupt niet voorwaardelijk kan worden verricht. Veelal zal dat de in § 5.3.2 besproken rechtshandelingen betreffen die in beginsel in het geheel niet voorwaardelijk kunnen zijn, ongeacht de inhoud van de voorwaarde. In § 5.1.4 kwam echter ter sprake dat deze beperking voor het geldend recht in de visie van de wetgever tevens zou kunnen bestaan met betrekking tot bepaalde voorwaarden. Daar zou derhalve uit voortvloeien dat de *aard* van een specifieke rechtsverhouding er toe leidt dat aan deze rechtsverhouding een *bepaalde* voorwaarde niet kan worden verbonden.

Het is echter uiterst onduidelijk aan wat voor specifieke voorwaarden we bij deze beperking uit hoofde van de aard van de rechtshandeling moeten denken.⁷⁷ De PG bevat hiervan geen voorbeelden en in de moderne literatuur wordt aan deze specifieke beperking van voorwaardelijkheid – derhalve buiten de wél besproken gevallen van de *algehele* onmogelijkheid om aan een bepaalde rechtshandeling een willekeurige voorwaarde te verbinden – in het geheel geen aandacht geschonken. Ook in de literatuur van het OBW en het Duitse en Zwitserse recht ontbreekt (vrijwel) iedere aandacht. Het enige voorbeeld

⁷⁶ Zie § 4.1.4.3 en 4.1.5.

⁷⁷ Dit laatste anders dan bij een aantal rechtsverhoudingen waarvan de aard zich in zijn algemeenheid verzet tegen (vrijwel) iedere voorwaardelijkheid, zie § 5.3.2.

van een bepaalde rechtsverhouding waarvan onder het OBW soms werd aangenomen dat deze naar zijn aard niet onder een bepaalde voorwaarde zou kunnen bestaan, betrof de in art. 1167 OBW bedoelde ouderlijke boedelverdeling onder een ontbindende potestatieve voorwaarde.⁷⁸ Uiteindelijk besliste de Hoge Raad echter positief over die mogelijkheid, zodat ook de ouderlijke boedelverdeling voor het OBW geen voorbeeld is van de thans besproken mogelijke beperking aan voorwaardelijkheid.⁷⁹

Ik ben er zelf evenmin in geslaagd niet wezenlijk discutabele voorbeelden te bedenken. Vrijwel iedere onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden laat zich herleiden tot een van de andere grondslagen voor beperkingen aan voorwaardelijkheid. Eén eventuele mogelijkheid zie ik echter wel: de in § 5.2.4 besproken uit het goederenrecht voortvloeiende beperkingen aan voorwaardelijkheid. Buiten deze eventuele mogelijkheid, waarbij geen enkele aanwijzing bestaat dat de wetgever daaraan gedacht heeft, heeft het er derhalve alle schijn van dat de wetgever met de onmogelijkheid van een bepaalde voorwaarde uit hoofde van de aard van de rechtshandeling slechts een theoretische mogelijkheid heeft gecreëerd.

5.2.3 Strijd met wet, goede zeden of openbare orde

5.2.3.1 *Strijd met wet, goede zeden of openbare orde in de verschillende stelsels*

Inleiding

Het behoeft geen betoog dat voorwaardelijke rechtsverhoudingen onmogelijk kunnen zijn wegens strijd met (dwingende) wet, goede zeden of openbare orde. Voor zover dat tevens zou hebben gegolden voor diezelfde maar *on*voorwaardelijke rechtsverhouding – er bestaat derhalve geen relatie tussen die strijd met de wet et cetera en de voorwaardelijkheid – vormt die onmogelijkheid geen onderdeel van dit onderzoek. In deze paragraaf bestudeer ik derhalve specifiek de situatie van een strijd met de wet, goede zeden en openbare orde in het licht van de voorwaardelijkheid. De kernvraag in dat verband is, waarin die strijd moet zijn gelegen in samenhang met de voorwaardelijkheid.

Geldend recht

In § 5.1.4 heb ik besproken dat de wettelijke grondslag voor de nietigheid van rechtsverhoudingen uit hoofde van strijd met de goede zeden of de openbare orde in samenhang met een daaraan verbonden specifieke voorwaarde is

⁷⁸ Zie verder o.a.: Kraan 1989.

⁷⁹ HR 17 januari 1996, BNB 1996, 112c.

gelegen in art. 3:40 lid 1 BW.⁸⁰ In het kader van een dergelijke grondslag bij strijd met een dwingende wetsbepaling passeerden in voormelde paragraaf de artt. 3:38 lid 1 en 3:40 lid 2 BW de revue. De verhouding tussen deze beide laatste wetsbepalingen werd daarbij voor het geldend recht niet helder, waarbij ik echter tegelijkertijd qua toepassingsbereik slechts bescheiden verschillen tussen deze bepalingen vond.⁸¹ Dat laatste geldt ook voor de materiële consequenties, zoals we in § 5.4 zullen zien.

Wezenlijker is de vraag in welke gevallen voor het geldend recht sprake is van de bedoelde strijd met dwingende wetsbepaling, goede zeden of openbare orde.⁸² Over een dergelijke beperking uit hoofde van art. 3:40 lid 2 BW ter zake strijd met een dwingende wetsbepaling kan ik kort zijn. In § 5.1.4 stelde ik reeds dat het algemene vermogensrecht geen enkele wettelijke bepaling omvat waarbij het verrichten van een rechtshandeling onder *bepaalde* voorwaarden expliciet als onmogelijk wordt gekwalificeerd, althans waar art. 3:40 lid 2 BW toepassing op zou kunnen vinden. Wél kent het algemene vermogensrecht met de artt. 3:81 lid 1 en 3:84 lid 3 BW bepalingen waar in verband met beginselen van het goederenrecht de onmogelijkheid van een aantal specifieke voorwaarden indirect uit voortvloeit.⁸³

Met betrekking tot de voorwaarde in strijd met goede zeden wordt in de literatuur terecht geconstateerd, dat het niet zozeer de voorwaarde respectievelijk gebeurtenis *zélf* is die strijd oplevert. Evenmin gaat het in dit verband om een voorwaardelijke *verplichting* tot – te onderscheiden van de hierna besproken situatie van het uitlokken van – een ‘verboden’ prestatie. De onmogelijkheid van een dergelijke verplichting staat buiten het verband van de voorwaarde, maar vloeit voort uit de inhoud van de prestatie. Bij de strijd met de goede zeden en openbare orde van de voorwaardelijke rechtsverhouding draait het daarentegen om de samenhang tussen voorwaarde en rechtsverhouding.⁸⁴

80 Voor de bijzondere, waarschijnlijk slechts in theorie bestaande mogelijkheid dat de specifieke aard van een rechtsverhouding (als bedoeld in art. 3:38 lid 1 BW) in samenhang met een specifieke voorwaarde leidt tot strijd met de goede zeden of openbare orde (als bedoeld in art. 3:40 lid 1 BW) verwijs ik naar § 5.1.4 en § 5.2.2.2. Ik bespreek deze mogelijkheid in de onderhavige paragraaf verder niet.

81 Uitsluitend zouden we in art. 3:38 lid 1 BW v.w.b. beperkingen aan voorwaardelijkheid u.h.v. de wet een ruimer criterium voor toepassing kunnen zien. Daar volgt weer uit dat in art. 3:38 lid 1 BW eventueel de wettelijke grondslag voor beperkingen u.h.v. bijv. het goederenrecht kan worden gezien. Zie § 5.1.4 onder ‘nadere uitwerking’ en § 5.2.4.

82 Waarbij ik overigens t.a.v. de strijd met de openbare orde in § 5.2.3.3 verdedig dat deze bij voorwaardelijke rechtsverhoudingen geen toepassing kan vinden, zelfs al weten we niet exact wat nader dit begrip moet worden verstaan. V.w.b. dit laatste in deze zin: Van den Brink 2002, p. 20, 21.

83 Althans, o.b.v. hetgeen ik dienaangaande in § 5.2.4 bespreek, durf ik de stelling wel aan dat met deze wetsartikelen de bedoelde onmogelijkheid inderdaad een *wettelijke* beperking is.

84 In deze zin ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 135; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 124; Den Tonkelaar 1994, p. 45 (en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 48).

Of anders gezegd, het gaat om de betekenis die de voorwaarde heeft voor de rechtsverhouding als geheel. Dit volgt reeds daaruit dat dezelfde onzekere gebeurtenis zowel tot een geheel rechtsgeldige voorwaardelijke rechtsverhouding kan leiden, als tot een nietige of vernietigbare rechtsverhouding. Zo zal bijvoorbeeld de voorwaarde dat een van partijen een misdrijf pleegt veelal tot een nietige rechtshandeling leiden. De overeenkomst van opdracht aan een advocatenkantoor onder de opschortende voorwaarde dat de cliënt juridische bijstand behoeft, waaronder mede begrepen het geval dat hij een misdrijf zou plegen, is daarentegen geldig.⁸⁵

Ter zake de vorenbedoelde samenhang tussen voorwaarde en rechtsverhouding kunnen we voor het geldend recht uit literatuur en rechtspraak twee mogelijkheden distilleren. De eerste daarvan betreft situaties waarbij de voorwaardelijke rechtsverhouding een handelen dat zélf strijdig is met goede zeden of openbare orde mogelijk uitlokt. De voorwaardelijke rechtsverhouding verplicht bijvoorbeeld niet tot het plegen van een misdrijf, maar stelt door middel van de voorwaardelijkheid wel een voordeel in het vooruitzicht als dat misdrijf wordt gepleegd. De tweede mogelijkheid bestaat ten aanzien van een aantal situaties waarin een van partijen zijn wil moet bepalen met betrekking tot (op zich geheel toelaatbare) besluiten in de persoonlijke levenssfeer. Het in het huwelijk treden, het beëindigen van een huwelijk door middel van echtscheiding of het toetreden tot een bepaalde kerk zijn daarvan de bekendste voorbeelden. Voor zover de wilsvorming ten aanzien van een dergelijke besluit zoveel mogelijk vrij moet zijn, kan de voorwaardelijkheid van een rechtsverhouding – bijvoorbeeld een voorwaardelijke schenking die onvoorwaardelijk wordt als het door de begiftigde te nemen besluit een bepaalde inhoud heeft – daarmee op gespannen voet komen te staan.⁸⁶ Zie over deze beide mogelijkheden verder § 5.2.3.3.

Bij de twee vorenomschreven mogelijkheden is het voor wat betreft de consequentie van nietigheid zonder belang of de bedoelde uitlokking of beïnvloeding uiteindelijk ook tot resultaat – in de zin van het beoogde feitelijke handelen of ten aanzien van de beoogde wilsvorming – leidt. De strijd met goede zeden of openbare orde ontstaat reeds door het creëren van een situatie van *mogelijke* uitlokking of beïnvloeding van de wilsvorming waar de betreffende partij daarvan verstoken dient te blijven en niet pas bij het eventuele

⁸⁵ Een ander voorbeeld van een zelfde voorwaarde met een verschillende uitwerking is wellicht de fiscale glijclausule. Een overeenkomst wordt daarbij u.h.v. de voorwaarde gewijzigd of ontbonden indien de belastingdienst een voor partijen ander standpunt inneemt dan in fiscale zin door partijen is gewenst met de overeenkomst. Gubbels wijst er in haar noot bij HR 12 juli 2002, FED 2002, 524 op dat partijen op die wijze geen enkel fiscaal risico zouden lopen. Dat laatste zou, indien geen redelijk denkend belastingplichtige zou kunnen twijfelen aan de verschuldigdheid, naar haar mening wellicht kunnen betekenen dat de voorwaarde nietig is wegens strijd met de goede zeden. Zie voor meer voorbeelden: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 135.

⁸⁶ Zie in deze zin bijv. Hijma (Hijma 1988, p. 87, 88).

daadwerkelijke intreden van die beoogde gevolgen.⁸⁷ De wezenlijke vraag echter hoe snel de ongeoorloofdheid van een dergelijke 'prikkel' uit hoofde van de voorwaardelijke rechtsverhouding moet worden aangenomen, blijkt in abstracto moeilijk te beantwoorden. In literatuur en rechtspraak vinden we verspreid enkele visies, maar daaruit volgt geen duidelijk criterium.⁸⁸ Dat laatste is alleszins begrijpelijk: de eindeloze varianten in de omstandigheden van het specifieke geval staan het formuleren van een dergelijk abstract criterium in de weg. We zien derhalve dat in het kader van de voorwaardelijke rechtsverhouding in strijd met goede zeden voor het geldend recht kan worden omschreven in welke twee mogelijke gevallen daarvan sprake kan zijn. Daarentegen is niet goed aan te geven waar exact de waterscheiding loopt tussen de gevallen waar reeds wel of juist nog geen sprake is van de bedoelde ongeoorloofdheid.

Een laatste punt voor het geldend recht betreft het moment waar tegen beoordeeld moet worden of een opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding in strijd is met art. 3:40 BW. Overeenkomstig het onderstaand besproken Duitse recht is dat het moment waarop de betreffende rechtshandeling wordt verricht en niet het moment waarop de voorwaarde intreedt. Ten aanzien van onvoorwaardelijke rechtsverhoudingen is dit in elk geval het Nederlands geldend

87 A-G Besier ging daarbij nog een stapje verder. In zijn conclusie bij HR 21 juni 1929 (NJ 1929, p. 1325, m. nt. E.M.M.) stelde hij: 'Voor de onzedelijkheid der voorwaarde is het m.i. niet noodig, dat die onder *alle omstandigheden* [cursivering HS] tot een onzedelijke handeling zal dringen, doch voldoende, dat zij deze uitwerking zal hebben in een redelijkerwijs te verwachten geval [']'. De mogelijke pressie die u.h.v. de voorwaardelijke rechtsverhouding op de wilsvorming zou kunnen bestaan, behoeft volgens Besier derhalve niet aanwezig te zijn in alle denkbare gevallen om tóch van onzedelijkheid te kunnen spreken. Overigens is de door hem gehanteerde term 'onzedelijke handeling' in deze onjuist, omdat de bedoelde handeling bestond uit de doop van kinderen in de Nederduitsch Hervormde kerk, waar niets onzedelijks in valt te ontdekken.

88 Zo stelde Pitlo dat hetgeen in dat verband als onzedelijk heeft te gelden niet te beperkt moet worden opgevat: 'De regel (art. 1290 OBW, HS) bestrijkt tevens alle gewetensdwang en alle pressie t.a.v. beslissingen, waarin de mens vrij behoort te blijven' (Pitlo 1964, p. 75). Bij die insteek resteren derhalve nog steeds de vragen in welke gevallen een mens van deze dwang en pressie vrij behoort te blijven, alsmede wannéér sprake is van de bedoelde dwang en pressie.

A-G Besier stelde in zijn voormelde conclusie bij HR 21 juni 1929 dat het er om gaat of de voorwaarde 'zal dringen' tot een onzedelijke handeling. Ook daarbij blijft derhalve de vraag wanneer daarvan sprake is.

Meijers stelt in zijn noot bij dit laatstgenoemde arrest dat een erflater geen pressie mag uitoefenen om een handeling te verrichten of na te laten waartoe men zich niet bij contract geldig kan verplichten. Ook daaruit vloeit echter geen bruikbaar criterium voort (en Meijers zal dat ongetwijfeld ook niet in die zin bedoeld hebben), omdat we de bestanddelen van die gedachte niet kunnen omdraaien om te bezien in welke gevallen sprake is van een dergelijke pressie. Ingeval de inhoud van een voorwaarde bestaat uit een handeling waartoe men zich niet kan verplichten, is immers (nog) niet gezegd dat reeds dáárom sprake zou zijn van de bedoelde 'pressie'. Bijv. het motief voor die voorwaardelijke rechtshandeling kan anders doen concluderen, zoals ik in § 5.2.3.3 kort bespreek.

recht.⁸⁹ Redenen om dit toetsingsmoment bij opschortende voorwaardelijkheid uit te stellen tot het eventuele moment van het intreden van de voorwaarde ontbreken.

Oud BW

Zoals we eveneens reeds zagen bevatte het OBW met art. 1290 een meer specifieke bepaling voor (onder meer) de voorwaarde om iets te doen dat strijdig is met de goede zeden of bij wet verboden. Zoals ik in § 5.1.4 reeds noemde, werd de bepaling door Meijers en tenminste een deel van de literatuur als overbodig beschouwd.⁹⁰ Afgezien van deze eventuele overbodigheid bevatte art. 1290 OBW ten aanzien van meerdere kwesties tevens een zekere onjuistheid en onvolledigheid. Het feit dat blijkens de redactie slechts een 'doen' en niet andere onmogelijkheden of een niet-doen onder de wetsbepaling viel, werd bijvoorbeeld als ongelukkig beschouwd.⁹¹ Deze redactie lijkt niettemin geen bedrijfsongevalletje van de wetgever te zijn geweest. Dat volgt reeds uit het opvolgende art. 1291 OBW, waar juist de tegengestelde situatie van een 'niet-doen' is opgenomen. Een ander kritiekpunt gold het feit dat naar de letter ook een handelen verboden zou zijn waar de strekking van het wetsartikel – onder meer de bescherming van de goede zeden – door een dergelijk handelen juist zou worden gediend.⁹² Daarnaast was er de kwestie dat art. 1290 OBW zowel de betreffende voorwaarde nietig verklaarde als de gehele overeenkomst 'van onwaarde'. Deze 'dubbele sanctie' op overtreding van art. 1290 OBW vormde op zich reeds reden voor kritiek. De vraag was echter ook of de sanctie van nietigheid van de gehele overeenkomst bij onmogelijkheid van

89 Van den Brink 2002, p. 130 (en eerder: Van den Brink 2000, p. 39. Van den Brink is overigens wel enigszins kritisch, zie Van den Brink 2002, p. 221 e.v.); Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 249, 258.

90 Overigens is mij enigszins onduidelijk gebleven door wie de bepaling voor OM uiteindelijk is verwijderd. In de PG Boek 3, TM, p. 186 vinden we: 'Het ontwerp heeft geen bijzondere bepaling betreffende de onmogelijke voorwaarde of last en de voorwaarde of last, die in strijd met de goede zeden of openbare orde is'. Daar lijkt uit voort te vloeien dat het OM voor Boek 3, maar ook Meijers' concept voor Boek 6 geen dergelijke bepaling (meer) kenden. Florijn stelt niettemin dat het Eggens was die deze bepaling uiteindelijk heeft geschrapt (Florijn 1995, p. 259).

91 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 365, 366; Pitlo 1964, p. 74; Asser/Rutten 1958, p. 142, 144; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 49; Diephuis 1885, p. 123; Opzoomer 1879a, p. 128; Everts 1883, p. 49.

Een aantal auteurs interpreteerde de bepaling dan ook aldus, dat niet zozeer een 'doen' bedoeld werd, maar ook dat iets zal 'gebeuren' (Diephuis 1885, p. 116) of ook juist niet zal gebeuren (Asser/Rutten 1958, p. 142; Diephuis 1885, p. 123; Everts 1883, p. 49). Genuanceerder hierover: Land/De Savornin Lohman 1907, p. 51, 52. Anders: Van Brakel 1935a, p. 18. Van Goudoever constateert slechts dat het hier een 'inderdaad moeilijke vraag' betreft (Asser/Van Goudoever 1913, p. 52).

92 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 366, 367; Pitlo 1964, p. 74, 75; Asser/Rutten 1958, p. 143, 144; Hofman 1937, p. 88, 89; Van Brakel 1935a, p. 18, 19; Veegens/Oppenheim 1917, p. 34; Asser/Van Goudoever 1913, p. 50, 51; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 49, 50; Diephuis 1885, p. 122, 123; Opzoomer 1879a, p. 128, 129.

een voorwaarde wel steeds juist was. Op deze beide laatste punten ga ik in § 5.4 nader in. Daarnaast leek uit hoofde van de redactie van art. 1290 OBW de strekking van het wetsartikel inhoudelijk ook anders te zijn dan het huidige art. 3:40 BW. De suggestie werd namelijk gewekt dat het de (inhoud van de) voorwaarde zélf was die niet in strijd met de goede zeden of de wet mocht zijn. Overeenkomstig het thans geldend recht werd in de literatuur echter geconstateerd dat bij de toetsing aan het wetsartikel wel degelijk de gehele inhoud en strekking van de voorwaardelijke rechtshandeling van belang was.⁹³ Met al deze kritiek was wel duidelijk dat art. 1290 OBW inderdaad een weinig gelukkige bepaling vormde ter zake de strijd met goede zeden of wet ingeval van voorwaardelijkheid. Voor zover we aannemen dat het onder het OBW geldend recht deze kritiekpunten had geïncorporeerd – ik heb niet specifiek onderzocht in hoeverre dat inderdaad het geval was – lijkt het er op dat het OBW in deze geen wezenlijk andere koers volgde dan het thans geldend Nederlandse recht.

Dat laatste geldt in elk geval ook voor de twee hiervoor onder het 'geldend recht' genoemde mogelijkheden waar voorwaardelijkheid in strijd zou kunnen komen met de goede zeden. Weliswaar werd in de door mij bestudeerde literatuur door geen enkele auteur expliciet gesteld dat de bedoelde strijd in déze twee mogelijkheden kon zijn gelegen, maar uit de gehanteerde voorbeelden vloeit dit duidelijk voort.⁹⁴ Wél werd expliciet geconstateerd dat de voorwaardelijkheid inderdaad een niet toegestane prikkel kon vormen tot het verrichten van onwettige of onzedelijke handelingen.⁹⁵

Duits recht

Voor het Duitse recht vormen de §§ 134 en 138 BGB de wettelijke grondslag bij een eventuele strijd met een wettelijk verbod respectievelijk de goede zeden.

⁹³ Zoals reeds werd verdedigd door: Pitlo 1964, p. 74; Asser/Rutten 1958, p. 144; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 50; Diephuis 1885, p. 122 e.v. Petit stelt dit niet uitdrukkelijk i.v.m. art. 1290 OBW, maar wel in zijn algemeenheid en ook expliciet t.a.v. voorwaarden (Petit 1920, p. 69, 112 e.v. en m.n. p. 115). Opzoomer onderschreef op zich eveneens de toetsing van de voorwaarde in relatie tot de rechtshandeling (Opzoomer 1879a, p. 128 e.v.). Op p. 130 lijkt Opzoomer echter te stellen dat de letterlijke wettekst niettemin het geldend recht zou vormen, maar ik twijfel over deze interpretatie van hetgeen Opzoomer bedoelde. Rutten interpreteerde Opzoomer in ieder geval wel in laatstbedoelde zin (Asser/Rutten 1973, p. 133).

⁹⁴ Zie de voorbeelden genoemd bij: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 367-369; Pitlo 1964, p. 74, 75; Asser/Rutten 1958, p. 143 e.v.; Asser/Van Goudoever 1913, p. 51; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 50, 51. Zie ook de noot van Meijers (v.w.b. beïnvloeding van de wilsvorming) bij NJ 1929, p. 1325) en Everts 1883, p. 49 e.v. (m.n. p. 51). Kamphuisen noemt in het kader van de vrijheid van geloofsbelijding de vrijheid van wilsvorming expliciet (Kamphuisen 1955, p. 358).

Anders echter Oppenheim en Diephuis, die stelden dat slechts het verrichten van een onzedelijke daad – en derhalve niet de tweede mogelijkheid van het beperken van de wilsvrijheid – verboden was (Veegens/Oppenheim 1917, p. 35; Diephuis 1885, p. 125).

⁹⁵ Hofmann/Van Opstall 1976, p. 367; Pitlo 1964, p. 75; Everts 1883, p. 49.

Beide artikelen vinden toepassing op de rechtshandeling in het algemeen en derhalve ook op de voorwaardelijke rechtshandeling.⁹⁶ Ter zake deze wetssysteematiek bestaat in de literatuur geen discussie.

Overeenkomstig het Nederlandse recht gaat het in dit verband bij de beoordeling van de geoorloofdheid van voorwaarden om de betekenis die de voorwaarde voor de rest van de rechtsverhouding heeft.⁹⁷ Een voorwaarde kan immers een overigens acceptabele rechtshandeling van twijfelachtige aard maken, zo wordt in de Duitse literatuur geconstateerd.⁹⁸ Als in strijd met de goede zeden worden met name die voorwaarden beschouwd, waarvan een ongeoorloofde druk op een partij uitgaat om bepaald gedrag bij deze te bewerkstelligen.⁹⁹ Een deel van de literatuur spitst dit nader toe op de situatie van gunning van een voordeel, welk voordeel door middel van een voorwaarde afhankelijk is gemaakt van bepaald gedrag van de begunstigde, welke gedraging echter uitsluitend op een vrije wilsvorming zou moeten berusten.¹⁰⁰ De strijd met de goede zeden bestaat derhalve (ook) voor het Duitse recht in de frictie tussen de te beschermen vrije menings- respectievelijk besluitvorming van een persoon en het door middel van een vorm van ongeoorloofde verleiding door een ander beperken daarvan. De andere voor het Nederlands geldend recht, het OBW alsmede het Zwitsers recht bestaande mogelijkheid van het door de voorwaarde uitlokken van een handelen dat op zich zelf in strijd is met de goede zeden, ben ik in de bestudeerde Duitse literatuur niet tegengekomen. Het is mij niet duidelijk geworden of dit uitsluitend een gebrek aan aandacht betreft, een dergelijke voorwaardelijke rechtsverhouding reeds op een andere grond in strijd is met § 138 BGB, dan wel dit geval reeds wordt begrepen in de vorenbedoelde ongeoorloofde verleiding.

Het moment waartegen beoordeeld moet worden of sprake is van strijd met wet of goede zeden is bij onvoorwaardelijkheid gelegen in het moment dat aan alle vereisten voor de totstandkoming van de betreffende rechtsverhouding is voldaan, derhalve veelal het verrichten van de rechtshandeling.¹⁰¹ Dat is naar Duits recht bij voorwaardelijkheid niet anders: het eventuele latere

96 Zie § 5.1.4.

97 MüKo/Westermann 2012, p. 1709; Flume 1992, p. 692. Soms wordt in de literatuur echter ook gesteld dat de voorwaarde wel degelijk zélf, derhalve ook buiten de context van de rechtsverhouding, i.s.m. wet of goede zeden kan zijn (Wolf 1999, p. 514, 515; Johannsen e.a. 1982, Vor § 158, nr. 16). Een onderbouwing voor dit laatste standpunt ontbreekt echter.

98 MüKo/Westermann 2012, p. 1709.

99 PWW/Brinkmann 2014, p. 220; MüKo/Westermann 2012, p. 1697, 1709; Staudinger/Bork 2010, p. 318; Flume 1992, p. 695.

100 Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122; Wolf 1999, p. 248; Flume 1992, p. 695.

101 PWW/Ahrens 2014, p. 168; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 98. In deze zin t.a.v. het Duitse recht ook: Van den Brink 2000, p. 40. Overigens bespreekt Van den Brink ook een aantal in de Duitse literatuur verwoorde nuanceringen.

moment waarop een opschortende voorwaarde intreedt is derhalve niet het toetsingsmoment.¹⁰²

Zwitsers recht

Het Zwitserse OR bevat ten opzichte van het huidige Nederlandse en het Duitse recht als enige een specifiek in de wet neergelegde bepaling ter zake niet toegestane voorwaarden. Een systematiek die met art. 214 in het OR 2020 gehandhaafd is. Art. 157 OR stelt: 'Wird eine Bedingung in der Absicht beigefügt, eine widerrechtliche oder unsittliche Handlung oder Unterlassung zu befördern, so ist der bedingte Anspruch nichtig'. Zoals ik reeds in § 5.1.4 beschreef, wordt in de Zwitserse literatuur art. 157 OR meestal als een aanvulling beschouwd op de artt. 19 en 20 OR, in welke artikelen (samengevat) een verbod met de sanctie van nietigheid is neergelegd op verbintenissen in strijd met de wet, openbare orde, goede zeden of 'das Recht der Persönlichkeit'.¹⁰³ Een aanvulling die daaruit bestaat dat de artt. 19 en 20 OR uitsluitend betrekking hebben op de inhoud van de overeenkomst, terwijl art. 157 OR zich richt op het voorkomen van ongewenst feitelijk gedrag – lees: een handelen dat zélf strijdig is met wet, goede zeden et cetera – waartoe de inhoud of strekking van een voorwaardelijke rechtsverhouding zou kunnen verleiden.¹⁰⁴ Ook is onder art. 157 OR begrepen de voorwaarde waaruit een ongewenste druk op een partij wordt uitgeoefend om deze tot een bepaald handelen of nalaten in strijd met goede zeden of openbare orde te bewegen.¹⁰⁵ Tot slot wordt onder deze bepaling gebracht de voorwaardelijke rechtsverhouding 'mit denen auf eine Entscheidung eingewirkt werden will, welche der Gegner nach ethischem Grundsatz soll frei und unbeeinflusst treffen dürfen'.¹⁰⁶

De beide mogelijkheden van strijd met de goede zeden die ik voor het Nederlands geldend recht constateerde juist in verband met de voorwaardelijk-

102 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Jauernig/Mansel 2014, p. 125; Palandt/Ellenberger 2014, p. 179. Dat geldt ook voor het specifieke geval dat een rechtsverhouding (beoogd) tot stand zou moeten komen onder de opschortende voorwaarde, dat de goede zeden zodanig wijzigen dat de rechtsverhouding rechtsgeldig wordt (Johannsen e.a. 1982, Vor § 158, nr. 16).

103 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 378; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 871, 872; Huguenin e.a. 2008, p. 198. Honsell beschouwt art. 157 OR naast art. 20 OR echter als overbodig, omdat de laatste reeds alle gevallen zou beslaan waar art. 157 OR betrekking op zou kunnen hebben (Honsell 2008, p. 629).

104 In deze zin: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 378; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 871; Koller 2009, p. 1279 (zie gegeven voorbeeld); Honsell 2008, p. 629; Becker 1941, p. 733.

In Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 135 wordt overigens de suggestie gewekt dat art. 157 OR zich uitsluitend zou richten op de voorwaarde en niet de voorwaardelijke rechtsverhouding als geheel. Dat volgt m.i. echter niet uit de wettekst, noch is dit de gangbare interpretatie zoals deze uit de voormelde Zwitserse literatuur blijkt.

105 Merz 1984, p. 156; Becker 1941, p. 718, 734.

106 Koller 2009, p. 1279; Becker 1941, p. 735. Een door Koller genoemd voorbeeld daarvan is de schenking door een echtgenoot onder de voorwaarde, dat de begiftigde echtgenote niet zal hertrouwen.

heid van een rechtsverhouding, worden derhalve in de Zwitserse literatuur onder de werking van art. 157 OR geschaard. We zien derhalve dat de enigszins andere wetssystematiek van het Zwitserse recht in abstracto niet tot materiële verschillen leidt ten opzichte van het Nederlandse recht voor wat betreft de ontoelaatbaarheid van bepaalde voorwaardelijke rechtsverhoudingen. De kwestie of het bij de beoordeling van (mogelijke) strijd met de goede zeden inderdaad gaat om de gehele voorwaardelijke rechtsverhouding en niet uitsluitend om de voorwaarde wordt door geen enkele bestudeerde auteur expliciet besproken. Blijkens het vorenstaande lijkt het echter geen twijfel dat het Zwitserse recht in deze overeenstemt met het Nederlandse en Duitse.

Het toetsingsmoment waartegen beoordeeld moet worden of sprake is van strijd met de wet of goede zeden krijgt in het kader van voorwaardelijkheid evenmin aandacht. Buiten het specifieke verband van de voorwaardelijkheid wordt dit toetsingsmoment overeenkomstig Nederlands en Duits recht (in beginsel) gevormd door het moment waarop de rechtsverhouding tot stand komt respectievelijk de rechtshandeling wordt verricht.¹⁰⁷ Ik heb geen aanwijzingen dat een (opschortende) voorwaardelijkheid naar Zwitsers recht tot een ander toetsingsmoment zou leiden.

5.2.3.2 De voorwaarde als 'verboden' inhoud of strekking van art. 3:40 lid 1 BW?

In de thans besproken relatie tussen voorwaarde en de overige delen van de rechtsverhouding is het voor wat betreft de onmogelijkheid uit hoofde van goede zeden of openbare orde in het licht van de art. 3:40 lid 1 BW de vraag of de voorwaarde leidt tot nietigheid uit hoofde van de *inhoud* dan wel de *strekking* van de rechtshandeling. Die vraag voert terug naar hetgeen we onder de begrippen *inhoud* en *strekking* moeten begrijpen. Volgens de TM bestaat de inhoud uit hetgeen partijen hebben verklaard. De strekking zou daarentegen bestaan uit de door anderen respectievelijk de wederpartij te voorziene gevolgen alsmede de kenbare motieven van de rechtshandeling.¹⁰⁸

Bij een dergelijke betekenis van de begrippen *inhoud* en *strekking* blijven in het kader van voorwaarden echter twijfels bestaan. Bijvoorbeeld wordt in de literatuur bij dit begrip van de inhoud begrijpelijkerwijs op de eerste plaats

¹⁰⁷ BSK OR I-Huguenin 2011, p. 195, 201.

¹⁰⁸ PG Boek 3, TM, p. 190. In dezelfde zin Van Dam in: Hijma e.a. 2013, p. 212. Ook Hijma onderschrijft de benadering dat met de strekking bedoeld wordt op de (door hem aangeduide) 'voorbereidingsdaad' in het kader van het beoogde toekomstige verboden handelen alsmede op de motieven van partijen (Hijma 1988, p. 108). Dat laat onverlet dat Hijma deze eerste categorie van de strekking als overbodig beschouwt en de tweede als onjuist. Het leidt overigens geen twijfel dat over de betekenissen van inhoud en strekking ook wel anders werd gedacht. Zie bijv. de weergave van Kamphuisen van een deel van de literatuur onder het OBW, waarbij de *strekking* juist hetgeen is wat partijen beogen te bewerken en waar de *motieven* van partijen dan weer geen onderdeel van uitmaken (Kamphuisen 1955, p. 347).

gedacht aan de prestatie waar een verbintenis toe kan verplichten of eventueel de tegenover elkaar staande prestaties bij wederkerige overeenkomsten.¹⁰⁹ Een voorwaarde heeft naar zijn aard echter geen betrekking op de prestaties; de voorwaarde bepaalt immers niet wat de prestatie inhoudt. Wél zal de verplichting tot presteren afhankelijk zijn van de voorwaarde, waarmee we toch weer geneigd zouden kunnen zijn om deze als inhoud van de rechtsverhouding te beschouwen. Daar staat weer tegenover dat de voorwaarde vaak juist voorkómt dat bijvoorbeeld een onoirbaar handelen als (onmogelijke) *verplichting* overeengekomen wordt.¹¹⁰ Of de voorwaarde daarmee onder dit begrip *inhoud* van art. 3:40 lid 1 BW moet worden begrepen, blijft de vraag.

Een ander punt van twijfel bestaat daaruit dat het (kenbare) motief voor de rechtsverhouding door Meijers werd geplaatst onder het begrip van de *strekking*. De literatuur lijkt hem daarin te zijn gevolgd.¹¹¹ Een dergelijke motief kan en komt ook veelal in een voorwaarde tot uitdrukking.¹¹² Het motief van een schenking wordt in het thans besproken verband bijvoorbeeld gevormd door de begiftigde te bewegen zijn geloofsbelijding op te geven, waarbij de beëindiging daarvan de 'gebeurtenis' van de opschortende voorwaarde bij de schenking vormt. Partijen komen derhalve niet zozeer een uit hoofde van goede zeden of openbare orde 'verboden' prestatie overeen – dan zou de rechtsverhouding ook bij onvoorwaardelijkheid nietig zijn – maar het achterliggende en niet toegestane motief wáárom die prestatie eventueel verschuldigd wordt, is verdisconteerd in de 'gebeurtenis' die de voorwaarde vormt. Maakt het enkele feit dat een dergelijk motief door middel van de voorwaarde is 'verklaard' deze alsnog tot de inhoud van de rechtshandeling of is daarmee toch sprake van een motief respectievelijk voorzienbaar gevolg waarbij een partij wordt geprikkeld tot onoirbaar handelen in de door Meijers bedoelde zin?

109 Hijma e.a. 2013, p. 154; Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 254, 255. Van Schaick stelt in dit verband u.h.v. de voormelde TM echter dat de bedoelde prestaties niet de betekenis zijn van het begrip 'inhoud' (Van Schaick 1990, p. 506).

110 De voorwaardelijke rechtsverhouding behelst bijv. niet dat een verplichting tot het plegen van een misdrijf bestaat aan welke 'prestatie' een tegenprestatie verbonden is, maar behelst slechts dat *als* een misdrijf zou worden gepleegd een bepaalde geldsom zal worden gedoneerd. In dit laatste ziet de Zwitserse literatuur dan ook de bestaansreden voor art. 157 OR, waarvan de functie juist zou bestaan in het ondervangen van het ontbreken van een dergelijke verplichting waardoor het op de inhoud van de overeenkomst gerichte art. 20 OR geen toepassing zou kunnen vinden. Ik noem het Zwitsers recht in deze overigens slechts om aan te geven dat aan het wel of niet bestaan van een verplichting in het kader van de inhoud van de rechtshandeling gewicht toegekend zou kunnen worden. Ik heb echter niet onderzocht of het begrip 'inhoud' van de artt. 3:40 lid 1 BW en art. 20 OR onderling al dan niet overeenstemt.

111 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 303; Hijma e.a. 2013, p. 154; Pitlo/Cahen 2002, p. 209.

112 Dat motieven de inhoud van een voorwaarde kunnen vormen, lijkt geen twijfel en wordt in de Duitse en Zwitserse literatuur ook algemeen onderkend (zie § 2.2.1).

Uit het vorenstaande volgt dat de gehanteerde terminologie van *inhoud* of *strekking* in het kader van voorwaarden in begripsmatig opzicht niet tot eenduidige conclusies leidt. De bedoelde onmogelijkheid van een bepaalde voorwaardelijke rechtsverhouding laat zich slecht plaatsen binnen de begrippen die achter deze terminologie zouden moeten schuilgaan. Een verklaring daarvoor vinden we bij Van den Brink. Hij stelt (buiten het door mij besproken verband) dat de begrippen *inhoud* en *strekking* van de rechtshandeling met name zijn opgenomen in verband met de in art. 3:40 lid 2 bedoelde strijd met de wet en aldus ter onderscheiding van de andere categorie van het *verrichten* van de rechtshandeling in strijd met de wet.¹¹³ Aan het onderscheid tussen inhoud en strekking komt echter (ook) in het verband van de rechtshandeling in strijd met goede zeden of openbare orde geen betekenis toe – aan de kwalificatie als onmogelijke inhoud dan wel strekking is immers geen enkel verschil in consequenties verbonden – zodat ook de kwalificatie als *inhoud* of *strekking* als zodanig eigenlijk zonder belang is. In Hijma's benadering van de 'verboden strekking' komt aan dit onderscheid evenmin betekenis toe.¹¹⁴ Wat er echter verder zij van de overwegingen aangaande dit onderscheid, de inzichtelijkheid van de wettelijke systematiek komt een en ander ook bij de figuur van voorwaardelijkheid uiteraard niet ten goede.

5.2.3.3 In welke gevallen is sprake van strijd met de goede zeden?

Een voorwaarde – in de zin van de modaliteit bij de rechtsverhouding – behelst geen verplichting voor een van partijen. Bij de vraag of een voorwaarde in samenhang met een rechtsverhouding leidt tot strijd met de goede zeden of de openbare orde is het te hanteren criterium dan ook niet of een partij uit hoofde van die voorwaarde tot iets gehouden zou zijn dat strijdig is met goede zeden of openbare orde. De voorwaarde als zodanig verplicht immers tot niets.

Daarmee ontstaat de vraag wat dan wél het criterium is bij de vraag of voorwaardelijkheid in relatie tot de rechtsverhouding leidt tot de bedoelde strijd. Zoals we hiervoor zagen is in de vier onderzochte stelsels het antwoord daarop vrijwel gelijklopend, althans voor wat betreft de twee in abstracto geformuleerde mogelijkheden. Op de eerste plaats zou ten gevolge van de inhoud van de voorwaarde en de consequenties die de rechtsverhouding aan het intreden van de voorwaarde verbindt een van partijen in de verleiding gebracht kunnen worden om te handelen in strijd met de goede zeden of

¹¹³ Van den Brink 2002, p. 18.

¹¹⁴ Althans, zoals ik hiervoor reeds stelde beschouwt Hijma in het verband van deze strekking de groep van 'voorbereidingsdaden' t.b.v. het in de toekomst kunnen plegen van de verboden handeling als separate categorie náást de verboden inhoud als overbodig. De andere categorie van de strekking bestaande uit de motieven van partijen is in zijn optiek onjuist (Hijma 1988, p. 108) en zou in zijn optiek niet tot nietigheid behoren te leiden. Per saldo ontbreekt – bij gebreke aan betekenis van de strekking – ook bij deze benadering ieder belang bij het onderscheid met de inhoud van de rechtshandeling.

openbare orde. Deze partij is daar uit hoofde van de voorwaardelijke rechtsverhouding niet (voorwaardelijk) toe verplicht – dan zou de rechtsverhouding immers ook bij onvoorwaardelijkheid nietig zijn – maar áls deze partij aldus zou handelen, staat daar voor deze partij uit hoofde van de voorwaardelijke rechtsverhouding een voordeel tegenover. Op de tweede plaats zou uit de inhoud van de voorwaarde en de consequenties die de rechtsverhouding aan het intreden van de voorwaarde verbindt op een van partijen druk kunnen worden uitgeoefend ten aanzien van beslissingen waar deze partij geheel vrij zou moeten zijn in zijn wilsvorming. Dit betreft met name beslissingen in de persoonlijke levenssfeer.

De eerstbedoelde categorie omvat derhalve een handelen (of eventueel een niet-handelen) dat als zodanig in strijd is met goede zeden of openbare orde, zoals het plegen van een misdrijf of het opzettelijk niet voorkomen daarvan. De voorwaardelijkheid geeft aan de beoogde rechtsverhouding een potestatief karakter, waarmee deze in het verband van de verschuldigdheid van de 'prestatie' door de handelende partij in vermogensrechtelijke zin formeel beschouwd zonder betekenis is. Deze partij is niet verplicht tot een dergelijke handelen, maar *zou* – overeenkomstig de situatie dat er in het geheel geen rechtsverhouding zou bestaan – kunnen overgaan tot dit handelen. Het bedoelde handelen is derhalve als zodanig in strijd met de goede zeden of openbare orde, maar is niet het dwingende gevolg van de voorwaardelijke rechtsverhouding.

De onmogelijkheid van een dergelijke voorwaardelijke rechtsverhouding vloeit dan ook uit iets anders voort. Uit de samenhang van de inhoud van de voorwaarde (het bedoelde handelen) en de inhoud van de rechtsverhouding (strekken tot een voordeel voor de handelende partij) volgt dat een dergelijk handelen wordt uitgelokt. In deze uitlokking door middel van het in verleiding brengen van de wederpartij is reeds de strijd met goede zeden bij de voorwaardelijke rechtsverhouding gelegen.¹¹⁵ Het gegeven dat het bedoelde eventuele handelen ook zelf in strijd zal zijn met de goede zeden of openbare orde is daarbij in rechtstreekse zin voor de consequentie van nietigheid zonder belang; uitsluitend de beoogde uitlokking daarvan leidt als in strijd met de goede zeden tot toepassing van art. 3:40 lid 1 BW. Dat betekent tevens dat een strijd met de openbare orde in deze nooit de grondslag vormt voor de nietigheid van de voorwaardelijke rechtshandeling. Het beoogde handelen kan weliswaar in strijd zijn met de openbare orde, maar het eventueel uitlokken daarvan door middel van de voorwaardelijke rechtsverhouding is als zodanig in strijd met de goede zeden. Men behoort een ander immers niet in de verleiding te brengen om te handelen in strijd met die openbare orde, maar in dit verband

115 In deze zin ook: Den Tonkelaar 1994, p. 45.

Voor het OBW: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 367 e.v.

'de kat op het spek binden' vormt als zodanig geen handelen dat strijdig is met de openbare orde als zodanig.

De voormelde tweede categorie heeft een enigszins andere insteek. Bij de bedoelde vrijheid van wilsvorming gaat het niet om besluitvorming ten aanzien van een handelen dat als zodanig in strijd zou zijn met goede zeden. Deze besluitvorming ziet juist op een handelen dat op zich geheel toelaatbaar is, zoals het aangaan van een huwelijk, een echtscheiding of het toetreden tot dan wel uittreden uit een kerkgenootschap.¹¹⁶ De strijd met de goede zeden – met de openbare orde is bij deze tweede categorie evenmin mogelijk – bestaat dan ook daaruit dat uit de inhoud van de voorwaardelijke rechtsverhouding voor de partij die moet besluiten argumenten zouden kunnen voortvloeien, die voor de wilsvorming van die partij zonder belang zouden moeten zijn. Of nauwkeuriger gezegd, deze 'kwestieuze' argumenten zijn van een zodanige aard dat de invloed die daarvan in psychologische zin op de wilsvorming kan uitgaan en die door middel van de voorwaardelijke rechtsverhouding door een ander op die wilsvorming wordt uitgeoefend een strijd met de goede zeden inhoudt.¹¹⁷

Het vorenstaande betekent het volgende. De essentie van de strijd met goede zeden bij een voorwaardelijke rechtsverhouding is gelegen in de 'prikkel' die van die rechtsverhouding kan uitgaan om te handelen in strijd met goede

116 Uitsluitend bij Diephuis trof ik een afwijkende visie aan. Volgens Diephuis was het de uitdrukkelijke keuze van de wetgever van het OBW om met art. 1290 uitsluitend ongeoorloofde of onzedelijke daden te verbieden. Daden die op zich niet onzedig zijn – het al dan niet in het huwelijk treden, de keuze voor een bepaalde echtgenoot dan wel een wisseling van godsdienst – waren voor Diephuis o.b.v. deze nogal legistische benadering dan ook geen ongeoorloofde voorwaarden (Diephuis 1885, p. 124 e.v.).

117 Een voorbeeld vinden we o.a. bij Hof Amsterdam 26 juni 1925, W. 11397 (het Hof Amsterdam stelde dat door een voorwaarde ter zake een erfstelling 'een ongeoorloofde druk werd uitgeoefend op de vrijheid van belijdenis der godsdienstige meening of de gewetensvrijheid van de erfgename bij belangrijke beslissingen in haar leven'. De ontbindende voorwaarde betrof het niet dopen van eventuele in de toekomst geboren kinderen in de Nederduitsch Hervormde Kerk, waarbij overigens opgemerkt zij dat de erfgename zelf Rooms-Katholiek was. Een inhoudelijk zelfde maar toch andere zaak vinden we in het reeds genoemde arrest van de Hoge Raad van 21 juni 1929 (NJ 1929, p. 1325). Overigens wordt over een soortgelijke casus in het Duitse recht ook wel anders gedacht, zie hieronder).

In dit verband ook interessant is de in § 4.1.4.2 besproken zaak waarbij u.h.v. Turks gewoonterecht een schenking aan een aanstaande bruid plaatsvond onder de opschortende voorwaarde van het niet doorgaan van het huwelijk. De Hoge Raad noch het Hof 's-Hertogenbosch bleken moeite te hebben met een dergelijke voorwaardelijkheid (weliswaar was niet aangevoerd dat sprake zou zijn van een strijd met de goede zeden, maar een dergelijke toetsing heeft u.h.v. art. 25 Rv ambtshalve plaatsgevonden – of zou tenminste moeten hebben plaatsvinden). Zie: HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506.

Zie voor het OBW ook de uitgebreide bespreking van tal van voorbeelden bij Petit (Petit 1920, p. 148 e.v.). Petit was overigens kritisch over de vorenbesproken 'vermogensvoordelen' die afhankelijk waren gesteld van het al dan niet huwen (p. 221 e.v.).

zedes of openbare orde, dan wel om de wilsvorming te beïnvloeden waar deze vrij zou moeten zijn van een dergelijke invloed. Waar derhalve die prikkel uit hoofde van de voorwaardelijke rechtsverhouding voor partijen ontbreekt, is geen sprake van de bedoelde strijd.¹¹⁸ Dat heeft bijvoorbeeld tot consequentie dat een voordeel dat de handelende partij bij het door deze partij geïnstigeerde intreden van de voorwaarde zou toekomen tenminste van een zodanig gewicht moet zijn, dat deze partij redelijkerwijs in de verleiding gebracht zou kunnen worden. Daarnaast is in dit verband ook het motief voor die voorwaardelijke rechtshandeling van belang, zoals in de literatuur ook wordt onderkend.¹¹⁹ Waar het eventuele voordeel dat uit hoofde van de voorwaardelijke rechtshandeling verkregen kan worden bijvoorbeeld slechts strekt om de vrije keuze te vergroten of überhaupt mogelijk te maken, kan onmogelijk tegelijkertijd sprake zijn van ongeoorloofde invloed op het te nemen besluit.¹²⁰ Het in een samenlevingsovereenkomst overeenkomen van een 'alimentatieverplichting' voor de niet werkende partner onder de opschortende voorwaarde van het verbreken van de relatie is derhalve zeker niet in strijd met de goede zeden; de *keuzevrijheid* van de partner wordt immers slechts vergroot. De schenking aan een eigen kind van een niet door dat kind benodigd bedrag onder de opschortende voorwaarde van verbreking van de relatie met diens partner waarschijnlijk weer wél.

Tot slot betekent het vereiste van de vorenbedoelde 'prikkel' dat een handelen door een derde als inhoud van de voorwaarde als algemeen uitgangspunt de voorwaardelijke rechtsverhouding niet in strijd kan laten zijn met goede zeden. De bedoelde prikkel ontbreekt ten aanzien van deze derde immers. Dat geldt zeker ook voor de vrije wilsvorming door een derde, waar van de voorwaardelijke rechtsverhouding tussen geheel andere partijen slechts in zeldzame gevallen enige invloed kan uitgaan op die wilsvorming.¹²¹

Het blijkt derhalve mogelijk om in abstracto te omschrijven in welke gevallen strijd met de goede zeden bestaat. Toepassing daarvan leidt echter meer dan eens tot uiteenlopende resultaten. Zo blijkt het een stevig punt van discussie te zijn in hoeverre een voorwaardelijke rechtsverhouding is toegestaan, waar-

118 Terecht constateerde het Hof 's-Gravenhage dan ook dat de voorwaarde, dat als mocht blijken dat (bij de uitvoering van de overeenkomst) een strafrechtelijke bepaling zou worden overtreden de betreffende overeenkomst zou zijn ontbonden, niet in strijd was met de goede zeden (Hof 's-Gravenhage 24 april 1922, NJ 1922, 1125).

119 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 135; Kamphuisen 1955, p. 347. Zie ook de vele voorbeelden die Petit onder het OBW in zijn dissertatie gaf, waaruit volgt dat een dergelijk motief vaak doorslaggevend was voor de beoordeling (zie bijv. Petit 1920, p. 155 ter zake de vrijheid van geloofsbelijdenis).

120 Een gedachte die we ook in de literatuur vinden: Kamphuisen 1955, p. 359; Petit 1920, p. 155.

121 In deze zin ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 136; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 124.

Voor het OBW: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 369; Asser/Rutten 1973, p. 134 (en ook Asser/Rutten 1958, p. 145); Pitlo 1964, p. 74; Hofmann 1937, p. 89 nt. 1; Everts 1883, p. 51.

van de strekking is dat deze een partij dient *af te houden* van een gedraging in strijd met wet, openbare orde of goede zeden. Het eventueel onzedelijke zou daaruit bestaan dat iemand een voordeel geniet door een nalaten van hetgeen toch al niet was toegestaan. In de literatuur wordt daar verschillend over gedacht of wordt het antwoord afhankelijk gemaakt van de nadere omstandigheden van het geval.¹²² Ook de eerder genoemde voorwaarde van het toetreden tot een kerkgenootschap of politieke partij wordt verschillend beantwoord.¹²³ En wat moeten we denken van de fraaie schenking aan de aanstaande echtgenote onder de ontbindende voorwaarde dat het huwelijk niet door gaat? De gedachte dringt zich op dat sprake zou zijn van een ontoelaatbare (poging tot) beïnvloeding van wat een zoveel mogelijk vrije wilsvorming bij de aanstaande zou moeten zijn. Niettemin bepaalde art. 209 van Boek 1 OBW nog dat 'schenkingen ter zake van huwelijk' vervielen als het huwelijk uiteindelijk toch niet werd gesloten, waarin eenvoudig een door de wet gestelde – en derhalve toegestane – voorwaarde zou kunnen worden gezien.¹²⁴

Dergelijke verschillen van inzicht vloeien voort uit een verschil in beoordeling van hetgeen als in strijd met de goede zeden is te beschouwen. De daarmee samenhangende vraagstukken vormen op zich geen deel van dit onderzoek. Wel volgt uit deze voorbeelden dat het weliswaar zonder veel problemen mogelijk moge zijn in abstracto de strijd met de goede zeden uit hoofde van de samenhang tussen voorwaarde en de rest van de rechtsverhouding te omschrijven, maar dat een en ander nog weinig zegt over de te hanteren norm bij toepassing daarvan.

5.2.4 Beperkingen uit hoofde van het goederenrecht

5.2.4.1 Beperkingen uit hoofde van het goederenrecht in de verschillende stelsels

Inleiding

In de vorige paragrafen heb ik de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden in samenhang met de rest van de rechtsverhouding besproken, zoals deze kan voortvloeien uit de aard van de rechtshandeling, de wet of de goede zeden.

122 Als rechtsgeldig beschouwd: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 367; Pitlo 1964, p. 75; Van Brakel 1935a, p. 18; Asser/Van Goudoever 1913, p. 51; Opzoomer 1879a, p. 128; Diephuis 1885, p. 123 (althans v.w.b. de geldigheid van de voorwaarde).

Als ongeldig: Hofmann 1937, p. 89; Veegens/Oppenheim 1917, p. 35; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 52 (met enige nuancering).

Genuanceerd in deze: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 124; Asser/Rutten 1973, p. 133; Petit 1920, p. 196 e.v. Voor het Zwitsers recht als ongeldig: Becker 1941, p. 735.

123 Als ongeldig: De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 56; Brunner & De Jong 2004, p. 55. Anders: Petit 1920, p. 155 (Petit liet het oordeel daarover afhangen van het motief).

124 Waarbij ik overigens opmerk dat ik de mogelijkheid van de figuur van de wettelijke voorwaarde zelf niet onderschrijf. Zie § 4.1.4.3 en 4.1.5.

De thans te bespreken beperkingen uit hoofde van het goederenrecht ten aanzien van specifieke voorwaarden staan niet náást deze grondslagen voor een eventuele onmogelijkheid, maar zijn een toepassing daarvan. Met het oog op het wezenlijke belang van deze beperkingen en de gestaag groeiende aandacht daarvoor in de literatuur wil ik deze als separaat onderwerp bespreken.

Onder het NBW en in het Duitse en Zwitserse recht is de goederenrechtelijke werking van voorwaarden onbetwist aanvaard.¹²⁵ Partijen hebben derhalve de mogelijkheid om aan (de gevolgen van) een beschikking een ontbindende of opschortende voorwaarde te verbinden, waardoor deze gevolgen van de beschikking afhankelijk worden van het al dan niet intreden van de voorwaarde. Deze algemene aanvaarding van voorwaardelijkheid bij goederenrechtelijke verhoudingen laat echter onverlet, dat juist uit hoofde van dat goederenrecht een aantal beperkingen bestaan ten aanzien van de inhoud van voorwaarden. Zoals we zullen zien vloeit de achterliggende reden voor deze verschillende beperkingen daaruit voort, dat het goederenrechtelijke systeem niet ter vrije bepaling van partijen staat.¹²⁶ De specifieke inhoud van een voorwaarde, zoals deze veelal door partijen kan worden vastgesteld, kan namelijk op gespannen voet komen te staan met dit goederenrechtelijke systeem. Dat geldt met name ten aanzien van het vereiste van vrije overdraagbaarheid, de mogelijkheid van verhaal door schuldeisers op goederen van de schuldenaar en (andere aspecten van) de *numerus clausus*. Op de relatie tussen deze beginselen van het goederenrecht en de mogelijkheid van daarmee samenhangende voorwaarden zal ik mij in deze paragraaf richten.

Voor de bespreking in deze paragraaf zijn nog de volgende drie kwesties van belang. De presumptie dat het goederenrecht in zijn algemeenheid – derhalve buiten het thans besproken verband van voorwaardelijkheid – beperkingen kent respectievelijk de hierna besproken specifieke beperkingen daarvan deel uitmaken, vormt geen onderdeel van dit onderzoek. Ik zal dit uitgangspunt derhalve slechts onderbouwen door beperkte verwijzingen naar de PG en de literatuur, maar niet inhoudelijk. De in deze paragraaf te bespreken kernvraag betreft uitsluitend of de bedoelde goederenrechtelijke beperkingen tevens inhouden, dat ook de mogelijke inhoud van voorwaarden in een zelfde zin wordt beperkt.

Een tweede kwestie waar ik op wil wijzen is dat uitsluitend op het eerste gezicht de verschillende goederenrechtelijke beginselen goed van elkaar zijn te onderscheiden. Tussen deze beginselen bestaat echter wel degelijk samenhang en een zekere mate van overlapping. Dat geldt in dat verband ook voor

125 Zie § 11.1.4. In de lange periode waarin het OBW gelding had werd deze goederenrechtelijke werking merendeels aanvaard, maar helemaal onbetwist was deze in de eerste helft van de vorige eeuw niet. Zie § 11.2.4.

126 In dezelfde zin: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 95, 96.

de daaruit voortvloeiende beperkingen aan voorwaardelijkheid. Bij de onderstaande bespreking houd ik ten behoeve van de leesbaarheid vast aan dit onderscheid, maar de verschillende deelonderwerpen kunnen eigenlijk niet los van elkaar worden gezien.

Tot slot blijkt de omvang van de aandacht voor beperkingen aan voorwaarden uit hoofde van het goederenrecht in de verschillende onderzochte stelsels sterk te verschillen. In de moderne Nederlandse literatuur bestaat in elk geval de nodige interesse. In de Duitse literatuur is deze vrijwel geheel beperkt tot de kwestie van het in goederenrechtelijke zin onoverdraagbaar maken van goederen door middel van voorwaarden. In de literatuur onder het OBW en de Zwitserse literatuur ontbreekt eigenlijk iedere aandacht. Het OBW en het Zwitsers recht hebben ons derhalve weinig te bieden ter zake het thans voorliggende onderwerp en komen daarom slechts zijdelings aan bod.

Geldend recht

Overeenkomstig hetgeen ik in de inleiding van deze paragraaf stelde, worden door de literatuur uit het goederenrecht een aantal beperkingen afgeleid met betrekking tot de inhoud van voorwaarden. Zo komt bijvoorbeeld Struycken tot de conclusie dat drie beginselen van het goederenrechtelijke systeem de kaders vormen waarbinnen voorwaarden goederenrechtelijke werking kunnen hebben: de (vrije) overdraagbaarheid van goederen, de *paritas creditorum* en de onmogelijkheid van een tijdelijke overdracht (art. 3:85 BW).¹²⁷ Dit zijn derhalve de drie grenzen waar in de visie van Struycken voorwaarden die in samenhang met een beschikking goederenrechtelijke werking dienen te hebben, niet aan kunnen afdoen. In de literatuur vinden we daarnaast nog een vierde kader: door middel van voorwaarden kunnen goederenrechtelijke bevoegdheden met betrekking tot een goed niet worden (her)verdeeld voor zover dit in strijd zou komen met de *numerus clausus*.¹²⁸

Als we voor het moment in het midden laten wat de exacte grondslag is voor deze beperkingen ten aanzien van de mogelijke inhoud van voorwaarden, dan vinden we een behoorlijk brede acceptatie van deze beperkingen. Zo wordt in de PG en door de auteurs die zich daar over uitlaten aanvaard dat (met name ontbindende) voorwaarden de mogelijkheid van toekomstige overdraagbaarheid en bezwaring in goederenrechtelijke zin niet kunnen uitsluiten.¹²⁹

127 Struycken 2007, p. 646. Enigszins onduidelijk blijft waarom Struycken ook de overdracht onder een tijdsbepaling noemt, omdat – onder erkenning van het feit dat voorwaarde en tijdsbepaling in de praktijk soms lastig van elkaar zijn te onderscheiden, zie § 2.4.5.2 – voorwaarde en tijdsbepaling in abstracto juist wel degelijk van elkaar worden onderscheiden.

128 Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 96; Scheltema 2003, p. 368 e.v. Struycken noemt deze grens overigens wel impliciet (Struycken 2007, p. 645).

129 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1202, 1273; PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1822. Bol 2011, p. 615; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 74, 96 (en eerder: Reehuis 2010, p. 14, 66); Jansen 2009, p. 622 (die daarbij overigens uitsluitend de opvattingen van andere auteurs weergeeft); Wolfert 2005, p. 455 (en eerder: Wolfert 2001, p. 37); Aertsen 2004, p. 131; Beekhoven van

Onder het OBW werd er eveneens van uitgegaan dat een partijafpraak ter zake onoverdraagbaarheid van eigendom goederenrechtelijke (maar wel obligatoire) werking kon hebben.¹³⁰ Opgemerkt zij in dat verband dat blijkens de studie van Jansen het Nederlandse recht daarmee een uitzondering vormt ten opzichte van zowel het Franse, het hierna besproken Duitse, als vermoedelijk het Belgische recht.¹³¹

Een zelfde onmogelijkheid wordt voor het Nederlandse (en incidenteel overigens ook het Zwitserse) recht regelmatig aangenomen bij een voorwaarde die een goed zou onttrekken aan het verhaal door schuldeisers van de gerechtigde.¹³² Dit zowel op basis van meer algemeen vermogensrechtelijke argu-

den Boezem 2003, p. 44; Scheltema 2003, p. 372 e.v.; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 159, 160; Brahn & Reehuis 1997, p. 66; Schoordijk 1986, p. 248-250.

Struycken is in deze terughoudender. Hij noemt in dit verband de mogelijkheid van een – uitsluitend obligatoir werkend en daarmee rechtsgeldig – kettingbeding uit hoofde waarvan het verkregen goed niet mag worden bezwaard (Struycken 2007, p. 644). De niet-doorgifte van een dergelijk beding aan een opvolgend eigenaar zou de ‘ketting’ echter verbreken. I.v.m. daarmee zou deze niet-doorgifte kunnen worden opgenomen als ‘gebeurtenis’ van een ontbindende voorwaarde, waarmee volgens hem sprake is van een indirecte beperking van de overdraagbaarheid. Struycken twijfelt over de rechtsgeldigheid van deze opzet en wijst deze derhalve niet zonder meer af.

130 Aldus Scheltema 2003, p. 285 (zie ook het literatuuroverzicht Scheltema 2003, p. 286 nt. 106); Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 160.

131 Jansen 2009, p. 622 e.v.

132 In deze zin: Abendroth 2014, p. 115 e.v.; Wibier 2013, p. 628; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 96 (en eerder: Reehuis 2010, p. 92); (genuanceerd en deels ook met erkenning van wél bestaande mogelijkheden) Van Zanten 2012, p. 402 e.v.; Wolfert 2005, p. 455, 456; Aertsen 2004, p. 132 e.v. (althans, Aertsen is i.e.g. zeer terughoudend); Brahn & Reehuis 1997, p. 67. Struycken lijkt enigszins te twijfelen over deze (on)mogelijkheid: Struycken 2007, p. 642, 644 (op p. 642 noemt Struycken deze mogelijkheid zonder eigen oordeel over de rechtsgeldigheid, op p. 644 baseert hij zijn betoog op de eventuele geldigheid daarvan, maar tegelijkertijd erkennend dat er twijfel over die rechtsgeldigheid bestaat). Ook Van Velten lijkt te twijfelen aan deze mogelijkheid (Van Velten 2012, p. 34). Beëindiging van een erfpacht- of opstalrecht u.h.v. een erfpacht- of opstalvoorwaarde inhoudende dat het beperkte recht eindigt ingeval van faillissement van de beperkt gerechtigde acht Van Velten nietig (Van Velten 2012, p. 543).

Zie echter ook: Bavinck & Van Joolingen 2005, die de ontbindende voorwaarde in een schenkingsovereenkomst van ‘faillissement’ van de begiftigde wél mogelijk achten. Zie in deze zin eveneens: Blokland 2007, p. 15; Van de Ven 2007, p. 3; Verstappen 2000, p. 289 (althans m.b.t. fidei-commissaire makingen). Wessels noemt in een ander verband het voorbeeld van een (wél goederenrechtelijk werkende) ontbindende voorwaarde van faillissement van de verkrijger (Wessels 2012, p. 27). Ook Mouthaan lijkt – buiten het geval van toepasselijkheid van de faillissementspauliana – geen probleem te zien in een dergelijk voorwaarde (Mouthaan 2013). Daarbij zij aangetekend dat zij de in § 5.2.4.3 beschreven problematiek niet ter sprake brengt.

Buiten het thans besproken goederenrechtelijke verband achtte Petit onder het OBW het onttrekken van vermogensbestanddelen aan schuldeisers mogelijk i.s.m. de goede zeden (Petit 1920, p. 272 e.v.). Ik laat die gedachte verder rusten.

Zie voor het Belgische recht: Jansen 2009, p. 623 e.v. Voor het Belgisch recht geldt volgens Jansen een onmogelijkheid van een dergelijke voorwaarde v.w.b. dit verhaal door schuldeisers. Daarmee is echter niet de eerdere overdracht ongeldig, maar wordt uitsluitend de

menten als uit hoofde van het faillissementsrecht.¹³³ Van een dergelijke voorwaarde zal sprake zijn indien deze strekt tot (retro-)overgang ten gevolge van een faillissement van de bezwaarde of beslag op het goed. Met andere woorden, de vervreemder heeft een goed aan de verkrijger geleverd onder de *ontbindende* voorwaarde van (bijvoorbeeld) het faillissement van de verkrijger of – andersom – de vervreemder heeft geleverd onder de opschortende voorwaarde van zijn eigen faillissement. Niet hetzelfde, maar wel in enige mate vergelijkbaar is het contractueel overeengekomen verval van een bestaand vorderingsrecht ingeval van het faillissement van de crediteur.¹³⁴ Een dergelijk vervalbeding zal veelal vergelijkbaar zijn met een ontbindende voorwaarde, voor zover dit beding al niet expliciet is vormgegeven als ontbindende voorwaarde. De Hoge Raad toonde zich in zijn algemeenheid terughoudend ten aanzien van de aanvaardbaarheid van een dergelijk vervalbeding in het geval de crediteur zelf reeds heeft gepresteerd. Althans in elk geval waar dit het verval van het recht uitsluitend is gegrondvest op dit faillissement van de crediteur.¹³⁵

Tot slot wordt niet mogelijk geacht de voorwaarde die zou leiden tot een herverdeling van bevoegdheden die uit hoofde van de overgang van een goed uit hoofde van de (voorwaardelijke) beschikking aan de wederpartij zouden moeten toekomen.¹³⁶ Een 'herverdeling' van bevoegdheden derhalve die – ook buiten de voormelde kaders van onoverdraagbaarheid en het uitsluiten van verhaal – in strijd zou zijn met het gesloten systeem van goederenrechtelijke rechten.

Uitsluitend Zwolve lijkt deze beperkingen niet te onderschrijven, althans in ieder geval niet waar het betreft de beperkingen die zouden voortvloeien uit de *numerus clausus*. De inhoud van voorwaarden is zijn inziens namelijk 'volledig [] overgelaten aan de vrije dispositie van partijen'.¹³⁷ Het is deze laatste gedachte die ik in overeenstemming met de voormelde literatuur in

voorwaarde voor niet-geschreven gehouden. Voor het Zwitsers recht stelt Staehelin dat een dergelijke voorwaarde in strijd zou zijn met dwingend faillissementsrecht (Staehelin 1993, p. 57).

133 Gezien de sterk algemeen vermogensrechtelijke insteek van mijn onderzoek zal ik het faillissementsrecht – bijv. v.w.b. de verhouding van de thans besproken voorwaarde en de faillissementspauliana – grotendeels buiten beschouwing laten.

134 Het verschil met de overdracht onder een voorwaarde van (bijv.) faillissement is m.n. daarin gelegen, dat de in § 5.2.4.3 omschreven bedenkingen tegen een dergelijke voorwaardelijke *overdracht* als zodanig zonder belang zijn.

135 HR 12 april 2013, LJN: BY9087. In het voorliggende geval aanvaardde de Hoge Raad het vervalbeding, juist omdat de debiteur – thans bevrijd van zijn verplichting – ook economische nadelen te dragen kreeg t.g.v. het faillissement van de crediteur. Zie voor een bespreking van dit arrest: Wibier 2013.

136 De omvang van de literatuur die zich hier over uit spreekt is duidelijk bescheidener, zie § 5.2.4.4.

137 Zwolve 2006, p. 311, 312. Tegelijkertijd wijst Zwolve wel naar Reehuis en Scheltema die de thans besproken beperkingen t.a.v. de inhoud van voorwaarden aannemen (thans: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 95-97; Scheltema 2003, p. 368 e.v.).

deze paragraaf zal bestrijden. Het *uitgangspunt* wordt overeenkomstig Zwalmes stelling en hetgeen ik in § 5.1.2 schreef inderdaad gevormd door de vrijheid van partijen ten aanzien van de inhoud van een voorwaarde, maar ook deze vrijheid kent voor het geldend recht wel degelijk zijn (goederenrechtelijke) grenzen.

Duits recht

Bij de inleiding van deze paragraaf stelde ik reeds dat de belangstelling in de Duitse literatuur voor grenzen aan mogelijke voorwaardelijkheid uit hoofde van het goederenrecht vrijwel beperkt is tot de (on)mogelijkheid van het met goederenrechtelijke effect onoverdraagbaar maken van zaken. Voor dit specifieke onderwerp is de aandacht weer opvallend groot.¹³⁸ § 137 BGB bevat in dit verband het wettelijke en in de Duitse literatuur ook algemeen aanvaarde uitgangspunt dat de overdraagbaarheid van een goed door partijen niet met goederenrechtelijke werking kan worden uitgesloten.¹³⁹ Overeenkomstig het in § 5.2.4.2 besproken art. 3:83 lid 1 BW heeft § 137 BGB een brede strekking.¹⁴⁰ Een uitsluitend obligatoire verplichting tot een niet beschikken is echter ook naar Duits recht mogelijk.

Ondanks § 137 BGB bedient de Duitse praktijk zich echter van de constructie, daarin gesteund door een belangrijk deel van de literatuur en ook de rechtspraak, waarbij over roerende zaken wordt beschikt onder de ontbindende voorwaarde van een opvolgende overdracht door de aanvankelijke verkrijger.¹⁴¹ Een voorwaarde die ook in dit verband goederenrechtelijke werking heeft, waarmee de 'verkrijging' door de derde direct en van rechtswege eindigt (voor zover al van een verkrijging gesproken kan worden) en de eigendom van de zaak terugvalt aan de verwachter respectievelijk oorspronkelijke eigenaar. Daarmee lijkt in ieder geval de strekking van § 137 BGB te worden ontlopen.

138 Ik wijs in deze m.n. op het *Habilitationsschrift* van Berger (Berger 1998), die o.m. de relatie tussen voorwaarden en ev. goederenrechtelijke onoverdraagbaarheid uitgebreid onderzocht (p. 168 e.v.).

139 Zie over deze wetsbepaling ook: Struycken 2007, p. 181 e.v.

In de Duitse literatuur wordt overigens gesteld dat deze onmogelijkheid niet alleen geldt voor de eigendom van een zaak zelf, maar ook t.a.v. het Anwartschaftsrecht van de verwachter m.b.t. die eigendom na een eerdere opschortend voorwaardelijke overdracht (Staudinger/Bork 2010, p. 329; Vieweg & Werner 2010, p. 348).

140 Bamberger/Roth/Wendtland 2007, p. 508, 509; Jansen 2009, p. 583.

141 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 135; Jauernig/Mansel 2014, p. 94 (Mansel wijst deze mogelijkheid zelf af, maar onderkent dat deze de heersende leer vormt); PWW/Ahrens 2014, p. 163; Bamberger/Roth/Wendtland 2012, p. 520 e.v.; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 96; HKK/Dorn 2003, p. 701 e.v. (zie m.n. ook het uitgebreide literatuur- en jurisprudentieoverzicht op p. 702); HKK/Finkenauer 2003, p. 914; Staudinger/Köhler 2003, p. 198; Wolf 1999, p. 236; Flume 1992, p. 363 (Flume spreekt van de 'überwiegenden Meinung', maar wijst deze af). Ook Scheltema stelt dat een vervreemdingsverbod met goederenrechtelijke werking in strijd is met § 137 BGB (Scheltema 2003, p. 222). Zie over deze kwestie tevens: Jansen 2009, p. 623; Scheltema 2003, p. 218 e.v.

Een opzet waarbij § 137 BGB in materieel opzicht eveneens ter zijde wordt gesteld, bestaat ook ten aanzien van onroerende goederen. Daarbij speelt nog de bijzonderheid dat onroerende goederen naar Duits (en Zwitsers) recht überhaupt niet kunnen worden overgedragen onder voorwaarde.¹⁴² Bij deze opzet wordt een persoonlijk vorderingsrecht tot teruglevering aan de oorspronkelijke vervreemder overeengekomen onder de opschortende voorwaarde dat de (aanvankelijke) verkrijger de onroerende zaak aan een derde overdraagt. Een uitsluitend obligatoire en daarmee ook naar Duits recht zonder meer toegestane figuur derhalve. Een dergelijke voorwaardelijke vordering tot teruglevering kan echter in de heersende leer door middel van een *Vormerkung* worden ingeschreven.¹⁴³ Dankzij deze *Vormerkung* verkrijgt de vordering tot teruglevering in die zin goederenrechtelijk effect, dat de derde (opvolgende verkrijger van het onroerend goed) het recht op levering van de oorspronkelijke vervreemder tegen zich moet laten gelden. Ondanks § 137 BGB en ondanks de onmogelijkheid van een 'voorwaardelijke' overdracht wordt daarmee in materieel opzicht een situatie bereikt, die in elk geval veel lijkt op een overdracht onder de ontbindende voorwaarde van een opvolgend beschikken over het verkregen goed door de verkrijger. Ook op deze constructie bestaat de nodige kritiek, maar niettemin wordt deze in de heersende leer en in de rechtspraak aanvaard.¹⁴⁴

We zien derhalve dat het Duitse recht wel degelijk – sinds lange tijd bekritiseerde maar vooralsnog voor het geldend recht wel steeds aanvaarde – mogelijkheden kent om door middel van voorwaarden een goed in ieder geval in materiële zin onoverdraagbaar te maken. Hét in de Duitse literatuur gehanteerde argument tegen deze mogelijkheden is dat zij in strijd zouden zijn met de strekking van § 137 BGB of ook de in dit wetsartikel neergelegde norm zelf.¹⁴⁵ Dit uit hoofde van de functie van § 137 BGB gericht op vrijheidsbescherming van de verkrijgende partij alsmede een vrij goederenverkeer.¹⁴⁶ Daarbij wordt

¹⁴² Zie § 5.3.2.1.

¹⁴³ Dit was overigens juist ook de overweging van de tweede commissie die het ontwerp van het BGB opstelde om iedere mogelijkheid van beschikken onder voorwaarde af te wijzen; naast de mogelijkheid van de *Vormerkung* van een voorwaardelijke koop zou een voorwaardelijk beschikken overbodig zijn (HKK/Finkenauer 2003, p. 893).

¹⁴⁴ Jauernig/Mansel 2014, p. 94; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 96; HKK/Dorn 2003, p. 703 (met uitgebreid literatuuroverzicht); Wolf 1999, p. 236 (met enige nuancerings). In deze zin ook: BGH 5 december 1996, NJW 1997, 861.

¹⁴⁵ HKK/Dorn 2003, p. 702; Staudinger/Köhler 2003, p. 198; Wolf 1999, p. 236 (Wolf aanvaardt een dergelijke voorwaarde echter wel); Flume 1992, p. 363.

Naast deze onderbouwing wordt ook het wetssystematische argument gehanteerd dat § 137 BGB zou prevaleren boven § 158 BGB (HKK/Dorn 2003, p. 702). Een verdere onderbouwing van dit standpunt ontbreekt echter.

¹⁴⁶ Hk-BGB/Dörner 2014, p. 135; PWW/Ahrens 2014, p. 163; Wolf 1999, p. 233. Ahrens en Wolf overigens uitsluitend v.w.b. het vrije goederenverkeer. De persoonlijke vrijheid als een door § 137 BGB beschermde norm wijzen beiden af.

aan de economische functie van dit vrije goederenverkeer nog een tweede aspect verbonden, namelijk de verhaalbaarheid van schulden op het gehele vermogen van de gerechtigde tot het betreffende goed.¹⁴⁷ De onmogelijkheid van overdraagbaarheid treft ook de mogelijkheid van een dergelijk verhaal, waar deze schuldeisers immers eveneens geconfronteerd worden met de onmogelijkheid goederen uit te winnen door middel van executie en de daaruit volgende (beoogde) overdracht aan derden.

Deze argumenten worden door andere auteurs weersproken ten faveure van het door middel van voorwaarden onoverdraagbaar kunnen maken. De achterliggende gedachte is dat § 137 BGB (uitsluitend) strekt tot bescherming van de *numerus clausus* of in elk geval niet rechtstreeks tot bescherming van de vorenbedoelde vrijheidsbescherming en een vrij goederenverkeer.¹⁴⁸ Van strijd met de *numerus clausus* zou bij een dergelijke onoverdraagbaarheid geen sprake zijn, omdat deze voorwaardelijkheid niet zou leiden tot een splitsing van de beschikkingsbevoegdheid en de gebruiksrechten met betrekking tot het goed.¹⁴⁹ Maar ook voor zover dit laatste toch niet juist zou zijn, wordt hierin geen frictie met de *numerus clausus* gezien. De goederenrechtelijke werking van voorwaarden vloeit – in elk geval voor wat betreft het aspect van het verval van tussenbeschikkingen – expliciet voort uit de wet (§ 161 BGB), waarmee reeds per definitie geen strijd met het gesloten stelsel zou bestaan.¹⁵⁰ Wat van deze onderbouwing ook moge zijn, een werkelijke betwisting van de opvatting dat een onoverdraagbaarheid door middel van voorwaarden in strijd is met in elk geval de *strekking* van § 137 BGB vormen deze niet.¹⁵¹ Evenmin is sprake van een materiële betwisting van de voormelde argumenten tegen de mogelijkheid om onoverdraagbaarheid te creëren door middel van voorwaarden. De discussie spitst zich in deze immers uitsluitend toe op de vraag, wat de dogmatische betekenis is van § 137 BGB. Juist deze betekenis is echter omstreden, zo zagen we.¹⁵²

Naast de vorenstaande argumentaties waarom een voorwaarde die leidt tot onoverdraagbaarheid mogelijk zou zijn, vinden we verspreid nog andere argumenten. Een enkele maal wordt in de literatuur gesteld dat een (toegesta-

147 PWW/Ahrens 2014, p. 163 (wijzend op executieverkoop); Jansen 2009, p. 584; HKK/Dorn 2003, p. 700; Staudinger/Kohler 2003, p. 199 (die deze opvatting zelf afwijst); Wolf 1999, p. 233; Flume 1992, p. 363.

148 Bamberger/Roth/Wendtland 2012, p. 520 e.v.; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 95; HKK/Dorn 2003, p. 702; Staudinger/Kohler 2003, p. 198, 199.

Ook Flume onderschrijft dat § 137 BGB een weergave vormt van de *numerus clausus*, maar verdedigt dat de ontbindende voorwaarde van beschikken toch in strijd is met deze bepaling (Flume 1992, p. 362, 363).

149 Bamberger/Roth/Wendtland 2012, p. 522; HKK/Dorn 2003, p. 702; Staudinger/Kohler 2003, p. 199.

150 Jansen 2009, p. 623. Een argument dat voor het Nederlandse recht overigens ook door Aertsen wordt gehanteerd (Aertsen 2004, p. 132).

151 Hetgeen soms ook in de Duitse literatuur gesteld wordt: HKK/Dorn 2003, p. 703.

152 Zie verder ook: Staudinger/Kohler 2003, p. 187 e.v.

ne) obligatoire uitsluiting van toekomstige overdracht door middel van een rechterlijk vonnis 'goederenrechtelijk' gesecuriseerd kan worden, waarmee hetzelfde effect zou worden behaald als bij een voorwaarde met een dergelijke inhoud. Met andere woorden, waar een obligatoire onoverdraagbaarheid via de rechter goederenrechtelijke werking kan verkrijgen, bestaat geen materiële reden om langs andere weg – de voorwaarde – niet hetzelfde te bereiken. Het argument heeft echter (voor zover al juist)¹⁵³ een veel bredere strekking. Het vindt immers toepassing op § 137 BGB als geheel (derhalve op alle aspecten verbonden aan de *numerus clausus*) en niet specifiek op de thans besproken opzet van voorwaardelijkheid. Het is dan ook de vraag hoeveel gewicht dit argument zou moeten hebben bij de vraag van de toelaatbaarheid van een dergelijke voorwaarde.

Vanuit Nederlandse optiek wellicht interessanter is de genuanceerde opvatting van Medicus en Wolf. Uitgangspunt voor beiden vormt § 137 BGB, waarmee onoverdraagbaarheid door middel van voorwaarden niet mogelijk is. Daarbij wijzen zij er echter op dat er wel degelijk een verschil bestaat tussen het onoverdraagbaar maken *sec* en de situatie waarin de vervreemder zelf een vorderingsrecht op het overgedragen goed behoudt. Het in goederenrechtelijke zin secureren van (de nakoming van) dit vorderingsrecht tot teruglevering door middel van onoverdraagbaarheid uit hoofde van een ontbindende voorwaarde achten beiden geoorloofd, ook omdat het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van een voorwaarde met § 161 BGB uit de wet zelf volgt.¹⁵⁴ In § 5.2.4.2 kom ik hier op terug.

Een door andere auteurs gehanteerd argument bestaat daaruit dat ten gevolge van een beschikken de 'onoverdraagbaarheid' steeds eindigt. De verkrijgende partij zal zich immers in geval van toepasselijke derdenbescherming kunnen beroepen op de onvoorwaardelijke verkrijging van het goed, dan wel keert dat goed door het intreden van de voorwaarde onvoorwaardelijk terug in het vermogen van de verwachter respectievelijk oorspronkelijke vervreemder.¹⁵⁵ Impliciet wordt daarmee gesteld dat de onoverdraagbaarheid niet zozeer het goed zelf betreft, maar uitsluitend de omstandigheid waarbij het goed zich in het vermogen van de oorspronkelijke verkrijger respectievelijk bezwaarde bevindt.

Tot slot wordt de opvatting dat de onoverdraagbaarheid leidt tot onmogelijkheid van verhaal door schuldeisers bestreden met het argument, dat een executie door deze schuldeisers leidt tot terugval aan de oorspronkelijke vervreemder, waarna het goed door schuldeisers van deze laatste wel kan worden uitgewonnen.¹⁵⁶ Een in die zin opvallend argument dat het vanzelf-

153 De mogelijkheid van een dergelijk *gerichtliches Veräußerungsverbot* is naar Duits recht omstreden, zie: HKK/Dorn 2003, p. 703, 705, 706.

154 Medicus 2010, p. 349; Wolf 1999, p. 236.

155 Bamberger/Roth/Wendtland 2012, p. 522; Staudinger/Kohler 2003, p. 199.

156 Staudinger/Kohler 2003, p. 199.

sprekend op geen enkele wijze afbreuk doet aan het gegeven dat schuldeisers van de aanvankelijke verkrijger zich niet op het goed kunnen verhalen.¹⁵⁷

Samengevat wordt de kern van de Duitse discussie gevormd door de vraag wat de theoretische betekenis van § 137 BGB is en of een voorwaarde van verdere beschikking strijdig is met deze betekenis.

Voor wat betreft de bespreking van de onderwerpen in de volgende drie paragrafen zij overigens nogmaals opgemerkt dat ik weliswaar in verband met de verschillende argumentaties een onderscheid tussen deze onderwerpen heb gemaakt, maar dat tussen deze onderwerpen wel degelijk een sterke samenhang bestaat. De onderstaand besproken onderwerpen zouden dan ook in hun onderlinge verband gelezen moeten worden.

5.2.4.2 Beperkingen uit hoofde van de vrije overdraagbaarheid

Bij de bespreking van het Nederlands geldend recht in § 5.2.4.1 zagen we dat blijkens de literatuur en PG voorwaarden een beschikken over een goed door de rechthebbende in goederenrechtelijke zin niet onmogelijk kunnen maken. Deze benadering zal ik thans verder uitwerken. In art. 3:83 lid 1 BW is het uitgangspunt neergelegd dat over eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten kan worden beschikt.¹⁵⁸ Weliswaar bestaan op dit uitgangspunt een aantal uitzonderingen – uit de wet of de aard van het recht kan anders voortvloeien en op grond van art. 3:83 lid 2 kunnen schuldeiser en schuldenaar de overdraagbaarheid van een vorderingrecht uitsluiten¹⁵⁹ – maar voor zover

157 Ook Jansen komt tot de conclusie dat het Duitse recht geen probleem heeft met een ontbindende voorwaarde van vervreemding aan een derde, waarmee verhaal door schuldeisers in het gedrang komt (Jansen 2009, p. 623 e.v.).

158 Daaronder is derhalve tevens begrepen de mogelijkheid tot vestiging van beperkte rechten, zie PG Boek 3, MvA II, p. 315. In gelijke zin: Beekhoven van den Boezem, die toepassing op beperkte rechten tevens afleidt uit art. 3:98 jo 3:83 BW (Beekhoven van den Boezem 2003, p. 41).

159 Partijen kunnen de (on)overdraagbaarheid van vorderingsrechten naar alle waarschijnlijkheid ook ontbindend of opschortend voorwaardelijk overeenkomen (in deze zin: Verhagen & Rongen 2000, p. 110). Afhankelijk van het al dan niet intreden van de voorwaarde is de vordering alsdan wel of juist niet overdraagbaar. Als immers de vordering geheel overdraagbaar of onoverdraagbaar kan zijn, valt niet in te zien waarom daarvan onder specifieke omschreven omstandigheden niet zou kunnen worden afgeweken. Het vorenstaande laat onverlet dat een dergelijk beding van onoverdraagbaarheid uitsluitend kan ontstaan door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar. Bij een latere cessie van een overdraagbare vordering kan een (opvolgende) vervreemding door de verkrijger van die vordering daarentegen niet met goederenrechtelijk effect worden uitgesloten. Dit laatste is immers geen toegestane wettelijke uitzondering op art. 3:83 lid 1 BW (in gelijke zin: Scheltema 2003, p. 378). Voor deze overdraagbare vordering geldt derhalve hetzelfde als voor de overige goederen, óók v.w.b. de thans besproken 'voorwaarde' die een verder beschikkingen zou treffen.

daarvan geen sprake is, kan aan dit uitgangspunt in *goederenrechtelijke* zin niet worden getornd.¹⁶⁰

In de literatuur is gesteld dat art. 3:83 lid 1 BW een brede strekking heeft.¹⁶¹ De weerslag van die gedachte kunnen we bijvoorbeeld zien in art. 6:252 lid 5 BW, dat bepaalt dat een kwalitatieve verplichting de beschikkingsbevoegdheid van een rechthebbende niet kan 'beperken'.¹⁶² De omweg van een uitsluitend obligatoir beding ter zake een niet-beschikken door middel van kwalitatieve werking alsnog goederenrechtelijk effect geven, is daarmee door de wetgever afgesloten. Dat inderdaad sprake is van een dergelijke brede strekking vinden we in de PG ook specifiek in verband met voorwaarden vermeld: een overdracht kan plaatsvinden onder een ontbindende of opschortende voorwaarde, 'waarbij echter aandacht verdient dat deze niet zo ver mag gaan dat zij kan worden opgevat als een op grond van artikel 3.4.2.1 lid 1 [art. 3:83 lid 1 BW, HS] niet toegelaten uitsluiting van overdraagbaarheid'.¹⁶³

In het erfrecht vinden we een bepaling waarbij de brede strekking van art. 3:83 lid 1 BW zelfs is toegespitst op voorwaarden. Art. 4:45 lid 2 BW legt expliciet het verband tussen de (dwingende) overdraagbaarheid respectievelijk mogelijkheid tot bezwaring van goederen en de onmogelijkheid van de testateur die bevoegdheid van de toekomstige erfgenaam of legataris door middel van een voorwaarde uit te sluiten. Het lijkt geen twijfel dat ook deze erfrechte-

160 In deze zin: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 73, 74 96 (en eerder: Reehuis 2010, p. 13, met literatuuroverzicht); Beekhoven van den Boezem 2003, p. 41; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 159, 160. Beperkingen van uitsluitend obligatoire aard worden niet door de werking van het wetsartikel getroffen: Reehuis 2010, p. 17; Wolfert 2005, p. 455; Van Engelen 2003, p. 25; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 160, 162; Snijders 1997, p. 89; Schoordijk 1986, p. 250.

Meer in zijn algemeenheid stelt de PG dat (uitsluitend) obligatoire verplichtingen van de verkrijger jegens de vervreemder of een derde ter zake het verkregen goed – de PG noemt als voorbeelden het genot van het goed en de vruchten daarvan – geen strijd opleveren met het fiduciaverbod. Ook andersom, de vervreemder blijft obligatoir verplicht de lasten ter zake het overgedragen goed voor zijn rekening te nemen, bestaat geen strijd met art. 3:84 lid 3 BW (PG Boek 3, MvA II, p. 318). Dit volgt ook uit HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (Sogelease). De Hoge Raad stelt in dit arrest dat louter persoonlijke rechten en verplichtingen van een partij t.a.v. een goed geen strijd opleveren met art. 3:84 lid 3 BW, terwijl rechten met zakelijke werking die in het leven worden geroepen op een niet door de wet voorziene wijze wél strijd met het gesloten stelsel van het zakenrecht opleveren. Het gaat bij deze vaststelling van de Hoge Raad derhalve om de tegenstelling tussen persoonlijke en (beoogde) goederenrechtelijke rechten en verplichtingen. T.a.v. art. 4:45 lid 2 BW wordt in de literatuur overigens aangenomen dat deze bepaling wel degelijk óók uitsluitend obligatoire vervreemdingsverbanden treft.

161 In deze zin o.a.: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 74 (en eerder: Reehuis 2010, p. 14); Jansen 2009, p. 622; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 160.

162 Uit de PG blijkt ook dat art. 6:252 lid 5 gezien wordt als in overeenstemming met de strekking van art. 3:83 BW (PG Boek 6, MvA II, p. 944, 945). Zie verder Van Oostrom-Streep, die constateert dat het slechts moeilijker maken van vervreemding niet getroffen wordt door dit verbod (Van Oostrom-Streep 2006, p. 57, 58).

163 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1202.

lijke bepaling een nadere uitwerking vormt van de strekking van art. 3:83 lid 1 BW, ook al is dit niet als zodanig in de PG verwoord.¹⁶⁴ Uit dit art. 4:45 lid 2 BW volgt bovendien dat de bedoelde onmogelijkheid eveneens brede toepassing vindt, waar immers expliciet ook de *strekking* om die bevoegdheid door middel van een voorwaarde uit te sluiten voor niet geschreven wordt gehouden. Dit alles in overeenstemming met het OBW waar naar aanleiding van art. 931 hetzelfde werd aangenomen.¹⁶⁵ Tot slot vinden we buiten het vorenstaande incidenteel nog argumenten die in dezelfde richting wijzen.¹⁶⁶

We vinden derhalve de strekking van art. 3:83 lid 1 BW op andere plaatsen in de wet en in de PG terug. De wetgever is dus behoorlijk stellig in zijn opvatting dat de mogelijkheid van beschikken niet met goederenrechtelijk effect kan worden uitgesloten, voor het erfrecht zelfs als expliciete wetsbepaling in Boek 4 ook niet door middel van voorwaarden. Zoals ik reeds in de inleiding van deze paragraaf stelde, vormt de vraag waarom dergelijke beperkingen in het goederenrecht bestaan geen onderdeel van dit onderzoek. Wel doet zich in het kader van deze studie de vraag voor of er inhoudelijke argumenten zijn waarom deze beperkingen inderdaad ook van betekenis zouden moeten zijn voor de mogelijke inhoud van voorwaarden dan wel waarom dat juist niet het geval zou moeten zijn. We nemen de verschillende argumenten door, te beginnen met de vraag of uit het begrip van de voorwaarde zélf argumenten

¹⁶⁴ Dat art. 4:45 lid 2 BW inderdaad een uitwerking van art. 3:83 lid 1 BW is, blijkt bijv. uit de oorspronkelijke maar uiteindelijk vervallen ontwerp-bepaling van art. 4.3.1.5 OM: 'Behoudens hetgeen hierna omtrent een onderbewindstelling is bepaald, wordt een beschikking waarbij de erflater door hem nagelaten goederen onvervreemdbaar verklaart, voor niet geschreven gehouden'. We zien in deze redactie het bredere toepassingsbereik van de ontwerp-bepaling en daarmee tevens duidelijk de aansluiting bij art. 3:83 lid 1 BW. Blijkens de TM had Meijers bij dit art. 4.3.1.5 OM overigens uitdrukkelijk mede het oog op ontbindende voorwaarden (PG Boek 4, TM, p. 273). In de MvA lezen we dat de ontwerp-bepaling eigenlijk m.n. van belang werd geacht voor de voorwaarde (en de last), waaruit de herredactie tot het huidige art. 4:45 lid 2 BW volgde (PG Boek 4, MvA I, p. 274).

¹⁶⁵ Asser/Meijers-Van der Ploeg 1980, p. 129.

¹⁶⁶ Ik wijs bijv. op art. 5:91 BW uit hoofde waarvan een erfpachter eventueel gehouden is toestemming van de (bloot) eigenaar te verkrijgen om diens erfpachtrecht te kunnen overdragen. Een toestemmingsvereiste met in die zin goederenrechtelijk effect dat het ontbreken daarvan de overdracht van het erfpachtrecht ook goederenrechtelijk blokkeert. Aan het verlenen van die toestemming kan blijkens de wetsgeschiedenis door de eigenaar een voorwaarde worden verbonden (PG Boek 5, MO, p. 314). Een voorwaarde derhalve die er toe kan leiden dat de vereiste toestemming (alsnog) ontbreekt en daarmee ook de overdracht blokkeert. O.b.v. vorenbedoelde wetsgeschiedenis kan volgens het Hof Leeuwarden de inhoud van die eventuele voorwaarde echter slechts bestaan uit vereisten die de persoon van de opvolgende erfpachter betreffen, alsmede de wijze waarop de in erfpacht uitgegeven grond moet worden gebruikt (Hof Leeuwarden 14 januari 2010, NJ 2010, 236). Ik zou denken dat het hof hier de eventuele onmogelijkheid om in goederenrechtelijk opzicht over een erfpachtrecht te beschikken in lijn met art. 3:83 lid 1 BW zoveel mogelijk heeft willen beperken.

zijn te ontlenen pro of contra een dergelijke voorwaarde van een niet verder beschikken.

In het verband van deze laatste vraag begin ik met de conclusie: de onmogelijkheid om een toekomstig beschikken door middel van voorwaarden met goederenrechtelijk effect uit te sluiten is geen consequentie van de figuur van de voorwaarde zelf. Dat volgt op de eerste plaats uit de inhoud van een voorwaarde – de *gebeurtenis* – die immers qua mogelijke invulling eigenlijk onbegrensd is. Er ontbreken argumenten waarom de onzekere gebeurtenis van een opvolgende beschikking op zich niet deze inhoud zou kunnen hebben.¹⁶⁷ We zouden daarentegen wel in enige mate kunnen twijfelen of daadwerkelijk stééds sprake is van een situatie van onzekerheid. Onzekerheid in objectieve zin is in ieder geval aanwezig, omdat de mogelijkheid van een eventueel toekomstig beschikken zonder meer bestaat. Het lijkt echter enigszins de vraag of partijen tevens in subjectieve onzekerheid zouden verkeren. Zij zouden er immers, blijkens de bedoelde consequenties van het intreden van de voorwaarde met (beoogd) goederenrechtelijke werking, wellicht juist van uit kunnen gaan dat de voorwaarde helemaal nooit zal intreden. Voor zover juist bewerkstelligt de voorwaarde daarmee opvallend genoeg juist het tegendeel: subjectieve onzekerheid komt te ontbreken, waarmee in de heersende visies tevens iedere voorwaardelijkheid zou komen te ontbreken.¹⁶⁸ Ik laat het punt rusten, omdat een dergelijk ontbreken van subjectieve onzekerheid in individuele gevallen nog geen principiële onmogelijkheid van een dergelijke voorwaarde betekent.

Ook beredeneerd vanuit de functie die voorwaarden in zijn algemeenheid kunnen hebben in relatie tot de specifieke functie van het onmogelijk maken van een verder beschikken, volgt een dergelijke onmogelijkheid niet. In § 2.2 heb ik de verschillende functies van voorwaarden in het rechtsverkeer en de dogmatiek besproken. Van dé functie van voorwaarden bestaande uit het verdisconteren van onzekerheid in de rechtsverhouding is bij de voorwaarde van een verder beschikken uiteraard geen sprake. Het gaat partijen immers helemaal niet om de onzekerheid als zodanig, maar om het gegeven dat de goederenrechtelijke werking van voorwaarden leidt tot securisatie van de positie van de partij die belang stelt in het onvervreemdbaar maken van het goed. Zoals we in voormelde paragraaf zagen, wordt een dergelijke functie van goederenrechtelijke securisatie door middel van voorwaarden in ieder geval als uitgangspunt aanvaard. Ook hierin vinden we derhalve geen argument waarom de figuur van de voorwaarde aan de besproken onmogelijkheid van een verder beschikken in de weg zou staan. Andere argumenten afgeleid

¹⁶⁷ Zie § 2.5 v.w.b. de inhoud van voorwaarden.

¹⁶⁸ Zie § 2.4.3 en § 4.1.3.2. Overigens heb ik in laatstvermelde paragraaf besproken dat het vereiste van subjectieve onzekerheid gericht is op het kunnen laten *ontstaan* van voorwaardelijkheid. Dat is toch wat anders dan het laten *voortbestaan* van een eenmaal tot stand gekomen voorwaardelijkheid, waar thans sprake van is.

uit de voorwaarde zélf die de mogelijkheid zouden uitsluiten van een toekomstig beschikken door middel van voorwaarden ontbreken eveneens.

Terecht wordt deze in de Nederlandse literatuur aangenomen onmogelijkheid dan ook niet onderbouwd uit hoofde van de figuur van de voorwaarde zelf, maar met argumenten ontleend aan de in het BW neergelegde goederenrechtelijke uitgangspunten. De eerste daarvan wordt gevormd door het in art. 3:83 lid 1 BW neergelegde uitgangspunt van de in goederenrechtelijke zin dwingende overdraagbaarheid van – of beter: mogelijkheid van beschikking over – eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten. Weliswaar is inderdaad sprake van een 'uitgangspunt' – uit de wet kan anders voortvloeien – maar overigens vindt de bepaling als gezegd brede toepassing. Art. 3:83 lid 1 BW lijkt daarmee het equivalent van het vorenbesproken Duitse § 137 BGB.

Volgens een aantal auteurs zou deze zelfde dwingende mogelijkheid van toekomstig beschikken door de verkrijger echter tevens volgen uit art. 3:84 lid 3 BW.¹⁶⁹ De onmogelijkheid van een dergelijk beschikken zou namelijk leiden tot het ontbreken van de strekking het goed in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, waarmee de aanvankelijke (beoogde) overdracht niet tot stand komt. Uit hoofde van de PG valt inderdaad veel voor dit standpunt te zeggen. Bij art. 3:84 lid 3 BW wordt in dat verband gesteld: 'Rechtshandelingen waarbij partijen in de vorm van overdracht de ander slechts beperkte bevoegdheden ten aanzien van het goed willen geven, kunnen dus niet tot een geldige overdracht leiden'.¹⁷⁰ En even verder: 'Aldus keert het lid zich tegen rechtshandelingen waarbij de uit een recht voortvloeiende bevoegdheden in de vorm van een "overdracht" op andere wijzen over de betrokkenen zouden worden verdeeld dan door de wet of het stelsel van de wet wordt toegelaten. Wanneer de rechter een zodanig figuur aantreft, zal hij moeten aannemen dat wegens het ontbreken van een voldoende titel geen geldige overdracht van het goed tot stand kwam'. Tot slot vinden we in de PG dat met de in art. 3:84 lid 3 BW opgenomen bewoordingen van 'het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen' is bedoeld, dat partijen dienen te kiezen tussen een echte overdracht waardoor het goed *volledig* in het vermogen van de verkrijger valt, dan wel een volledig obligatoire verhouding.¹⁷¹

Op de eerste plaats lezen we in het vorenstaande vanzelfsprekend het fiduciaverbod met de sanctie van nietigheid van de door partijen beoogde overdracht. Terecht stelt Wolfert echter de vraag wat precies onder het voornoemde *in iemands vermogen vallen* moet worden verstaan.¹⁷² Volgens haar heeft dit twee aspecten. Op de eerste plaats moeten schuldeisers van de recht-

169 Reehuis 2010, p. 92; Wolfert 2005, p. 455 (en eerder: Wolfert 2001, p. 37). Wolfert ziet in de in deze paragraaf besproken onmogelijkheid van voorwaarden t.a.v. verdere vervreemding e.d. zelfs het enige belang van art. 3:84 lid 3 BW (Wolfert 2001, p. 37).

170 PG Boek 3, MvA II, p. 319.

171 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1200.

172 Wolfert 2005, p. 455.

hebbende zich op het goed kunnen verhalen. Dit aspect bespreek ik in § 5.2.4.3. Daarnaast dient de rechthebbende de bevoegdheden te verkrijgen die door de wet of het systeem aan het goed worden toegekend. Daaronder valt volgens Wolfert mede de bevoegdheid van de rechthebbende over het verkregen goed te beschikken.¹⁷³

Inderdaad vinden we in de PG opgemerkt dat art. 3:84 lid 3 BW 'overdrachten belet uit hoofde van een titel die beoogt de verkrijger bij voorbeeld *niet volledig* [cursivering HS] beschikkingsbevoegd te maken'.¹⁷⁴ En andersom stelt de PG ook dat uit een geldige overdracht van een goed voortvloeit, dat 'slechts deze [de verkrijger, HS] daarover kan beschikken'.¹⁷⁵ Overeenkomstig hetgeen Wolfert betoogt, wordt het bedoelde 'in iemands vermogen vallen' door de wetgever derhalve mede gezien in deze overdraagbaarheid door de verkrijger.¹⁷⁶ Als we de wetgever in zijn zienswijze op art. 3:84 lid 3 BW willen volgen, is het in goederenrechtelijke zin onoverdraagbaar maken van een goed evenmin uit hoofde van art. 3:83 lid 1 BW toegestaan, vorderingsrechten uitgezonderd. Het in het thans besproken verband interessante aan art. 3:84 lid 3 BW is daarbij dat in de visie van de wetgever en tenminste een deel van de literatuur deze strekking van dwingende overdraagbaarheid duidelijk ook geldt voor de situatie, waarin de 'verkrijging' van een goed gepaard zou moeten gaan met een verdere onoverdraagbaarheid daarvan. Anders dan art. 3:83 lid 1 BW is art. 3:84 lid 3 BW immers juist gericht op de figuur van overdracht.

Als we de thans besproken (on)mogelijkheid van het creëren van onoverdraagbaarheid door middel van voorwaarden aan het vorenstaande toetsen, dan volgt daaruit het volgende. Een dergelijk onoverdraagbaar maken zal waarschijnlijk in strijd zijn met de strekking van art. 3:83 lid 1 BW. Het gevolg is immers dat materieel beschouwd door de verkrijger niet over het goed kan worden beschikt en het heeft er alle schijn van dat precies dát door de wetbepaling wordt uitgesloten. Wellicht zou echter dezelfde vorenbeschreven discussie als in de Duitse rechtskring gevoerd kunnen worden ter zake de betekenis van § 137 BGB, zodat toch enige twijfel resteert of art. 3:83 lid 1 BW inderdaad in de weg staat aan een materiële onoverdraagbaarheid door middel van voorwaarden. Met betrekking tot art. 3:84 lid 3 BW hoeven we echter, als we althans uitgaan van de PG, ons helemaal niet af te vragen wat onder een dergelijke strekking zou moeten worden begrepen; de norm van deze wetbepaling verbiedt een dergelijke 'voorwaardelijke verkrijging' rechtstreeks. Op dit punt wijkt het Nederlandse recht derhalve af van het Duitse, dat geen equivalent van art. 3:84 lid 3 BW kent. De vorenbedoelde discussie ter zake

173 Uiteraard met de beperkingen ter zake de mogelijkheden tot beschikking die de wet als zodanig erkent, bijv. art. 3:83 lid 2 en 3 BW.

174 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), Nota II Voortgang, p. 1273.

175 PG Boek 3, MvA II, p. 319.

176 PG Boek 3, MvA II, p. 319.

de betekenis van § 137 BGB heeft voor het Nederlandse recht op grond van art. 3:84 lid 3 BW dan ook niet gevoerd te worden.

Bij het vorenstaande kunnen we ons afvragen hoe een en ander past in de systematiek van het BW. Dat is niet zo heel eenduidig. Voor zover we de bedoelde onmogelijkheid willen baseren op art. 3:84 lid 3 BW komen we door toepassing van art. 3:40 lid 2 BW – hetgeen mogelijk is omdat art. 3:84 lid 3 BW duidelijk betrekking heeft op het *verrichten* van de rechtshandeling¹⁷⁷ – tot de sanctie van nietigheid. Als we daarentegen uitgaan van art. 3:83 lid 1 BW kan de weg van art. 3:40 lid 2 BW niet gevolgd worden. Art. 3:83 lid 1 BW ziet immers helemaal niet op het verrichten van een rechtshandeling, zoals voor toepassing van art. 3:40 lid 2 BW is vereist. Desondanks is er geen reden voor algehele paniek. Zoals ik in § 5.1.4 beschreef, heeft art. 3:38 lid 1 BW een ruimere strekking dan art. 3:40 lid 2 BW voor wat betreft een wettelijke grondslag voor de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden. Het te hanteren criterium van art. 3:38 lid 1 BW is immers of uit de wet een dergelijke onmogelijkheid 'voortvloeit'. Met betrekking tot art. 3:83 lid 1 BW kunnen we blijkens het vorenstaande daar waarschijnlijk inderdaad van uitgaan. Echter, ook de *aard* van de rechtshandeling – bestaande uit een beschikkingshandeling – als bedoeld in art. 3:38 lid 1 BW zou wellicht een dergelijke grondslag voor die onmogelijkheid kunnen bieden. Indien we namelijk het door Wolfert genoemde criterium 'in iemands vermogen vallen' als de essentie van de rechtshandeling van een beschikken willen zien, dan dringt de gedachte zich op dat ook deze aard van de rechtshandeling aan een voorwaardelijkheid in de weg staat die het 'in iemands vermogen vallen' geheel of gedeeltelijk teniet zou doen. De literatuur laat zich over het vorenstaande nauwelijks uit, zodat ook in die zin onduidelijk blijft hoe we een en ander moeten zien.¹⁷⁸

Samengevat is mijn conclusie op basis van de in de wet neergelegde goederenrechtelijke uitgangspunten derhalve de volgende. Waarschijnlijk sluit de strekking van art. 3:83 lid 1 BW een onoverdraagbaarheid door middel van een voorwaardelijke verkrijging uit. Deze onmogelijkheid kunnen we in nog

¹⁷⁷ Zie voor dit vereiste § 5.1.4. Dat art. 3:84 lid 3 BW inderdaad betrekking heeft op het verrichten van de rechtshandeling respectievelijk de totstandkoming, blijkt ruimschoots uit de reeds vermelde PG (PG Boek 3, MvA II, p. 319; PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1200).

¹⁷⁸ Uitsluitend bij Reehuis, Brahn en Wolfert vinden we hier iets over (Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 72 e.v., 95, 96 (en eerder: Reehuis 2010, p. 14); Brahn & Reehuis 1997, p. 66). Reehuis en Brahn plaatsen e.e.a. uitsluitend in het licht van art. 3:40 BW en wijzen daarbij op strijd met de wet of openbare orde (en derhalve op lid 2 respectievelijk lid 1 van art. 3:40 BW). V.w.b. de strijd met de openbare orde kunnen we ons echter afvragen of dit begrip wel ziet op een dergelijke strijd met de goederenrechtelijke systematiek. V.w.b. de strijd met de wet komt als gezegd uitsluitend toepassing van art. 3:84 lid 3 BW in aanmerking, terwijl beide auteurs in dit verband toch ook wijzen op art. 3:83 lid 1 BW. Ook Wolfert wijst op art. 3:40 (jo 3:83 lid 1) BW, echter zonder dat zij aangeeft op welke van de drie gronden van art. 3:40 BW zij doelt (Wolfert 2005, p. 455 nt. 4).

grotere mate baseren op art. 3:84 lid 3 BW. Voor het Nederlands geldend recht kunnen we reeds uit hoofde van de wet er daarom van uitgaan, dat (ook) niet door middel van voorwaarden een situatie van materiële onoverdraagbaarheid bij de verkrijger van een goed kan worden gecreëerd.¹⁷⁹

Tot slot wil ik de in de vorige paragraaf besproken opvattingen van Medicus en Wolf voor het Nederlandse recht bespreken. Beide auteurs wijzen er op dat onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen het onoverdraagbaar maken *sec* en de situatie waarin de vervreemder zelf een vorderingsrecht op het overgedragen goed behoudt. Het door middel van een voorwaardelijke beschikking in materiële zin onoverdraagbaar maken van een goed ter securisatie van de toekomstige nakoming van dit vorderingsrecht zou in hun optiek geoorloofd moeten zijn. Deze structuur zou derhalve betekenen dat de verkrijger enerzijds ten behoeve van de toekomstige nakoming van het bedoelde vorderingsrecht gehouden is het goed te behouden (en vermoedelijk ook te zijner tijd terug te leveren)¹⁸⁰ en anderzijds zelf slechts 'voorwaardelijk' gerechtigde is.

Voor dit standpunt valt vanuit Nederlands juridisch perspectief in die zin iets te zeggen, dat partijen ook direct bij de verkrijging door de ene partij het goed onder een opschortende voorwaarde hadden kunnen terugoverdragen aan de oorspronkelijke vervreemder. Althans, *als* met het bedoelde vorderingsrecht van de oorspronkelijke vervreemder beoogd was een voorwaardelijke – en dus ook met onzekerheid omgeven – verhouding te scheppen en deze verhouding betrekking had op het herkrijgen van dat goed, dan valt op een dergelijke systematiek niets af te dingen. Dat zelfde geldt voor het geval het vorderingsrecht ziet op de situatie van een toekomstig tekortschieten door

179 Op het eerste gezicht zouden we t.a.v. één wetssystematisch punt aan deze conclusie kunnen twijfelen. De vraag is nl. waarom het erfrecht met art. 4:45 lid 2 BW wel een expliciete bepaling kent ter zake de onmogelijkheid van de voorwaarde van een toekomstig beschikken door de verkrijger, maar het algemene vermogensrecht niet? Een *a contrario* redenering lijkt daarmee – ten onrechte – mogelijk. Dat een dergelijke redenering geen opgang doet, vloeit voort uit de betekenis die de wetgever in art. 4:45 lid 2 BW zag. Deze is nl. niet zozeer gelegen in de vaststelling dat ook niet d.m.v. voorwaarden een onmogelijkheid van een toekomstig beschikken kan worden bereikt, maar in de sanctie die op overtreding van dit 'verbod' voor het erfrecht wordt gesteld. Blijkens de wetsbepaling wordt in dat geval de voorwaarde als niet geschreven beschouwd, waarmee de making waaraan de 'voorwaarde' was verbonden derhalve als onvoorwaardelijk van kracht blijft. Dit laatste in afwijking van de nuancering in de slotzin van art. 4:45 lid 1 BW. De wetgever heeft deze nuancering of zo men wil het beoordelingskader van lid 1 heel bewust niet van toepassing verklaard bij lid 2 (PG Boek 4, Inv. Boek 4, MvA II, p. 1779). Wellicht is deze 'sanctie' van art. 4:45 lid 2 BW tevens een afwijking van de nog in § 5.4 te bespreken consequenties die uit het algemene vermogensrecht voortvloeien ingeval van een dergelijke 'voorwaarde'. Aan het ontbreken van een met art. 4:45 lid 2 BW overeenstemmende bepaling in het algemene vermogensrecht kan derhalve geen betekenis worden toegekend.

180 Beide auteurs zijn echter niet expliciet in wat de inhoud van dit vorderingsrecht zou moeten zijn. Wellicht dat zij ook het oog hebben op bijv. gebruiksrechten van de vervreemder.

de verkrijger in verplichtingen uit dezelfde rechtsverhouding uit hoofde waarvan aan de verkrijger is geleverd. Een dergelijk tekortschieten kan immers als ontbindende voorwaarde aan de oorspronkelijke overdracht zijn verbonden. Dergelijke wijzen van goederenrechtelijke securisatie zijn in het Nederlandse recht geoorloofd.¹⁸¹

De beide voormelde voorbeelden behelzen echter iets anders dan het in materiële zin onoverdraagbaar maken van een goed doordat het goed van rechtswege terugvalt in het vermogen van de oorspronkelijke vervreemder, zoals dit Medicus en Wolf voor het Duitse recht voor ogen staat. Voorwaarden kunnen vanzelfsprekend goederenrechtelijke werking hebben, waarmee ook in het Nederlandse recht een opvolgende verkrijger respectievelijk derde door dat intreden van de voorwaarde alsnog zijn gerechtigdheid kan verliezen. Dát is de securisatie van de positie van de vervreemder zoals deze in beide voormelde voorbeelden is vorm gegeven. In de opvatting van Medicus en Wolf zou daarentegen in het geheel geen sprake kunnen zijn van een verkrijging door deze opvolgende derde; de 'overdracht' aan de derde leidt immers tot het intreden van de voorwaarde en daarmee tot het herkrijgen van het goed door de oorspronkelijke vervreemder respectievelijk verwachter. De 'bescherming' van de positie van de oorspronkelijke vervreemder gaat derhalve een stap verder dan zoals deze uit de normale goederenrechtelijke werking van voorwaarden volgt.

Voor het Nederlandse geldend recht moeten we de opvatting van Medicus en Wolf afwijzen. Dat volgt op de eerste plaats uit hetgeen ik hiervoor uit hoofde van art. 3:83 lid 1 BW en vooral 3:84 lid 3 BW stelde en ook bij deze benadering toepassing vindt.¹⁸² Daarnaast kunnen we ons afvragen of deze systematiek niet tevens onmogelijk is uit hoofde van art. 3:85 BW. Als we ervan uitgaan dat het vorderingsrecht van de oorspronkelijke vervreemder tot teruglevering *onvoorwaardelijk* is én deze vervreemder nog steeds een goederenrechtelijk gesecureerde positie ten aanzien van datzelfde goed houdt, dan heeft het er immers op zijn minst de schijn van dat bij de verkrijger sprake is van een overdracht onder tijdsbepaling. Niet alleen is deze verkrijger uit hoofde van het vorderingsrecht op enig toekomstig moment verplicht tot een retro-overdracht, maar ook in goederenrechtelijke zin is er geen ontkomen aan dat het goed in de toekomst door de oorspronkelijke vervreemder herkre- gen zal worden. Er is derhalve sprake van een tijdsbepaling, die weliswaar

181 Ook gezien vanuit een feitelijke bescherming van de oorspronkelijke vervreemder lijkt overigens iets te zeggen voor het standpunt van Medicus en Wolf. De vervreemder kent immers zijn wederpartij en kan een inschatting maken van de wijze waarop deze met een verkregen zaak zal omgaan. Dat geldt niet voor een opvolgende verkrijger, ten gevolge waarvan de oorspronkelijke vervreemder inderdaad een feitelijk belang kan hebben bij het direct herkrijgen van de zaak.

182 Daarnaast kan ik zeker niet uitsluiten dat tevens sprake zou zijn van de in art. 3:83 lid 3 BW bedoelde overdracht tot zekerheid. Dat vraagstuk gaat echter mijn onderzoeksterrein te buiten.

niet aan de eigenlijke overdracht is verbonden (zoals daarvan in art. 3:85 BW sprake is), maar die in haar gevolgen op hetzelfde neerkomt. Voor het Duitse recht vormt dat in verband met de aanvaarding van tijdelijke eigendom geen probleem, maar tenminste de strekking van art. 3:85 BW lijkt hier voor het Nederlandse recht een dam op te werpen.¹⁸³

De conclusie is dan ook wederom dat het Nederlandse recht niet de mogelijkheid kent om onoverdraagbaarheid van een goed te creëren door middel van voorwaarden.

5.2.4.3 Beperkingen uit hoofde van verhaalsmogelijkheden door schuldeisers

In § 5.2.4.1 zagen we dat in de moderne Nederlandse literatuur vaak de mogelijkheid wordt afgewezen of tenminste in aanzienlijke mate wordt betwist waarbij uit een voorwaardelijke overdracht voortvloeit dat het overgedragen goed niet tot verhaal strekt van schuldeisers van de bezwaarde. Dit betreft bijvoorbeeld voorwaarden die bestaan uit het faillissement van of beslaglegging onder de bezwaarde. Soortgelijke opvattingen vinden we incidenteel ook onder het OBW, waarbij echter de gevolgen van die onmogelijkheid anders werden beoordeeld dan waarschijnlijk thans onder het NBW.¹⁸⁴ Onderstaand bespreek ik die (on)mogelijkheid specifiek vanuit het perspectief van eventuele beperkingen uit hoofde van de voorwaardelijkheid en derhalve slechts zeer zijdelings vanuit beperkingen die bijvoorbeeld kunnen voortvloeien uit de (faillissements) pauliana.

In de PG wordt – buiten het specifieke verband van voorwaarden – opgemerkt dat art. 3:84 lid 3 BW ‘overdrachten belet uit hoofde van een titel die [] het overgedragen goed niet in zijn voor verhaal door zijn schuldeisers vatbare vermogen laten vallen’.¹⁸⁵ Tevens stelt de PG dat een *werkelijke* overgang van

183 Dat het in de visie van de wetgever inderdaad ook om de *strekking* van art. 3:85 gaat, vinden we in een geheel ander verband in de PG bevestigd: ‘De strekking van de bepaling [art. 3:85 BW, HS] is immers dat tijdelijke eigendom is uitgesloten, []’ (PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), Nota II Inv., p. 1204). Dat door de gekozen systematiek ook de tijdelijke overdracht van beperkte rechten en derhalve niet alleen van eigendom uitgesloten is, lijkt een kwestie van *collateral damage*.

184 Volgens Vermeulen maakt de inhoud van een opschortende voorwaarde bestaande uit het faillissement van de crediteur/cedent een cessionaris praktisch tot separatist. In de visie van Vermeulen zou daarmee (onder het OBW) sprake zijn van strijd met de wet en de *voorwaarde* nietig (Vermeulen 1988, p. 647). Ook A-G Mok (waarnaar ook Vermeulen verwijst) wil aan de voorwaarde van faillissement m.b.t. het ontstaan van en beschikking over een vordering niet de normale goederenrechtelijke gevolgen verbinden. Z.i. zou hetzelfde moeten gelden als bij cessie van een toekomstige en dus niet voorwaardelijke vordering (conclusie A-G Mok bij HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (Staal Bankiers/ Ambags q.q.)).

185 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), Nota II Voortgang, p. 1273.

het goed in het vermogen van de ander betekent dat 'bij voorbeeld de schuldeisers van de ander hun vorderingen na de overdracht van het goed daarop kunnen verhalen'.¹⁸⁶ Tot slot wordt na deze laatstgenoemde passage nog gesteld dat een geldige overdracht mede betekent, dat het overgedragen goed 'evenals diens overige vermogen voor zijn schulden kan worden uitgewonnen'. In een wat verder verwijderd verband vinden we nog het arrest van 18 januari 2008, waarin de Hoge Raad onder meer het oordeel van het Hof Leeuwarden bevestigde dat de vervulling van een (ontbindende) voorwaarde geen goederenrechtelijke werking had waar deze zou leiden tot strijd met het systeem van de Faillissementswet.¹⁸⁷

Op basis van deze benaderingen in de PG lijkt de gedachte gerechtvaardigd dat waar een voorwaarde bij een eerdere overdracht de verhaalsmogelijkheden van een schuldeiser uitsluit, er reeds een probleem bestaat ten aanzien van die overdracht zelf. Het heeft er althans de schijn van dat ook als niet uitdrukkelijk sprake zou zijn van de door art. 3:83 lid 3 BW getroffen overdracht tot zekerheid, noch steeds sprake kan zijn van een niet toegestane uitsluiting van verhaal door schuldeisers. Dit betreft dan situaties waar met een voorwaardelijke overdracht wel degelijk beoogd is de verkrijger alle eigenaarsbevoegdheden te laten toekomen, maar waar de verwachter met betrekking tot het overgedragen goed niet geconfronteerd wenst te worden met nadelen die zouden voortvloeien uit een faillissement van de bezwaarde.¹⁸⁸ Van een beoogd 'zekerheidsrecht' is daarbij geen sprake, maar wél wordt het eventuele verhaal door schuldeisers op het betreffende goed per saldo uitgesloten.¹⁸⁹

Als we vanuit specifiek een goederenrechtelijke benadering zouden twijfelen aan de onmogelijkheid om verhaal door schuldeisers door middel van voorwaardelijke beschikkingen uit te sluiten, doet zich uiteraard de vraag voor wat de reden voor een dergelijke onmogelijkheid is. Voorwaarden zijn immers normaliter in goederenrechtelijk opzicht *faillissementsbestendig*, ook als we inderdaad aannemen dat de inhoud van een (goederenrechtelijk werkende)

186 PG Boek 3, MvA II, p. 319. Zie ook PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), Nota II Voortgang, p. 1273: 'Zoals uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt (blz. 318-319) kan die slotzinsnede [van art. 3:84 lid 3 BW, HS] moeilijk als te knellend worden ervaren, nu zij slechts overdrachten *belet* [cursivering HS] uit hoofde van een titel die beoogt [] het overgedragen goed niet in zijn voor verhaal door zijn schuldeisers vatbare vermogen te laten vallen []'.

187 HR 18 januari 2008, NJ 2008, 335. Ik merk daarbij op dat de voorwaarde als zodanig vrij algemeen was geformuleerd ('wanneer om welke reden dan ook een of meerdere bepalingen in deze akte hun werking verliezen'). Het leidt echter nauwelijks twijfel dat de voorwaarde juist met het oog op een faillissement van een van partijen respectievelijk een beroep door de curator op de pauliana in de betreffende overeenkomst was opgenomen. In gelijke zin ook A-G Verkade in zijn conclusie bij dit arrest. Ook Reehuis plaatst dit arrest in het thans besproken verband van de onmogelijkheid van uitsluiting van verhaal door schuldeisers d.m.v. voorwaarden (Reehuis 2010, p. 92. Reehuis verwijst naar een foutief NJ-nummer).

188 Zie bijv. de door Mouthaan besproken overdracht van een WKO-installatie (Mouthaan 2013) en de reactie van Abendroth (Abendroth 2014).

189 Zie in deze zin bijv. ook: Van Zantem 2012, p. 405; Keukens & Wibier 2011, p. 380.

voorwaarde als zodanig niet uit een faillissement van de bezwaarde kan bestaan.¹⁹⁰ Voor die reden kijken we wederom naar hét kenmerk van voorwaardelijkheid, namelijk onzekerheid ten aanzien van de gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde vormt. De vraag is derhalve of onzekerheid in enige wijze een argument oplevert vóór of tégen de aangenomen onmogelijkheid om door middel van voorwaarden verhaal door schuldeisers uit te sluiten. Die vraag kunnen we zelfs nog ietsje verder toespitsen op de vraag, waar het onderscheid op gebaseerd zou zijn tussen een willekeurige voorwaarde die – bij het eventuele intreden tijdens het faillissement – de verhaalsmogelijkheden op een goed geheel geldig uitsluit en de specifieke voorwaarde bestaande uit dat faillissement van de bezwaarde die datzelfde gevolg niet zou kunnen laten ontstaan?¹⁹¹

Voorop zij gesteld dat onzekerheid als zodanig ook in dit verband geen materiële argumenten oplevert voor het wel of niet kunnen uitsluiten van verhaalsmogelijkheden. Enig inhoudelijk verband tussen onzekerheid en de (on)mogelijkheid van verhaal heb ik althans niet kunnen vinden. Het feit dat de goederenrechtelijke werking van willekeurige voorwaarden faillissementsbestendig is, is uitsluitend een gevolg van de systematiek dat voor die goederenrechtelijke werking geen beschikkingsbevoegdheid vereist is. Tóch zou die onzekerheid als materieel argument in een ander opzicht wel degelijk van belang kunnen zijn, namelijk voor het bedoelde onderscheid tussen willekeurige voorwaarden en de specifieke voorwaarde van het faillissement van de bezwaarde. Bij de laatste is namelijk een dergelijke verhaalsmogelijkheid gehéél uitgesloten, althans in de situatie van faillissement van de bezwaarde. Als de situatie van verhaal onder de bezwaarde zich voordoet, zou het goed immers ten gevolge van de voorwaarde met *zekerheid* aan het vermogen van de bezwaarde worden onttrokken. Het in de toekomst intreden van de voorwaarde als zodanig is derhalve ten tijde van het verrichten van de voorwaardelijke beschikking inderdaad onzeker – gaat de bezwaarde in de toekomst al dan niet failliet? – maar de onmogelijkheid van verhaal is daarentegen van aanvang af *zéker*.

Daarin is een wezenlijk verschil gelegen met de goederenrechtelijke werking van willekeurige voorwaarden. Mocht door schuldeisers op het goed verhaal gezocht worden, dan zou de willekeurige voorwaarde uiteraard vóór of ná de executie daarvan kunnen intreden.¹⁹² Anders dan bij de voorwaarde 'van faillissement' is het ten tijde van de voorwaardelijke overdracht echter *onzeker*

190 Zie § 11.1.3 en 11.1.4.

191 Althans, als gezegd blijft een dergelijke voorwaarde o.b.v. art. 3:84 lid 3 BW (en m.n. ook o.b.v. de niet door mij besproken toepasselijkheid van de faillissementspauliana) in de visie van een groot deel van de literatuur zonder het beoogde effect.

192 In het eerste geval wordt het goed geheel aan het verhaal onttrokken. In het tweede geval zal bij de bepaling van de executiewaarde rekening worden gehouden met het waardedrukkend effect van de voorwaarde. Van een onttrekking aan verhaal is alsdan uiteraard geen sprake.

of de voorwaarde in de toekomst in de weg zal staan aan het zoeken van verhaal op het goed door schuldeisers. We zien derhalve dat het bestaan van onzekerheid ten aanzien van de *mogelijkheid* van toekomstig verhaal een waterscheiding vormt ten opzichte van de *onmogelijkheid* van een voorwaardelijke overdracht die een dergelijk verhaal met zekerheid geheel uitsluit. Althans benaderd vanuit de voormelde PG waarbij deze verhaalsmogelijkheden klaarblijkelijk als essentieel worden beschouwd in het kader van een overdracht. Of anders gezegd, voorwaarden zouden zich niet lenen om een dwingend gevolg van een overdracht – zoals de mogelijkheid van verhaal – met *zekerheid* uit te sluiten, maar bij *onzekerheid* ten aanzien van een dergelijke toekomstige uitsluiting zou dit wel mogelijk zijn.¹⁹³

Daarmee resteert nog steeds de voormelde vraag waarom het bestaan van onzekerheid zo'n verschil zou rechtvaardigen. Een vraag waar ik in de hedendaagse literatuur noch zelf een antwoord op heb kunnen vinden, behalve dat het de min of meer toevallige uitkomst is van de systematiek zoals die uit het vermogensrecht volgt. Bij het geheel uitsluiten van verhaal door middel van voorwaarden zou daarmee de strekking van art. 3:84 lid 3 BW prevaleren, bij willekeurige voorwaarden de 'normale' systematiek waarbij voorwaarden ook in faillissement goederenrechtelijke werking hebben en een goed eventueel wél aan het verhaal door schuldeisers wordt onttrokken.¹⁹⁴ Een inhoudelijke verklaring voor dit verschil lijkt echter te ontbreken, hetgeen de verdedigbaarheid van dit onderscheid uiteraard niet ten goede komt. Bij mij resteert dan ook twijfel dienaangaande.

5.2.4.4 Overige beperkingen uit hoofde van de *numerus clausus*

In de literatuur vinden we met enige regelmaat de gedachte dat voorwaarden dankzij hun goederenrechtelijke werking in potentie de mogelijkheid bieden het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten te doorbreken, ook buiten de vorenbesproken gevallen van onoverdraagbaarheid of het uitsluiten van

193 Wibier verdedigt een soortgelijke gedachte in die zin, dat waar met *zekerheid* – zoals bij de door hem genoemde voorwaarde van faillissement – een rechtshandeling tot benadeling van crediteuren leidt, dit volgens Wibier de conclusie rechtvaardigt dat sprake is van paulianeus handelen (Wibier 2013, p. 628).

194 Ik wil uitsluitend nog wijzen op de volgende door Blokland genoemde mogelijkheid (Blokland 2007, p. 17). Stel dat beoogd is een zuiver potestatieve ontbindende voorwaarde bij een beschikking van rechtswege te laten vervallen indien de verwachter (wilsgerechtigde bij de voorwaarde) failleert. De zuiver potestatieve voorwaarde is derhalve zélf ontbindend voorwaardelijk met als 'gebeurtenis' het faillissement van de verwachter. Daarmee leidt een dergelijke voorwaardelijkheid van de voorwaarde eveneens tot een uitsluiting van de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers van de verwachter. U.h.v. art. 3:83 lid 3 BW lijkt dat echter niet te kunnen worden afgewezen: de verwachter is immers niet de gerechtigde tot het goed en het gaat juist om de mogelijkheid van verhaal bij de partij die wel rechthebbende is. Of er bijv. wel sprake is van strijd met het systeem van de Faillissementswet heb ik niet onderzocht.

verhaal.¹⁹⁵ Ook Meijers was zich bewust van de mogelijkheden die voorwaarden – in ieder geval als theoretisch uitgangspunt – bieden om de bevoegdheden van een eigenaar uit hoofde van zijn eigendom nader vorm te geven. Hij stelt in dat verband: ‘Het is dan ook mogelijk door de toevoeging van eenige ontbindende voorwaarden bij een eigendomsoverdracht de bevoegdheden van den nieuwen eigenaar geheel gelijk te maken aan die van een opstaller of erfpachter’.¹⁹⁶

Strikt genomen is dit te kort door de bocht. Verbonden aan een beschikking behelst een voorwaarde immers niet meer dan een wijze van beëindiging (ontbindende voorwaarde) respectievelijk opschorting (opschortende voorwaarde) zonder terugwerkende kracht van de gevolgen van die beschikken. De voorwaarde als zodanig geeft helemaal geen vorm aan de inhoud van het verkregen goed, ook niet voor zover de mogelijkheid van uitoefening van een bevoegdheid de inhoud van de voorwaarde zou vormen. Of anders gezegd, de voorwaarde heeft een *alles-of-niets* karakter met betrekking tot de gevolgen van die beschikking, maar nuanceert op zich zelf niet de inhoud van hetgeen verkregen wordt.¹⁹⁷ Bij deze – sterk theoretische – benadering is er dan ook geen sprake van enige herverdeling van goederenrechtelijke bevoegdheden uit hoofde van de voorwaarde.

195 Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 95 e.v. (en eerder: Reehuis 2010, p. 92); Struycken 2007, p. 219, 644 e.v.; Zwalm 2006, p. 311; Brahn & Reehuis 1997, p. 66, 67.

Scheltema betoogt dat zónder de goederenrechtelijke werking van voorwaarden als gebaseerd op art. 3:84 lid 4 BW inderdaad het gesloten stelsel zou prevaleren boven een uit de voorwaardelijkheid voortvloeiende ‘beperking’ van bevoegdheden in goederenrechtelijk opzicht. Indirect volgt daaruit dat ook Scheltema in deze goederenrechtelijke werking een doorbreking van de *numerus clausus* ziet.

196 Meijers 1910, p. 205 (ook Struycken verwijst naar deze passage van Meijers: Struycken 2007, p. 219, nt. 267).

197 Dit geldt ook voor de in § 11.2.3.5 en 11.2.6.3 beschreven opvatting dat de goederenrechtelijke werking van voorwaarden verklaard zou worden uit een bezwaring of splitsing van het goed waarover beschikt wordt onder voorwaarde. Uitsluitend bij de gedachte dat de inhoud van de voorwaarde (de ‘gebeurtenis’) de bevoegdheden voortvloeiend uit het verkregen goed rechtstreeks zou raken, zou dit anders zijn. De voorwaarde heeft daarmee juist geen *alles-of-niets* karakter, maar geeft mede vorm aan hetgeen inhoudelijk wordt verkregen. Bij het thans besproken onderwerp van een verdeling van deze bevoegdheden tussen vervreemder en verkrijger zouden we ons daar nog iets bij kunnen voorstellen. De verkrijger wordt bijv. eigenaar van een perceel grond onder de ontbindende voorwaarde dat de vervreemder de ondergrond niet langer kan gebruiken als ware deze nog steeds eigenaar. Bij de thans besproken gedachte is de vervreemder daarmee qua bevoegdheden ook eigenaar van de ondergrond. Een dergelijke systematiek – de inhoud van de voorwaarde is in goederenrechtelijk opzicht van betekenis voor het goed dat verkregen wordt – wordt echter onbegrijpelijk bij een willekeurige gebeurtenis die zonder enige betekenis is voor het verkregen goed. Uitsluitend indien we, afhankelijk van de inhoud van de voorwaarde, deze soms wel en soms niet zouden laten doorwerken in hetgeen wordt verkregen, zou daarmee een dergelijke systematiek logischerwijs mogelijk zijn. Reeds o.g.v. de complexiteit van een dergelijke systematiek zie ik er niets in, noch afgezien daarvan dat deze het uitgangspunt van het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten (inderdaad) volledig zou uithollen.

Vanuit een meer materieel perspectief is dit vanzelfsprekend anders. De voorwaarde geeft weliswaar niet direct vorm aan de bevoegdheden die met een goed worden verkregen, maar de door partijen beoogde bevoegdheidsverdeling wordt dankzij de goederenrechtelijke werking van de voorwaarde wél gesecureerd. *Gesecureerd* in die zin dat de partij aan wie een *obligatoire* bevoegdheid toekomt bij de onmogelijkheid van uitoefening van die bevoegdheid alsnog rechthebbende wordt van het goed dat uit hoofde van de eerdere voorwaardelijke beschikking (nog) aan de wederpartij toe kwam. De voorwaarde wijzigt de inhoud van een goederenrechtelijke recht daarmee niet als zodanig, maar vervult de functie van een goederenrechtelijke stok achter de deur, of zo men wil sanctie voor het geval de bedoelde *obligatoire* bevoegdheden die een herverdeling van de goederenrechtelijke bevoegdheden inhouden niet (meer) kunnen worden uitgeoefend.¹⁹⁸

De vraag is uiteraard of voorwaarden een dergelijke functie kunnen vervullen respectievelijk of dergelijke voorwaardelijke beschikkingen mogelijk zijn. De PG bevat ten aanzien van deze specifieke vraag geen antwoorden. In de literatuur vinden we daarentegen twee argumenten tegen die mogelijkheid. Wolfert komt tot de conclusie dat art. 3:84 lid 3 BW uitsluitend betrekking kan hebben op voorwaardelijke rechtsverhoudingen.¹⁹⁹ Indien juist zou, als we ervan uit willen gaan dat de wetbepaling überhaupt enige betekenis heeft, dat inderdaad een bescheiden maar niet-inhoudelijk argument vormen. Van meer gewicht is het onder meer door Struycken genoemde argument dat de mogelijkheid van een dergelijke toepassing van voorwaarden moeilijk te rijmen is met de *numerus clausus*.²⁰⁰

Dit laatste vormt ook voor mij het doorslaggevende argument waarom voorwaarden geen dergelijke functie kunnen vervullen. Als gezegd is de voorwaarde weliswaar uitsluitend de goederenrechtelijke sanctie op het niet-naleven van de beoogde *obligatoire* verdeling van bevoegdheden, in zijn materiële gevolgen komt een dergelijke sanctie overeen met een goederenrechtelijke bevoegdheidsverdeling die art. 3:84 lid 3 BW juist verbiedt. Dat volgt daaruit dat, overeenkomstig hetgeen ik in de vorige paragraaf schreef, het intreden van de voorwaarde weliswaar onzeker zal zijn, maar dat de betreffende bevoegdheden met *zekerheid* aan de verwachter toekomen. De verwachter kan deze bevoegdheden immers óf uit hoofde van zijn *obligatoire* rechten uitoefenen, óf (ten gevolge van het intreden van de voorwaarde) uit hoofde van zijn her- of verkregen goederenrechtelijke gerechtigdheid van het goed. Van enige onzekerheid ten aanzien van de beoogde bevoegdheidsverdeling zou ten gevolge van de voorwaarde daarmee juist geen sprake zijn.

198 Ook Struycken plaatst voorwaarden in het thans besproken verband specifiek in dit licht (Struycken 2007, p. 219).

199 Wolfert 2001, p. 33 e.v., m.n. p. 36, 37.

200 Struycken 2007, p. 645. Hij spreekt in dat verband dan ook over een 'Trojaans paard' die voorwaarden zouden vormen.

Het verdisconteren van de *onzekerheid* in de rechtsverhouding zou derhalve in dit geval leiden tot een *zekere* herverdeling van bevoegdheden die in goederenrechtelijk opzicht uit hoofde van het gesloten stelsel niet herverdeeld kunnen worden. Het verschil met een (onmogelijke) goederenrechtelijke herverdeling van bevoegdheden waar art. 3:84 lid 3 BW in ieder geval betrekking op heeft, is daarmee nog slechts van een dusdanig theoretische aard dat aan dit verschil geen consequenties moeten worden verbonden. De wetsbepaling staat derhalve een voorwaardelijk beschikken in de weg waar de voorwaarde in goederenrechtelijk opzicht tot een dergelijke herverdeling van bevoegdheden zou leiden.²⁰¹

5.3 DWINGEND ONVOORWAARDELIJKE RECHTSVERHOUDINGEN

5.3.1 Inleiding

Het algemene uitgangspunt in zowel het Nederlandse geldend recht als de overige onderzochte stelsels is dat rechtsverhoudingen voorwaardelijk kunnen worden aangegaan.²⁰² Op dat uitgangspunt bestaan twee categorieën van uitzonderingen: de in § 5.2 door mij bestudeerde onmogelijkheid van *bepaalde* voorwaarden in samenhang met rechtsverhoudingen die op zich wel degelijk voorwaardelijk kunnen zijn, alsmede de in deze paragraaf te bestuderen *dwingend onvoorwaardelijke rechtsverhoudingen*. Deze laatste groep van uitzonderingen op het uitgangspunt van mogelijke voorwaardelijkheid heeft derhalve betrekking op die gevallen, waarin in zijn algemeenheid een ‘probleem’ met voorwaardelijkheid bestaat, ongeacht de verdere inhoud van een eventuele voorwaarde. In dat verband richt ik mij in deze paragraaf met name op drie kwesties. De eerste is materieel van aard en betreft de vraag *wélke* rechtsverhoudingen als dwingend onvoorwaardelijk kwalificeren. Daaraan is direct de tweede kwestie verbonden, namelijk wat de redenen zijn om de contractsvrijheid – als begrip wederom toegepast op alle rechtshandelingen – ten aanzien van mogelijke voorwaardelijkheid te beperken. Tot slot is er de vraag welke argumenten er zijn om deze dwingende onvoorwaardelijkheid van bepaalde rechtsverhoudingen eventueel toch weer ter zijde te stellen ten gunste van deze contractsvrijheid.

201 Deze conclusie betekent overigens tevens dat de (ook) in de literatuur onder het NBW veelal aanvaarde mogelijkheid van de goederenrechtelijk werkende voorwaarde van ‘wanprestatie’ van de wederpartij in dit opzicht beperkingen kent. Het ‘tekort schieten’ in de nakoming van obligatoire bevoegdheden die de bedoelde herverdeling van goederenrechtelijke bevoegdheden zou inhouden, kan bij deze benadering geen goederenrechtelijk werkende voorwaarde vormen.

202 Zie § 5.1.2.

5.3.2 Dwingende onvoorwaardelijkheid

5.3.2.1 Dwingende onvoorwaardelijkheid in de verschillende stelsels

Geldend recht

In het Nederlands geldend recht bestaan zonder twijfel een aantal rechtsverhoudingen die dwingend onvoorwaardelijk zijn, derhalve – in beginsel – ongeacht de verdere inhoud van een voorwaarde. De wettelijke grondslag voor deze dwingende onvoorwaardelijkheid vinden we in art. 3:38 lid 1 BW: 'Tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit, kan een rechtshandeling onder [] een voorwaarde worden verricht'.²⁰³ Zowel de wet maar ook de lastiger te duiden aard van de rechtshandeling kan dus tot dwingende onvoorwaardelijkheid leiden.²⁰⁴ Ik wijs er in dit verband overigens nogmaals op dat met de gehanteerde terminologie van 'anders voortvloeit' de wetgever tevens doelt op een onmogelijkheid van voorwaardelijkheid die slechts *impliciet* uit de wet volgt.²⁰⁵

Een dwingende onvoorwaardelijkheid laat onverlet de mogelijkheid dat specifieke voorwaarden soms tóch rechtsgeldig overeengekomen kunnen worden. Dat geldt met name in die gevallen waarin de dwingende onvoorwaardelijkheid een gevolg is van de onaanvaardbaarheid van de uit de voorwaarde voortvloeiende onzekerheid voor een wederpartij. Ontbreekt echter deze onzekerheid bij die partij of heeft de onzekerheid voor die partij geen onacceptabele gevolgen, dan vervalt daarmee tevens de redengeving voor dwingende onvoorwaardelijkheid. Voor een aantal hierna besproken rechtsverhoudingen vormt de dwingende onvoorwaardelijkheid – in elk geval voor zover deze het gevolg is van de bedoelde aard van de rechtshandeling – derhalve niet meer dan een uitgangspunt.

Het Nederlandse recht kent in ieder geval uitzonderingen op mogelijke voorwaardelijkheid bij rechtshandelingen in het familierecht. Dit betreft onder meer de huwelijksluiting,²⁰⁶ erkenning van vaderschap en testamentaire voogdijbenoemingen,²⁰⁷ die alle niet voorwaardelijk kunnen plaatsvinden. Daarnaast zijn ook een aantal aan het familierecht gelieerde vermogensrechtelijke rechtshandelingen dwingend onvoorwaardelijk, namelijk (het aangaan van) huwelijkse voorwaarden en de aanvaarding of verwerping van een nalatenschap of

203 Zie verder over deze wettelijke grondslag § 5.1.4.

204 Den Tonkelaar breidt deze grondslagen voor dwingende onvoorwaardelijkheid nog uit met de aard van de *rechtsgevolgen* (Den Tonkelaar 1994, p. 10). Dat is inhoudelijk niet onjuist, maar is m.i. hetgeen de wetgever met de *aard van de rechtshandeling* eigenlijk bedoelt.

205 Zie § 5.1.4 onder 'nadere uitwerking'.

206 Art. 1:149 BW bevat een limitatieve opsomming van de wijzen waarop een huwelijk kan eindigen en ontbindende voorwaarden worden niet genoemd.

207 PG Boek 3, TM, p. 185.

legaat.²⁰⁸ Deze categorie van dwingend onvoorwaardelijke verhoudingen laat ik, in verband met de grenzen van dit onderzoek, verder onbesproken.

Voor het geldend recht enigszins lastiger te beoordelen is de groep van eenzijdig gerichte rechtshandelingen die een bestaande rechtsverhouding wijzigen of beëindigen, dan wel een nieuwe rechtsverhouding tot stand brengen. In de PG en literatuur ligt in dit verband de nadruk op specifiek de figuur van de opzegging.²⁰⁹ Voor zover dit niet uitsluitend bij wijze van voorbeeld is bedoeld, is die focus echter duidelijk te beperkt. De hierna besproken problematiek die geldt voor voorwaardelijkheid van een opzegging bestaat namelijk ook bij figuren als de ontbindingsverklaring, vernietiging, herroeping, het uitbrengen van de in art. 6:18 en 6:88 BW bedoelde keuzes bij alternatieve verbintenissen respectievelijk door een schuldeiser na een tekortschieten door de schuldenaar, alsmede – wellicht – de in art. 6:127 BW bedoelde verrekeningsverklaring.²¹⁰ Ook het noemen van een volmachtgever in de zin van art. 3:67 lid 1 BW dient onvoorwaardelijk te geschieden.²¹¹ Van dergelijke in de Duitse en Zwitserse rechtskring met de term *Gestaltungsgeschäfte* aangeduide rechtshandelingen hebben we derhalve (ook) voor het Nederlandse geldend recht reden om aan te nemen, dat deze misschien of zelfs waarschijnlijk niet onder een voorwaarde kunnen worden verricht, ook al wordt dit in de PG en literatuur slechts op beperkte schaal expliciet onderkend en incidenteel ook ontkend.²¹²

208 Zie voor huwelijkse voorwaarden: HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120 (Conversie-arrest). P-G Wijnveldt vermeldt in zijn conclusie bij het voormelde arrest van HR 21 januari 1944 overigens de arresten van 7 januari 1881, W. 4594 en 13 januari 1899, W. 7230, waaruit zou volgen dat de Hoge Raad eerder anders oordeelde. In deze zin ook: Vegter 2010, p. 30 e.v.; Den Tonkelaar 1994, p. 48.

Zie voor de erfrechtelijke aanvaarding of verwerping: PG Boek 3, TM, p.185; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 324 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 268).

209 In meer algemene zin echter: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 324; Den Tonkelaar 1994, p. 10.

210 Zie v.w.b. die verrekeningsverklaring ook § 6.2.2.4.

211 HR 26 mei 2000, NJ 2000, 442.

212 Zie v.w.b. de opzegging: PG Boek 3, TM, p.185 en PG Boek 3, MvA II, p. 187; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 324 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 269); Hijma e.a. 2013, p. 44. Anders echter: Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 124 (impliciet de mogelijkheid van de ontbindend voorwaardelijke opzegging erkennend). De ontbindingsverklaring: Bakels 2011, p. 21 (althans, v.w.b. ontbindende voorwaardelijkheid. Bakels is genuanceerd over een opschortende voorwaarde). Bol gaat ervan uit dat een 'ontbindingsverklaring' (anders dan bij Bakels is bedoeld een beroep t.b.v. het intreden van een ontbindende voorwaarde in de in § 8.1.3 bedoelde zin) wel degelijk voorwaardelijk mogelijk is (Bol 2011, p. 621).

Zie v.w.b. de verrekeningsverklaring: PG Boek 3, TM, p. 510; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 324 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 269). Daarentegen verdedigen Faber en Wessels dat een voorwaardelijke verrekening (met enige nuancering) wel degelijk mogelijk is (Faber 2005, p. 149 e.v.; Wessels 1996a, p. 89 en Wessels 1996b, p. 13). Zie verder § 6.2.2.4.

Dé reden waarom dergelijke rechtshandelingen als uitgangspunt onvoorwaardelijk dienen te zijn, is gelegen in de onaanvaardbaarheid voor de wederpartij of eventueel voor derden van voortbestaande onzekerheid. Of anders gezegd, door het verrichten van een dergelijke rechtshandeling dienen deze partijen te weten wat de definitieve gevolgen daarvan zijn voor de verdere rechtsverhouding, mede om daar hun eigen verdere handelen op af te kunnen stemmen. In deze redengeving is echter tevens de mogelijkheid van nuancering gelegen: in bepaalde gevallen kan – ondanks de voorwaardelijkheid – iedere onzekerheid voor de wederpartij ontbreken of het eventuele wél bestaan daarvan zonder belang zijn. In § 5.3.2.2 ga ik daar verder op in. Een tweede nuancering bestaat uit de mogelijkheid van opname van een wettelijke voorwaarde.²¹³ Een dergelijke ‘voorwaarde’ maakt de rechtsverhouding immers niet daadwerkelijk voorwaardelijk en daarmee ontstaat ook geen strijd met het dwingend onvoorwaardelijke karakter van de bedoelde rechtshandelingen.²¹⁴

Naast de beide vorenbesproken groepen van dwingend onvoorwaardelijke rechtsverhoudingen vinden we verspreid nog enkele andere voorbeelden. Zo bestaat op het brede uitgangspunt dat een overdracht onder voorwaarde kan plaatsvinden voor het Nederlandse recht een zeer bescheiden aantal wettelijke uitzonderingen.²¹⁵ Deze zijn echter dermate incidenteel en specifiek, dat ik anders dan voor het hierna besproken Duitse en Zwitserse recht zeker niet van een separate categorie van uitzonderingen op mogelijke voorwaardelijkheid zou willen spreken. Uit de in art. 3:38 lid 1 BW bedoelde *aard van de rechtshandeling* vloeien in het verband van de overdracht van goederen geen beperkingen voort.²¹⁶ Andere voorbeelden van dwingende onvoorwaardelijkheid vinden we nog in gevallen van een dwingende en daarmee veelal met waarborgen omgeven systematiek met betrekking tot beëindiging van bepaalde rechtsverhoudingen. Een dergelijke systematiek verdraagt zich veelal slecht

213 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 326.

214 Zie § 4.1.4.3.

215 De eerste van deze uitzonderingen betreft effecten in de zin van de Wge. U.h.v. van de artt. 17 en 41 Wge zou steeds een levering vereist zijn voor overdracht van dergelijke effecten (Haentjens 2004, p. 480). Voor de retro-overgang bij het intreden van een ontbindende voorwaarde is echter geen levering vereist, hetgeen in strijd zou zijn met voormelde wetsartikelen. De andere uitzonderingen betreffen de overdracht van wisselbrieven en cheques aan order, die o.g.v. de artt. 111 WvK respectievelijk 192 WvK eveneens onvoorwaardelijk moeten zijn.

216 Eén mogelijkheid waar dat het geval zou kunnen zijn geweest – de overdracht van roerende zaken d.m.v. levering door *bezitsverschaffing*, waarbij de opschortende voorwaardelijkheid van deze bezitsverkrijging naar zijn aard kwestieus zou zijn geweest – is door de wetgever met art. 3:91 BW ondervangen. Zie § 10.3.1.

met (ontbindende) voorwaardelijkheid. Voorbeelden daarvan zijn arbeidsovereenkomsten en huurovereenkomsten met betrekking tot woonruimte.²¹⁷

In § 5.1.4 kwam reeds ter sprake dat het in art. 3:38 lid 1 BW bedoelde onderscheid tussen dwingende onvoorwaardelijkheid uit hoofde van de wet en uit de aard van de rechtshandeling vaak niet zo strikt is. In § 5.2.4 zagen we in dat verband dat bij de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden in samenhang met de (goederenrechtelijke) rechtsverhouding de grondslag voor die onmogelijkheid gezien kan worden in zowel de wet als de aard van de rechtshandeling. Dit is bij gehele dwingende onvoorwaardelijkheid niet anders. Zo volgt de dwingende onvoorwaardelijkheid van de huwelijksluiting bijvoorbeeld impliciet uit art. 1:149 BW, maar kan deze rechtshandeling zonder twijfel ook naar zijn *aard* niet voorwaardelijk plaatsvinden. Bij de hierna voor het Duitse en Zwitserse recht besproken *Gestaltungsrechte* ontbreekt een dergelijke strikte grens eveneens, waar bij een beperkt deel van de betreffende rechtshandelingen de dwingende onvoorwaardelijkheid rechtstreeks uit de wet volgt, terwijl dit voor een ander deel van deze rechtshandelingen – in elk geval bezien vanuit Nederlandse optiek – uit de ‘aard’ zou voortvloeien.²¹⁸ Het onderscheid tussen een grondslag in de wet of de aard van de rechtshandeling is derhalve enigszins willekeurig. Reeds daaruit volgt dat we aan dit onderscheid in grondslag voor het geldend recht geen consequenties moeten verbinden, nog afgezien van het feit dat er ook geen inhoudelijke redenen bestaan voor een verschil in consequenties.

Oud BW

In § 5.2 zagen we dat de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden in samenhang met de rechtsverhouding redelijk wat aandacht kreeg, met name waar sprake was van strijd met wet of goede zeden. De thans besproken algehele onmogelijkheid van voorwaardelijkheid van bepaalde rechtsverhoudingen

217 Uitgangspunt bij beide rechtsverhoudingen is dan ook nietigheid van uitsluitend de voorwaarde. Zie voor arbeidsovereenkomsten: HR 24 mei 1996, NJ 1996, 685 (Van Zeil-Van Koppen) (voorwaarde afgewezen). De voorwaarde bij arbeidsovereenkomsten kan overigens ook geldig zijn: HR 1 februari 2002, JAR 2002, 45 (ontbindende voorwaarde was geldig, waarbij de Hoge Raad expliciet stelt dat daarvan slechts ‘bij uitzondering’ sprake kan zijn); HR 13 februari 1998, NJ 1998, 708; HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509.

Zie ook Hof ‘s-Gravenhage 22 december 2006, RAR 2007/51 (voorwaarde aanvaard, waarbij aangetekend zij dat deze voorwaardelijkheid uitsluitend daaruit bestond dat een opzegging tegen een eerdere datum niet rechtsgeldig zou blijken te zijn. In feite is daarmee geen sprake van een voorwaarde, maar van een opzegging met een onzekere tijdsbepaling).

Zie voor huurovereenkomsten HR 8 november 2002, NJ 2002, 623. A-G Huydecoper merkt in zijn conclusie overigens op dat bij deze nietigheid z.i. en in overeenstemming met hetgeen in de literatuur is gesteld sprake is van relatieve nietigheid. De huurder zou de voorwaarde wel in zijn eigen voordeel mogen invoeren.

218 Het Duitse noch het Zwitserse recht kennen echter een dergelijk begrip in het kader van onmogelijke voorwaardelijkheid.

mocht zich daarentegen slechts op beperkte schaal in belangstelling verheugen. Dat zal mede daaruit zijn te verklaren dat een wetsbepaling met de strekking van het huidige art. 3:38 lid 1 BW onder het OBW ontbrak. Daarnaast was afdeling 3.1.5 OBW specifiek geschreven voor voorwaardelijke verbintenissen uit overeenkomst. De discussie spitste zich daarmee vanzelf toe op de vraag in hoeverre analoge toepassing van de betreffende wetsbepalingen en daarmee ook voorwaardelijkheid buiten het verband van deze verbintenissen mogelijk was. Een vraag die overigens vrijwel unaniem positief werd beantwoord.²¹⁹ De in zekere zin spiegelbeeldige vraag in welke in abstracto te formuleren gevallen een dergelijke analoge toepassing *niet* mogelijk was, bleef daarbij onbesproken. Uitsluitend op ad hoc-basis werd aan deze vraag aandacht geschonken.²²⁰

Van familierechtelijke handelingen werd uiteraard aangenomen dat deze uit hoofde van de goede zeden dan wel de aard van die rechtshandelingen dwingend onvoorwaardelijk waren.²²¹ Of een schenking onder een ontbindende voorwaarde kon geschieden werd als twijfelachtig beschouwd.²²² Bij die discussie speelde met name het gegeven dat art. 1703 OBW sprak van een 'onherroepelijk' afstaan van een goed, waarop de artt. 1708 en 1709 OBW slechts bescheiden uitzonderingen leken toe te staan. Waarschijnlijk het belangrijkste twistpunt gedurende de werking van het OBW had betrekking op de vraag of beschikkingen überhaupt onder voorwaarde mogelijk waren. Door het merendeel van de auteurs en in de rechtspraak werd aangenomen van wel, maar niettemin bestonden wel een aantal – ook onderling – afwijkende opvattingen dienaangaande.²²³ De gedachte dat eenzijdige gerichte rechtshandelingen eventueel dwingend onvoorwaardelijk dienen te zijn, heb ik in de literatuur van het OBW noch in bevestigende noch in ontkennende zin gevonden.

Duits recht

De uitzonderingen op het brede uitgangspunt van mogelijke voorwaardelijkheid zijn voor het Duitse recht in het verband van algehele onvoorwaardelijkheid van een aantal specifieke rechtsverhoudingen te categoriseren in drie groepen. Op de eerste plaats zijn er eveneens een aantal rechtshandelingen in het verband van het familie- en erfrecht die niet onder een voorwaarde

219 Zie § 2.3.2 en 2.3.3.

220 Een voorbeeld daarvan is het reeds meermalen genoemde Conversie-arrest (HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120).

221 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 360; Pitlo 1964, p. 72.

222 Zie Wery 1930, p. 145 e.v. en de door hem besproken literatuur. In het geheel niet ter zake doende maar wél alleraardigst is de door Wery besproken voorgenomen schenking aan de Staat van het Haagse Landgoed waarop het welbekende Catshuis staat. Deze schenking diende onder een aantal ontbindende voorwaarden plaats te vinden, waarvan de juridische mogelijkheid als gezegd omstreden was. Om dit twistpunt voor deze specifieke schenking te kunnen omzeilen, werd een op het betreffende geval toegesneden wettelijke regeling in het leven geroepen, aldus Wery. Een stukje 'gelegenheidswetgeving' derhalve.

223 Zie verder § 11.1.4 en 11.2.4.

kunnen worden verricht.²²⁴ Voor het familierecht is de daarvoor in de Duitse literatuur gegeven reden dat het existentiële belang van de individuele mens bij dergelijke kwesties een duidelijk *ja* of *nee* verlangt.²²⁵ De tweede categorie betreft de overdracht van onroerend goed en de bezwaring daarvan met een aantal goederenrechtelijke rechten. Met het oog op het feit dat het Nederlandse recht dergelijke beperkingen niet kent, zijn met name de redenen voor die beperkingen in het Duitse recht interessant. De derde en laatste categorie bestaat ten aanzien van die groep van eenzijdige rechtshandelingen, die door middel van ontvangst door de wederpartij van een gerichte wilsverklaring een bestaande rechtsverhouding wijzigen of beëindigen, dan wel een nieuwe rechtsverhouding laten ontstaan (de zogeheten *Gestaltungsgeschäfte*).²²⁶ Dit betreft derhalve de groep van rechtshandelingen waarvan (ook) voor het geldend Nederlands recht geldt dat deze eventueel dwingend onvoorwaardelijk zijn. Deze beide laatste categorieën van dwingende onvoorwaardelijkheid zal ik onderstaand verder uitwerken.

Zoals eerder geconstateerd verbiedt het Duitse recht de voorwaardelijke overdracht van al dan niet bebouwde percelen grond.²²⁷ Dat geldt ook voor de vestiging en overdracht van opstalrechten.²²⁸ Evenmin kan de (eenzijdige) opzegging van beperkte rechten op een perceel grond ontbindend voorwaardelijk plaatsvinden. Ook een splitsing in appartementsrechten alsmede de opheffing daarvan kan niet voorwaardelijk geschieden.²²⁹ De in de Duitse literatuur gegeven verklaringen voor al deze beperkingen ten aanzien van onroerend goed is gelegen in de ongewenste onzekerheid bij dergelijke 'fundamentele

224 Bijv. huwelijkssluiting en erkenning van vaderschap (§ 1311 BGB, 1594 BGB) en de aanvaarding of verworping van een nalatenschap of legaat (§ 1947, 2180 lid 2 BGB).

225 MüKo/Westermann 2012, p. 1700.

226 Bij deze *Gestaltungsgeschäfte* is een partij derhalve in staat om eenzijdig handelingen te verrichten, die beide partijen vervolgens binden. Het *Gestaltungsgeschäft* is de uitoefening van een *Gestaltungsrecht*. Dit laatste wordt omschreven als 'das (einseitige) Recht auf unmittelbare Rechtsänderung' (Köbler 2007, p. 179). Een dergelijk *Gestaltungsrecht* komt in de richting van hetgeen naar Nederlands recht als een wilsrecht wordt beschouwd (zie voor een korte vergelijking: Van Rijssen 2006, p. 21, 22 en 27). Overigens lijken de verschillende Duitse handboeken op beperkte schaal van inzicht te verschillen welke eenzijdige rechtshandelingen onder dit begrip dienen te worden verstaan.

227 § 925 lid 2 BGB, § 11 lid 1 Erbbau VO.

228 Staundinger/Bork 2010, p. 318.

§ 925 lid 2 BGB staat er overigens niet aan in de weg dat de beperking in de (relatieve) beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde m.b.t. een perceel grond, welke voortvloeit uit een voorwaardelijke titel – derhalve een uitsluitend obligatoire beperking – u.h.v. § 883 BGB in het *Grundbuch* kan worden ingeschreven. De verwachter is daarmee op grond van § 161 BGB beschermd tegen tussenbeschikkingen door de bezwaarde t.b.v. derden, die t.g.v. deze inschrijving nooit te goeder trouw zijn (Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 623; MüKo/Westermann 2012, p. 1700).

229 § 4 lid 2 WEG.

rechtsverhoudingen',²³⁰ in de bescherming van het vertrouwen in het rechtsverkeer van rechten op onroerend goed²³¹ alsmede het in economisch opzicht bijzonder zwaarwegende belang van overdracht van onroerend goed.²³² De overwegingen voor deze wettelijke beperkingen ten tijde van het opstellen van het BGB waren echter gedeeltelijk anders. Aanvankelijk bestond inderdaad het argument van ongewenste onzekerheid, maar dat leidde in eerste instantie uitsluitend tot het afwijzen van ontbindend voorwaardelijke eigendom van onroerend goed.²³³ De tweede commissie wees uiteindelijk de mogelijkheid van iedere voorwaardelijkheid af, echter op basis van de veronderstelde overbodigheid naast de mogelijkheid van de *Vormerkung* die in ieder geval de mogelijkheid van inschrijving van een voorwaardelijke koop bood.²³⁴ Wat daar van zij, we kunnen in elk geval constateren dat de onmogelijkheid van beschikken onder voorwaarde met betrekking tot onroerend goed voor het Duitse recht geen dogmatische kwestie is, maar gebaseerd is op pragmatische argumenten.²³⁵

De dwingende onvoorwaardelijkheid van de groep van *Gestaltungsgeschäfte* volgt uitsluitend voor de verrekening rechtstreeks uit de wet, maar wordt overigens in de literatuur breed aanvaard. Daarbij zij nogmaals aangetekend dat naar Duits recht als uitgangspunt eenzijdige gerichte rechtshandelingen in beginsel wel degelijk onder voorwaarde kunnen worden verricht.²³⁶ Dit uitgangspunt vervalt echter meestal voor zover sprake is van een gerichte wilsverklaring die een *Gestaltungsgeschäft* vormt. Dat betekent dat voor het Duitse recht per saldo toch een behoorlijk aantal rechtshandelingen dwingend onvoorwaardelijk van aard is.²³⁷

230 Flume 1992, p. 697. Wellicht ook in deze zin: Bauer & Stürner 2009, p. 45, 46.

231 Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 615; Staudinger/Bork 2010, p. 318.

232 MüKo/Westermann 2012, p. 1699. Dit laatste lijkt enigszins achterhaald te zijn, waar de prijs van een auto van Duitse makelij al snel de waarde van een alleraardigste woning op het Duitse platteland overtreft.

233 HKK/Finkenauer 2003, p. 892.

234 HKK/Finkenauer 2003, p. 893.

235 In gelijke zin: Scheltema 2003, p. 207, nt. 60. Van Velten plaatst de onmogelijkheid in het Duitse recht van een voorwaardelijk beschikken t.a.v. onroerend goed daarentegen in het verband van het Duitse abstracte stelsel (Van Velten 2012, p. 332). De onjuistheid van die opvatting moge reeds daaruit blijken dat de overdracht onder voorwaarde van andersoortige goederen in het Duitse recht vrijwel steeds mogelijk is, terwijl ook t.a.v. die goederen het abstracte stelsel geldt.

236 Zie § 5.1.2.

237 Dit betreft op de eerste plaats de vernietiging (*Anfechtung*, § 142 e.d. BGB), die onvoorwaardelijk dient te zijn blijkens RGZ 17 mei 1907, band 66, p. 153; BGH 8 maart 1961, WM 1961, 785; BGH 4 november 1960, WM 1961, 156). Ook de uitoefening van een contractueel of wettelijk terugtrekings- respectievelijk ontbindingsrecht (*Rücktritt*, § 346 e.v. BGB) dient onvoorwaardelijk te zijn (Muthers 2008, p. 204, 205). De opzegging (*Kündigung*, in het BGB geregeld bij de verschillende bijzondere overeenkomsten) dient onvoorwaardelijk te zijn op grond van BGH 22 oktober 2003, NJW 2004, 284; BAG 10 november 1994, NJW 1995,

De reden voor het feit dat al deze eenzijdige rechtshandelingen *bedingungsfeindlich* zijn, is gelegen in het vereiste dat zij de rechtspositie van partijen – en zoals we zullen zien met name van de niet-handelende wederpartij – ondubbelzinnig en zonder voortbestaande onzekerheid dienen vast te stellen.²³⁸ Ook uit de jurisprudentie van het Bundesgerichtshof volgt in dit verband dat voorwaarden voor partijen geen onaanvaardbare onzekerheid mogen bewerkstelligen ten aanzien van de (uit voormelde rechtshandelingen voortvloeiende) nieuwe rechtstoestand.²³⁹ Het vorenstaande geldt daarmee, onverminderd de onderstaand besproken uitzondering, ook voor het verbinden van een *Gegenwartsbedingung* (een uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde) aan een *Gestaltungsgeschäft*.²⁴⁰ Ongeacht het antwoord op de in § 2.4.3 besproken vraag of een uitsluitend subjectief onzekere gebeurtenis de inhoud van een voorwaarde kan vormen, blijft immers ook bij een dergelijk voorwaarde het aspect van een onaanvaardbare onzekerheid bij een *Gestaltungs-geschäft* van kracht. De *Gestaltungsgeschäfte* dienen derhalve als breed uitgangspunt steeds onvoorwaardelijk te zijn.

1981. Zie uitgebreid over deze mogelijkheid van voorwaardelijke opzegging: Wolf 1999, p. 516, 517). Dit geldt ook voor de verlaging van de koopprijs wegens non-conformiteit (*Minderung*) van § 441 BGB en de verrekening (*Aufrechnung*, § 387 e.v. BGB). Het verbod op voorwaardelijke verrekening volgt rechtstreeks uit § 388 BGB. De herroeping als bedoeld in § 355 e.v. BGB (*Widerrufung*, die betrekking heeft op beëindiging van bestaande overeenkomsten in het kader van consumentenbescherming) moet eveneens onvoorwaardelijk geschieden. Dit geldt eveneens voor de uitoefening van een keuze- of optierecht alsmede de keuze voor de wijze van nakoming bij alternatieve verbintenissen (Staudinger/Bork 2010, p. 320; Wolf 1999, p. 516) en de uitoefening van een *Vorkaufsrecht* (het in § 463 BGB geregelde obligatoire recht van een partij, om – indien een verkoper een bepaalde zaak aan een derde verkoopt – onder in beginsel gelijke voorwaarden dezelfde zaak te kunnen kopen. Deze laatste koopovereenkomst komt tot stand door een (eenzijdig) gerichte rechtshandeling in de vorm van een verklaring van de betreffende partij jegens de verkoper). Tot slot dient ook steeds onvoorwaardelijk te zijn de uitoefening van het *Wiederkaufsrecht* (het in § 456 e.v. BGB geregelde recht van een verkoper dat deze (voor zover dit tussen partijen is overeengekomen en met toepassing van de wettelijke vereisten) het recht geeft een overgedragen goed terug te kopen. Deze 'terugkoopovereenkomst' ontstaat door een (eenzijdig) gerichte rechtshandeling in de vorm van een verklaring van de (oorspronkelijke) verkoper aan de (oorspronkelijke) koper. Het *Wiederkaufsrecht* dient onvoorwaardelijk te zijn op grond van RGZ 10 december 1919, band 97, p. 269.

Een (niet wettelijk vereiste) toestemming of goedkeuring die (specifiek) bedoeld is om een bestaande onzekerheid te beëindigen, is op zich geen *Gestaltungsgeschäft*. Niettemin wordt de onmogelijkheid van voorwaardelijkheid daarmee vrijwel gelijk gesteld (Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 616; MüKo/Westermann 2012, p. 1700; HKK/Finkenauer 2003, p. 906). Dit laat onverlet dat in zijn algemeenheid aan een toestemming wél een voorwaarde kan worden verbonden.

238 In deze zin: Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; PWW/Brinkmann 2014, p. 220; Schellhammer 2014, p. 1063, 1064; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 615; Medicus 2010, p. 348; Muthers 2008, p. 205; Staundinger/Bork 2010, p. 320; Wolf 1999, p. 516; (impliciet) Pawlowski 1998, p. 287; Hübner 1996, p. 475. Min of meer in deze zin: Ennecerus/Nipperdey 1955, p. 847.

239 BGH 26 maart 2004, NJW-RR 2004, 952; BGH 22 oktober 2003, NJW 2004, 284; BGH 21 maart 1986, NJW 1986, 2245.

240 Wolf 1999, p. 503.

Daarmee komt direct de vraag op in welke gevallen voorwaardelijkheid bij *Gestaltungsgeschäfte* toch wél mogelijk is. De uitzonderingen op de dwingende onvoorwaardelijkheid zijn vrijwel alle terug te voeren op de gedachte, dat de onvoorwaardelijkheid uitsluitend strekt tot bescherming van de wederpartij. Een bescherming die daaruit bestaat, dat de wederpartij niet door een éézijdig handelen van de andere partij in een onzekere rechtspositie gebracht mag worden.²⁴¹ De wederpartij kan echter afzien van de geboden bescherming,²⁴² deze niet nodig hebben²⁴³ of door een voorwaardelijkheid niet in een onzekere positie terecht komen.²⁴⁴ Dit laatste zal met name het geval zijn, indien het al dan niet intreden van de onderhavige voorwaarde geheel in de eigen macht van de ontvangende partij ligt.²⁴⁵ Tevens wordt de mogelijkheid van opschortende voorwaardelijkheid specifiek bij de opzegging wel aanvaard, indien de voorwaarde intreedt en de ontvanger binnen de geldende termijnen voor deze opzegging daarmee bekend wordt.²⁴⁶ Voor de ontvanger van de (aanvankelijk opschortend voorwaardelijke) opzegging komt dit immers neer op een situatie waarin hij tijdig een onvoorwaardelijke opzegging zou hebben ontvangen. Tot slot wordt voor de *Gegenwartsbedingung* aangenomen dat deze bij de dwingende onvoorwaardelijkheid van *Gestaltungsgeschäfte* toch mogelijk is, indien de subjectieve onzekerheid alleen bestaat bij de handelende partij en niet diens wederpartij, zodat deze laatste ook niet in een onzekere situatie belandt.²⁴⁷

Naast de vorenstaande mogelijkheid van voorwaardelijkheid van *Gestaltungsgeschäfte* uit hoofde van het ontbreken van de noodzaak van bescherming van de wederpartij vinden we nog één andere mogelijkheid. Dit betreft het opnemen van een zogeheten wettelijke voorwaarde in de rechtsverhouding.²⁴⁸

241 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164; Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; Staudinger/Bork 2010, p. 320; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1059; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 848.

242 Schellhammer 2014, p. 1064; Wolf/Neuner 2012, p. 647; Hübner 1996, p. 475; Flume 1992, p. 698. Flume onderbouwt zijn mening met het argument dat door aanvaarding van de voorwaardelijkheid door de wederpartij niet langer sprake is van een éézijdige, maar een tweezijdige rechtshandeling. Zie ook: RGZ 4 december 1917, band 91, p. 307.

243 Zie als mogelijkheid genoemd in: BGH 22 oktober 2003, NJW 2004, 284.

244 Schellhammer 2014, p. 1064 (met het voorbeeld dat het intreden van de voorwaarde uitsluitend afhankelijk is van de wil van de wederpartij); Wolf/Neuner 2012, p. 647; Wolf 1999, p. 516.

BGH 21 maart 1986, NJW 1986, 2245; BGH 4 april 1973, WM 1973, 694. Als heersende leer ook genoemd in: BGH 22 oktober 2003, NJW 2004, 284.

245 Bijv. ingeval van een potestatieve voorwaarde die uitsluitend door deze wederpartij kan worden ingeroepen (Medicus 2010, p. 348; Muthers 2008, p. 205; Hübner 1996, p. 475).

246 Flume 1992, p. 697; Wolf 1999, p. 517; Hübner 1996, p. 475; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 848.

247 In deze zin: Pawlowski 1998, p. 288; Flume 1992, p. 679; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 848.

248 OLG Karlsruhe 5 mei 1966, NJW 1967, 936. In gelijke zin: MüKo/Westermann 2012, p. 1714; Staudinger/Bork 2010, p. 316, 320; Muthers 2008, p. 205; Wolf 1999, p. 502; Pawlowski 1998, p. 288 (m.b.t. het zogeheten *Gestaltungsrecht*, zie hiervoor); Egert 1974, p. 44; Oertman 1924, p. 46.

De achterliggende gedachte is dat een dergelijke 'voorwaarde' de rechtsverhouding niet daadwerkelijk voorwaardelijk maakt.²⁴⁹ Een gedachte die we incidenteel overigens ook in de Nederlandse literatuur vinden.²⁵⁰

Aan de voren besproken onmogelijkheid om *Gestaltungsgeschäfte* voorwaardelijk te verrichten wordt ingeval van eerdere voorwaardelijke beschikkingen nog een interessante consequentie verbonden. Ook naar Duits recht kan een bezwaarde tussenbeschikkingen verrichten ten aanzien van een goed na een eerdere voorwaardelijke beschikking ten behoeve van de verwachter.²⁵¹ Bijvoorbeeld vestigt de bezwaarde op de reeds aan de verwachter opschortend voorwaardelijk overgedragen zaak een beperkt recht ten behoeve van een derde of zegt hij een eerder ten behoeve van een derde gevestigd beperkt recht juist op. Dergelijke tussenbeschikkingen door de bezwaarde hebben ook naar Duits recht in zekere zin een voorwaardelijk karakter; op grond van § 161 BGB vervallen (de gevolgen van) dergelijke tussenbeschikkingen van rechtswege bij het intreden van de voorwaarde tussen bezwaarde en verwachter. Het feit dat de tussenbeschikking ten behoeve van de derde eventueel zelf onvoorwaardelijk is verricht, doet derhalve aan het vorenbedoelde voorwaardelijke effect van die tussenbeschikking niets af.²⁵² De (gevolgen van de) tussenbeschikkingen zijn immers naar hun aard respectievelijk dankzij § 161 BGB voorwaardelijk. Voor zover een tussenbeschikking zodoende op grond van het hiervoor omschreven naar Duits recht dwingend onvoorwaardelijk dient te worden verricht – de tussenbeschikking bestaat uit een *Gestaltungsgeschäft*, zoals bij de vorenbedoelde opzegging van een beperkt recht – verkeert de bezwaarde in de onmogelijkheid deze te verrichten vóórdat de voorwaarde in de relatie tot de verwachter is komen te vervallen.²⁵³

Zwitsers recht

Het Zwitsers recht onderkent dezelfde groepen van uitzonderingen op mogelijke voorwaardelijkheid als het Duitse. Op de eerste plaats kunnen een aantal familie- en erfrechtelijke rechtshandelingen nooit voorwaardelijk geschieden, die ik ook voor het Zwitsers recht verder niet zal bespreken.²⁵⁴ Daarnaast bestaan uitzonderingen ten aanzien van onroerend goed bij de verkoop,

249 Althans, in de opvattingen van moderne Duitse auteurs, zie § 4.1.4.3.

250 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 326.

251 Zie § 11.1.3 en 11.1.4.

252 Deze systematiek is voor het Duitse recht onomstreden. Het verval van dergelijke tussenbeschikkingen bij het intreden van de voorwaarde – in het Nederlandse recht beschouwd als een aspect van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden – is voor het Duitse recht uitsluitend een gevolg van de wetsduiding van § 161 BGB. Zie § 11.2.5.2.

253 Staudinger/Bork 2010, p. 348; Flume 1992, p. 705.

254 Voorbeelden zijn de huwelijkssluiting, adoptie en erkenning van kinderen alsmede de verwerping van een erfgenaamschap (Koller 2009, p. 1278; Honsell 2008, p. 612). Enigszins opvallend is de in de Zwitserse literatuur wél aangenomen mogelijkheid van een verlovingsonder voorwaarde. De achterliggende gedachte is dat de u.h.v. de verloving beoogde huwelijkssluiting toch niet in rechte afdwingbaar is (Merz 1984, p. 155).

verkrijging en bezwaring daarvan. Tot slot dienen eveneens de *Gestaltungsgeschäfte* in beginsel onvoorwaardelijk te zijn.

Overeenkomstig het Duitse recht bestaat grote terughoudendheid ten aanzien van voorwaardelijke beschikkingen met betrekking tot (goederenrechtelijke rechten op) onroerend goed.²⁵⁵ Deze beperking volgt ook rechtstreeks uit het Zwitserse wetboek.²⁵⁶ De betreffende wetsbepalingen behelzen een vrijwel algeheel verbod op voorwaardelijke beschikkingen over onroerend goed. Dit geldt derhalve zowel voor opschortend als voor ontbindend voorwaardelijke beschikkingen.²⁵⁷ Ten aanzien van deze laatste bestaat overigens wel enige discussie over de ontoelaatbaarheid daarvan, maar de jurisprudentie wijst die mogelijkheid vooralsnog af.²⁵⁸

Voor het Zwitsers recht is de redengeving voor deze onmogelijkheid gelegen in de gewenste zekerheid voor derden ten aanzien van de tenaamstelling van onroerend goed als vermeld in het *Grundbuch*.²⁵⁹ Dat is bij opschortende voorwaarden mede daaruit verklaarbaar dat de rangorde van rechten ten aanzien van onroerend goed niet op de eerste plaats bepaald wordt door het voor derden kenbare moment van inschrijving in het *Grundbuch* (zoals in het Nederlandse recht uit hoofde van de inschrijving in de openbare registers), maar door het *niet* voor derden kenbare moment van de eerdere *Anmeldung* (art. 972 II ZGB). Inschrijving in het *Grundbuch* en daarmee kenbaarheid voor derden zou pas plaatsvinden ná het intreden van de opschortende voorwaarde, maar wel met een rangorde van het eerdere moment van de *Anmel-*

255 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 377; Berger 2012, p. 260; Schwenger 2012, p. 66, 67; Honsell 2008, p. 612; Guhl/Koller 2000, p. 55, 56; Peter 1994, p. 203, 204; Staehelin 1993, p. 29.

256 De wettelijke pijlers voor deze vergaande beperking t.a.v. een voorwaardelijk beschikken m.b.t. onroerend goed bestaan uit de artt. 12 I GBV en 217 OR. Art. 12 I GBV luidt: 'Die Anmeldung zur Eintragung muss unbedingt und vorbehaltlos sein'. Art. 217 OR luidt: 'Ist ein Grundstückkauf bedingt abgeschlossen worden, so erfolgt die Eintragung in das Grundbuch erst, wenn die Bedingung erfüllt ist'. En lid 2: 'Die Eintragung eines Eigentumsvorbehaltes ist ausgeschlossen'.

257 Dit volgt logischerwijs uit de wettekst van art. 217 I OR en wordt dan ook in de literatuur onderschreven (Koller 2009, p. 1277; Merz 1984, p. 156 nt. 20; Staehelin 1993, p. 29).

258 Guhl stelde in 1944 nog dat ontbindend voorwaardelijke beschikkingen niet onder de werking van art. 217 OR zouden vallen (Guhl 1944, p. 58). Door het Bundesgericht is het wettelijk verbod later echter van overeenkomstige toepassing verklaard op ontbindende voorwaarden (BGE 18 december 1959, 85 II 609). Zie ook: Guhl/Koller 2000, p. 56. Niettemin stelt een deel van de moderne literatuur nog steeds dat het betwist zou zijn of dit verbod inderdaad ook op ontbindend voorwaardelijke beschikkingen ziet (Huguenin e.a. 2008, p. 198; Staehelin 1993, p. 51 e.v.; Merz 1984, p. 162, nt. 44). Soms wordt die mogelijkheid daarentegen ook uitdrukkelijk afgewezen: Berger 2012, p. 260.

259 Berger 2012, p. 260; Koller 2009, p. 1277; Honsell 2008, p. 612; Guhl/Koller 2000, p. 55; Staehelin 1993, p. 29; Merz 1984, p. 156.

dung.²⁶⁰ De *Anmeldung* zelf dient derhalve op grond van art. 12 GBV onvoorwaardelijk te zijn. Voor de ontbindend voorwaardelijke beschikking gaat dit argument echter niet op. Niettemin wordt de 'Klarheit des Grundbuchs' ook voor wat betreft ontbindende voorwaardelijkheid als onderbouwing voor deze onmogelijkheid gehanteerd.²⁶¹

Niet uitsluitend de beschikking over onroerend goed, maar – verrassend – ook de ontbindend voorwaardelijke (ver)koop daarvan is volgens een deel van de literatuur op grond van art. 217 OR naar Zwitsers recht uitgesloten.²⁶² Naast de interpretatie dat deze wetsbepaling een dergelijke verkoop zou verbieden, heb ik daarvoor echter geen inhoudelijke argumenten in de Zwitserse literatuur gevonden. De opschortend voorwaardelijke verkoop van onroerend goed is daarentegen gewoon mogelijk.²⁶³ Op grond van de vorenbesproken onmogelijkheid van voorwaardelijke beschikkingen zal na een dergelijke opschortend voorwaardelijke verkoop echter gewacht moeten worden met de levering tot de koopovereenkomst onvoorwaardelijk is geworden.²⁶⁴

Anders dan in het Duitse recht wordt in het Zwitsers recht een beperkt aantal uitzonderingen erkend op de onmogelijkheid om voorwaardelijk over onroerend goed te beschikken. Een eerste wettelijke uitzondering bestaat – wellicht – uit de schenking van onroerend goed.²⁶⁵ Art. 247 OR staat toe dat een dergelijke schenking bij vooroverlijden van de begiftigde ten opzichte van de schenker ongedaan wordt gemaakt. In de literatuur wordt deze ongedaanmaking als een (ontbindende) voorwaarde aangemerkt.²⁶⁶ Echter, in de Zwitserse literatuur bestaat discussie of de betreffende voorwaarde ook voor wat

260 Staehelin 1993, p. 29. Staehelin is overigens de enige auteur waar ik deze begrijpelijke argumentatie aantrof. Andere auteurs verwijzen slechts naar de 'Publizitätsfunktion des Grundbuchs'.

261 Guhl/Koller 2000, p. 56. In soortgelijke zin: Berger 2012, p. 260.

262 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 377; BSK OR I-Honsell 2011, p. 1266; Bucher 1988, p. 510. Deze benadering is blijkens deze auteurs (mede) gebaseerd op de rechtspraak. Koller stelt daarentegen – m.i. reeds u.h.v. de redactie van art. 217 OR terecht – anders (Koller 2009, p. 1277). Koller noemt in het verband met ontbindende voorwaarden dat de partijafspraken op grond waarvan bij het intreden van een voorwaarde de eerder overgedragen eigenom van rechtswege aan de oorspronkelijke vervreemder dient terug te vallen, uitsluitend obligatoire en geen goederenrechtelijke werking kan hebben (Guhl/Koller 2000, p. 56). Ook daaruit zou volgen dat een ontbindende voorwaardelijke verkoop toch mogelijk zou zijn.

263 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 377; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 851; BSK OR I-Honsell 2011, p. 1266; Koller 2009, p. 1277. Dit is vanuit het Zwitsers recht overigens iets minder vanzelfsprekend dan men zou verwachten, gezien het feit dat het ontwerp van het OR nog een andersluidende bepaling bevatte (Koller 2009, p. 1277).

264 In deze zin ook: Honsell 2008, p. 612.

265 Berger 2012, p. 260; Koller 2009, p. 1277; Guhl/Koller 2000, p. 56.

266 Koller 2009, p. 1276; Bucher 1988, p. 510. Koller constateert overigens (p. 1278) dat strikt genomen sprake is van een *Vormerkung* en niet van een ontbindend voorwaardelijke inschrijving.

betreft onroerend goed goederenrechtelijke werking kan hebben.²⁶⁷ Een tweede uitzondering betreft de in de rechtspraak aangenomen mogelijkheid van vestiging van een ontbindend voorwaardelijke erfdienstbaarheid.²⁶⁸ Een laatste in de jurisprudentie aangenomen uitzondering bestaat uit de opschortend voorwaardelijke vestiging van een *Wohnrecht*.²⁶⁹ Uit deze nogal casuïstische uitzonderingen kan echter geen algemenere regel worden afgeleid ter zake eventuele uitzonderingen op de dwingende voorwaardelijkheid bij beschikkingen.

Tot slot dienen ook de *Gestaltungsgeschäfte* – welk begrip overeenstemt met het hiervoor bij het Duitse recht besproken begrip – naar Zwitserse heersende leer vrijwel steeds onvoorwaardelijk te worden verricht.²⁷⁰ Net als in het Duitse recht ligt de onderbouwing voor een dergelijke verplichte onvoorwaardelijkheid in de ongewenste onzekerheid, waarin de handelende partij éézijdig diens wederpartij door middel van een voorwaarde zou kunnen brengen.²⁷¹ Met betrekking tot de opzegging is eveneens in de Zwitserse rechtspraak vastgesteld dat deze voorwaardelijk kan zijn, indien het intreden van de betreffende voorwaarde in de macht van de wederpartij ligt. De onderbouwing voor deze uitzondering is ten dele gelijk aan het Duitse recht: de wederpartij heeft het op grond van de potestatieve voorwaarde zélf in haar macht om de gevolgen van het *Gestaltungsgeschäft* al dan niet te laten intreden en daarmee komt deze ook niet in een onaanvaardbare onzekerheid te verkeren. Volgens de Zwitserse literatuur geldt deze uitzondering op de dwingende onvoorwaar-

267 Zo niet, bestaat i.i.g. een (persoonlijke) terugleveringsverplichting voor de erfgenamen van de begiftigde. Zie hierover Koller 2009, p. 1277.

268 Als vereiste is daarvoor wel gesteld dat het in vervulling gaan van de voorwaarde duidelijk en op eenvoudige wijze kan worden vastgesteld. Koller beschouwt deze uitzondering op de onmogelijkheid van inschrijfbaarheid slechts mogelijk binnen nauwe grenzen (Guhl/Koller 2000, p. 56). Peter stelt daarentegen dat erfdienstbaarheden nooit voorwaardelijk gevestigd kunnen worden, maar beroept zich daarbij op oudere rechtspraak (Peter 1994, p. 203, nt. 38).

269 Zie over deze jurisprudentie: Peter 1994, p. 203, nt. 38. Een *Wohnrecht* betreft een vorm van goederenrechtelijk gebruiksrecht van een woning (art. 776 ZGB).

270 Daaronder zijn derhalve begrepen: de ontbinding (de *Rücktritt vom Vertrag*, art. 107 OR, Guhl/Koller 2000, p. 56), de verrekening (Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 378; Schwenzer 2012, p. 67; Koller 2009, p. 1278; Honsell 2008, p. 612; Guhl/Koller 2000, p. 56; Keller & Schöbi 1988, p. 106; Merz 1984, p. 157), opzegging (*Kündigung*, Honsell 2008, p. 612; Guhl/Koller 2000, p. 56; Merz 1984, p. 157), herroeping (*Widerruffung*, Honsell 2008, p. 612), de keuze tussen alternatieve prestaties (de *Wahlobligation*, art. 72 OR), het doen van een beroep op een wilsgebrek (Buchem 1988, p. 510) of een (eis tot) vernietiging (*Anfechtung*, Honsell 2008, p. 612).

271 Berger 2012, p. 260; Schwenzer 2012, p. 67; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 851; Koller 2009, p. 1278; Guhl/Koller 2000, p. 56; Merz 1984, p. 157; Guhl 1944, p. 54; Becker 1941, p. 718.

delijkheid van *Gestaltungsgeschäfte* – overeenkomstig het Duitse recht – ook voor de overige onder dit begrip vallende eenzijdige rechtshandelingen.²⁷²

5.3.2.2 *Waarom is onzekerheid soms 'onaanvaardbaar'?*

In § 5.1.3 en in de vorige subparagraaf zagen we dat de onzekerheid die voorwaarden naar hun aard met zich mee brengen er soms toe leidt, dat rechtsverhoudingen niet onder een voorwaarde kunnen worden verricht. Dat is met name het geval als een derde of de wederpartij geconfronteerd zou worden met deze onzekerheid, maar deze daarmee niet heeft ingestemd. De door de handelende partij in het leven geroepen onzekerheid zou derhalve als uitgangspunt 'onaanvaardbaar' zijn voor de wederpartij of eventueel voor derden. Dwingende onvoorwaardelijkheid in verband met de positie van derden zal echter een beperkte groep van gevallen betreffen, zodat ik deze verder laat rusten.²⁷³

De vorenbedoelde situatie van onaanvaardbaarheid van onzekerheid doet zich voor bij de in § 5.3.2.1 beschreven *Gestaltungsgeschäfte*, die in verband met de bescherming van wederpartijen daarom in beginsel als dwingend onvoorwaardelijk worden beschouwd. De vraag daarbij is echter wáárom sprake is van een dergelijke onaanvaardbaarheid van onzekerheid. Daarbij is het opvallend dat het argument van een dergelijke onaanvaardbaarheid in de Duitse en Zwitserse literatuur breed wordt onderschreven, maar eigenlijk niet wordt aangegeven waarom die onzekerheid onaanvaardbaar zou zijn. Dat geldt ook voor de min of meer omgekeerde benadering van dit vraagstuk, namelijk vanuit de uitzonderingen op deze dwingende onvoorwaardelijkheid. Het Duitse en Zwitserse recht erkennen twee groepen van dergelijke uitzonderingen, waarvan de eerste het geval betreft dat de wederpartij of derde helemaal niet in een situatie van daadwerkelijke onzekerheid komt te verkeren. Daarmee is uiteraard ook geen sprake van een 'onaanvaardbare' onzekerheid, zodat we die uitzondering thans kunnen laten voor wat zij is. De andere uitzondering betreft de situatie dat de wederpartij of derde besluit af te zien van de door de dwingende voorwaardelijkheid geboden bescherming – een instemmen met de situatie van onzekerheid derhalve – of deze bescherming niet nodig heeft.

272 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 378; Schwenzer 2012, p. 67; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 851; Koller 2009, p. 1278; Huguenin e.a. 2008, p. 198; Bucher 1988, p. 510.

273 O.g.v. het conversie-arrest (HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120) lijkt het weinig twijfel dat onzekerheid voor derden in het Nederlands geldend recht inderdaad tot dwingende onvoorwaardelijkheid kan leiden. Tevens terecht is de gedachte dat de positie van schuldeisers van een erflater om een onvoorwaardelijke aanvaarding of verwerping van een nalatenschap vraagt. Voor het overige zou ik echter willen aannemen dat de positie van derden slechts incidenteel tot dwingende onvoorwaardelijkheid zal leiden. Partijen behoeven bij het vormgeven van hun eigen juridische positie immers als uitgangspunt geen rekening te houden met derden.

Het is dit laatstbedoelde ontbreken van een behoefte aan de bescherming van dwingende onvoorwaardelijkheid die voor de thans besproken vraag interessant is. Het ontbreken van een dergelijke behoefte aan bescherming zou namelijk een zeker antwoord omvatten wanneer onzekerheid als (on)aanvaardbaar is te beschouwen. Maar ook bij deze benadering vinden we in de Duitse en Zwitserse literatuur geen duidelijke aanknopingspunten die richting zouden kunnen geven ten aanzien van de onaanvaardbaarheid van de onzekerheid. De Nederlandse literatuur heeft in dit opzicht evenmin iets te bieden, zodat we vooralsnog met lege handen staan.²⁷⁴

Laat ik stellen dat mijns inziens de norm in het maatschappelijk verkeer is, dat wederpartijen inderdaad niet eenzijdig in een onzekere positie mogen worden gebracht. Een dergelijke norm is daaruit verklaarbaar dat onzekerheid nadelen met zich brengt, met name van economische aard. Een (weder)partij wil zijn vermogensbestanddelen voor een bepaald doel respectievelijk zo efficiënt mogelijk aanwenden, maar kan ten gevolge van de situatie van onzekerheid (nog) niet daarnaar handelen. De ene partij heeft derhalve redenen om onzekerheid in de eigen rechtspositie en daarmee ook in die van de wederpartij te verdisconteren, terwijl diezelfde onzekerheid voor de wederpartij contra-productief werkt. Is daarmee echter reeds gegeven dat het nadeel van de wederpartij uit hoofde van de onzekerheid – als we tenminste focussen op economisch nadeel – leidt tot dwingende onvoorwaardelijkheid? Ik wil als uitgangspunt verdedigen van wel.

Om een en ander minder abstract te maken, beperk ik mij binnen de ruime groep van *Gestaltungsrechte* tot die wilsrechten die gericht zijn op beëindiging van bestaande (onvoorwaardelijke) rechtsverhoudingen. Bij het aanvankelijke tot stand komen van een dergelijke onvoorwaardelijke rechtsverhouding hebben partijen een keuze gemaakt, welke keuze ieder van hen op dat moment als de gunstigste respectievelijk best haalbare beschouwde. Deze onvoorwaardelijkheid van de rechtsverhouding leidt er toe dat partijen een behoorlijke mate van zekerheid hebben ten aanzien van de aanwending van de betreffende vermogensbestanddelen. Uiteraard is aan iedere rechtsverhouding inherent dat deze in de toekomst mogelijk weer wordt beëindigd, óf langs reguliere weg door middel van bijvoorbeeld opzegging of annulering, óf omdat er 'iets' mis is aan de rechtsverhouding, in welk geval beëindiging plaatsvindt door middel van ontbinding of vernietiging. Absolute zekerheid ten aanzien van de bedoelde toekomstige aanwending van vermogensbestanddelen hebben

274 Bakels noemt als reden dat de wederpartij 'recht heeft' op zekerheid. Deze wederpartij kan zelf geen invloed op de (voorwaardelijke) eenzijdige rechtshandeling uitoefenen, maar wel wordt diens rechtspositie gewijzigd (Bakels 2011, p. 21). Deze wijziging van de rechtspositie is echter reeds een gevolg van de – geldige – eenzijdige gerichte rechtshandeling van de andere partij. Enig argument waarom in deze rechtshandeling geen onzekerheid verdisconteerd zou kunnen zijn, vinden we in het argument van Bakels dan ook niet.

partijen derhalve niet. Maar ook in het geval de rechtsverhouding op een bepaalde (zekere) termijn zal worden beëindigd, ontstaat een situatie van zekerheid voor ieder van partijen.²⁷⁵ Vanaf het moment dat duidelijk is dat de rechtsverhouding op deze termijn zal worden beëindigd, kan derhalve (ook) de wederpartij wederom keuzes maken ten aanzien van een nieuwe aanwending van de betreffende vermogensbestanddelen.

In dit laatste is het verschil gelegen met de uitoefening van een voorwaardelijk *Gestaltungsrecht*. Met name de onduidelijkheid ten aanzien van het moment waarop de rechtsverhouding (mogelijk) zal worden beëindigd uit hoofde van bijvoorbeeld een voorwaardelijke opzegging maakt het voor de wederpartij moeilijk om daar op te anticiperen. Dat zal snel leiden tot de bedoelde inefficiëntie: de door de werknemer voorwaardelijk opgezegde functie blijft langer dan nodig vacant, het pand waarvan de huurovereenkomst slechts voorwaardelijk was beëindigd blijft vooralsnog onverhuurd of een te verkopen zaak blijft langer dan nodig buiten de handel. De dwingende onvoorwaardelijkheid bij de *Gestaltungsrechte* behoeft derhalve niet of niet uitsluitend gebaseerd te worden op redelijkheid of rechtvaardigheid, maar kan zeker ook worden verdedigd op grond van een economische afweging. Onzekerheid bij de wederpartij leidt immers waarschijnlijk tot economische inefficiëntie. Daarin is dan ook het verschil gelegen met de situatie waarin de wederpartij de voorwaardelijkheid van aanvang af dan wel bij de uitoefening van het *Gestaltungsrecht* alsnog heeft aanvaard. We mogen immers aannemen dat een wederpartij met die voorwaardelijkheid slechts zal instemmen, indien deze tevens voor haar een voordeel inhoudt of op zijn minst het voor haar best haalbare resultaat omvat voor wat betreft de rechtsverhouding als geheel.

Resteert nog de vraag of een dergelijke insteek de deur opent naar een zekere afweging van de belangen van partijen. Een wezenlijk voordeel voor de handelende partij bij het incorporeren van onzekerheid zou bijvoorbeeld in economische zin kunnen opwegen tegen een bescheiden nadeel van de wederpartij bij diezelfde onzekerheid. Het vorenbesproken argument van economische efficiëntie zou zich derhalve niet verzetten tegen een voorwaardelijkheid waar per saldo een dergelijk voordeel zou bestaan. Gehanteerd als doorslaggevend rechtseconomisch argument *pur sang* zie ik daar echter niets in. De afweging óf het verdisconteren van onzekerheid al dan niet voordelig is, kan als breed uitgangspunt namelijk slechts door ieder van partijen voor zich zelf worden gemaakt. Het beoordelen van een situatie van onzekerheid bij de wederpartij – opgevat als de kans dat tegen een onzeker moment bepaalde onzekere gevolgen bij die wederpartij zullen intreden – zal veelal (te) moeilijk zijn. De beoordeling door de handelende partij van de positie van de wederpar-

275 Het is niet voor niets dat de wettelijke systematiek bij twijfel van een partij over het voortbestaan van de rechtsverhouding middelen aanreikt om aan die onzekerheid een einde te maken. Zie de artt. 3:55 lid 2 en 3:57 BW.

tij zal dan ook veel te vaak onjuist zijn om een dergelijke (economische) afweging te kunnen maken. Daarnaast is er nog de geheel andere vraag waarom de wederpartij überhaupt een nadeel zou moeten dragen uit hoofde van een door de andere partij in het leven geroepen onzekerheid.

Niettemin vinden we incidenteel wel de gedachte dat bij de beoordeling of een *Gestaltungsgeschäft* voorwaardelijk kan worden verricht een belangenafweging moet plaatsvinden. Bakels onderschrijft een dergelijke belangenafweging expliciet ten aanzien van de (opschortende) voorwaardelijkheid van een ontbindingsverklaring.²⁷⁶ Ook in de jurisprudentie van het BGH vinden we – met veel voorzichtigheid – wel enige aanwijzingen dat een zekere weging van de belangen van partijen mogelijk is.²⁷⁷ Toch zou ik terughoudend willen zijn ten aanzien van een dergelijke afweging. Dat vloeit op de eerste plaats voort uit de vorenbesproken, veelal moeilijke afweging van de belangen van partijen. Daar komt echter bij dat het mij de vraag lijkt of er naast de in het Duitse en Zwitserse recht vastgestelde uitzonderingen op dwingende onvoorwaardelijkheid – de wederpartij komt ten gevolge van de voorwaarde helemaal niet in onzekerheid te verkeren, de wederpartij aanvaardt de voorwaarde respectievelijk onzekerheid of de wederpartij heeft de bescherming niet nodig – nog wel veel ruimte is voor een dergelijke afweging.

Voor de voormelde eerste twee uitzonderingsgevallen heeft het weinig zin een dergelijke afweging te bespreken, omdat beide uitzonderingsmogelijkheden in geen enkel verband staan met een eventuele afweging van belangen. Ten aanzien van de derde uitzondering van het al dan niet nodig hebben van de door dwingende onvoorwaardelijkheid geboden bescherming is dat anders. Zoals ik hiervoor reeds stelde is in de Duitse en Zwitserse literatuur weliswaar geen nadere invulling gegeven in welke gevallen die bescherming van de wederpartij al dan niet nodig is, maar we kunnen er in dit verband wel een redelijke gooi naar doen. Voor zover de inhoud van een voorwaarde namelijk is gelegen in een handelen of nalaten van die wederpartij, is er niet alleen geen enkele reden om die partij de 'bescherming' van onvoorwaardelijkheid te bieden, maar heeft die wederpartij deze bescherming ook niet nodig.²⁷⁸ Óf de wederpartij heeft de vrije keuze al dan niet te handelen conform de inhoud van de gestelde voorwaarde, waarmee de wederpartij tevens zelf in de hand heeft of de voorwaarde intreedt, óf de wederpartij was toch al verplicht tot

276 Bakels 2011, p. 21 (en eerder: Bakels 1993, p. 133).

277 Uit BGH 22 oktober 2003, NJW 2004, 284 lijkt te volgen dat de langere periode waarin de onzekerheid zou bestaan tot de onaanvaardbaarheid van een onzekere tijdsbepaling (maar blijkens dit vonnis waarschijnlijk ook een voorwaarde) van een opzegging zou leiden. De duur van de onzekerheid zou daarmee gewicht in de schaal leggen, waaruit zou volgen dat het belang van de wederpartij bij onvoorwaardelijkheid minder doorslaggevend wordt bij een kortere periode van onzekerheid.

278 Uiteraard is het denkbaar dat met het niet nodig hebben van de bescherming van dwingende onvoorwaardelijkheid (ook) op andere omstandigheden wordt gedoeld, bijv. de wederpartij in het geheel geen nadeel kan ondervinden van de voorwaardelijkheid.

een dergelijk (niet-)handelen. Met andere woorden, de vorenbedoelde voorwaarde wijzigt niets in negatieve zin aan de aanvankelijke rechtspositie van de wederpartij.²⁷⁹ Dat geldt zelfs als het onzeker is of de wederpartij haar laatstbedoelde verplichting zal kunnen nakomen. De onzekerheid die uit de voorwaarde voortvloeit is alsdan immers geen andere dan de reeds bestaande onzekerheid ten aanzien van de mogelijkheid van nakoming. Samengevat, voor de rechtsgeldigheid van een voorwaarde met de voormelde inhoud behoeven we dan ook niet terug te vallen op enigerlei afweging van de belangen van partijen. Een dergelijke voorwaarde bij een *Gestaltungsgeschäft* is uit hoofde van een gebrek aan noodzaak van bescherming van de wederpartij door middel van dwingende onvoorwaardelijkheid gewoon geldig.

Ten aanzien van voorwaarden die niet bestaan uit het vorenbedoelde handelen of nalaten van de wederpartij, gaat het vorenstaande vanzelfsprekend niet op. Nog steeds gelden echter de beide eerder genoemde argumenten dat de vraag óf per saldo sprake is van economische efficiëntie in het concrete geval moeilijk is te beantwoorden en dat onduidelijk blijft waarom de wederpartij überhaupt een nadeel zou moeten dragen ten gevolge van de onzekerheid die door de andere partij is opgeroepen. Als we echter over het eerste argument heen zouden willen stappen, zie ik wel enige ruimte voor een zekere belangafweging. Partijen dienen immers wel degelijk rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, zodat men soms een klein nadeel voor lief zal moeten nemen om de ander een wezenlijk voordeel te gunnen. Niettemin, ook als we dat zouden willen aannemen, blijft terughoudendheid gepast.

5.3.2.3 De toestemming onder voorwaarde

Voor het Nederlandse en Duitse recht wordt aangenomen dat het verlenen van toestemming voorwaardelijk kan geschieden.²⁸⁰ Blijkens de PG geldt dat tevens voor de in art. 5:91 BW bedoelde toestemming van een grondeigenaar voor een door de erfpachter voorgenomen overdracht van diens erfpachtrecht.²⁸¹ Of ook een toestemming als bedoeld in het 'gezinsbeschermende'

279 Ook bij Bakels vinden we een dergelijke denkrichting met dito uitkomst (Bakels 2011, p. 22). Niettemin plaatst hij de geldigheid van een dergelijke voorwaarde wel in het licht van deze afweging.

280 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 324; Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 269; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 374; Bloembergen 1971, p. 18, 19.

Voor het OBW meent Van Opstall u.h.v. HR 17 december 1896, W. 6906, dat ook de Hoge Raad de mogelijkheid van voorwaardelijke toestemming heeft aanvaard. Ik kan het zeker niet uitsluiten, maar het arrest is op dit punt bepaald niet helder. Ook Van Opstall lijkt enigszins te twijfelen.

Duits recht: Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 616; Wolf/Neuner 2012, p. 647.

281 PG Boek 5, MvA, p. 314. Zie ook: Hof Leeuwarden 14 januari 2010, NJ 2010, 236. Het hof beperkte de inhoud van een voorwaarde bij de toestemming als bedoeld in art. 5:91 BW tot invloed op de persoon van de opvolgend erfpachter alsmede de wijze van gebruik van de in erfpacht uitgegeven grond. Dit zijn de beide in de PG genoemde mogelijkheden t.a.v.

art. 1:88 BW voorwaardelijk kan worden gegeven, blijkt daarentegen niet expliciet uit literatuur of rechtspraak. De thans te bespreken vraag is, of ten aanzien van de mogelijkheid van voorwaardelijkheid van allerlei vormen van toestemming inderdaad iets anders zou moeten gelden dan ik hiervoor ten aanzien van de *Gestaltungsrechte* heb gesteld.

Bij die vraag is het goed om vast te stellen dat de verhouding tussen de partij die om toestemming vraagt en de partij die toestemming dient te verlenen nooit een verhouding tussen willekeurige 'derden' betreft.²⁸² Het vereiste van een dergelijke toestemming ontstaat immers niet zomaar, maar vindt zijn grondslag in wilsovereenstemming en incidenteel in de wet. Ook een dergelijke 'wettelijke' toestemming ziet echter op specifieke rechtsverhoudingen waar de betreffende partijen niet in een willekeurige verhouding tot elkaar staan als tussen werkelijke derden. De verhouding tussen de toestemmingsgever en de ontvanger zal daarmee niet anders zijn dan tussen de partijen waarvan één van beide een *Gestaltungsrecht* uitoefent. Bij het vereiste van toestemming is echter nog iets van belang dat bij de *Gestaltungsrechte* niet speelt. Een dergelijk vereiste van toestemming bestaat niet willekeurig, maar heeft een bepaalde reden. De toestemmingsgever heeft een bepaald belang of ziet tenminste toe op een bepaald belang, waarbij het al dan niet verlenen van toestemming het instrument is waarmee dit belang wordt bewaakt. Het al dan niet verlenen van toestemming heeft derhalve een specifieke functie, waarvan ik onderstaand zal bespreken waarom deze in het kader van voorwaardelijkheid van betekenis is.

Met deze elementen kom ik ten aanzien van de mogelijkheid van het verlenen van toestemming onder voorwaarde tot de volgende conclusie. Anders dan voor het Nederlandse en Duitse recht wordt gesteld, is mijns inziens het uitgangspunt dat aan het verlenen van toestemming geen voorwaarde kan worden verbonden. Aan het verdisconteren van onzekerheid bij het verlenen van toestemming gelden dezelfde vorenbesproken nadelen als bij de *Gestaltungsrechte*. Dat laat onverlet dat een toestemming wel degelijk voorwaardelijk kan zijn in die gevallen, waarin dat ook bij de *Gestaltungsrechte* mogelijk is.

De mogelijkheid van voorwaardelijkheid van de toestemming wordt ten opzichte van de *Gestaltungsgeschäfte* echter zowel beperkt als uitgebreid. 'Beperkt' in die zin dat de inhoud van de voorwaarde niet mag leiden tot een voordeel voor de toestemmingsgever respectievelijk nadeel voor de ontvanger van de toestemming waar het met de toestemming te beschermen belang niet mee is gediend. Zo mag de echtgenoot bij de verkoop van de echtelijke woning

de inhoud van een dergelijke voorwaarde (PG Boek 5, MvA, p. 314), die door het hof blijkbaar limitatief zijn opgevat. Impliciet ligt daar de gedachte achter dat het vereiste van toestemming door de bloot eigenaar inderdaad voor een beperkt belang is gegeven.

282 Let wel, uiteraard binnen de grenzen van het burgerlijk recht. Dit geldt bijv. niet t.a.v. een van overheidswege te verlenen toestemming.

door zijn vrouw wél aan de uit hoofde van art. 1:88 BW door hem te verlenen toestemming de voorwaarde verbinden dat de levering van die woning niet eerder zal geschieden dan per het moment dat een nieuwe echtelijke woning kan worden betrokken. Daarentegen is niet toegestaan de voorwaarde dat mevrouw voor haar echtgenoot een exclusieve sportwagen koopt.²⁸³

De mogelijkheid van voorwaardelijkheid van de toestemming wordt mijns inziens echter ook uitgebreid, zoals uit het vorenstaande voorbeeld eigenlijk al volgt. Indien de inhoud van de voorwaarde strookt met het belang dat door de toestemming wordt beschermd, valt moeilijk in te zien dat de mogelijkheid daarvan zou moeten wijken voor de onzekerheid die voor de ontvanger uit de voorwaarde voortvloeit. Aan de toestemming kan derhalve een dergelijke voorwaarde worden verbonden ook in de gevallen, waarin dat bij de *Gestaltungsgeschäfte* niet mogelijk is.

Samengevat ligt de mogelijkheid van de voorwaardelijke toestemming mijns inziens genuanceerder dan voor het Nederlandse en Duitse recht thans wordt aangenomen.

5.3.2.4 De voorwaardelijke aanvaarding van een aanbod

In § 5.1.2 zagen we dat voor het Nederlands geldend recht wordt aangenomen dat de aanvaarding van een aanbod voorwaardelijk kan plaatsvinden.²⁸⁴ Is die opvatting zonder nuancering juist? Bij die vraag zij voorop gesteld dat voor zover we al zouden willen twisten over de vraag of een dergelijke aanvaarding een zelfstandige rechtshandeling vormt, dan wel een onzelfstandig onderdeel is van een meerzijdige rechtshandeling, deze kwalificatie in dit verband geen verschil maakt. Ook in het laatste geval heeft een dergelijke aanvaarding immers alles weg van de vorenbesproken *Gestaltungsgeschäfte*, die zelfstandige rechtshandelingen vormen. De aanvaarding van het aanbod laat door middel van een eenzijdige wilsverklaring een nieuwe rechtsverhouding met de wederpartij ontstaan, zoals dat ook het geval kan zijn bij de *Gestaltungsgeschäfte*. Ongeacht de exacte kwalificatie van de aanvaarding dient zich daarmee de vraag aan, of ten aanzien van de mogelijke voorwaardelijkheid van de aanvaarding inderdaad iets anders zou moeten gelden dan ten aanzien van de *Gestaltungsgeschäfte*, die in beginsel dwingend onvoorwaardelijk zijn.

Voor die vraag moeten we nogmaals kijken naar hetgeen hierover voor het Nederlandse recht is gezegd. Hartkamp acht de voorwaardelijke aanvaarding mogelijk, 'mits de voorwaardelijke aanvaarding gezegd kan worden met het aanbod overeen te stemmen, dus m.a.w. het aanbod ruimte laat voor een

283 Zie in dit verband ook het hiervoor reeds vermelde arrest van Hof Leeuwarden 14 januari 2010, NJ 2010, 236.

284 PG Boek 6, MvA II, p. 881. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*, p. 145, 146 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 139).

voorwaardelijke aanvaarding'.²⁸⁵ Ik interpreteer deze gedachte aldus dat in het aanbod reeds was verdisconteerd de instemming van de aanbieder met een (eventuele) voorwaardelijk aanvaarding. Ook het in dit verband in de PG vermelde voorbeeld is in deze interessant. De opschortend voorwaardelijke aanvaarding is blijkens de MvA niet tijdig geschied, indien de voorwaarde niet is vervuld binnen de door de aanbieder gestelde termijn of binnen de 'redelijke termijn' van art. 6:221 BW.²⁸⁶ Uit dit voorbeeld volgt dat de reden dat de aanvaarding voorsnog voorwaardelijk kan geschieden daaruit bestaat, dat de positie van de aanbieder niet verslechtert door de voorwaardelijke aanvaarding. Door en gedurende de termijn waarin het aanbod gelding had verkeert de aanbieder immers uit eigener beweging in onzekerheid over de vraag of het aanbod zal worden aanvaard. De voorwaardelijke aanvaarding creëert derhalve in het voormelde voorbeeld geen additionele onzekerheid bij de aanbieder.²⁸⁷

Uit het vorenstaande mogen we denk ik wel afleiden dat voor het Nederlandse recht helemaal niet de mogelijkheid van een ongeclausuleerde voorwaardelijke aanvaarding wordt aangehangen, maar de mogelijkheid van een dergelijke voorwaardelijkheid uitsluitend bestaat als de aanbieder die zelf in het leven heeft geroepen, dan wel deze tenminste niet in een nadeliger positie komt te verkeren ten gevolge van de aanvaarding onder voorwaarde. Daarin kunnen we een vrijwel naadloze aansluiting zien met tenminste twee van vorenbesproken uitzonderingen op de dwingende onvoorwaardelijkheid van de *Gestaltungsgeschäfte*: de wederpartij (aanbieder) aanvaardt de voorwaardelijkheid dan wel heeft deze de bescherming van de dwingende onvoorwaardelijkheid niet nodig. Uitsluitend de derde uitzondering – de wederpartij (aanbieder) komt uit hoofde van de voorwaarde niet in onzekerheid te verkeren – vinden we hier niet in terug. Ik kan echter geen enkel probleem ontdekken om niet ook die uitzondering ten aanzien van de voorwaardelijk aanvaarding te accepteren. De conclusie is dan ook dat ten aanzien van de figuur van de aanvaarding niets anders geldt dan ten aanzien van de *Gestaltungsgeschäfte*.

5.4 DE GEVOLGEN VAN STRIJD MET BEPERKINGEN AAN VOORWAARDELIJKHEID

5.4.1 Inleiding

Als eenmaal is vastgesteld dat de (beoogde) voorwaardelijkheid in samenhang met de rechtsverhouding stuit op de onmogelijkheid daarvan uit hoofde van

²⁸⁵ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*, p. 145, 146 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 139).

²⁸⁶ PG Boek 6, MvA II, p. 881.

²⁸⁷ Eigenlijk neemt de onzekerheid van de aanbieder t.g.v. de voorwaardelijke aanvaarding zelfs meestal af. I.p.v. de algehele wilsvrijheid van de wederpartij is de onzekerheid thans beperkt tot de gebeurtenis die de voorwaarde vormt.

de wet, aard van de rechtshandeling of goede zeden, doet zich de vraag voor wat daarvan de consequenties zijn.²⁸⁸ Voor deze consequenties bestaan tenminste in theorie drie mogelijkheden: de voorwaardelijke rechtsverhouding is als geheel nietig, eventueel vernietigbaar dan wel wordt uitsluitend de voorwaardelijkheid ter zijde gesteld en resteert derhalve een onvoorwaardelijke rechtsverhouding. Deze mogelijkheden blijken in de vier onderzochte stelsels als consequenties min of meer onderschreven te worden, zodat de voornaamste vraag in deze paragraaf is welke consequentie in welke gevallen toepassing dient te vinden.

5.4.2 De lastige keuze tussen mogelijke consequenties

5.4.2.1 De gevolgen van strijd met beperkingen in de verschillende stelsels

Geldend recht

In het kader van de vraag wat de gevolgen van een onmogelijke *bepaalde* voorwaarde zijn, bekijken we om te beginnen de wetssystematiek. Art. 3:40 BW ter zake de strijd met wet, goede zeden en openbare orde geeft als consequentie van een dergelijke strijd de nietigheid of eventueel de vernietigbaarheid van de rechtshandeling. Reeds omdat de onmogelijkheid van rechtsverhoudingen onder een bepaalde voorwaarde onweersproken op deze wetsbepaling wordt gebaseerd, bestaat er geen twijfel dat deze (beoogde) voorwaardelijke rechtsverhouding in zijn geheel nietig of eventueel vernietigbaar kan zijn.²⁸⁹ Dit mogelijke gevolg wordt in de PG en literatuur vrijwel algemeen aanvaard.²⁹⁰

Zoals we zagen is art. 3:40 BW echter niet het enige algemeen vermogensrechtelijke artikel dat een wettelijke grondslag voor de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden biedt. Ook art. 3:38 lid 1 BW vormt een dergelijke grondslag.²⁹¹ De beperkingen waar art. 3:38 BW op ziet kunnen overeenkom-

288 In § 5.2.3.3 heb ik verdedigd dat strijd met de openbare orde in het kader van voorwaardelijkheid niet mogelijk is. De strijd met de openbare orde noem ik in deze paragraaf in het kader van voorwaardelijkheid dan ook verder niet.

289 Dit laatste buiten het vrij specifieke geval dat de voorwaardelijkheid slechts betrekking heeft op een gedeelte van de rechtsverhouding, in welk geval veelal ook slechts dit deel nietig zal zijn. Zie ook: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 125.

290 PG Boek 3, TM, p. 186; PG Boek 6, TM, p. 146 (waarbij Meijers verwijst naar art. 3:2.9 OM, het huidige art. 3:42 BW).

De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 56; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, p. 131; Brunner & De Jong 2004, p. 55; Van den Brink 2002, p. 17, 32 (m.b.t. lid 1, die over deze consequentie overigens kritisch is); Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 125; Den Tonkelaar 1994, p. 45, 47. Cahen spreekt daarentegen van de nietige voorwaarde en niet van nietigheid van de gehele voorwaardelijke rechtsverhouding (Pitlo/Cahen 2002, p. 36).

291 Zie § 5.1.4, 5.2.2.2 en 5.2.3.

stig art. 3:40 lid 2 BW een gevolg zijn van dwingende wetsbepalingen.²⁹² Daarnaast heeft art. 3:38 lid 1 BW in meerdere opzichten ook een ander respectievelijk breder toepassingsbereik dan art. 3:40 BW. Immers vindt een beperking voor bepaalde voorwaarden ook toepassing in geval de *aard* van de rechtshandeling als bedoeld in art. 3:38 BW daar aanleiding toe geeft, hetgeen niet geldt voor art. 3:40 BW.²⁹³ Op de tweede plaats valt er ook voor wat betreft de vorenbedoelde beperkingen 'voortvloeiend uit de wet' het een en ander te zeggen voor een bredere strekking van art. 3:38 lid 1 dan art. 3:40 lid 2 BW.²⁹⁴ Daarbij zij direct opgemerkt dat het deels andere en deels bredere toepassingsbereik van art. 3:38 lid 1 BW uiteindelijk slechts tot een bescheiden aantal additionele beperkingen ter zake bepaalde voorwaarden leidt.²⁹⁵ Tot slot vormt art. 3:38 lid 1 BW als gezegd de wettelijke grondslag voor dwingende *algehele* onvoorwaardelijkheid van een aantal rechtsverhoudingen, derhalve ongeacht de verdere inhoud van een voorwaarde.

Anders dan art. 3:40 BW verbindt art. 3:38 lid 1 BW aan een handelen in strijd met de bedoelde onmogelijkheid geen uitdrukkelijk genoemde consequenties. Voor zover art. 3:38 lid 1 en art. 3:40 lid 2 BW op dezelfde situatie toepassing kunnen vinden – strijd met de wet als bedoeld in art. 3:40 lid 2 BW – ligt het in dat verband geheel voor de hand daaraan ook de gevolgen van art. 3:40 lid 2 BW bestaande uit nietigheid of eventueel vernietigbaarheid te verbinden. Ieder argument ontbreekt waarom deze verschillende wettelijke grondslagen voor exact hetzelfde geval tot onderling afwijkende consequenties zouden moeten leiden.

Voor de vorenbedoelde afwijkingen in toepassingsgebied van art. 3:38 BW ten opzichte van art. 3:40 BW doet zich de vraag naar de consequenties van een beoogd maar onmogelijk voorwaardelijk handelen daarentegen duidelijker voor. Is bijvoorbeeld een opzegging als eenzijdige gerichte rechtshandeling die niet onder voorwaarde kan worden verricht nietig, vernietigbaar of wellicht onvoorwaardelijk? Andere mogelijkheden dan deze drie ontbreken, in bijzondere gevallen de mogelijkheid van conversie ingeval van nietigheid daargelaten. De keuze tussen deze drie mogelijke consequenties van art. 3:38 lid 1 BW is een lastige, te meer omdat in de PG ieder standpunt ontbreekt en in de litera-

292 Zie de nadere uitwerking bij § 5.1.4. Dat e.e.a. voor het algemene vermogensrecht waarschijnlijk slechts in een bescheiden 'overlapping' in toepassingsbereik van beide wetsartikelen resulteert, is dáárvan een gevolg dat t.a.v. de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden waarschijnlijk uitsluitend de in § 5.2.4 besproken beperkingen u.h.v. het goederenrecht bestaan.

293 Althans, blijkens de PG wordt hier een separate grondslag voor beperkingen aan voorwaardelijkheid in gezien. Ik betwijfel dat echter, zie § 5.2.2.2.

294 Zie § 5.1.4.

295 Zie § 5.1.4 en § 5.2.2.2.

tuur slechts een enkele auteur zich hierover heeft uitgelaten.²⁹⁶ In de volgende paragrafen ga ik daar verder op in.

Voor het geldend recht is uit hoofde van het vorenstaande de tussenconclusie als volgt. Beperkingen aan voorwaardelijkheid die ondergebracht kunnen worden bij art. 3:40 BW, leiden tot de consequenties die deze bepaling daaraan verbindt (met inachtneming van hetgeen ik hierna ter zake art. 3:41 en 42 BW stel). Dat geldt ook voor zover de situatie van strijd met de wet tévens onder art. 3:38 lid 1 BW gebracht kan worden. Voor de overige gevallen waarin uitsluitend uit hoofde van art. 3:38 lid 1 BW een beperking aan voorwaardelijkheid bestaat, zijn de daaraan te verbinden consequenties voor het geldend recht echter niet zonder meer vast te stellen.

Voor zover de consequentie van een beoogde maar onmogelijke voorwaardelijkheid bestaat uit nietigheid, bevat art. 3:41 BW een mogelijke beperking van dit gevolg. Een algehele nietigheid wordt vervangen door nietigheid van slechts een *gedeelte* van de rechtshandeling 'voor zover dit, gelet op inhoud en strekking van de handeling, niet in onverbrekkelijk verband met het nietige deel staat'. De vraag of deze bepaling zou kunnen leiden tot uitsluitend nietigheid van de voorwaarde en derhalve het onvoorwaardelijk voortbestaan van de rest van de rechtsverhouding, wordt in de PG en Nederlandse literatuur positief beantwoord.²⁹⁷ Zoals ik hierna zal bespreken sluit dit ook aan op het Duitse recht (althans in elk geval waar het ontbindende voorwaardelijkheid betreft) en op hetgeen reeds door Petit – in afwijking van vrijwel de gehele literatuur onder het OBW – werd verdedigd. In § 5.4.2.3 kom ik hier op terug.

Een tweede materiële beperking van het gevolg van de algehele nietigheid bestaat uit de eventuele conversie van art. 3:42 BW. Deze mogelijkheid wordt in de literatuur ten aanzien van nietige voorwaardelijke rechtsverhoudingen althans onderschreven.²⁹⁸ Meijers stelde eveneens dat art. 3:42 BW (althans het redactioneel sterk afwijkende art. 3.2.8 OM) toepassing kon vinden bij voorwaardelijke verhoudingen.²⁹⁹ Bij deze conversie kunnen we aan twee

296 Hartkamp gaat uit van nietigheid van de rechtsverhouding, maar onderbouwt dit standpunt verder niet (Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 269).

297 PG Boek 6, TM, p. 146 (waarbij Meijers o.m. verwijst naar art. 3.2.9 OM, het huidige art. 3:41 BW); (vermoedelijk) De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 56; Hijma e.a. 2013, p. 212; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, p. 131; (vermoedelijk) Brunner & De Jong 2004, p. 55; Den Tonkelaar 1994, p. 45, 47.

298 De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 56; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, p. 131; Brunner & De Jong 2004, p. 55; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 125. Den Tonkelaar ontkent de mogelijkheid van conversie niet, maar betwijfelt wel het belang van die mogelijkheid bij voorwaardelijke rechtshandelingen (Den Tonkelaar 1994, p. 45, 47).

299 PG Boek 3, TM, p. 186, 194; PG Boek 6, TM, p. 146.

Meijers hanteerde blijkens de toelichting daarvoor echter de strenge vereisten dat 'partijen met de nietigheid *niet bekend waren* en, hadden zij de nietigheid gekend, de handeling *zonder twijfel* onvoorwaardelijk hadden aangegaan [cursivering HS]' (PG Boek 3, TM, p. 186). Deze beide vereisten werden door Meijers echter niet zozeer voor conversie van specifiek voor-

mogelijkheden denken. De eerste betreft de conversie waarbij de nietige voorwaardelijke rechtsverhouding wordt omgezet in een andersoortige – eventueel nog steeds voorwaardelijke – rechtsverhouding. Deze mogelijkheid van conversie van de nietige voorwaardelijke rechtsverhouding is door de Hoge Raad in het bekende ‘Conversie-arrest’ reeds onder het OBW aanvaard.³⁰⁰ Een tweede mogelijkheid zou wellicht daaruit kunnen bestaan dat de nietige voorwaardelijke rechtsverhouding wordt omgezet in een zelfde, maar wel geldige onvoorwaardelijke rechtsverhouding. Dit materiële gevolg zou daarmee overeenstemmen met de hiervoor genoemde gedeeltelijke nietigheid van uitsluitend de voorwaarde. Of we dit laatste echter al dan niet als geldend recht kunnen zien, is mij nergens uit gebleken.

Bij de in § 5.2.4 besproken situatie van voorwaarden die in verband met een beschikken zouden leiden tot een gevolg in strijd met het goederenrecht hebben we in theorie eveneens de keuze uit de twee vorenomschreven mogelijkheden. Óf de gehele beschikking onder voorwaarde was van aanvang af nietig ten gevolge van die voorwaarde, óf uitsluitend de voorwaarde zelf heeft – in ieder geval voor het goederenrechtelijke effect daarvan – geen werking.³⁰¹ Het aantal auteurs dat zich over deze keuzemogelijkheid concreet uitlaat, is niet al te uitgebreid. Sommige van deze auteurs stellen zich op het standpunt dat in het eerste geval de beoogde beschikking in het geheel niet tot stand is gekomen.³⁰² Dit in overeenstemming met de redactie van art. 3:84 lid 3 BW en de daarmee verband houdende PG, die eveneens vrij duidelijk in deze

waardelijke rechtsverhoudingen gesteld, maar in zijn algemeenheid voor conversie. Zo vormde het vereiste van ‘buiten twijfel’ onderdeel van art. 3:2.8.1 OM (zie ook PG Boek 3, TM, p. 194). Het vereiste dat partijen aanvankelijk niet bekend waren met de nietigheid blijkt uit de TM bij art. 3:42 BW daarentegen niet expliciet. Wél werd de wetsbepaling in die zin geïnterpreteerd (PG Boek 3, VV II, p. 196; PG Boek 3, MvA II, p. 200). Uit de hiervoor geciteerde TM bij art. 3:38 lid 1 BW (PG Boek 3, TM, p. 186) blijkt dit door Meijers gestelde vereiste voor conversie echter eveneens.

De wetgever wees deze beide door Meijers gestelde vereisten voor de figuur van conversie daarentegen van de hand, waarin de literatuur ook is gevolgd (PG Boek 3, MvA II, p. 200. Hijma & Olthof 2014, p. 39; Hijma e.a. 2013, p. 213; Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 513). Anders dan de voren geciteerde TM bij art. 3:38 BW suggereert, omvat het geldend recht voor conversie van nietige voorwaardelijke rechtsverhoudingen dan ook geen andere respectievelijk strengere vereisten dan gelden t.a.v. conversie van nietige onvoorwaardelijke rechtsverhoudingen.

300 HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120.

301 Dat deze twee mogelijkheden limitatief zijn, wordt in de literatuur ook onderschreven: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 96 (en eerder: Reehuis 2010, p. 92); Wolfert 2005, p. 456 nt. 8.

302 Aertsen lijkt i.e.g. vrij sterk naar deze vaststelling te neigen (Aertsen 2004, p. 133, 134). Ook Wolfert neemt ter zake het (i.s.m. art. 3:84 lid 3 BW) onoverdraagbaar maken van een goed d.m.v. ontbindende voorwaarden als uitgangspunt, dat de overdracht nietig is (Wolfert 2005, p. 456 nt. 8). Eerder verdedigde zij echter het tegenovergestelde uitgangspunt: ingeval van een dergelijke ‘onoverdraagbaarheid’ maar ook bij een met art. 3:84 lid 3 BW strijdige overdracht ten titel van beheer zou slechts de (ontbindende) voorwaarde nietig zijn en een onvoorwaardelijke overdracht tot stand zijn gekomen (Wolfert 2001, p. 37).

richting wijst.³⁰³ Andere auteurs stellen zich daarentegen op het standpunt dat de beschikking wel effect had, maar de gevolgen van die beschikking niet onder een voorwaarde staan of tenminste niet onder een voorwaarde die bij het intreden goederenrechtelijk effect zal hebben.³⁰⁴ Incidenteel vinden we daarnaast ook andere mogelijkheden dan de beide vorenstaande.³⁰⁵

Bij het vorenstaande doen zich voor het geldend recht een aantal vragen voor. De eerste daarvan is hoe de nietigheid of – bij de aannahme van uitsluitend het verval van de voorwaarde – de gedeeltelijke nietigheid geconstrueerd wordt. De literatuur wijst zonder verdere onderbouwing op art. 3:40 en incidenteel op art. 3:41 BW. Daar vallen echter wel enige kanttekeningen bij te maken. Voor zover we aannemen dat uitsluitend de voorwaardelijkheid dan wel de goederenrechtelijke werking daarvan wordt beëindigd, is een andere vraag of de aanvankelijk beoogde voorwaardelijkheid bij de beschikking niet toch in zekere zin betekenis dient te hebben. Ook deze vragen bespreek ik verder in de komende paragrafen.

303 Zo stelt de MvA II dat met art. 3:84 lid 3 BW niet beoogd is rechtshandelingen met uitsluitend *obligatoire* gevolgen te treffen met 'ongeldigheid' (PG Boek 3, MvA II, p. 319). Reeds daaruit volgt dat beoogde goederenrechtelijke gevolgen i.s.m. art. 3:84 lid 3 BW blijkbaar wel tot een ongeldige rechtshandeling leiden. Dit blijkt echter ook uit het vervolg van de MvA: 'Het lid erkent slechts niet als titel van overdracht rechtshandelingen waarbij de betrokkenen zulk een overgang in het vermogen van de ander niet werkelijk beogen. Rechtshandelingen waarbij partijen in de vorm van overdracht de ander slechts beperkte bevoegdheden t.a.v. het goed willen geven, kunnen dus niet tot een geldige overdracht leiden'.

Diezelfde visie wordt door de wetgever ook nog herhaald: 'Zoals uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt (blz. 318-319) kan die slotzinsnede [van art. 3:84 lid 3 BW, HS] moeilijk als te knellend worden ervaren, nu zij slechts overdrachten *belet* [cursivering HS] uit hoofde van een titel die beoogt de verkrijger bij voorbeeld niet volledig beschikkingsbevoegd te maken of het overgedragen goed niet in zijn voor verhaal door zijn schuldeisers vatbare vermogen te laten vallen []' (PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), Nota II Voortgang, p. 1273).

Op één plaats vinden we in de PG toch nog reden voor twijfel. Indien een eigendomsvoorbehoud zou strekken tot zekerheid voor vorderingen buiten de door art. 3:92 BW gestelde grenzen, is in de visie van de wetgever sprake van strijd met het fiduciaverbod (PG Boek 3, MvA II, p. 387, 388). Niettemin stelde de wetgever zich op het standpunt dat ingeval van een dergelijke 'overtreding' toch slechts de voorwaarde voor ongeschreven wordt gehouden en derhalve niet de beoogde overdracht niet tot stand is gekomen (PG Boek 3, MvA II, p. 389 en art. 3:92 lid 2 (laatste zin) BW).

304 In deze zin: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 96 (en eerder: Reehuis 2010, p. 14, 92); Scheltema 2003, p. 374, 375; (wellicht in deze zin:) Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 159, 160; Brahn & Reehuis 1997, p. 66, 67 (m.b.t. voorwaarde die een goed onoverdraagbaar zou maken en de voorwaarde die zou leiden tot het onttrekken van een goed aan verhaal door schuldeisers); Vermeulen 1988, p. 647 (t.a.v. de opschortende voorwaarde bestaande uit het faillissement van een crediteur/cedent).

305 Een dergelijke mogelijkheid vinden we bij A-G Mok m.b.t. de voorwaarde van faillissement ter zake het ontstaan van alsmede beschikking over een vordering. Mok wil aan een dergelijke voorwaardelijke beschikking niet de normale goederenrechtelijke gevolgen verbinden. In de visie van Mok zou in dat geval hetzelfde moeten gelden als bij cessie van een toekomstige (en dus niet voorwaardelijke) vordering (conclusie A-G Mok bij HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (Staal Bankiers/Ambags q.q.)).

Oud BW

In § 5.2.3.1 besprak ik reeds de uiteenlopende kritiekpunten die in de literatuur werden genoemd bij art. 1290 OBW. In het thans besproken verband betrof dit op de eerste plaats de kwestie of de wetsbepaling uitsluitend leidde tot nietigheid van de voorwaarde, dan wel tot het 'van onwaarde' zijn van de gehele overeenkomst. Een vraag die ook de Hoge Raad in 1914 zelf stelde, maar bij gebrek aan een ingesteld middel niet beantwoordde.³⁰⁶ Daarnaast was er ook de vraag of de sanctie van nietigheid van de gehele overeenkomst bij onmogelijkheid van een voorwaarde wel in alle gevallen juist was. Beide kwesties konden in hun onderlinge samenhang veelal tot dezelfde vraag worden herleid, namelijk of de bedoelde strijd met wet of goede zeden uit hoofde van de voorwaardelijkheid stéeds leidde tot nietigheid van de gehele rechtsverhouding of eventueel ook kon leiden tot nietigheid van slechts de voorwaarde.³⁰⁷ Deze laatste mogelijkheid zou er derhalve toe kunnen leiden dat de rechtsverhouding onvoorwaardelijk zou voortbestaan.

Door een zeer wezenlijk deel van de literatuur en gedurende een lange periode waarin het OBW gelding had werd in elk geval ontkend, dat art. 1290 OBW ook op de voorwaarde als zodanig betrekking kon hebben. Uitsluitend de overeenkomst (waarmee volgens veel auteurs de *verbintenis* was bedoeld) zou 'van onwaarde' of nietig kunnen zijn, of tenminste zou náást de voorwaarde steeds ook de overeenkomst nietig zijn.³⁰⁸ Die opvatting leidde bij deze auteurs – veelal impliciet – tot het ontbreken van de mogelijkheid dat bij toepasselijkheid van art. 1290 OBW slechts de voorwaarde verviel en de rechtsverhouding onvoorwaardelijk zou voortbestaan, uiteraard ongeacht of sprake was van opschortende of ontbindende voorwaardelijkheid.³⁰⁹ Voor zover deze auteurs hun standpunt onderbouwden, werd veelal verwezen naar de wettekst van art. 1290 OBW. Daarnaast werd ook gewezen op art. 935 OBW, waar voor uiterste wilsbeschikkingen was bepaald dat juist de voorwaarde als niet geschreven was te beschouwen. In deze erfrechtelijke bepaling werd

306 HR 24 april 1914, NJ 1914 p. 668.

307 Petit stelde in dit verband dat art. 1290 OBW juist ook de strekking had om te differentiëren tussen algehele nietigheid van de overeenkomst en gedeeltelijke nietigheid van uitsluitend de voorwaarde (Petit 1920, p. 115).

308 Asser/Rutten 1973, p. 134 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 144); Pitlo 1964, p. 74 (althans, Pitlo gaat wel degelijk uit van (ook) de nietigheid van de voorwaarde, maar onderstreept tegelijkertijd het verschil met art. 935 OBW waarbij juist het verval van uitsluitend de voorwaarde mogelijk was); Kalma 1940, p. 221; Hofman 1937, p. 88; Brakel 1935a, p. 19, 20; Asser/Van Goudoever 1913, p. 50, 51 (althans vermoedelijk, Van Goudoever maakt slechts onderscheid bij de 'onmogelijke' voorwaarde); Veegens/Oppenheim 1917, p. 35; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 50; Everts 1883, p. 80, 83; Opzoomer 1879a, p. 129 nt. 3. Overigens wordt door een deel van voormelde auteurs geconstateerd dat de overeenkomst of verbintenis niet altijd (geheel) nietig behoeft te zijn, maar deze opvatting heeft betrekking op de situatie dat een deel van de rechtsverhouding überhaupt niet van de voorwaarde afhankelijk is.

309 Let wel, de figuur van de partiële nietigheid werd in het OBW buiten dit verband wel degelijk algemeen aanvaard. In deze zin: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 507.

een door de wetgever beoogd verschil gezien ten opzichte van de algemeen vermogensrechtelijke bepaling van art. 1290 OBW. Tot slot hanteerde Everts het dogmatische argument dat voorwaarden onderdeel van de verbintenis zelf vormen en geen nevenbepaling zijn.³¹⁰ Daarmee zou nietigheid van uitsluitend de voorwaarde niet mogelijk zijn.

Dit door Everts gelegde verband tussen de voorwaarde als onzelfstandig bestanddeel van de verbintenis en de consequentie daarvan bij onmogelijkheid van een dergelijke voorwaardelijkheid vinden we als zienswijze ook in het hierna besproken Duitse recht. Volgens de moderne Duitse literatuur is het echter juist de voor het individuele geval te beantwoorden vraag óf een ontbindende (en volgens sommigen ook een opschortende) voorwaarde als een al dan niet zelfstandig deel is te beschouwen. Diephuis ging ten opzichte van de huidige Duitse literatuur nog een stapje verder. Hij stelde dat een ontbindende voorwaarde als een separaat deel van de overeenkomst was te beschouwen en – naar we moeten aannemen althans – de nietigheid daarvan in Diephuis' visie derhalve stéeds zou leiden tot het voortbestaan van een onvoorwaardelijke overeenkomst.³¹¹ De opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding was daarentegen in zijn optiek bij toepasselijkheid van art. 1290 OBW altijd geheel nietig.³¹²

Ook Petit stelde dat bij strijd met de goede zeden gedeeltelijke nietigheid tot de mogelijkheden zou moeten behoren.³¹³ Het ging er zijns inziens om dat de sanctie van nietigheid niet méér zou moeten omvatten dan voor zover sprake was met strijd met de goede zeden. Dat hield voor hem een genuanceerde beoordeling in van zowel de ontbindende maar ook de opschortende voorwaarde bij de rechtsverhouding die tot strijd met de goede zeden leidde. Als de voorwaarde bij de rechtsverhouding één geheel vormt met die rechtsverhouding – een 'beweegreden' daarvoor vormt – dan was zijns inziens de gehele rechtsverhouding nietig. Indien daarentegen de voorwaarde niet in een dergelijk verband met de rechtsverhouding zou staan, dan zou slechts de voorwaarde nietig zijn en de rest van de rechtsverhouding derhalve geldig en onvoorwaardelijk.³¹⁴

We zien dat onder het OBW incidenteel werd verdedigd dat een voorwaardelijke rechtsverhouding bij strijd met de goede zeden eventueel tot verval van

310 Everts 1883, p. 80, 83.

311 Diephuis 1885, p. 117. Diephuis spreekt hier uitsluitend over de 'onmogelijke' voorwaarde en niet over die i.s.m. wet of goede zeden. Op p. 121 vinden we echter dat Diephuis deze verschillende beperkingen aan voorwaardelijkheid toch op één lijn stelde en ook in de opvolgende pagina's blijkt nergens uit dat Diephuis het bedoelde onderscheid tussen opschortende en ontbindende 'onmogelijke' voorwaarden niet ook van toepassing acht op voorwaarden i.s.m. wet of goede zeden.

312 Diephuis 1885, p. 116, 117.

313 Petit 1920, p. 112.

314 Petit 1920, p. 115, 116.

slechts de voorwaardelijkheid zou kunnen leiden, maar dat de brede opinie was dat uit hoofde van art. 1290 OBW de gehele rechtsverhouding steeds nietig was. Zoals ik in § 5.3.2.1 reeds constateerde, bestond onder het OBW nauwelijks aandacht voor dwingende onvoorwaardelijkheid van bepaalde rechtsverhoudingen. De consequenties van een beoogde voorwaardelijkheid in strijd daarmee kregen daarmee uiteraard evenmin aandacht, met uitzondering van het in 1944 gewezen Conversie-arrest.³¹⁵ Uit dit arrest volgde dat een onmogelijk voorwaardelijke rechtsverhouding kon worden omgezet in een wel geldige voorwaardelijke. Het belang van dat arrest was gelegen in het feit, dat de Hoge Raad daarin de mogelijkheid van conversie zonder verdere wettelijke grondslag erkende. Als we echter uitgaan van de (huidige) in de wet neergelegde mogelijkheid van conversie van nietige rechtsverhoudingen, is de conversie van een nietige voorwaardelijke in een geldige voorwaardelijke verhouding thans weinig spectaculair. De moeilijker vraag of een nietige voorwaardelijke rechtsverhouding kan worden geconverteerd in een geldige onvoorwaardelijke, kreeg onder het OBW geen aandacht.

De vraag of uit het goederenrecht beperkingen ten aanzien van voorwaardelijkheid voortvloeiden, was vrijwel geheel gericht op de kwestie of een overdracht überhaupt voorwaardelijk kon zijn. Die vraag bespreek ik voor het OBW in § 11.1.4 en 11.2.4. Andersoortige beperkingen uit hoofde van het goederenrecht kwamen nauwelijks aan bod en daarmee evenmin de mogelijke consequenties van een handelen in strijd met een eventuele uit het goederenrecht voortvloeiende beperking.³¹⁶

Duits recht

De Duitse literatuur maakt in geval van strijd met een wettelijk verbod of de goede zeden met betrekking tot de gevolgen van de onmogelijkheid van een (beoogde) voorwaardelijkheid een onderscheid tussen ontbindende en opschortende voorwaarden. Dit onderscheid is in abstracto daarop terug te voeren dat opschortende voorwaarden veelal als integraal deel van de rechtsverhouding worden beschouwd, terwijl ontbindende voorwaarden in die zin zelfstandig kunnen zijn dat de rechtsverhouding eventueel onvoorwaardelijk kan voortbestaan bij nietigheid van die voorwaarde.³¹⁷ Zoals ik in § 2.3.4 reeds stelde, wordt dit verschil tussen opschortende en de ontbindende voorwaarden daarop gebaseerd dat zonder het intreden van een opschortende voorwaarde

315 HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120 (Conversie-arrest).

316 De enkele auteur die zich wel over een degelijke goederenrechtelijke kwestie heeft uitgelaten, heb ik reeds hiervoor bij het 'geldend recht' genoemd.

317 Erman/Armbrüster 2014, p. 458 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 473); Jauernig/Mansel 2014, p. 124, 126; Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; PWW/Brinkmann 2014, p. 220; Schellhammer 2014, p. 1063; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Wolf/Neuner 2012, p. 645; Staudinger/Bork 2010, p. 313; Vieweg 2010, p. 1063; Wolf 1999, p. 515; Flume 1992, p. 692. Westermann wijst daarentegen deze benadering van het al dan niet zelfstandig zijn van voorwaarden af (MüKo/Westermann 2012, p. 1709).

een rechtsverhouding (in beginsel) zonder gevolgen blijft. Een opschortende voorwaarde vormt derhalve een essentieel onderdeel voor de verdere gevolgen van de rechtsverhouding. De rechtsverhouding onder ontbindende voorwaarde heeft daarentegen direct werking, zodat een ontbindende voorwaarde niet meer is dan een eventuele beëindigingsgrond en daarmee een zekere zelfstandigheid heeft ten opzichte van de rest van de rechtsverhouding.

Deze reeds in voormelde paragraaf voor het Duitse recht besproken gedachte staat bij de meeste auteurs in rechtstreeks verband met § 139 BGB. Op grond van deze bepaling is ook bij nietigheid van op zich slechts een deel van de rechtsverhouding deze desondanks geheel nietig, tenzij aangenomen mag worden dat de betreffende rechtshandeling ook zonder het nietige deel zou zijn verricht. Voor wat betreft dit laatste komt het derhalve aan op de veronderstelde partijwil. Echter, om deze toets überhaupt te kunnen maken dient het nietige deel – de voorwaarde bij de rechtsverhouding – voldoende zelfstandig te zijn ten opzichte van de rest van de rechtsverhouding. Bij een ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding kan daarvan als gezegd sprake zijn, zodat bij nietigheid van uitsluitend de voorwaarde de rechtsverhouding eventueel onvoorwaardelijk voort bestaat.³¹⁸ Dit is in de literatuur onbetwist.

Bij opschortende voorwaarden is daarvan echter, althans volgens een belangrijk deel van de literatuur, geen sprake. Deze auteurs stellen derhalve dat *steeds* sprake is van nietigheid van de gehele opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding.³¹⁹ De veronderstelde onzelfstandigheid van de opschortende voorwaarde leidt in deze visie tot de onmogelijkheid van toepassing van de uitzondering van § 139 BGB.³²⁰ Volgens een ander deel van de literatuur leidt de bedoelde strijd daarentegen *meestal* tot nietigheid van de gehele opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding.³²¹ Deze auteurs gaan er der-

318 Westermann stelt zelfs dat deze gedeeltelijke nietigheid van uitsluitend de voorwaarde het uitgangspunt vormt (MüKo/Westermann 2012, p. 1709).

319 Erman/Armbrüster 2014, p. 458 (met dien verstande dat – als partijen bij bekendheid met de nietigheid de rechtshandeling deze toch gewild zouden hebben, u.h.v. § 140 BGB een onvoorwaardelijke rechtshandeling kan bestaan. Ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 473); Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164; Jauernig/Mansel 2014, p. 126; Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; Schellhammer 2014, p. 1063; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Staudinger/Bork 2010, p. 313, 321; Vieweg 2010, p. 1063; Wolf 1999, p. 515; Hübner 1996, p. 471 (ook m.b.t. ontbindende voorwaarden); Flume 1992, p. 692.

320 Deze opvatting is m.i. overigens een consequentie van een verwisseling van oorzaak en gevolg. De veronderstelde onzelfstandigheid van de opschortende voorwaarde wordt nl. als uitgangspunt genomen om tot deze consequentie te komen, terwijl het – vanuit de Duitse opvattingen beredeneerd – juist de vraag zou moeten zijn óf u.h.v. de partijwil in het individuele geval sprake is van een dergelijke onzelfstandigheid. Denkbaar is bijv. dat partijen helemaal niet i.s.m. de wet zouden willen handelen, maar wél de rechtsverhouding tot stand willen brengen en aldus slechts nietigheid van slechts de voorwaarde is aan te nemen.

321 PWW/Brinkmann 2014, p. 220; MüKo/Westermann 2012, p. 1709.

Ook Bork lijkt te onderschrijven dat incidenteel de rechtsverhouding door nietigheid van uitsluitend een opschortende voorwaarde mogelijk is, maar zijn argumentatie blijft mij

halve van uit dat de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding niet altijd nietig behoeft te zijn en toetsen daarbij aan § 139 BGB: uit de partijwil kan anders voortvloeien dan de consequentie van algehele nietigheid. In § 5.4.2.3 ga ik daar verder op in.

Terwijl de Duitse literatuur de mogelijkheid van verval van uitsluitend de ontbindende voorwaarde en deels ook van de opschortende voorwaarde uit hoofde van gedeeltelijke nietigheid onderschrijft, wordt de mogelijkheid van conversie (*Umdeutung*) van een voorwaardelijke in een onvoorwaardelijke rechtsverhouding veelal afgewezen.³²² De daarvoor gegeven verklaring bestaat daaruit, dat een onvoorwaardelijke rechtsverhouding 'meer' zou zijn dan een voorwaardelijke, hetgeen aan toepassing van de figuur van de conversie in de weg staat.³²³

Over de consequenties van een voorwaarde die strekt tot het in goederenrechtelijk opzicht onoverdraagbaar maken van een goed, bijvoorbeeld de voorwaarde van een toekomstig verder beschikken door de aanvankelijke verkrijger, is in de Duitse literatuur begrijpelijkerwijs nauwelijks geschreven. Zoals we in § 5.2.4.2 zagen, wordt de mogelijkheid van een dergelijke voorwaarde in de heersende leer immers aanvaard. Flume heeft zich in verband met zijn van deze heersende leer afwijkende opvatting echter op het standpunt gesteld, dat een dergelijke voorwaarde een beschikking niettemin niet aantast.³²⁴ Dit in overeenstemming met hetgeen naar Duits recht geldt bij een wél in strijd met § 137 BGB beschikken met een (niet toegestaan) onoverdraagbaarheidsbeding.³²⁵

onduidelijk. Bork hanteert in het verband van § 139 BGB eveneens het vorenstaande onderscheid tussen de zelfstandigheid van de ontbindende voorwaarde en de onzelfstandigheid van de opschortende voorwaarde, om vervolgens aan dat onderscheid in het kader van opschortende voorwaarden bij § 139 BGB juist geen betekenis toe te kennen (Staudinger/Bork 2010, p. 313).

322 MüKo/Westermann 2012, p. 1710 (al spreekt Westermann van 'in der Regel', zodat vermoedelijk z.i. toch uitzonderingen denkbaar zijn); Wolf/Neuner 2012, p. 645 (echter uitsluitend t.a.v. opschortende voorwaarden); Staudinger/Bork 2010, p. 321; Wolf 1999, p. 515; Flume 1992, p. 692, 698.

Anders: Erman/Armbrüster 2014, p. 458 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 473) met als criterium of de rechtsverhouding bij bekendheid van partijen met de nietigheid onvoorwaardelijk tot stand zou zijn gebracht. Dit laatste zal volgens Armbrüster en Hefermehl meestal niet het geval zijn).

323 Voor toepasselijkheid van § 140 BGB wordt nl. mede de eis gesteld dat de rechtsverhouding die t.g.v. de conversie ontstaat, niet méér rechtsgevolgen mag hebben dan de aanvankelijke nietige rechtsverhouding (Jauernig/Mansel 2014, p. 106; Palandt/Ellenberger 2014, p. 158; PWW/Ahrens 2014, p. 185; Bamberger/Roth/Wendtland 2012, p. 553).

324 Flume 1992, p. 363.

325 Althans, een verder beschikken in afwijking van de bedoelde onoverdraagbaarheid wordt algemeen als geldig beschouwd (zonder dat bij de opvolgende verkrijger beroep behoeft te worden gedaan op derdenbescherming), zodat daaruit volgt dat de oorspronkelijke verkrijger – blijkbaar – reeds rechthebbende was geworden. Zie: Jauernig/Mansel 2014, p. 94; Vieweg/Reichold 2010, p. 833.

De onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden uit hoofde van de aard van de rechtshandeling, zoals in art. 3:38 lid 1 BW bedoeld, krijgt in de Duitse literatuur geen enkele aandacht. Over de consequenties daarvan – voor zover een dergelijke grondslag voor onmogelijkheid in het Duitse recht überhaupt al zou worden aangenomen – zoeken we in de literatuur dan ook tevergeefs.

Van de rechtsverhouding waaraan ondanks dwingende onvoorwaardelijkheid door partijen een voorwaarde is verbonden, wordt in de Duitse literatuur aangenomen dat deze rechtsverhouding in beginsel geheel nietig is, zowel ingeval van beoogde ontbindende als opschortende voorwaardelijkheid.³²⁶ Dit ziet derhalve met name op de in § 5.3.2.1 besproken *Gestaltungsgeschäfte*, die in beginsel dwingend onvoorwaardelijk van aard zijn. Voor een beperkt aantal specifieke gevallen vloeit uit de wet echter anders voort. Daarnaast onderkent tenminste een deel van de auteurs bij een beoogde ontbindende voorwaarde uit hoofde van § 139 BGB de mogelijkheid van uitsluitend nietigheid van deze voorwaarde.³²⁷ Een aantal auteurs lijkt tevens te onderkennen dat óók ingeval van opschortende voorwaardelijkheid uit hoofde van gedeeltelijke nietigheid van uitsluitend de voorwaarde eventueel een onvoorwaardelijke rechtsverhouding kan bestaan.³²⁸ Dit wordt echter niet verder uitgewerkt. Overeenkomstig hetgeen wordt aangenomen bij de onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden, wordt bij dwingende onvoorwaardelijkheid een conversie in een onvoorwaardelijke rechtsverhouding meestal afgewezen.³²⁹

Zwitsers recht

De consequentie van toepasselijkheid van art. 157 OR ter zake een voorwaardelijkheid in strijd met goede zeden of wet stemt grotendeels overeen met het Duitse recht. Als uitgangspunt is de gehele opschortend of ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding nietig.³³⁰ Op grond van de oorspronkelijke partijwil zou echter ook een onvoorwaardelijke rechtsverhouding kunnen bestaan, zowel bij een beoogde ontbindende als ook een opschortende voor-

326 Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 616; MüKo/Westermann 2012, p. 1705; Wolf 1999, p. 518; Flume 1992, p. 698; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 846, 849.

327 Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 616; MüKo/Westermann 2012, p. 1705 (althans terughoudend); Staudinger/Bork 2010, p. 321. Andere auteurs noemen deze mogelijkheid niet, maar weersproken wordt deze evenmin.

328 Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 616; MüKo/Westermann 2012, p. 1705 (althans, Westermann is terughoudend en het blijkt niet expliciet dat hij ook het oog heeft op opschortende voorwaarden). Uitdrukkelijk anders: Vieweg 2010, p. 1063.

329 Wolf 1999, p. 518; Flume 1992, p. 698. Anders echter t.a.v. ontbindende voorwaarden, maar zonder verdere onderbouwing: Jauernig/Mansel 2014, p. 126.

330 Honsell 2008, p. 628; Merz 1984, p. 156; Becker 1941, p. 717, 718). In § 5.1.4 wees ik er reeds op dat de Zwitserse literatuur ervan uitgaat dat met de in art. 157 OR bedoelde *Anspruch* de gehele rechtshandeling/rechtsverhouding bedoeld is.

waarde.³³¹ Art. 20 II OR vindt voor dit resultaat analoge toepassing, dat de mogelijkheid van gedeeltelijke nietigheid (van uitsluitend de voorwaarde) omvat.³³² Bij de opschortende voorwaardelijkheid wijkt het Zwitserse recht derhalve af van de opvatting van een groot deel van de Duitse literatuur.

Ondanks dat het Zwitserse wetboek geen bepaling kent ter zake conversie (veelal aangeduid met *Konversion*), wordt deze in literatuur en rechtspraak wel algemeen aanvaard.³³³ De figuur van conversie wordt in het verband van nietige voorwaardelijke rechtsverhoudingen echter niet toegepast, althans komt in dit verband in het geheel niet ter sprake. Wellicht dat de reden daarvoor is gelegen in het feit dat de *Konversion* in het Zwitsers recht met name toepassing vindt in het geval bij de beoogde totstandkoming van een rechtsverhouding niet voldaan is aan de voor die totstandkoming geldende vormvereisten.³³⁴ Dat is uiteraard een geheel andere situatie dan het omzetten van een nietige voorwaardelijke rechtsverhouding in een geldige onvoorwaardelijke. Niettemin bestaat de conversie voor het Zwitsers recht ook in een bredere betekenis, die tenminste op hoofdlijnen overeenstemt met de figuur zoals het Nederlandse en Duitse recht deze kennen.³³⁵ Voor deze bredere betekenis kan ik niet verklaren waarom deze in het Zwitserse recht niet wordt besproken in het kader van nietige voorwaardelijke rechtsverhoudingen.

Ter zake eventuele beperkingen aan voorwaardelijkheid uit hoofde van het goederenrecht ontbreekt in de door mij bestudeerde Zwitserse literatuur iedere aandacht. Daarmee ontbreken uiteraard ook opvattingen aangaande de goederenrechtelijke consequenties van dergelijke beperkingen. Dat geldt eveneens voor eventuele onmogelijkheid van bepaalde voorwaarden uit hoofde van de aard van de rechtshandeling.

De dwingend onvoorwaardelijke rechtsverhouding waaraan door partijen toch een voorwaarde wordt verbonden, leidt naar Zwitsers recht tot nietigheid van uitsluitend de opschortende of ontbindende voorwaarde, dan wel tot nietigheid van de gehele rechtsverhouding. Die keuze dient volgens de literatuur te worden gemaakt op basis van het criterium, of partijen de rechtsverhouding ook zouden zijn aangegaan zonder deze voorwaarde.³³⁶ Dit criterium is ook

331 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 377; BSK OR I-Ehrat 2011, p. 872; Honsell 2008, p. 629; Huguenin e.a. 2008, p. 198; Becker 1941, p. 736.

332 Het gegeven dat art. 20 II OR analoge en geen rechtstreekse toepassing vindt, is daarin gelegen dat art. 157 OR veelal als een aanvulling op art. 20 II OR wordt beschouwd (§ 5.1.4). Art. 157 OR kent echter wel de sanctie van nietigheid, maar niet de in art. 20 II OR genoemde mogelijkheid van gedeeltelijke nietigheid.

333 Schwenzer 2012, p. 244; Gauch, Schluep, Schmid 2008, p. 113; Huguenin 2008 e.a., p. 56.

334 Schwenzer 2012, p. 244, 245; Gauch, Schluep, Schmid 2008, p. 113, 114; Huguenin 2008 e.a., p. 56; Guhl/Koller 2000, p. 128.

335 Schwenzer 2012, p. 460; Koller 2009, p. 220.

336 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 377; BSK OR I-Ehrat 2011, p. 851; Huguenin e.a. 2008, p. 198; Bucher 1988, p. 509 nt. 22.

bij de dwingende onvoorwaardelijkheid gebaseerd op analoge toepassing van art. 20 II OR.³³⁷

5.4.2.2 De gevolgen van voorwaardelijkheid in strijd met art. 3:38 BW

Zoals ik hiervoor stelde zijn de gevolgen van voorwaardelijkheid in strijd met art. 3:40 BW duidelijk: de wetsebepaling verbindt daar als uitgangspunt de sanctie van nietigheid of eventueel vernietigbaarheid van de gehele rechtsverhouding aan. Voor zover de beperkingen aan voorwaardelijkheid van art. 3:38 lid 1 BW zien op dezelfde situaties als art. 3:40 BW gelden daarvoor – uiteraard – dezelfde consequenties. Echter, art. 3:38 lid 1 BW heeft een deels ander en deels waarschijnlijk breder toepassingsbereik dan art. 3:40 BW, terwijl deze wetsebepaling zelf geen expliciete consequenties verbindt aan een handelen in strijd met een beperking van de voorwaardelijkheid.³³⁸ De te bespreken vraag is dan ook wat de consequenties zijn van beoogde voorwaardelijkheid in strijd met art. 3:38 lid 1 BW buiten de reeds door art. 3:40 BW bestreken gevallen.

In het verband van die vraag zouden we als uitgangspunt de systematiek van art. 3:40 BW kunnen nemen: nietigheid van de gehele voorwaardelijke rechtsverhouding, tenzij er redenen zijn om andere consequenties aan een handelen in strijd met deze beperkingen aan voorwaardelijkheid te verbinden. Dat zou niet alleen een overzichtelijke systematiek zijn, maar daarmee is ook een verschil in wettelijke grondslag voor een beperking aan voorwaardelijkheid voor wat betreft de consequenties daarvan zonder belang. Een dergelijk ontbreken van een verschil in consequenties is een wezenlijk voordeel, niet in het minst omdat de scheidslijn tussen deze verschillende wettelijke grondslagen allesbehalve eenvoudig is te trekken, zo zagen we in § 5.1.4.³³⁹

Daarnaast is het uitgangspunt van nietigheid ingeval van strijd met een beperking aan voorwaardelijkheid ook inhoudelijk te verdedigen als we een en ander benaderen vanuit de partijwil die aan de (beoogde) voorwaardelijke rechtsverhouding ten grondslag ligt. Een of beide partijen beogen een voorwaardelijke rechtsverhouding tot stand te brengen, waarbij een probleem blijkt te bestaan ten aanzien van (de gevolgen van) die voorwaardelijkheid. Daarmee is het sterk de vraag of die partijwil tot het tot stand brengen van deze rechtsverhouding er óók zou zijn geweest, indien deze zou leiden tot een *onvoorwaardelijke* rechtsverhouding. Het uitgangspunt van het alsdan ontbreken van een dergelijke partijwil en het daarmee niet tot stand willen brengen van

³³⁷ Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 377.

³³⁸ Zie § 5.1.4 en 5.4.2.1.

³³⁹ Zie in dat verband ook § 5.2.4.2, waar ik de vraag bespreek of de onmogelijkheid van een voorwaarde die de vrije overdraagbaarheid van goederen in de weg zou staan loopt via de artt. 3:84 lid 3 jo 3:40 lid 2 BW, dan wel de artt. 3:83 lid 1 jo 3:38 lid 1 BW.

een onvoorwaardelijke rechtsverhouding wordt daarmee voor de materiële gevolgen juist weergegeven door het uitgangspunt van nietigheid.

Negatief benaderd heb ik ook geen redenen kunnen vinden waarom voor de consequenties van een handelen in strijd met een beperking van art. 3:38 lid 1 BW een andere systematiek zou moeten gelden dan voor de beperkingen voortvloeiend uit art. 3:40 BW. De conclusie is dan ook dat een beoogde voorwaardelijkheid in strijd met art. 3:38 lid 1 BW inderdaad tot dezelfde systematiek van gevolgen leidt als bij de beperkingen van art. 3:40 BW.

5.4.2.3 Kan art. 3:41 BW leiden tot nietigheid van uitsluitend de voorwaarde?

Met uitzondering van het OBW geldt voor alle onderzochte stelsels dat de mogelijkheid van een partiële nietigheid van een ontbindende voorwaarde wordt aanvaard. De consequentie daarvan is derhalve, dat de (beoogde) ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding *onvoorwaardelijk* is.³⁴⁰ Tegen die systematiek bestaan eigenlijk geen bedenkingen, zelfs al wordt in de Nederlandse literatuur ook de ontbindende voorwaarde – mijns inziens te weinig genuanceerd in het thans besproken verband – beschouwd als een onzelfstandig bestanddeel van de rechtsverhouding.³⁴¹

Zoals ik hiervoor in § 5.4.2.1 besprak, wordt voor het Duitse recht de gedeeltelijke nietigheid van *opschortende* voorwaarden daarentegen slechts aanvaard door een bescheiden minderheid van de auteurs. De gedachte daarachter is dat een opschortende voorwaarde steeds een essentieel onderdeel zou vormen voor de verdere gevolgen van de rechtsverhouding en daarmee niet de door § 139 BGB vereiste zelfstandigheid heeft voor uitsluitend nietigheid van de voorwaarde. Voor het Nederlandse recht zou ik in overeenstemming met het Duitse recht voorop willen stellen dat het in art. 3:41 BW bedoelde 'onverbrekelijke verband' – als ongeveer het equivalent van het ontbreken van de door § 139 BGB vereiste 'zelfstandigheid' – bij opschortende voorwaarden inderdaad meestal zal leiden tot een afwijzing van de (gedeeltelijke) nietigheid van uitsluitend de opschortende voorwaarde. Partijen zullen met een opschortende voorwaarde merendeels beogen dat het intreden van de gevolgen van de rechtsverhouding volledig zijn verbonden aan de voorwaarde. De nietigheid van de gehele rechtsverhouding is daarmee bij opschortende voorwaardelijkheid uit hoofde van art. 3:41 BW merendeels gegeven.

Niettemin volgt reeds uit art. 3:92 lid 2 BW dat de onmogelijkheid van een bepaalde voorwaarde niet per definitie hoeft te leiden tot nietigheid van de

340 Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2640, waar de HR de mogelijkheid vernietiging van uitsluitend een (ontbindende) voorwaarde erkende. Zie in deze zin bij een arbeids-overeenkomst: HR 13 februari 1998, NJ 1998, 708. In gelijke zin t.a.v. een huurovereenkomst m.b.t. woonruimte: HR 8 november 2002, NJ 2002, 623.

341 Zie § 2.3.4.

gehele rechtsverhouding.³⁴² In een breder verband zie ik twee mogelijkheden waarbij uitsluitend de opschortende voorwaarde nietig is. De eerste daarvan is een rechtstreeks gevolg van art. 3:41 BW: partijen zouden wel degelijk beoogd kunnen hebben de rechtsverhouding onvoorwaardelijk tot stand te brengen als de voorwaardelijkheid niet mogelijk zou blijken te zijn geweest. De voorwaarde had derhalve voor partijen wel gewicht, bijvoorbeeld in het kader van de in § 2.2.1 besproken risicoverdeling of beperking, maar eventueel zou deze uiteindelijk toch niet doorslaggevend kunnen zijn. Daarmee is geen sprake van het in art. 3:41 BW bedoelde 'onverbrekelijke verband' en zou de rechtsverhouding als onvoorwaardelijk kunnen voortbestaan. Dat het bewijs van een en ander buitengewoon moeilijk zal zijn, behoeft echter geen betoog.

De tweede mogelijkheid van nietigheid van uitsluitend een opschortende voorwaarde is gelegen in één van de in § 5.1.3 besproken redenen voor beperkingen aan voorwaardelijkheid. Zoals ik in deze paragraaf stelde, kan een *ontbindende* voorwaarde niet leiden tot een beëindiging van een rechtsverhouding in strijd met een (al dan niet min of meer) gesloten systeem van beëindiging, zoals bij arbeidsovereenkomsten en de huur van woonruimte. Uitsluitend deze voorwaarde is nietig of eventueel – in lijn met de strekking van het tweede deel van art. 3:40 lid 2 BW – vernietigbaar door de werknemer respectievelijk huurder. Echter, in § 4.3 kwam ter sprake dat de aard van een voorwaarde in de praktijk nogal eens helemaal niet zo duidelijk of zelfs vrij willekeurig is. Deze aard van een voorwaarde zou in het thans besproken verband geen verschil mogen maken. Zo zal de arbeidsovereenkomst die zal aanvangen per 1 januari aanstaande vanzelfsprekend niet tevens kunnen worden aangegaan onder de ontbindende voorwaarde dat de werkneemster alsdan in verwachting blijkt te zijn. Uitsluitend de voorwaarde is nietig. Ten aanzien van de *opschortende* voorwaarde dat de werkneemster *niet* in verwachting is per deze datum mag dat uiteraard niet anders zijn.

5.4.2.4 De gevolgen van nietige voorwaardelijkheid uit hoofde van het goederenrecht

Bij de bespreking van het geldend recht zagen we dat uit de literatuur en PG niet eenduidig blijkt of een beperking ten aanzien van voorwaarden uit hoofde van het goederenrecht – als we dergelijke beperkingen inderdaad willen aannemen – leidt tot een nietige overdracht (om het beschikken over een goed daar even toe te beperken), uitsluitend tot nietigheid van de voorwaarde, dan

342 Zoals ik in § 5.1.4 bij de 'nadere uitwerking' reeds stelde, vervullen de artt. 3:38 en 3:40 BW geen functie bij deze beperking u.h.v. art. 3:92 lid 2 BW. Andersom kunnen we derhalve evenmin stellen dat de in art. 3:92 lid 2 BW erkende mogelijkheid van nietigheid van uitsluitend de opschortende voorwaarde dús zou betekenen dat de wetgever in zijn algemeenheid de partiële nietigheid van uitsluitend een dergelijke voorwaarde u.h.v. art. 3:41 BW zou onderkennen. Wél mogen we m.i. uit art. 3:92 lid 2 BW afleiden, dat de wetgever *waarschijnlijk* geen probleem heeft met een dergelijke partiële nietigheid van een opschortende voorwaarde.

wel uitsluitend tot het vervallen van de goederenrechtelijke werking van die voorwaarde. In het eerste geval zou de overdracht uiteraard niet tot stand komen, in het tweede geval zou de overdracht onvoorwaardelijk zijn en in het laatste geval zou de voorwaarde nog wel obligatoire gevolgen tussen partijen in het leven roepen bij het intreden daarvan. De vraag is derhalve hoe we deze mogelijke gevolgen moeten beoordelen.

Als we met betrekking tot de consequenties van een handelen in strijd met beperkingen aan voorwaarden uitgaan van hetgeen ik in § 5.2.4 heb gesteld, dan zou het uitgangspunt van de 'verboden' voorwaarden overdracht algehele nietigheid zijn. Dit ongeacht de achterliggende wettelijke systematiek die we in een dergelijke beperking uit hoofde van het goederenrecht willen zien.³⁴³ Een dergelijke voorwaarde zou daarmee aan een geldige overdracht in de weg staan.

Zijn er echter argumenten waarmee we tot een van beide andere mogelijkheden zouden kunnen komen? Vanzelfsprekend zou een gedeeltelijke nietigheid van uitsluitend de voorwaarde tot een geldige en onvoorwaardelijke overdracht leiden. Het lijkt mij echter de vraag of er in dit verband veel redenen bestaat voor een dergelijke toepassing van art. 3:41 BW. Dat volgt op de eerste plaats uit de eerder geciteerde visies van de wetgever bij art. 3:84 lid 3 BW.³⁴⁴ Uit niets volgt dat de wetgever de voorwaarde als zodanig in de ban doet, maar steeds de beoogde gehele overdracht als ongeldig bestempelt.³⁴⁵ Dat is echter niet uitsluitend een visie van de wetgever, maar heeft ook een logische

³⁴³ Zie hiervoor in deze § 5.4.2 en ook § 5.2.4.2.

³⁴⁴ Zo stelde de wetgever: 'Rechtshandelingen waarbij partijen in de vorm van overdracht de ander slechts beperkte bevoegdheden t.a.v. het goed willen geven, kunnen dus niet tot een geldige overdracht leiden' (PG Boek 3, MvA II, p. 319). En ook: 'Aldus keert het lid zich tegen rechtshandelingen waarbij de uit een recht voortvloeiende bevoegdheden in de vorm van een "overdracht" op andere wijzen over de betrokkenen zouden worden verdeeld dan door de wet of het stelsel van de wet wordt toegelaten. Wanneer de rechter een zodanig figuur aantreft, zal hij moeten aannemen dat wegens het ontbreken van een voldoende titel geen geldige overdracht van het goed tot stand kwam.' En verder noemt de wetgever dat met de in art. 3:84 lid 3 BW opgenomen bewoordingen van 'het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen' bedoeld is, dat partijen dienen te kiezen tussen een echte overdracht waardoor het goed 'volledig' in het vermogen van de verkrijger valt, dan wel een volledig obligatoire verhouding (PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1200).

³⁴⁵ Helemaal waar is dat niet: art. 3:92 lid 2 BW ter zake het eigendomsvoorbehoud bepaalt dat uitsluitend de niet toegestane voorwaarde vervalt en daarmee de overdracht geldig is. We zouden daarin wel degelijk de mogelijkheid kunnen zien dat de wetgever genegen is de overdracht zoveel mogelijk te 'redden'. We zouden hier echter ook juist het tegenovergestelde in kunnen zien. De als uitgangspunt nietige overdracht wordt in het specifieke verband van het eigendomsvoorbehoud toch als geldig aangemerkt, uitsluitend om te voorkomen dat door een (abusievelijk) te ruim geformuleerde voorwaarde de gehele overdracht zou sneuvelen. De PG besteedt hier helaas geen woorden aan buiten de constatering dat slechts de voorwaarde voor ongeschreven wordt gehouden (PG Boek 3, MvA II, p. 389), zodat het gissen blijft.

component. Althans als we uitgaan van de door de wetgever voorgeschreven visie, dat partijen door middel van een overdracht niet tot een andere verdeling van goederenrechtelijke bevoegdheden kunnen komen dan de wet toestaat. Een overdracht van een goed brengt daarmee naar zijn aard de goederenrechtelijke bevoegdheden van dat goed met zich mee. Zouden partijen niettemin wel degelijk een andere bevoegdheidsverdeling beogen, dan is daarmee per definitie geen sprake van een overdracht zoals de wet deze erkent. Bij een dergelijke benadering valt er aan de nietige overdracht dan ook niets te 'helen' door middel van partiële nietigheid van de voorwaarde. Partijen wilden immers helemaal geen overdracht zoals de wetgever die toestaat.

Is met het vorenstaande de niet-toegestane voorwaardelijke overdracht hoe dan ook nietig? Dat is te kort door de bocht. Met name als partijen eigenlijk helemaal niet stil gestaan hebben bij de inhoud van dergelijke voorwaarden, bijvoorbeeld omdat zij zijn opgenomen als een min of meer standaard geformuleerd beding in een notariële ('Groninger') akte, zou partiële nietigheid van uitsluitend de voorwaarde toepassing moeten kunnen vinden. De partijwil was alsdan wel degelijk gericht op een 'echte' overdracht. Ook zou in dat geval conversie een mogelijkheid kunnen zijn, waarbij de niet toegestane goederenrechtelijke werking van de voorwaarde wordt geconverteerd in een uitsluitend obligatoir werkend beding uit hoofde waarvan bijvoorbeeld ongedaanmakingsverplichtingen kunnen voortvloeien.

Het duidelijke uitgangspunt is derhalve dat de voorwaardelijke overdracht in strijd met een uit het goederenrecht voortvloeiende beperking geheel nietig is. In bijzondere omstandigheden kan echter sprake zijn van partiële nietigheid van de voorwaarde, dan wel conversie van de voorwaarde in een (toegestaan) beding met uitsluitend obligatoire gevolgen.

6 | De posities van partijen gedurende de periode van onzekerheid

6.1 DE POSITIES VAN PARTIJEN BEZIEN VANUIT DE SYSTEMATIEK

6.1.1 Inleiding

In dit hoofdstuk bestudeer ik de posities van partijen voordat een voorwaarde is ingetreden of vervallen. Met andere woorden, in wat voor posities verkeren partijen in de periode waarin nog onzeker is of de rechtsverhouding zal eindigen dan wel onvoorwaardelijk zal worden? Die vraag omvat vanzelfsprekend veel materiële aspecten, waar ik in de verschillende paragrafen ook op zal ingaan. Voor een deel zijn die materiële aspecten voor het geldend recht echter nauwelijks of niet vast te stellen. Dat is enerzijds een gevolg van het feit dat de achterliggende systematiek met betrekking tot de betekenis van de voorwaardelijkheid voor de rechtsverhouding ingewikkeld en deels ook omstreden is. Anderzijds is nogal eens onduidelijk welke criteria gehanteerd moeten worden bij de vraag naar de eventuele toepassing van wettelijke regelingen op de voorwaardelijke rechtsverhouding dan wel in andere zin van belang zijn voor de vormgeving van die rechtsverhouding.

In deze § 6.1 zal ik – gedeeltelijk als samenvatting van hetgeen in andere onderdelen van dit onderzoek is bestudeerd – de posities van partijen gedurende de periode van onzekerheid benaderen vanuit de systematiek. De nadruk ligt daarbij op de *opschortend* voorwaardelijke rechtsverhouding, omdat deze bezien vanuit de systematiek verreweg het moeilijkst is. Met aan de basis de uitkomsten van dit deelonderzoek bestuderen we vervolgens in § 6.2 de materiële gevolgen van de voorwaardelijkheid voor de periode van onzekerheid. Daarbij zullen we zien dat de vorenbedoelde systematiek en de in het kader van de voorwaardelijkheid te hanteren criteria meer dan eens leiden tot onduidelijkheid voor wat betreft de verschillende gevolgen.

6.1.2 De wettelijke systematiek van de voorwaardelijke posities in de verschillende stelsels

Inleiding

Op een aantal plaatsen kwam reeds de systematiek met betrekking tot de posities van partijen gedurende de periode van onzekerheid ter sprake. In deze paragraaf zal ik die systematiek voor de verschillende stelsels nogmaals kort

samenvatten om vervolgens te bestuderen op welke wijze deze – tussen de verschillende stelsels onderling afwijkende – systemen in de verschillende wetboeken zijn verwerkt. Een en ander vormt de basis voor de in § 6.1.3 besproken toepassing van art. 6:26 BW alsmede op de in § 6.2 besproken materiële gevolgen van de voorwaardelijkheid gedurende die periode van onzekerheid.

Geldend recht, oud BW, Duits en Zwitsers recht, nadere uitwerking

In § 3.1.3.2 zagen we dat in alle onderzochte stelsels de voorwaardelijkheid geen betrekking heeft op de gebondenheid van partijen gedurende de periode van onzekerheid. Ook in het geval van een opschortende voorwaarde zijn partijen derhalve direct over en weer gebonden.¹ Voor wat betreft de ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding is de systematiek voor wat betreft de periode van onzekerheid in alle stelsels eveneens inzichtelijk: de rechtsverhouding bestaat in ieder opzicht en heeft ook van aanvang af ‘werking’.² Tot het eventuele moment van intreden van de ontbindende voorwaarde valt er derhalve bezien vanuit de figuur van voorwaarden weinig te verklaren dat niet eveneens geldt voor onvoorwaardelijke rechtsverhoudingen.

Voor wat betreft opschortend voorwaardelijke rechtsverhoudingen is daarentegen sprake van een relatief complexe systematiek, die tussen de verschillende stelsels ook nog verschilt. Van deze stelsels heeft het Nederlands geldend recht in mijn optiek nog de inzichtelijkste benadering, op de voet gevolgd door het Zwitserse recht. De opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding bestaat in het Nederlandse recht direct, waaronder mede begrepen de verbintenissen tussen partijen. De materiële gevolgen van de opschortende voorwaardelijkheid worden in dat verband geplaatst in het licht van de ‘opgeschorte werking’. Een begrip waarvan ik eerder verdedigde dat de betekenis daarvan veel minder vanzelfsprekend is dan waar de Nederlandse literatuur vrijwel steeds van uitgaat.³ Wat van dit laatste ook moge zijn, het directe bestaan van (ook) de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding maakt de systematische verklaringen voor de posities van partijen gedurende de periode van onzekerheid voor het huidige Nederlandse recht in ieder geval duidelijk eenvoudiger dan onder het OBW en in het Duitse recht.

Onder het OBW bestond een stevige worsteling met de systematiek van de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding. In de kern kwam deze daarop neer dat de rechtsverhouding – of wellicht beter: de in § 3.1.2.1 beschreven *rechtsbetrekking* – meestal geplaatst werd op het niveau van de verbintenis,

1 Deze gebondenheid werd derhalve ook onder het OBW erkend, maar vormde bij opschortende voorwaarden niettemin een lastige systematische hobbel. De gebondenheid tussen partijen werd nl. in de destijds bestaande opinies vaak geplaatst op het niveau van de verbintenis, terwijl juist het bestaan van diezelfde opschortend voorwaardelijke verbintenis gedurende de periode van onzekerheid veelal werd ontkend. Zie verder § 3.1.2.1 en 3.1.3.2.

2 Zie voor dit begrip van de voorwaardelijke werking § 3.1.4.

3 Zie § 3.1.4.2, 3.2.4, 3.2.5 en 3.4.

terwijl tegelijkertijd werd aangenomen dat deze verbintenis pas ontstond mét het eventuele toekomstige intreden van de opschortende voorwaarde. Dat laatste dan weliswaar in beginsel met terugwerkende kracht, maar die vormde nauwelijks een basis om directe gevolgen uit af te leiden in de periode dat de voorwaarde nog niet was ingetreden. Onverminderd de verschillen van inzicht over de inhoud van de *voorlopige werking* gedurende de periode van onzekerheid, werd niettemin onbetwist aanvaard dat ook vóór het intreden van de opschortende voorwaarde wel degelijk bepaalde rechten en verplichtingen tussen partijen bestonden. De systematische verklaring daarvoor bleef echter omstreden.⁴

Ook het Duitse en Zwitserse recht varen voor wat betreft de achterliggende systematiek van de posities van partijen bij een opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding een waarschijnlijk onderling verschillende koers. Voor beide stelsels geldt in elk geval dat met uitzondering van de gebondenheid van partijen de verdere materiële gevolgen van de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding tot het intreden van de voorwaarde als uitgangspunt ontbreken. Waarschijnlijk is voor het Duitse recht de verklaring daarvoor dat tót het moment van intreden van de voorwaarde de daarvan afhankelijke vorderingsrechten, verbintenissen en de *rechtsbetrekking in ruime zin* nog niet bestaan.⁵ De aanname van de wél direct bestaande gebondenheid van partijen wordt gebaseerd op de direct bestaande voorwaardelijke overeenkomst tussen hen. Het Zwitserse recht hanteert eveneens een systematiek waarbij vorderingsrechten en verbintenissen pas ontstaan mét het intreden van de opschortende voorwaarde. Anders dan het Duitse plaatst het Zwitserse recht de rechtsbetrekking in ruime zin echter op het niveau van de – ook naar Zwitsers recht waarschijnlijk direct bestaande – overeenkomst. Dat laatste maakt verschil voor de gehanteerde systematiek, zoals we onderstaand zullen zien.

Onverminderd het feit dat vorderingsrechten en (waarschijnlijk) verbintenissen pas zullen ontstaan met het intreden van de opschortende voorwaarde, bestaan tussen partijen onder de noemer van de *Vorwirkung* in zowel het Duitse als het Zwitserse recht reeds gedurende de periode van onzekerheid een aantal rechten en verplichtingen. Veelal wordt deze term daarbij gehanteerd voor de specifieke rechten van de verwachter als gericht op directe bescherming van diens positie,⁶ maar in beide stelsels vinden we deze soms ook gebruikt in een enigszins breder verband.⁷ Deze onder de *Vorwirkung* begrepen rechten

4 Zie § 3.2.2.1.

5 Zie § 3.2.2.1.

6 Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 616; MüKo/Westermann 2012, p. 1706; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 121.

7 In de Duitse en Zwitserse literatuur worden in dat verband genoemd de mogelijkheid van *Vormerkung* (§ 883 BGB), het doen van afstand, het d.m.v. borgtocht of verpanding secureren van de opschortend voorwaardelijke vordering, alsmede de *Klage auf künftige Leistung* (§ 259 BGB). Zie: MüKo/Westermann 2012, p. 1706, 1707; Honsell 2008, p. 615 e.v.; Guhl/Koller 2000, p. 54; Guhl 1944, p. 56.

en verplichtingen zouden voor het Duitse recht bij gebreke aan het directe bestaan van vorderingsrechten et cetera hun grondslag niet kunnen vinden in de rechtsverhouding tussen partijen. Althans, dat zou in de lijn der verwachting liggen. Niettemin wordt die grondslag in de Duitse literatuur veelal toch gezien in de rechtsbetrekking (die echter wordt geplaatst op het niveau van de nog niet bestaande verbintenis)⁸ of in de overeenkomst zelf (waarvan echter tegelijkertijd expliciet wordt gesteld dat deze geen verplichtingen omvat, maar uitsluitend tot binding tussen partijen leidt).⁹ Een benadering derhalve waarvan ik in § 3.2.2.1 stelde dat deze, mede gezien het ontbreken van een verdere onderbouwing in de Duitse literatuur, nogal raadselachtig blijft. Het Zwitsers recht hanteert in deze een veel inzichtelijker systematiek: de *Vorwirkung* wordt gebaseerd op de *rechtsbetrekking in ruime zin* als deel van de direct bestaande overeenkomst.

We zien derhalve dat gedurende de periode van onzekerheid de bestudeerde stelsels voor de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding verschillende systematische benaderingen kennen. Zoals gezegd stemmen de onderzochte stelsels voor wat betreft de ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding daarentegen in systematische zin overeen: de rechtsverhouding bestaat in ieder opzicht direct en de materiële gevolgen van die rechtsverhouding gedurende de periode van onzekerheid laten zich daaruit dan ook uitstekend afleiden. Voor wat betreft de wettelijke uitwerkingen in de verschillende stelsels vinden we de te onderscheiden systematische benaderingen dan ook met name terug in relatie tot opschortend voorwaardelijke rechtsverhoudingen. We lopen de verschillende stelsels nogmaals langs.

Voor het Nederlands geldend recht wordt de kernbepaling met betrekking tot de systematiek van de voorwaardelijke posities van partijen gevormd door art. 6:26 BW: 'Op voorwaardelijke verbintenissen zijn de bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen van toepassing, voor zover het voorwaardelijk karakter van de betrokken verbintenis zich daartegen niet verzet'. Met andere woorden, als uitgangspunt hanteert het NBW voor de voorwaardelijke verbintenis dezelfde regels als voor een onvoorwaardelijke. Art. 6:26 BW sluit daarmee ook voor wat betreft de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding naadloos aan op de benadering dat deze rechtsverhouding overeenkomstig een onvoorwaardelijke direct bestaat.¹⁰ Door een deel van de literatuur is deze wetsbepaling als overbodig beschouwd, omdat het achterliggende uitgangspunt – de ontbindend of opschortend voorwaardelijke verbintenis bestaat direct – ook zonder een dergelijke wetsbepaling al zou gelden.¹¹ Reeds

8 Zie § 3.1.2.1.

9 Schellhammer 2014, p. 1023; Bork 2011, p. 256; Flume 1992, p. 605.

10 Iets anders is dat (ook) art. 6:26 BW onterecht de nadruk legt op de voorwaardelijkheid van specifiek de verbintenis. Zie verder § 3.5.

11 Den Tonkelaar 1994, p. 77 (en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 87); Schoordijk 1979, p. 108.

gezien de voormelde discussie onder het OBW dienaangaande, maar ook omdat er veel voor valt te zeggen dat een wetboek de contouren van de systematiek weergeeft, kan ik mij niet vinden in die kritiek. Wat van dit laatste ook zij, beschouwd vanuit dit directe bestaan van de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding is van enig vooruitlopen op de nog niet ingetreden werking van de rechtsverhouding – hetgeen een term als de *Vorwirkung* suggereert – geen sprake. Zoals ik eerder constateerde zijn de materiële gevolgen als samengevat door deze term *Vorwirkung* daarmee voor het Nederlands geldend recht niet zozeer de uitzondering op de opgeschorte werking, maar de opgeschorte werking is eerder de uitzondering op het uitgangspunt van de directe werking van de *bestaande* opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding.¹²

Min of meer in lijn met deze in art. 6:26 BW neergelegde benadering vinden we in het NBW nauwelijks andere bepalingen met betrekking tot specifiek de voorwaardelijke relatie tussen partijen gedurende de periode van onzekerheid.¹³ Voor zover dit een *obligatoire* relatie betreft is dat ook niet nodig, omdat immers de wetbepalingen toepassing vinden terzake onvoorwaardelijke verbintenissen. De in art. 6:26 BW verwoorde en in § 6.2.2 verder besproken uitzondering op die toepasselijkheid, bestaande uit een ‘voor zover het voorwaardelijk karakter van de betrokken verbintenis zich daartegen niet verzet’, ondervangt afdoende het feit dat de rechtsverhouding vooralsnog opschortend voorwaardelijk van aard is. Althans, voor zover in het individuele geval voldoende duidelijk is wat partijen met de overeengekomen voorwaardelijkheid beoogden.¹⁴

Voor voorwaardelijke *goederenrechtelijke* verhoudingen – er is derhalve overgedragen onder voorwaarde – ontbreekt daarentegen wel degelijk een uitgewerkte wettelijke regeling. Als uitsluitend verbintenisrechtelijke regel vindt art. 6:26 BW op goederenrechtelijke verhoudingen naar zijn aard geen toepassing, terwijl ook anderszins het algemene vermogensrecht geen regeling kent voor de verhouding tussen partijen na een voorwaardelijke overdracht.¹⁵ In § 9.2.4 zal ik bespreken dat het ontbreken van een dergelijke goederenrechtelijke regeling in de literatuur en ook door mij als een hiaat in de wettelijke regeling van voorwaarden wordt beschouwd. Voor het overige kunnen we echter stellen dat de wetgever de systematiek van de direct bestaande (ontbindende of opschortende) rechtsverhouding inzichtelijk in het NBW heeft verwerkt.

12 Zie voor diezelfde constatering § 3.2.2.3.

13 Uitzonderingen zijn art. 3:84 lid 4 BW (zie § 11.2.2.2), art. 6:23 BW (zie § 7.4.2), 6:25 BW (zie § 3.2.3) en art. 3:296 lid 2 BW.

14 Dit laatste i.e.g. in de door mij voorgestane benadering dat het de partijwil is die in het individuele geval verdere invulling geeft aan het begrip ‘voorwaardelijke werking’. Zie daarover m.n. § 3.4.

15 Dit in afwijking van de (erfrechtelijke) voorwaardelijke making, die met art. 4:138 BW aansluiting zoekt bij de regeling terzake het recht van vruchtgebruik.

Over het OBW kan ik relatief kort zijn. Weliswaar bevatte het OBW een beperkt aantal bepalingen met betrekking tot de relatie tussen partijen gedurende de periode van onzekerheid,¹⁶ maar een met art. 6:26 BW overeenstemmende bepaling met een brede strekking ontbrak. Wél kende het oude recht met art. 1298 OBW een specifieke bepaling op grond waarvan de opschortend voorwaardelijke verwachter zoveel als vereist zijn opschortend voorwaardelijke rechten jegens de voorwaardelijke bezwaarde kon zekerstellen.¹⁷ Een bepaling die voor wat betreft de strekking duidelijk gelijkenis vertoont met het Zwitserse art. 152 II OR.¹⁸ De systematische verklaring voor het bestaan van deze en de overige wettelijke regelingen tussen partijen bleef voor de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding echter omstreden.¹⁹ Vloeide de grondslag daarvoor bijvoorbeeld voort uit wel degelijk direct bestaande (delen van de) rechtsverhouding, was sprake van wetsduiding zonder systematische verklaring of vervulde de terugwerkende kracht in deze toch enigerlei functie? We laten het OBW derhalve verder rusten.

Ook het Duitse en Zwitserse recht kennen geen met art. 6:26 BW overeenstemmende bepaling. In de benadering dat de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding inderdaad nog niet zou bestaan, is een dergelijk ontbreken in systematisch opzicht begrijpelijk. Het zonder meer van toepassing zijn van uiteenlopende regelingen terzake onvoorwaardelijke rechtsverhoudingen op een (nog) niet bestaande rechtsverhouding zou immers een niet goed begrijpelijke systematiek opleveren. In die zin zou dan ook een benadering van de beide wetgevers ten aanzien van de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding inzichtelijk zijn, waar met de §§ 160-162 BGB respectievelijk de artt. 152 en 156 OR een aantal specifiek op de voorwaardelijke rechtsrelatie gerichte wetsbepalingen toepassing zou vinden uit hoofde van de wet. De term *Vorwirkung* zou in die benadering de lading uitstekend dekken. De voorwaardelijke rechtsverhouding ontbreekt vooralsnog, maar niettemin bestaan tussen partijen wél een aantal rechten en verplichtingen. In die benadering zou de *Vorwirkung* in deze beide stelsels systematisch beschouwd ook spiegelbeeldig zijn aan de Nederlandse benadering. Terwijl vanuit Nederlandse optiek eigenlijk verklaard moet worden waarom bepaalde materiële gevolgen vooralsnog uitblijven ondanks het directe bestaan van de rechtsverhouding, vormt de *Vorwirkung* in de vorenstaande zienswijze wel degelijk de uitzondering op het vooralsnog ontbreken van materiële gevolgen uit hoofde van de (niet-bestaande) opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding.

16 Zie de artt. 1293-1301 OBW, die voor een belangrijk deel overigens nogal vanzelfsprekende en daarmee overbodige regelingen gaven.

17 Welke middelen de verwachter op grond daarvan ter beschikking stonden, was echter omstreden. Overigens was met de strekking van art. 6:26 BW beoogd dat deze bepaling in zekere zin de opvolger onder het NBW zou zijn van dit art. 1298 OBW. Zie daarover § 6.2.3.1.

18 Zie over die bepaling m.n. § 6.2.3.1.

19 Zie daarover § 3.2.2.1.

Zoals ik hiervoor echter reeds aangaf, is het de vraag of dit inderdaad voor het Duitse en Zwitserse recht de juiste zienswijze is. De Duitse literatuur gaat er immers van uit dat de grondslag voor deze *Vorwirkung* is gelegen in de opschortend voorwaardelijke rechtsbetrekking of overeenkomst. De Zwitserse literatuur baseert deze *Vorwirkung* op de direct tussen partijen bestaande rechtsbetrekking in ruime zin. In deze zienswijzen zou derhalve helemaal geen behoefte bestaan aan een *wettelijke* grondslag voor de *Vorwirkung*, maar zouden het BGB respectievelijk OR met voormelde bepalingen in feite slechts inhoud geven aan een grondslag gelegen in de *partijwil* of tenminste in delen van de rechtsverhouding die door partijen tot stand is gebracht. Gezien de in § 3.2.2.1 beschreven benaderingen in het Zwitsers recht is deze laatste systematiek waarschijnlijk inderdaad die van het OR, ook al vinden we dit niet in de Zwitserse literatuur verwoord. Voor het Duitse recht waarbij uitsluitend een gebondenheid tussen partijen wordt aangenomen, maar voor het overige de rechtsverhouding tot het intreden van de opschortende voorwaarde ontbreekt, is een dergelijke benadering daarentegen niet goed te verklaren.

Voor wat betreft de wettelijke benaderingen in de verschillende stelsels van de opschortend voorwaardelijke posities van partijen zien we derhalve het volgende. De vier onderzochte stelsels kennen alle een benadering waarbij reeds vóór het intreden van een opschortende voorwaarde rechten en verplichtingen tussen partijen bestaan. Het Nederlandse recht gaat daarbij uit van het directe bestaan van de gehele (opschortend) voorwaardelijke rechtsverhouding en knoopt door middel van art. 6:26 BW systematisch correct aan bij de onvoorwaardelijke rechtsverhouding. De literatuur onder het OBW kende in dat verband verscheidene in hoge mate omstreden benaderingen, waarbij overigens ook betwist bleef welke wettelijke regelingen toepassing diende te vinden. Uit het OBW zelf volgde in elk geval geen kenbare systematiek. Het Duitse en het Zwitserse wetboek hanteren een geheel andere benadering dan het Nederlandse, waarbij de (opschortend) voorwaardelijke rechtsverhouding wordt vormgegeven door enkele specifieke wetsbepalingen gericht op securisatie van de positie van de verwachter. Of dit laatste geheel in lijn ligt met de achterliggende systematiek is met name voor het Duitse recht mijns inziens twijfelachtig.

6.1.3 Toepassing van art. 6:26 BW mede in het verband van art. 3:296 BW

Geldend recht, nadere uitwerking

In de vorige paragraaf kwam de systematische betekenis van art. 6:26 BW ter sprake, die met name daarin is gelegen dat (ook) op de opschortend voorwaardelijke verbintenis – als direct bestaande verbintenis – de bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen toepassing vinden. Althans, voor zover het voorwaardelijk karakter zich daartegen niet verzet. In dat verband doen zich twee theoretische vragen voor waar materiële consequenties aan zijn

verbonden. De eerste daarvan betreft de vraag of de strekking van art. 6:26 BW een uitgangspunt kent met betrekking tot het wel of niet toepassing vinden van de bepalingen terzake onvoorwaardelijke verbintenissen. De tweede vraag is welk criterium besloten ligt in de beperking van art. 6:26 BW dat het 'voorwaardelijk karakter' zich niet tegen die toepassing verzet. Ik werk beide kwesties achtereenvolgens uit voor ontbindende en opschortende voorwaardelijkheid.

In relatie tot ontbindende voorwaarden zijn voormelde twee vragen voor het geldend recht eenvoudig te beantwoorden, ook al vinden we daarvoor geen bevestiging in de literatuur. De ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding bestaat direct en heeft onweersproken ook vanaf haar ontstaansmoment *werving*. Daaruit volgt dat als breed uitgangspunt de bepalingen terzake onvoorwaardelijke verbintenissen toepassing vinden. Impliciet vinden we die benadering overigens wel in de literatuur bevestigd, waar tot het eventuele moment van intreden van de ontbindende voorwaarde de gevolgen tussen partijen uit hoofde van de voorwaardelijke rechtsverhouding worden gelijkgesteld aan die van een onvoorwaardelijke. De tweede vraag – wanneer verzet het ontbindend voorwaardelijke karakter zich tégen toepassing – is in abstracto eveneens eenvoudig te beantwoorden. Het ontbindend voorwaardelijke karakter van de rechtsverhouding is gericht op een mogelijke toekomstige beëindiging, al dan niet mede door middel van toekomstige nakoming van ongedaanmakingsverplichtingen. Toepassing van regelingen voor onvoorwaardelijke verbintenissen kan er derhalve niet toe leiden dat de eventuele toekomstige beëindiging respectievelijk ongedaanmaking juridisch of feitelijk illusoir wordt. Een voor de hand liggend voorbeeld is de onmogelijkheid van een vordering tot onvoorwaardelijke nakoming indien beoogd is dat bij het intreden van de voorwaarde ongedaan gemaakt dient te worden.

In relatie tot opschortende voorwaarden zijn deze beide vragen duidelijk moeilijker te beantwoorden. Voor wat betreft de eerste daarvan lijkt in de literatuur met name de vraag gesteld te worden welke wetsbepalingen wél toepassing dienen te vinden.²⁰ Aan die benadering is inherent dat het uitgangspunt wordt gevormd door de niet-toepasselijkheid van deze bepalingen. Een benadering waarvan ik in § 3.1.4.1 en 3.2.2 stelde dat deze voortvloeit uit een onjuiste zienswijze op het begrip 'opgeschorte werking'. Vanuit de theoretische achtergrond van het directe bestaan van de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding zou de vraag in mijn optiek eigenlijk moeten zijn welke wetsbepalingen in verband met het opschortend voorwaardelijke karakter géén toepassing vinden. Of anders gezegd, als systematisch uitgangspunt vindt het verbintenissenrecht ook toepassing op de opschortend voorwaardelij-

20 Zie bijv. Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 120; Out 2003, p. 75.

ke rechtsverhouding, tenzij het voorwaardelijk karakter zich daartegen verzet. Een benadering die we ook relatief uitgebreid in de PG aantreffen.²¹

Dat laatste zal bijvoorbeeld veelal het geval zijn bij regelingen die betrekking hebben op het moment waarop nagekomen dient te worden. Partijen zullen met het overeenkomen van een opschortende voorwaarde immers vaak beogen dat pas mét het intreden van die voorwaarde gepresteerd kan en behoeft te worden.²² Daaruit volgt tevens dat erg veel verbintenisrechtelijke regelingen die samenhangen met de nakoming alsdan uiteraard evenmin toepassing zullen vinden. Echter, zelfs al zou een meerderheid van die regelingen geen toepassing vinden, dan nóg doet dat geen afbreuk aan het *uitgangspunt* dat de verbintenisrechtelijke regelingen wel degelijk toepassing vinden. Op een aantal andere plaatsen in dit onderzoek zien we bovendien dat – overeenkomstig het Duitse recht²³ – een aanzienlijk aantal wezenlijke verbintenisrechtelijke bepalingen in de bestaande opvattingen wel degelijk van toepassing is.²⁴ Ook dat past in de lijn van de door mij voorgestane opvatting dat er uit hoofde van het opschortend voorwaardelijke karakter een reden moet zijn waarom een bepaling géén toepassing vindt in plaats van vice versa.

Daarmee komen we bij de vraag in welke gevallen het opschortend voorwaardelijke karakter zich wel tegen toepassing verzet. Of enigszins anders gezegd, op basis van welk criterium kunnen we vaststellen of een bepaalde verbintenisrechtelijke regel al dan niet toepassing vindt in verband met het opschortend voorwaardelijke karakter? Interessant genoeg vinden we ten aanzien van die vraag drie geheel verschillende benaderingen. Op de eerste plaats vinden we in de literatuur vaak de gedachte dat uit de ‘opgeschorte werking’ uit hoofde van de voorwaarde moet worden afgeleid welke wetsbepalingen al dan niet toepassing vinden. Zoals ik in § 3.1.4.2 beschreef wordt deze opgeschorte werking in dat verband gehanteerd als een *verklarend* begrip. Derhalve een begrip waar verdere gevolgen uit zouden kunnen worden afgeleid. Onverlet het feit dat ik sterk betwijfel of we de opgeschorte werking

21 Na de vaststelling dat ook de opschortend voorwaardelijke verbintenis een bestaande verbintenis is, vinden we enigszins krom verwoord in de MvA: ‘Artikel 5 [art. 6:26 BW, HS] is een weerslag van ditzelfde uitgangspunt, maar heeft zelfstandige betekenis. Uit het enkele feit dat er een verbintenis is, volgt immers nog niet duidelijk voor alle gevallen, hetgeen in dit artikel uitdrukkelijk is bepaald. Zonder deze bepaling zou dit met name twijfelachtig zijn voor de verbintenis onder opschortende voorwaarde, waaraan volgens artikel 2 [art. 6:22 BW, HS] pas vanaf de vervulling ‘werking’ toekomt. Niettemin zijn op een zodanige verbintenis ook vóór de vervulling *in beginsel* [cursivering HS] de bepalingen betreffende verbintenissen van toepassing’ (PG Boek 6, MvA II, p. 144).

22 In § 3.2.3 heb ik echter betoogd dat, voor zover een prestatie zich leent voor een nakoming onder opschortende voorwaarde, de opschortende voorwaardelijkheid niet in de weg staat aan nakoming.

23 Zie § 3.1.4.3. Westermann stelt in overeenstemming daarmee dat de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding in veel opzichten behandeld wordt als waren deze onvoorwaardelijk (MüKo/Westermann 2012, p. 1706).

24 Zie § 3.1.4.3 en 6.2.

als een verklarend begrip kunnen hanteren, is bij die visie in zekere zin wel sprake van een systematische benadering aangaande de vraag welke verbintenrechtelijke bepalingen toepassing zouden vinden. Het criterium voor die toepasselijkheid zou daarmee immers volgen uit de veronderstelde systematiek van de opgeschorte werking.

Een geheel andere – materiële – benadering vinden we bij Van Opstall. In zijn nog onder het OBW met betrekking tot art. 1298 geformuleerde opvatting kan de voorwaardelijke crediteur geen rechtsmiddelen uitoefenen 'welke de debiteur een nadeel zouden kunnen toebrengen, dat slechts zou kunnen worden gerechtvaardigd door een recht op een prestatie waarvan de verschuldigdheid niet meer onzeker is'.²⁵ Met andere woorden, de grens van de rechten van de verwachter liggen daar waar deze de rechten van de bezwaarde met een zodanig gewicht of omvang zouden raken, dat de 'inbreuk' op deze rechten van de bezwaarde uitsluitend gerechtvaardigd zou zijn indien het recht op de prestatie onvoorwaardelijk is. Op het eerste gezicht lijkt dat een alleszins verdedigbaar criterium. In het eerder door mij genoemde voorbeeld van de vordering tot *on*voorwaardelijke nakoming kunnen we eenvoudig een toepassing van dit criterium zien. Het probleem is echter dat voor het overige nauwelijks sprake is van een inhoudelijk criterium dat leidt tot de mogelijkheid van toetsing. De essentie van deze benadering van Van Opstall is immers gelegen in de vraag wanneer al dan niet sprake is van de bedoelde rechtvaardiging. Die vraag is echter sterk verwant aan de vraag die we op basis van dit criterium beantwoord zouden willen zien, namelijk of de verwachter reeds een recht jegens de bezwaarde kan uitoefenen ondanks het feit dat zijn recht vooralsnog opschortend voorwaardelijk van aard is. In tweede instantie blijkt Van Opstalls benadering dan ook geen bruikbaar criterium op te leveren.

Op de derde plaats vinden we in de PG een criterium dat bestaat uit de omvang van de kans dat en het verwachte moment waarop de voorwaarde zal intreden. In de PG vinden we namelijk een rechtstreeks verband tussen de in art. 6:26 BW bedoelde beperking uit hoofde van het voorwaardelijk karakter van de verbintenis en de bij wijze van criterium te beoordelen vraag of 'ervulling van de voorwaarde meer of minder waarschijnlijk en meer of minder nabij is'.²⁶ Ook de Hoge Raad stelde in dit verband dat beoordeling plaatsvindt op basis van een 'voldoende concrete kans' dat de voorwaarde

25 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 388. Van Opstall hanteerde deze benadering als gezegd voor de eventuele toepassing van art. 1298 OBW en derhalve niet rechtstreeks voor art. 6:26 BW. Zoals ik echter in § 6.2.3.1 bespreek, is art. 6:26 BW functioneel in belangrijke mate de opvolger van art. 1298 OBW. Dat was ook door Meijers uitdrukkelijk beoogd. Dit door Van Opstall geformuleerde materiële criterium kunnen we dan ook probleemloos overbrengen op art. 6:26 BW.

26 PG Boek 3, MvA II, p. 219. Uitdrukkelijk zij opgemerkt dat de wetgever in deze klaarblijkelijk niet helemaal zeker van zijn zaak was. De wetgever spreekt namelijk van 'vermoedelijk', hetgeen een behoorlijke slag om de arm omvat.

intreedt.²⁷ Vermoedelijk kunnen we hierin een uitwerking zien van het in art. 3:303 BW gehanteerde criterium dat een rechtsvordering slechts wordt toegekend bij een 'voldoende belang'. Wat van dit laatste zij, het criterium voor toepasselijkheid van een verbintenisrechtelijke bepaling bestaat bij deze zienswijze derhalve uit een gekwantificeerde benadering en is juist geen systematisch criterium. Zowel in de PG als door de Hoge Raad wordt deze benadering gehanteerd in het kader van de mogelijkheid van een (opschortend voorwaardelijke) schuldeiser om zich op de in art. 3:45 BW bedoelde pauliana te beroepen. Uit niets volgt in expliciete zin dat deze benadering beperkt zou zijn tot deze specifieke wetsbepaling, noch overigens dat deze voor wat betreft art. 6:26 BW een bredere toepassing zou kennen. Gezien echter het feit dat we deze benadering uitsluitend met betrekking tot art. 3:45 BW genoemd vinden, kunnen we daar wellicht toch iets uit afleiden. Ik kom daar onderstaand op terug.

Met het vorenstaande blijft de vraag wat voor criterium we moeten hantieren voor het al dan niet toepassing vinden van verbintenisrechtelijke bepalingen op opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding. In het vorenbedoelde systematische criterium – kan een bepaling toepassing vinden in relatie tot de 'opgeschorte werking' – kan ik mij in het geheel niet vinden. Als gezegd is deze opgeschorte werking in mijn optiek helemaal geen verklarend begrip en derhalve kunnen daar ook geen consequenties uit worden afgeleid, ook niet voor wat betreft de toepassing van wettelijke regelingen. Waar het in mijn optiek om gaat is wat partijen beoogden met de overeengekomen opschortende voorwaardelijkheid. Als bijvoorbeeld wel degelijk gepresteerd moet worden 'onder opschortende voorwaarde', dan vinden ook alle verbintenisrechtelijke regelingen op de rechtsverhouding toepassing aangaande die nakoming. De geleverde gebrekkige zaak kan in die zin ook zonder meer leiden tot een vordering tot juiste nakoming of herstel, onverminderd het feit dat de beoogde overdracht en in mijn optiek ook de daaraan ten grondslag liggende verbintenis opschortend voorwaardelijk van aard is.²⁸ Met andere woorden, het antwoord op de vraag welke verbintenisrechtelijke bepalingen toepassing kunnen vinden, is met name afhankelijk van hetgeen partijen met de opschortende voorwaardelijkheid wensten te regelen.²⁹

27 HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393.

28 Zie v.w.b. de nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis m.n. § 3.2.3.4.

29 'Met name' omdat er aan die partijwil toch logische grenzen u.h.v. de opschortende voorwaardelijkheid voortvloeien. Een in ieder opzicht onvoorwaardelijk presteren ontbeert naar zijn aard uiteraard iedere voorwaardelijkheid. Maar ook de ongedaanmaking d.m.v. 'waardevergoeding' (als bedoeld in art. 6:210 lid 2 BW en PG Boek 6, MvA II, p. 1217) als wijze van ongedaanmaking bij voorwaarden valt in mijn optiek nauwelijks te beschouwen als een wijze van ongedaanmaking die in het verband van *voorwaardelijkheid* mogelijk is. Zie daarover § 9.2.4.1.

Als we deze laatste benadering toepassen op een van de wezenlijke aspecten van het bestaan van een verbintenis – de in art. 3:296 BW bedoelde veroordeling tot nakoming – dan zien we dat ook het BW in elk geval voor wat betreft deze veroordeling in deze richting gaat. Uitdrukkelijk stelt lid 2 immers dat een ‘veroordeling onder voorwaarde’ mogelijk is, waaronder blijkens de PG mede is te verstaan een opschortende voorwaarde.³⁰ Uit de Toelichting blijkt dat Meijers zelf twijfelde of deze mogelijkheid van een veroordeling onder opschortende voorwaarde als een systematisch gevolg moest worden beschouwd. Een twijfel waarvan ik eerder stelde dat we daarin een niet geheel eenduidige uitwerking van Meijers moeten zien van de (ook) door hem gehanteerde systematiek van het directe bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis.³¹ Wat verder van Meijers’ twijfels dienaangaande zij, ook in zijn eigen optiek vormde art. 3:296 BW een toepassing van art. 6:26 BW.³² Met andere woorden, ook de toepasselijkheid van een dergelijke essentiële bepaling is een normaal gevolg van het feit dat tussen partijen een verbintenis bestaat en waartegen het opschortend voorwaardelijke karakter zich ook niet verzet. Het feit dat de vorderende partij ook het in art. 3:303 BW bedoelde ‘voldoende belang’ bij die vordering dient te hebben en bij opschortende voorwaardelijkheid in de TM dienaangaande een uitzondering wordt aangenomen op het uitgangspunt van de aanwezigheid daarvan, doet geen afbreuk aan de vorenbeschreven benadering van art. 6:26 BW.³³ Een dergelijke omkering van de bewijslast is niets anders dan een praktische benadering van de bewijslastverdeling die gezien het opschortend voorwaardelijke karakter van de verbintenis geheel terecht is.

Dan echter het voormelde criterium zoals dat in de PG en door de Hoge Raad is gehanteerd in het verband van toepasselijkheid van art. 3:45 BW. Met name het feit dat een inschatting gemaakt moet worden van de kans dat de voorwaarde zal intreden, maakt dat dit criterium een wat pragmatische insteek heeft. Daar is als zodanig niets mis mee, maar het komt de voorspelbaarheid of een bepaling toepassing dient te vinden niet ten goede. Toch is dit criterium in mijn optiek heel verdedigbaar, althans in elk geval in het verband waarin het in de PG en door de Hoge Raad wordt gehanteerd. Terwijl de vorenbedoelde toepassing van verbintenisrechtelijke bepalingen betrekking heeft op de relatie tussen partijen, hebben de gevolgen van de in art. 3:45 BW neergelegde pauliana – bezien vanuit de positie van de schuldeiser – geen betrekking op de eigen voorwaardelijke positie. De benadeelde schuldeiser vernietigt immers de rechtshandeling tussen zijn schuldenaar en een derde. In die relatie tussen

30 PG Boek 3, TM, p. 895.

31 Zie § 3.2.4.

32 PG Boek 6, TM, p. 153.

33 Deze uitzondering ziet derhalve op het feit dat de eiser zal moeten bewijzen dat hij ondanks de opschortende voorwaarde belang heeft bij een veroordeling vóór het intreden van die voorwaarde (PG Boek 3, TM, p. 895, 915).

de schuldenaar en de derde is de beoogde functie van de opschortende voorwaarde tussen de schuldeiser en diens schuldenaar zonder betekenis. De derde staat immers buiten de opschortend voorwaardelijke rechtsrelatie tussen de schuldeiser en diens schuldenaar. De vraag of aan de voorwaardelijke schuldeiser een door de wet gegeven bevoegdheid (mede) jegens een derde toekomt, kan dan ook moeilijk worden gebaseerd op de aanvankelijke partijwil van de schuldeiser en diens schuldenaar met betrekking tot de voorwaardelijkheid. Een meer geobjectiverd criterium als de kans op intreden van de voorwaarde is in de relatie tot derden dan ook zeker verdedigbaar.

Voor wat betreft de toepasselijkheid van verbintenisrechtelijke regelingen uit hoofde van art. 6:26 BW wil ik dan ook verdedigen dat in de verhouding tussen partijen doorslaggevend dient te zijn hetgeen partijen met de opschortende voorwaardelijkheid beoogden. Voor het bijzondere geval dat de voorwaardelijkheid van belang is in de verhouding tot derden is een meer geobjectiverd criterium gewenst, waarbij de kans op intreden van de voorwaarde het meest voor de hand liggend is.

Samengevat kent art. 6:26 BW in mijn optiek een helder uitgangspunt: zowel bij ontbindend als opschortend voorwaardelijke rechtsverhoudingen vinden de regels van het verbintenissenrecht toepassing. Het eenvoudige criterium bij ontbindende voorwaarden voor een eventueel *buiten* toepassing blijven daarvan is mijns inziens daarin gelegen dat een dergelijke toepassing er niet toe kan leiden dat de eventuele toekomstige beëindiging respectievelijk ongedaanmaking in juridische of feitelijke zin onmogelijk zou worden. Duidelijk lastiger is het vinden van een criterium bij opschortend voorwaardelijke rechtsverhoudingen, waarvoor ik de vorenstaande twee criteria omschreef voor enerzijds de verhouding tussen partijen en anderzijds de bijzondere situatie waarbij de voorwaardelijkheid van belang is in de verhouding tot derden.

6.2 MATERIËLE GEVOLGEN GEDURENDE DE PERIODE VAN ONZEKERHEID

6.2.1 Inleiding

In het verband van de voorwaardelijke werking heb ik in § 3.1.4.3 een overzicht gegeven van de uiteenlopende materiële gevolgen van de voorwaardelijke rechtsverhouding. Daarbij zagen we dat in de opvattingen onder de verschillende stelsels niet alleen de ontbindende, maar ook de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding direct uiteenlopende gevolgen kent. Sterker, voor het Nederlandse geldend recht alsmede het Duitse en Zwitserse zou ik zelfs willen stellen dat deze stelsels 'ondanks' de opschortende voorwaardelijkheid een aanzienlijk aantal directe gevolgen aanvaarden. Gezien de omvang van dit onderzoek zal ik het voor een deel van die materiële gevolgen laten bij de signalering daarvan in voormelde paragraaf. De belangrijkste gevolgen zal

ik echter in deze § 6.2 uitwerken, ten dele met betrekking tot specifieke aspecten van deze gevolgen. Achtereenvolgens bespreek ik een aantal deelonderwerpen van de nakoming, de bescherming van de positie van de verwachter en de daarmee samenhangende zorgplichten van de bezwaarde, de relatie tussen voorwaardelijkheid en de goede trouw en tot slot het uitgesproken moeilijke onderwerp van de kwalificatie van vorderingsrechten als *toekomstig* dan wel *bestaand voorwaardelijk*.

6.2.2 Nakoming

6.2.2.1 Nogmaals de nakoming van de voorwaardelijke verbintenis

Op verscheidene plaatsen in dit onderzoek komen uiteenlopende aspecten van de nakoming van de voorwaardelijke verbintenis ter sprake. Voor wat betreft de *ontbindend* voorwaardelijke verbintenis is voor alle stelsels onomstreden dat deze direct kan en veelal ook moet worden nagekomen.³⁴ Vraagstukken die samenhangen met de ontbindend voorwaardelijke nakoming hebben dan ook met name betrekking op de ongedaanmaking van de gevolgen van die nakoming nadat de ontbindende voorwaarde is ingetreden. Te denken valt aan de verklaring voor het ontstaan van obligatoire ongedaanmakingsverplichtingen, de vraag of de nakoming van wederkerige verbintenissen ook leidt tot wederkerigheid van de ongedaanmakingsverbintenissen, de wijze waarop de eerdere nakoming ongedaan gemaakt moet worden, de gerechtigdheid tot vruchten zoals die zijn genoten uit hoofde van de eerdere nakoming en de verklaring van de goederenrechtelijke werking na een ontbindend voorwaardelijke beschikking.³⁵

De nakoming van de *opschortend* voorwaardelijke verbintenis is daarentegen – voorzichtig uitgedrukt – omstreden. Zoals ik in § 3.2.3 uitgebreid bespreek wordt die mogelijkheid voor het huidige Nederlandse recht met name betwist op grond van de gedachte dat de uit de voorwaarde voortvloeiende opgeschortte werking zou leiden tot de onmogelijkheid van een verschuldigde nakoming. Een benadering die in mijn optiek voor het huidige recht niet houdbaar is. Dat laat onverlet dat ook in mijn eigen benadering een ‘opschortend voorwaardelijk presteren’ slechts in een beperkt aantal gevallen – met name een juridisch handelen, zoals in het kader van overdracht – mogelijk is. In direct verband daarmee staat de in § 9.2.4.4 besproken kwestie van ongedaanmaking na het verval van de opschortende voorwaarde. Naast deze wezenlijke, maar ook

³⁴ Zie § 3.3.2.1.

³⁵ Zie voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen § 3.3.2, de wederkerigheid van ongedaanmakingsverbintenissen § 9.2.4.6, de mogelijke wijzen van ongedaanmaking § 9.2.4.1, de gerechtigdheid tot vruchten § 9.2.4.5 en de verklaring van de goederenrechtelijke werking bij (ook) de ontbindende voorwaarden § 11.2.6.

erg theoretische kwesties bestaan er in het verband van een nakoming 'onder opschortende voorwaarde' ook andere vraagstukken. Kan rechtsgeldig worden gepresteerd onder de opschortende voorwaarde dat alsnog aan een vormvereiste wordt voldaan, aan wie komen de vruchten toe na een presteren 'onder' opschortende voorwaarde en wat is de verklaring van de goederenrechtelijke werking van een opschortende voorwaarde?³⁶

Gezien het feit dat de vorenstaande en andere kwesties in relatie tot de nakoming gedurende de periode van onzekerheid door mij reeds in andere verbanden worden besproken, komen in de voorliggende paragraaf uitsluitend een aantal specifieke deelonderwerpen ter sprake. De eerste daarvan betreft de relatie tussen voorwaardelijkheid, opeisbaarheid en de in art. 3:296 BW neergelegde veroordeling tot nakoming. Duidelijk moeilijker zijn de in § 6.2.2.3 en 6.2.2.4 besproken onderwerpen van de botsende rechten op levering indien het oudere recht op levering voorwaardelijk is en de mogelijkheden tot verrekening onder voorwaarde of van voorwaardelijke vorderingen. Tussen deze deelonderwerpen ontbreekt echter ieder verband, zodat ik deze dan ook geheel onafhankelijk van elkaar bespreek.

6.2.2.2 De relatie tussen voorwaardelijkheid, opeisbaarheid en de veroordeling tot nakoming

Geldend recht, nadere uitwerking

Het uitgangspunt in de literatuur is merendeels dat de ontbindend voorwaardelijke verbintenis direct moet en kan worden nagekomen, terwijl de opschortend voorwaardelijke verbintenis pas na het intreden van de voorwaarde moet – maar ook pas kán – worden nagekomen.³⁷ Daarmee lijkt er tevens een relatie te bestaan tussen het ontbindend of opschortend voorwaardelijke karakter respectievelijk de voorwaardelijke werking van de verbintenis en de opeisbaarheid. Voor een belangrijk deel bestaat die relatie voor het geldend recht ook, maar enige nuancering moet wel worden aangebracht.

We beginnen met de ontbindend voorwaardelijke verbintenis. Een dergelijke verbintenis heeft direct 'werking' en zal op grond van art. 6:38 BW in beginsel terstond moeten worden nagekomen. Met andere woorden, het vorderingsrecht als deel van de verbintenis is direct opeisbaar. Een voor de hand liggende uitzondering daarop bestaat uit het door partijen tevens overeengekomen zijn van een tijdsbepaling. Ook ten aanzien van een ontbindend voorwaardelijke vordering kunnen partijen immers bepalen dat pas na een bepaalde zekere of onzekere tijd moet worden nagekomen. Een dergelijke uitgestelde opeisbaarheid staat geheel los van het ontbindend voorwaardelijke karakter van de

36 Zie terzake de voorwaarde van het voldaan aan een vormvereiste § 4.2.2, de gerechtigdheid tot vruchten § 9.2.4.5 en de goederenrechtelijke werking § 11.2.6.

37 Zie § 3.2.3.

vordering.³⁸ We moeten dan ook enigszins terughoudend zijn ten aanzien van de mogelijkheid dat een dergelijke op partijwil gebaseerde uitgestelde opeisbaarheid zou duiden op een *opschortend* voorwaardelijk karakter van een verbintenis, in plaats van een *ontbindende* voorwaardelijkheid. Immers, zelfs als de opeisbaarheid is verbonden aan het eventuele toekomstige moment van verval van de voorwaarde en het daarmee onvoorwaardelijk worden van de verbintenis, dan nog bestaat als uitgangspunt de mogelijkheid van een eerdere nakoming 'onder' diezelfde voorwaarde door de debiteur.³⁹ Dit onderscheid tussen het ontbindend voorwaardelijke karakter van een vordering en de opeisbaarheid wordt echter niet altijd even duidelijk onderkend.⁴⁰ Zoals gesteld staat een ontbindende voorwaarde de directe opeisbaarheid echter helemaal niet in de weg. Het ontbindend voorwaardelijke ziet immers op het voortbestaan van het vorderingsrecht, maar niet op de opeisbaarheid van de verschuldigde prestatie.

Met betrekking tot de relatie tussen de opschortende voorwaardelijkheid van een verbintenis en de opeisbaarheid zijn de uitgangspunten in zekere zin spiegelbeeldig aan die bij ontbindende voorwaardelijkheid. Oftewel, die opeisbaarheid ontbreekt (in beginsel) tot het eventuele moment van intreden van de opschortende voorwaarde. Dit ontbreken van opeisbaarheid vloeit in de gangbare benadering steeds voort uit de 'opgeschorte werking'. Deze werking zou in de opvatting van een groot deel van de literatuur namelijk leiden tot de onmogelijkheid van een geldige nakoming gedurende de periode van onzekerheid en daarmee tevens tot het in *alle* gevallen ontbreken van opeisbaarheid.⁴¹ Waar de systematiek van de opgeschorte werking de vroegtijdige nakoming onmogelijk maakt, kan immers logischerwijs de prestatie direct worden opgeëist.

De vorenomschreven benadering van de opgeschorte werking die leidt tot de onmogelijkheid van een vroegtijdig presteren en het daarmee steeds ontbreken van opeisbaarheid wijs ik zelf af. In mijn eigen benadering vloeit het – veelal, maar niet steeds – ontbreken van opeisbaarheid voort uit twee onderling geheel verschillende aspecten van deze opschortende voorwaardelijk-

38 Al eindigt die opeisbaarheid uiteraard met het intreden van de ontbindende voorwaarde.

39 Zie art. 3:39 lid 1 BW.

40 Zie bijv. Hof Arnhem 16 mei 2006, JOR 2006, 198, waarin het door een curator niet kunnen opvorderen van een op een derdengeldenrekening gestort bedrag door het hof werd gebaseerd op het ontbindend voorwaardelijke karakter van die vordering. Het hof zegt hierover: 'Het voorwaardelijk recht dat Van der Velde [de failliet, HS] heeft verkregen, valt immers in de boedel onder dezelfde voorwaarde als waaronder het tot stand werd gebracht'. In de opvatting van het hof zou pas bij het onvoorwaardelijk worden van de vordering (derhalve het verval van de ontbindende voorwaarde) deze vordering opeisbaar worden. Overigens laat het hof in het midden of die vordering inderdaad ontbindend voorwaardelijk is. Het hof stelt uitsluitend vast dat als de vordering ontbindend voorwaardelijk zou zijn, daarop door de curator niettemin geen aanspraak gemaakt kan worden.

41 Zie § 3.2.3.

heid. De eerste daarvan is de uit hoofde van de aard van de prestatie vaak bestaande onmogelijkheid om deze prestatie 'onder' opschortende voorwaarde te verrichten.⁴² Die onmogelijkheid leidt er toe dat deze prestatie daarmee vooralsnog ook niet opeisbaar is. Voor de prestaties die wél opschortend voorwaardelijk kunnen worden verricht, met name bestaande uit de opschortend voorwaardelijke overdracht van een goed, zal die opeisbaarheid in mijn optiek echter eveneens vaak ontbreken. Ook indien systematisch beschouwd wel degelijk 'onder' opschortende voorwaarde gepresteerd zou *kunnen* worden, zullen partijen namelijk met de opschortende voorwaardelijkheid vaak beoogd hebben dat niet eerder gepresteerd *zal* worden dan ná het intreden van de voorwaarde. Voor deze groep van gevallen omvat de opschortend voorwaardelijke verbintenis derhalve – uit hoofde van de partijbedoeling en dus niet vanuit de systematiek van de opschortende voorwaardelijkheid – tevens een opschortend voorwaardelijke tijdsbepaling. Uit deze beide cumulatieve aspecten van de opschortende voorwaardelijkheid vloeit derhalve voort dat slechts bij prestaties die zich lenen voor een 'opgeschorte werking' en waarbij partijen niet beoogden tevens een (al dan niet impliciete) opschortende tijdsbepaling aan de verbintenis te verbinden, in mijn optiek sprake kan zijn van een directe opeisbaarheid bij de opschortend voorwaardelijke verbintenis.

6.2.2.3 Botsende rechten op levering bij voorwaardelijkheid

Geldend recht, nadere uitwerking

Art. 3:298 BW bevat een regeling ter zake de vraag wie van meerdere schuldeisers – in de praktijk veelal kopers – voor wat betreft de levering van een zelfde goed prioriteit geniet ten opzichte van de andere schuldeiser(s). Het in deze wetsbepaling neergelegde uitgangspunt is dat de schuldeiser met het oudste recht op levering voorrang geniet ten opzichte van de schuldeiser met het jongere recht. De eerste koper kan derhalve in beginsel zijn recht op levering jegens de verkoper afdwingen, ook ten nadele van een tweede of verder opvolgende koper. De bepaling bevat echter uitdrukkelijk slechts een *uitgangspunt* dat om uiteenlopende redenen – wet, aard van de rechten van de schuldeisers of de redelijkheid en billijkheid – geen toepassing behoeft te vinden.⁴³ Andersom wordt toepassing van de strekking van de bepaling soms ook wel mogelijk geacht in gevallen waarin (nog) geen recht op levering

42 Zoals ik in § 3.2.3.4 verdedigde lenen veel prestaties zich immers hoe dan ook niet om onder opschortende (en evenmin onder een ontbindende) voorwaarde te worden verricht. Bijv. de prestatie van het schilderen van een pand wordt v.w.b. de feitelijke gevolgen direct verricht. Aan een dergelijke prestatie is niets 'opgeschort', waarmee een dergelijke prestatie naar haar aard dan ook nooit opschortend voorwaardelijk kan worden verricht. Deze onmogelijkheid vloeit derhalve niet zozeer voort uit de systematiek van de 'opgeschorte werking', maar uit het gegeven dat de prestatie direct effect heeft en daarmee hoe dan ook niet opschortend voorwaardelijk is verricht.

43 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvT, p. 1397.

bestaat, zoals in het geval van een koopoptie of voorkeursrecht tot koop.⁴⁴ De thans te bespreken vraag is derhalve op welke wijze art. 3:298 BW toepassing dient te vinden in het geval dat de (in beginsel) *oudste* schuldeiser een vooralsnog voorwaardelijk recht op levering heeft.⁴⁵

Voor de vaststelling van het geldend recht met betrekking tot deze vraag komen we bij de verschillende bronnen nogal bedrogen uit. Voor wat betreft de literatuur heeft uitsluitend Kleijn zich over deze vraag met betrekking tot de situatie van een opschortend voorwaardelijke koop uitgelaten. De door hem besproken situatie zag echter specifiek op een zuiver potestatieve (op-schortende) voorwaarde en zijn standpunt dienaangaande is bovendien niet helemaal helder.⁴⁶ In de PG en rechtspraak komt de toepassing van art. 3:298 BW bij voorwaardelijkheid in het geheel niet ter sprake. Om voor het geldend recht niettemin antwoorden te formuleren, kunnen we twee verschillende benaderingen kiezen. Enerzijds is er de systematische benadering: in hoeverre heeft de voorwaardelijkheid van een recht op levering gevolgen voor de kwalificatie als ouder of jonger recht? Anderzijds is er een meer materiële benadering: rechtvaardigt de voorwaardelijkheid en de daarmee gepaard gaande onzekerheid een afwijking van het uitgangspunt dat het oudere voorwaardelijke recht voorrang geniet?⁴⁷ Ik bespreek beide benaderingen achtereenvolgens.

In § 6.2.5 bestudeer ik in het verband van voorwaardelijkheid het voor het Nederlandse recht lastige onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorde-

44 Zie daarover: Van Velten 2012, p. 372 (met vermedling van jurisprudentie).

45 Ingeval van voorwaardelijkheid van het jongere recht op levering heeft deze voorwaardelijkheid nauwelijks betekenis voor toepassing van art. 3:298 BW. Het onvoorwaardelijke oudere recht op levering gaat immers in beginsel voor. De voorwaardelijkheid van het jongere recht zou niettemin betekenis kunnen hebben, indien er redenen zouden bestaan om af te wijken van het in art. 3:298 BW neergelegde uitgangspunt. Denkbaar is dat alsdan de voorwaardelijkheid van het jongere recht toch een additionele drempel opwerpt om af te wijken van dit uitgangspunt. Ik bespreek deze zeer bijzondere situatie verder niet.

46 Op het eerste gezicht lijkt Kleijn te verdedigen dat de 'eerste' koper met een koopovereenkomst onder opschortende voorwaarde geen prioriteit ter zake de levering heeft t.o.v. een latere koper (Kleijn 1993, p. 4). Echter, als gezegd noemt Kleijn deze kwestie in het kader van zuiver potestatieve voorwaarden, waarmee in het geval van opschortende 'voorwaardelijkheid' iedere gebondenheid – en daarmee overeenkomst tussen verkoper en eerste 'koper' – vooralsnog ontbreekt. In het betoog van Kleijn blijft echter enigszins onduidelijk of zijn voormelde standpunt ter zake de prioriteit inderdaad uitsluitend betrekking heeft op 'echte' zuiver potestatieve voorwaarden. Zie bijv. zijn constatering dat e.e.a. 'met name' geldt als de door hem bedoelde 'afroep' niet getoetst kan worden aan een 'geldige reden'. Sniijders bespreekt de in art. 3:298 BW bedoelde rangorde overigens wel in het verband van een partij die de rechtsverhouding d.m.v. een aan haar toekomend wilsrecht ontbindt. In Sniijders optiek is voor dat geval het tijdstip van die ontbinding doorslaggevend voor de in art. 3:298 BW neergelegde rangorde (Sniijders 1999, p. 585).

47 De spiegelbeeldige variant is niet goed denkbaar: de voorwaardelijkheid van het jongere recht zal geen argument vormen om dit te laten prevaleren voor het onvoorwaardelijke oudere recht op levering.

ringen. Aldaar zullen we zien dat de *ontbindend* voorwaardelijke vordering zonder enige twijfel als *bestaand* kwalificeert. Vanuit een systematische benadering vormt daarmee de ontbindend voorwaardelijke vordering tot levering van een goed het oudere recht ten opzichte van een nadien ontstaan recht op levering.⁴⁸ Met betrekking tot de *opschortend* voorwaardelijke vordering liggen de zaken genuanceerder. Zoals ik in voormelde paragraaf verder zal uitwerken heeft de Hoge Raad in het verleden in ieder geval een onderscheid aangebracht tussen de vooralsnog niet bestaande toekomstige vordering en (onder meer) de direct bestaande opschortend voorwaardelijke vordering. Daarmee werd op zijn minst de suggestie gewekt dat deze laatste ook *steeds* direct zou bestaan. Voor zover juist zou derhalve ook een opschortend voorwaardelijk recht op levering in beginsel voorrang genieten boven een later ontstaan recht. Met andere woorden, in die benadering zou de 'opgeschorte werking' uit hoofde van de voorwaarde en bezien vanuit de systematiek geen betekenis hebben voor de onderlinge rangorde van botsende rechten op levering. Het criterium van art. 3:298 BW is immers het ontstaansmoment van de vorderingen en niet of sprake is van bijvoorbeeld een uitgestelde opeisbaarheid uit hoofde van een tijdsbepaling of een opgeschorte werking uit hoofde van de voorwaarde.

Zoals we echter in § 6.2.5.3 en verder zullen zien, is het voor het geldend recht echter nog maar de vraag in hoeverre opschortend voorwaardelijke vorderingen *steeds* als direct bestaand kwalificeren. Voor zover dat niet het geval zou zijn, vormt het eventuele toekomstige intreden van de opschortende voorwaarde het ontstaansmoment van de vordering. Indien een andere schuldeiser voordien een recht op levering ten aanzien van hetzelfde goed heeft verkregen, kwalificeert derhalve dat betreffende recht als het oudere ten opzichte van het (aanvankelijk) opschortend voorwaardelijke. Voor een deel van de gevallen waarbij sprake is van een opschortend voorwaardelijk recht is het, gezien de omstrede kwalificatie van deze rechten als *bestaand* dan wel *toekomstig*, dan ook de voor het geldend recht onbeantwoorbare vraag wat de in art. 3:298 BW bedoelde rangorde zou moeten zijn. Zelf verdedig ik in § 6.2.5.6 dat het onderscheidende criterium tussen bestaande en toekomstige vorderingen bij opschortende voorwaardelijkheid gezocht moet worden in het bestaan van een wederzijdse gebondenheid van partijen. Toegepast op art. 3:298 BW vloeit daaruit voort dat in het geval sprake is van deze wederzijdse gebondenheid het opschortend voorwaardelijke recht op levering ouder is dan rechten op levering ontstaan ná dit opschortend voorwaardelijke recht.

Een soortgelijke problematiek vinden we met betrekking tot een recht op teruglevering van een goed als vorm van de in § 6.2.5.7 besproken ongedaanmakingsverplichting na het intreden van een ontbindende voorwaarde. Oftewel, het desbetreffende goed is overgedragen waarbij het intreden van de voorwaarde geen goederenrechtelijke werking zal hebben, maar uitsluitend

48 In deze weinig opzienbarende zin ook: Kleijn 1993.

een obligatoire verplichting tot retro-levering aan de oorspronkelijke vervreemder zal bestaan. Ook bij dergelijke ongedaanmakingsverplichtingen doet zich voor het geldend recht de vraag voor wat het ontstaansmoment van de betreffende vorderingen is. In het voor de hand liggende verband van een overeenkomst zijn er meerdere denkbare mogelijkheden: het moment van het aangaan van de overeenkomst door partijen, het moment waarop uit dien hoofde geleverd wordt aan de (ontbindende voorwaardelijke) bezwaarde en het moment waarop de ontbindende voorwaarde intreedt. Daar komt zelfs nóg een mogelijkheid bij, namelijk de soms in de literatuur – en ook door mij – verdedigde opvatting dat de ongedaanmakingsverplichting (voor wat betreft het thans besproken geval bestaande uit een retro-levering) zelf niet onder de ontbindende voorwaarde staat, maar onder de opschortende voorwaarde van het intreden van de ontbindende voorwaarde. Bij die benadering komen we derhalve weer uit bij de hiervoor besproken situatie van een opschortend voorwaardelijk recht op levering.

In het kader van de herroepelijke schenking komt de situatie van het ontstaan van een recht op teruglevering ter sprake. Enigszins zijdelings noemt de wetgever daarbij in het verband van art. 3:298 BW dat een dergelijk recht van de verwachter kwalificeert als het jongere ten opzichte van het intussen verkregen recht op levering van een derde.⁴⁹ De wetgever onderbouwt dit standpunt echter verder niet, hetgeen dit met name in het besproken verband van de herroepelijke schenking lastig te duiden maakt.⁵⁰ In de literatuur vinden we aangaande dit recht op teruglevering in het geheel geen opinies.⁵¹ Daarmee is voor het geldend recht ook met betrekking tot dit recht op retro-levering nauwelijks vast te stellen of een vóór het moment van intreden van de ontbindende voorwaarde ontstaan recht op levering van een andere schuld-eiser in rangorde voor of na het recht op retro-levering staat. Overeenkomstig ik in § 6.2.5.7 verdedig, ontstaat dit recht in mijn eigen optiek per het moment waarop de aanvankelijke levering plaatsvindt.⁵²

49 Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 6, p. 8.

50 Denkbaar is dat de wetgever uitgaat van een algemeen vermogensrechtelijke benadering, waarmee de kwalificatie als het jongere recht algemene toepassing zou vinden. Ook is echter denkbaar dat de wetgever bij deze passage wel degelijk de herroepelijke schenking voor ogen stond, die (ook) in de visie van de wetgever een (zuiver) potestatief karakter heeft (zie Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 6, p. 7). In dat laatste verband zal een vorderingsrecht als vooralsnog *toekomstig* van aard worden beschouwd, zie § 7.3.4.3.

51 Snijders bespreekt wél de situatie van een verplichting tot teruglevering bij wijze van ongedaanmakingsverplichting na een ontbinding wegens wanprestatie (Snijders 1980, p. 191, 192).

52 In de literatuur noch in enige andere bron vinden we dienaangaande een standpunt. Het meest in de richting van deze situatie betreft de door Snijders besproken vraagstuk waarbij een partij de rechtsverhouding d.m.v. een aan haar toekomend wilsrecht ontbindt. In Snijders optiek is voor dat geval het tijdstip van die ontbinding doorslaggevend voor de in art. 3:298 BW neergelegde rangorde (Snijders 1999, p. 585). Die conclusie is ook in mijn optiek juist, maar is m.i. niet van overeenkomstige toepassing op het geval van het intreden van een ontbindende voorwaarde. Bij deze laatste is immers geen sprake van de uitoefening

Samengevat bestaat voor het geldend recht vanuit een systematische benadering – kwalificeert het voorwaardelijke recht op levering als het oudere of jongere recht? – uitsluitend duidelijkheid met betrekking tot een ontbindend voorwaardelijk recht op levering. Dát vorderingsrecht bestaat direct en is daarmee qua rangorde het oudere recht. Voor wat betreft het opschortend voorwaardelijke recht op levering alsmede een recht op (terug-)levering bij wijze van ongedaanmakingsverplichting na het intreden van een ontbindende voorwaarde kan dit niet in zijn algemeenheid worden vastgesteld respectievelijk is voor het geldend recht onduidelijk wat de rangorde zou moeten zijn.⁵³

Daarmee komen we bij de tweede wijze van benadering van art. 3:298 BW, waarbij de vraag is welke materiële argumenten – anders dan het ontstaansmoment van de vordering tot levering – betekenis kunnen hebben bij de vaststelling welk recht op levering prioriteit geniet. Bezien vanuit de figuur van voorwaarden vinden we in dat verband drie samenhangende, maar niettemin te onderscheiden argumenten. De eerste daarvan betreft de aan voorwaarden inherente onzekerheid als zelfstandig argument. Het tweede argument ziet op de omvang van de kans op het al dan niet intreden van de voorwaarde, oftewel de omvang van die onzekerheid. Tot slot is er het argument van de uitgestelde opeisbaarheid, hetgeen met name toepassing vindt bij opschortende voorwaarden.

In de onzekerheid als zodanig wil ik in bepaalde mate een argument zien voor wat betreft de weging van de belangen van de concurrerende schuldeisers met betrekking tot de levering van hetzelfde goed. Het belang bij een onzekere verkrijging van het goed door de oudere schuldeiser kán uit hoofde van die onzekerheid kleiner zijn dan de onvoorwaardelijke verkrijging door de jongere schuldeiser. Bijvoorbeeld bezien vanuit een zuiver economische benadering omvat een onvoorwaardelijke gerechtigdheid immers merendeels een grotere waarde dan een ontbindend voorwaardelijke, waarin we veelal tevens een weergave mogen zien van het verschil in belang van de concurrerende schuldeisers. Dit argument verliest aan gewicht waar de voorwaardelijkheid van de verkrijging door de oudere schuldeiser juist het belang van deze dient. Tót het plaatsvinden van de onzekere gebeurtenis heeft deze schuldeiser alsdan een zelfde belang bij het goed als normaal gesproken bij een onvoorwaardelijke verkrijging, met dien verstande dat bij het wegvallen van dat belang ook zijn

van een wilsrecht, een zuiver potestatieve voorwaarde daargelaten. In § 7.3.3.3 verdedig ik m.b.t. deze figuur van de zuiver potestatieve voorwaarde dat deze in samenhang met het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen als niet mogelijk moet worden beschouwd. Voor het geldend recht vormt dit laatste een omstreden kwestie.

53 Geheel buiten het verband van voorwaardelijkheid stelt Snijders geheel terecht dat de vaststelling welke vordering de oudste is 'tot niet geringe juridische hersengymnastiek' kan leiden (Snijders 1980, p. 191).

gerechtigdheid tot het goed zal eindigen.⁵⁴ Het bestaan van onzekerheid kán derhalve een argument vormen, maar dat is afhankelijk van de verdere omstandigheden.

Van meer gewicht dan de onzekerheid als zodanig is in mijn optiek de omvang van de kans op het al dan niet intreden van de voorwaarde. Bijvoorbeeld een (zeer) grote kans op het intreden van een ontbindende voorwaarde en het uit dien hoofde wederom verliezen van de gerechtigdheid tot het goed door de oudere schuldeiser vormt in de afweging van de belangen van beide schuldeisers zeker een argument. Datzelfde geldt voor de situatie waarbij de vordering tot levering van de jongere schuldeiser direct opeisbaar is – waar veelal in besloten zal liggen dat deze ook een direct belang bij de verkrijging heeft – terwijl de vordering van de oudere schuldeiser eventueel pas in de (verre) toekomst opeisbaar zal worden.⁵⁵ Zelfs indien de belangen van beide schuldeisers op zich van gelijke omvang zouden zijn, zal het in de toekomst niet verkrijgen van het goed vaak van minder gewicht zijn dan het per direct niet kunnen verkrijgen daarvan.

Daarmee wil ik constateren dat uit hoofde van de voorwaardelijkheid inderdaad argumenten kunnen voortvloeien om het jongere onvoorwaardelijke recht op levering te laten prevaleren boven het oudere voorwaardelijke recht.

6.2.2.4 Verrekening

Inleiding

Voor wat betreft de thans te bespreken relatie tussen voorwaardelijkheid en de (on)mogelijkheid van verrekening moeten we een onderscheid maken tussen drie vraagstukken. Op de eerste plaats is er de vraag of een vordering en een schuld verrekend kunnen worden indien een van beide voorwaardelijk van aard is. Op de tweede plaats kunnen we dezelfde vraag stellen indien de vordering of schuld opschortend voorwaardelijk van aard is. Een laatste vraag is of de verrekening zélf voorwaardelijk kan plaatsvinden, waarbij de te verrekenen vordering en schuld beide zelf onvoorwaardelijk zijn. Voor de beide vraagstukken die betrekking hebben op de voorwaardelijkheid van de vordering of schuld zijn van de vijf vereisten om te kunnen verrekenen als omschreven in art. 6:127 lid 2 en 3 BW twee van belang. Dit betreft de bevoegdheid van de debiteur tot betaling van zijn schuld alsmede dat deze debiteur in zijn gelijktijdige hoedanigheid van crediteur bevoegd is de voldoening van de

54 Dat de vervreemder die hetzelfde goed bijv. twee maal heeft verkocht er wellicht de voorkeur aan geeft dit onvoorwaardelijke aan de jongere schuldeiser over te dragen, is in het verband van art. 3:298 BW zonder betekenis. Er dient immers een afweging in belangen tussen de schuldeisers gemaakt te worden en niet (tevens) in de belangen van de schuldenaar. Blijkens de PG wordt bij toepassing van dit artikel met de schuldenaar juist geen rekening gehouden, zie: PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvT, p. 1396).

55 Een argument dat ook door Snijders wordt gehanteerd (Snijders 1980, p. 191).

schuld van de wederpartij af te dwingen.⁵⁶ Zoals we zullen zien, worden beide vereisten met name als een belemmering gezien met betrekking tot verrekening van een opschortend voorwaardelijke vordering of schuld. Met betrekking tot de voorwaardelijke verrekening van een onvoorwaardelijke vordering en schuld lopen we tegen een geheel andersoortige belemmering aan. Zoals eerder in dit onderzoek ter sprake kwam, leidt de eenzijdigheid van de rechtshandeling die de verrekeningsverklaring is wellicht (ook) voor het Nederlands geldend recht tot de onmogelijkheid om deze voorwaardelijk te kunnen verrichten.

Ik bespreek deze drie vraagstukken onderstaand voor alle onderzochte stelsels tezamen. Gezien het feit dat ik in mijn eigen benadering van deze vraagstukken vrij sterk aansluiting vind bij bestaande opvattingen, is mijn 'nadere uitwerking' daaraan toegevoegd. De van het BW afwijkende regelingen terzake verrekening in faillissement van de artt. 53 en 130 e.v. Fw laat ik echter voor wat zij zijn.⁵⁷ Zoals Wessels schetst betreffen deze bepalingen uitsluitend een rechtspolitieke keuze in die zin dat het als onbillijk werd ervaren als de debiteur wél zijn gehele schuld aan de boedel zou moeten voldoen, maar hij nog maar zou moeten afwachten wat hij als concurrent schuldeiser uit de boedel vergoed zou krijgen indien de voorwaarde alsnog zou intreden.⁵⁸ Een dergelijke benadering behoeft geen bijzondere aandacht vanuit de figuur van voorwaarden.

Geldend recht, oud BW, Duits en Zwitsers recht, nadere uitwerking

Van de schuld of vordering onder ontbindende voorwaarde wordt in de Nederlandse en Duitse literatuur gesteld dat deze verrekend kan worden met een onvoorwaardelijke schuld of vordering op de wederpartij.⁵⁹ Voor het Zwitserse recht alsmede het OBW vormt dit zeer waarschijnlijk eveneens het

56 De andere twee vereisten van art. 6:127 lid 2 BW zijn dat *deze* partijen over en weer prestaties van elkaar te vorderen hebben, welke prestaties tevens beantwoorden aan de betreffende schulden. Deze beide vereisten zijn v.w.b. de mogelijkheid van verrekening bij voorwaardelijke vorderingen niet van bijzonder interesse. Datzelfde geldt voor het in lid 3 neergelegde vereiste dat de vordering en schuld in hetzelfde vermogen (dus niet in gescheiden vermogens) vallen.

57 Zie daarover: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, p. 221; , p. 284 e.v.; Wessels 2012, p. 194; Faber 2005, p. 484 e.v., 523 e.v.

58 Wessels 2013, p. 277.

59 Mijnssen 2010, p. 25; Faber 2005, p. 71, 84; Van der Heijden & Meijer 1996, p. 77; Peletier 1996, p. 34. Impliciet vinden we deze benadering bij meer auteurs, waar deze uitsluitend t.a.v. de *opschortend* voorwaardelijke vordering stellen dat deze *niet* verrekend kan worden. Hartkamp en Sieburgh *lijken* daarentegen op het eerste gezicht te stellen dat (ook) de verrekening met een ontbindend voorwaardelijk vordering niet mogelijk is (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, p. 210; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 455), maar zij doelen vrijwel zeker uitsluitend op de *opschortend* voorwaardelijke vordering.

Duits recht: Hk-BGB/Schulze 2014, p. 609; Jauernig/Stürmer 2014, p. 536; Palandt/Grüneberg 2014, p. 631; PWW/Pfeiffer 2014, p. 718; Bamberger/Roth/Dennhardt 2012, p. 1861; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 632.

geldend recht, al is door Peter voor het Zwitsers recht niettemin anders verdedigd.⁶⁰ Weliswaar heb ik een expliciete aanvaarding van een dergelijke verrekening voor deze beide stelsels niet gevonden, maar de hierna besproken verrekening van een *opschortend* voorwaardelijke schuld of vordering wordt in beide stelsels uitdrukkelijk afgewezen. Daarin ligt sterk de suggestie besloten dat een ontbindend voorwaardelijkheid in het kader van verrekening als onproblematisch wordt beschouwd. De onderbouwing van de mogelijkheid van verrekening van een ontbindend voorwaardelijke schuld of vordering is ook eenvoudig. De debiteur is bevoegd en vaak zelfs verplicht tot nakoming en derhalve is voldaan aan het vereiste van diens bevoegdheid tot betaling van zijn bestaande schuld.⁶¹ Andersom is ook de nakoming van de ontbindend voorwaardelijke vordering in beginsel afdwingbaar, zodat voor wat betreft de verrekening geen verschil bestaat met de onvoorwaardelijke vordering.

Daarentegen is duidelijk lastiger de vraag wat de consequentie is van het intreden van de ontbindende voorwaarde nádat verrekend is. In dat geval is verrekend met een vordering die reeds uit hoofde van de ontbindende voorwaarde (alsnog) zou zijn beëindigd, zodat de eerdere verrekening er toe leidt dat per saldo de crediteur bij de (verrekende) onvoorwaardelijke vordering tekort is gedaan. Dat de vóór de verrekening onvoorwaardelijke vordering op een of andere wijze weer deel dient uit te maken van het vermogen van de betreffende crediteur is derhalve een voor de hand liggende gedachte. De vraag naar de achterliggende systematiek voor dat gevolg wordt echter nauwelijks besproken. In de Duitse literatuur is in dat verband wel gesteld dat de betreffende partij een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking zou verkrijgen.⁶² Dit betreft derhalve een geheel nieuwe vordering uit hoofde van een

60 Zoals ik bij de bespreking van de voorwaardelijkheid van de verrekening zelf verder zal uitwerken, is een dergelijke voorwaardelijke verrekening ook voor het Zwitsers recht niet mogelijk. Zoals we bij de onderstaande bespreking van de verrekening van een ontbindend voorwaardelijke schuld zullen zien, leidt de verrekening met een ontbindend voorwaardelijke schuld of vordering in materiële zin niettemin tot het resultaat dat de verrekening toch voorwaardelijk zou zijn. Ook indien de schuld of vordering en niet de (rechtshandeling van de) verrekening voorwaardelijk is, is deze verrekening immers afhankelijk van het intreden van de voorwaarde als verbonden aan die schuld of vordering. Op grond van deze benadering wordt door Peter de verrekening waarbij een ontbindend maar ook een opschortend voorwaardelijke schuld of vordering is betrokken als niet mogelijk beschouwd (Peter 1994, p. 366). Een benadering waar zeker iets voor te zeggen valt. Zie echter ook p. 367 nt. 64, waar Peter bij het ontbreken van terugwerkende kracht de verrekening van een ontbindend voorwaardelijke vordering toch weer lijkt te aanvaarden o.b.v. een redenering die ik niet heb weten te doorgronden.

61 In deze verder onweersproken zin o.a.: Faber 2005, p. 71.

62 Jauernig/Stürner 2009, p. 492. In de druk uit 2014 (Jauernig/Stürner 2014, p. 536) vinden we echter een andere benadering bij Stürner: '[] bei Bedingungseintritt entfällt die Gegenforderung ex nunc (§ 158 II Halbs 2), die Aufrechnungserklärung verliert damit ihre Wirkung

andere grondslag dan de oorspronkelijke. Daarnaast vinden we in de Duitse literatuur de – evenmin onderbouwde – opvatting dat de onvoorwaardelijke vordering zonder terugwerkende kracht ‘herleeft’.⁶³

Faber is de enige Nederlandse auteur die zich uitgebreider over deze vraag heeft uitgesproken. In zijn optiek zou het intreden bij gebreke aan terugwerken de kracht van de ontbindende voorwaarde leiden tot een verplichting tot ongedaanmaking in de zin van art. 6:24 lid 1 BW.⁶⁴ Faber noemt het niet, maar deze ongedaanmaking zou derhalve betekenen dat partijen het er toe leiden dat de aanvankelijk onvoorwaardelijke crediteur per het moment van intreden van de voorwaarde wederom een onvoorwaardelijke vordering op zijn debiteur verkrijgt van gelijke inhoud en omvang als de oorspronkelijke (door de verrekening tenietgegaane) onvoorwaardelijke vordering op deze wederpartij. Dat valt nog niet zo heel eenvoudig te plaatsen in hetgeen onder het begrip *ongedaanmaking* wordt verstaan.⁶⁵ Het meest in de richting komt nog de ongedaanmaking door middel van waardevergoeding. Dat is echter een figuur waar ik (ook) buiten het verband van de verrekening stevige vraagtekens bij plaats.⁶⁶ Tot slot is er nog de vraag waarom het door Faber genoemde art. 6:24 BW inzake het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen überhaupt toepassing zou vinden. De verrekening zelf is in de visie van Faber onvoorwaardelijk en dat geldt bij deze benadering uiteraard ook voor de verrekenende onvoorwaardelijke vordering. Het bij wijze van ongedaanmaking wederom ontstaan van deze laatste vordering zou derhalve een afgeleide zijn van de ontbindende voorwaardelijkheid van de andere vordering. Dat valt vanuit de figuur van de ongedaanmaking vrijwel niet te onderbouwen.

Dat alles laat onverlet dat ook ik vanzelfsprekend onderschrijf dat de aanvankelijke onvoorwaardelijke schuld of vordering wel betekenis heeft indien de ontbindende voorwaarde met betrekking tot de verrekenende schuld of vordering intreedt. Voor dat gevolg is in mijn optiek vanuit systematisch opzicht veel beter verdedigbaar dat de onvoorwaardelijke vordering ondanks

und die Hauptforderung lebt ex nunc wieder auf’ (verwijzend naar BGH 11, 144). Ook m.b.t. de ongerechtvaardigde verrijking: PWW/Pfeiffer 2014, p. 718.

63 Bamberger/Roth/Dennhardt, tweede druk uit 2007, p. 1732 nt. 130. In de (herschreven) derde druk uit 2012 vinden we wel de in 2007 vermelde rechtspraak (Bamberger/Roth/Dennhardt 2012, p. 1860 nt. 137), maar niet meer de eerdere stellingname dat de vordering zou herleven.

64 Faber 2005, p. 71, 84. Faber baseert deze gedachte op het ontbreken van terugwerkende kracht bij het intreden van de voorwaarde. Overigens gaat Faber er m.b.t. de onderstaand besproken voorwaardelijke verrekening van uit dat de verrekening zelf voorwaardelijk is, waardoor de t.g.v. de verrekening tenietgaande verbintenissen bij het intreden van de voorwaarde weer zouden ‘herleven’ (Faber 2005, p. 152). Hoe deze benadering zich verhoudt tot Fabers’ thans besproken opvatting aangaande de verrekening met een ontbindend voorwaardelijke schuld of vordering, is mij in Fabers betoog niet gebleken.

Bij Mijnsen vinden we deze zelfde benadering o.b.v. art. 6:24 BW genoemd met verwijzing naar Faber (Mijnsen 2010, p. 26).

65 Zie § 9.2.4.1.

66 Zie § 9.2.4.1.

de verrekening vooralsnog voortbestaat. Dat is op het eerste gezicht een opvallende benadering, omdat de (aanvankelijk) onvoorwaardelijke vordering daarmee in afwijking van art. 6:127 lid 1 BW vooralsnog niet tenietgaat. Toch bestaan voor een dergelijke benadering argumenten. Een eerste onderbouwing daarvan is gelegen in het feit dat de wetgever nooit rekening heeft gehouden met de zeer specifieke situatie van verrekening met een ontbindend voorwaardelijke vordering of schuld. Daar vloeit wel enige vrijheid uit voort bij de zoektocht naar een passende systematiek.

Een tweede argument kunnen we afleiden uit de in art. 6:161 BW neergelegde figuur van de vermenging, waarbij door de overgang van een vordering of schuld de hoedanigheid van crediteur en debiteur zich in een persoon verenigen. Met betrekking tot die in zekere zin op de verrekening gelijkende figuur heeft de wetgever er wél aan gedacht een specifieke regeling op te nemen voor het geval de verkrijging van de vordering of schuld door de debiteur respectievelijk crediteur onder een ontbindende voorwaarde plaats had. Blijkens lid 2 sub c van deze wetsbepaling vindt vermenging alsdan pas plaats met het verval van de voorwaarde en blijven vordering en schuld tot dat eventuele moment derhalve bestaan.⁶⁷ Een dergelijke correctiebepaling zou ook voor de verrekening de angel uit de problematiek hebben gehaald.⁶⁸ Zoals gezegd heeft de wetgever bij de figuur van de verrekening echter helemaal niet gedacht aan de bijzondere situatie van verrekening met een ontbindend voorwaardelijke vordering, waaruit het ontbreken van een met art. 6:161 BW overeenstemmende bepaling voor de verrekening zal zijn te verklaren. Ik wil dan ook bepleiten om aansluiting te zoeken bij een dergelijke systematiek.

Daarmee komen we bij het tweede vraagstuk, namelijk de mogelijkheid van verrekening van een opschortend voorwaardelijke schuld of vordering. Met betrekking tot een dergelijke verrekening vinden we in de moderne Nederlandse, Duitse en Zwitserse literatuur zowel als die van het OBW onweersproken dat deze niet mogelijk is in verband met het opschortend voorwaardelijke karakter van de schuld of vordering.⁶⁹ De voor het Nederlandse recht veelal

67 Overigens in afwijking van de systematiek in het OM, waar de betreffende verbintenis wel degelijk door vermenging teniet zou gaan, maar bij het eventueel vervallen van de ontbindende voorwaarde alsnog zou 'herleven' (PG Boek 6, TM, p. 590).

68 Uit de TM volgt dat art. 6:161 lid 2 sub c BW (reeds in de afwijkende redactie van het OM) inderdaad was bedoeld als correctie voor het ontbreken van terugwerkende kracht in het NBW (zie PG Boek 6, TM, p. 591). Ook Hartkamp en Sieburgh beschouwen art. 6:161 lid 2 BW als wettelijke correctiebepaling (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, p. 304).

69 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, p. 210; Mijnsen 2010, p. 25; Faber 2005, p. 70, 84; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 455; Van der Heijden & Meijer 1996, p. 77; Den Tonkelaar 1994, p. 78. Vermoedelijk ook in deze Peletier (Peletier 1996, p. 33). Althans, Peletier stelt vast dat pas door het intreden van de gebeurtenis de verbintenis werking verkrijgt en daarmee afdwingbaar wordt.

OBW: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 386; Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1973, p. 145, 420; Suijling 1936, p. 57.

genoemde onderbouwing voor dat standpunt is gelegen in de *opgeschorte werking* uit hoofde van de voorwaardelijkheid, waardoor zowel de mogelijkheid van verschuldigde nakoming als de opeisbaarheid zouden ontbreken. Weliswaar onderschrijf ik deze benadering van de opgeschorte werking zelf niet, de onmogelijkheid van een dergelijke verrekening is ook in mijn optiek juist.⁷⁰ Voor het Duitse en Zwitserse recht is de onderbouwing gelegen in het vooralsnog niet bestaan van de opschortende voorwaardelijke vordering. Uit dien hoofde wordt aan het ook voor deze beide stelsels geldende vereiste van het bestaan van schuld en vordering niet voldaan en is verrekening dan ook uitgesloten.⁷¹

Tot slot komen we bij de vraag of de verrekening zelf voorwaardelijk kan plaatsvinden. Derhalve een verrekening waarbij een onvoorwaardelijke schuld en vordering door middel van een voorwaardelijke verrekeningsverklaring worden verrekend 'onder voorwaarde'. Zoals ik in § 5.1.2 besprak, vormt de mogelijkheid van het verbinden van een voorwaarde aan (onder meer) een rechtshandeling in alle stelsels het brede uitgangspunt. In het thans besproken verband is echter van belang dat het uitbrengen van de verrekeningsverklaring, waarbij de ontvangst door de wederpartij de verrekening voltooit, onder het huidige Nederlandse als het Duitse en Zwitserse beschouwd wordt als een eenzijdige gerichte rechtshandeling.⁷² Zoals we onderstaand zullen zien,

Duits recht: Hk-BGB/Schulze 2014, p. 609; Jauernig/Stürmer 2014, p. 536; Palandt/Grüneberg 2014, p. 631; PWW/Pfeiffer 2014, p. 718; Bamberger/Roth/Dennhardt 2012, p. 1860; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 632.

Zwitsers recht: Honsell 2008, p. 612; Peter 1994, p. 365 e.v.; Merz 1984, p. 158.

Overigens aanvaardt Faber m.i. terecht een uitzondering op deze onmogelijkheid indien de opschortende voorwaarde zou intreden t.g.v. het voldoen van de eigen schuld (Faber 2005, p. 42). Faber bespreekt deze nogal theoretisch aandoende situatie vooral in het kader van toekomstige – en dus niet voorwaardelijke – (regres)vorderingen. In dat verband doet de door Faber met jurisprudentie besproken situatie al minder theoretisch aan.

70 Een presteren 'onder opschortende voorwaarde' is in mijn optiek nl. wel degelijk mogelijk, mits de prestatie zelf zich leent voor opschortende voorwaardelijkheid en partijen ook met de opschortende voorwaardelijkheid een dergelijke vroegtijdige nakoming beoogden (zie § 3.2.3). Dat betekent vooral dat met het leveren van de prestatie tot het eventueel moment van intreden van de opschortende voorwaarde in materieel opzicht eigenlijk niets wijzigt. Bij de mogelijkheid van verrekening zou er juist wel iets wijzigen: vordering en schuld gaan voor hun gezamenlijk beloop teniet. Dat zou betekenen dat het 'presteren' – in de vorm van de verrekening – plots toch daadwerkelijk effect verkrijgt, nl. in de vorm van het tenietgaan van ook de onvoorwaardelijke vordering of schuld.

71 Zie voor deze kwalificatie als toekomstig § 6.2.5.2.

72 Zie voor het NBW in deze zin: Faber 2005, p. 139; Wessels 1996a, p. 89 (en ook: B. Wessels, 'Uitgangspunten bij verrekening', in: Wessels 1996b, p. 11). Gezien de verdere benadering van de verklaring waarschijnlijk ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, p. 204, 205, 211.

Zie voor het Duitse en Zwitserse recht § 5.3.2.1, waar (ook) de verrekening wordt gezien als een *Gestaltungsgeschäft* en derhalve een eenzijdige gerichte rechtshandeling vormt. Onder

vormen de gevolgen die aan deze kwalificatie zijn verbonden de kern van de argumentatie waarom de mogelijkheid van een voorwaardelijke verrekening in de verschillende stelsels veelal wordt afgewezen. Gezien de overzichtelijke benaderingen in het Duitse en Zwitserse recht beginnen we met deze.

De figuur van de verrekening kwalificeert voor het Duitse en Zwitserse recht als een zogeheten *Gestaltungsgeschäft*. Dat betekent dat de partij die wenst te verrekenen deze verrekening als eenzijdige gerichte rechtshandeling tot stand kan brengen zonder enige inbreng van de wederpartij, bijvoorbeeld in de vorm van een aanvaarding, instemming of een niet-afwijzen door deze wederpartij. Bij aanvaarding van de mogelijkheid van het voorwaardelijk verrichten van een dergelijk *Gestaltungsgeschäft* zou daaruit voortvloeien dat de wederpartij geconfronteerd wordt met de aan voorwaarden inherente onzekerheid zonder dat deze partij daar enigerlei wijze van invloed op heeft kunnen uitoefenen. Om die reden wordt – enkele specifieke uitzonderingen daargelaten – in beide stelsels de voorwaardelijkheid van *Gestaltungsgeschäfte* breed afgewezen.⁷³ Voor het Duitse recht is die onmogelijkheid met betrekking tot de verrekening bovendien expliciet vermeld in § 388 BGB en in de literatuur verder ook onbetwist.⁷⁴ Het Zwitserse recht kent geen dergelijke wetsbepaling, maar ook daar is de onmogelijkheid van een voorwaardelijke verrekening onweersproken, de in § 5.3.2.1 vermelde uitzonderingen wederom daargelaten.⁷⁵

Anders dan in het vorenbeschreven Duitse en Zwitserse recht is de mogelijkheid van een voorwaardelijke verrekening voor het Nederlandse omstreden. Deze onduidelijkheid voor het geldend recht vindt zijn oorsprong in het OM en de daaropvolgende PG. In het OM was in art. 6.1.10.14 nog opgenomen dat een voorwaardelijke verrekeningsverklaring nietig was. De TM geeft – in overeenstemming met § 388 BGB, waar deze TM voor wat betreft deze onmogelijkheid ook naar verwijst – als eerste reden dat de wederpartij geen genoegen behoeft te nemen met een toestand van onzekerheid.⁷⁶ Daarnaast wijst deze TM er op dat opschortende voorwaardelijkheid ertoe zou kunnen leiden dat de verrekening door het intreden van een opschortende voorwaarde van kracht zou worden op een moment dat de bevoegdheid tot verrekening reeds is

het OBW was daarentegen omstreden of de verrekening van rechtswege werkte dan wel daarop beroep moest worden gedaan.

73 Zie voor dit alles § 5.3.2.1.

74 Hk-BGB/Schulze 2014, p. 611; Jauernig/Stürner 2014, p. 541; Palandt/Grüneberg 2014, p. 633; PWW/Pfeiffer 2014, p. 721; Schellhammer 2014, p. 820; Staudinger/Eckpfeiler 2014, p. 460; Bamberger/Roth/Dennhardt 2012, p. 1866; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 634; Fikentscher & Heinemann 2006, p. 170.

De ‘sanctie’ op voorwaardelijkheid van de verrekeningsverklaring is blijkens § 388 BGB het buiten werking blijven van de verrekeningsverklaring.

75 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 378; Schwenzler 2012, p. 67, 521; Koller 2009, p. 1066; Honsell 2008, p. 612; Guhl/Koller 2000, p. 56; Peter 1994, p. 366; Keller & Schöbi 1988, p. 10, 106 (en eerder: Keller & Schöbi 1985, p.182); Merz 1984, p. 157.

76 PG Boek 6, TM, p. 510.

geëindigd.⁷⁷ De ontwerpbepaling is uiteindelijk geschrapt op basis van de overweging dat de beoordeling of verrekening onder voorwaarde mogelijk is, wordt overgelaten aan de algemene maatstaf van art. 3:38 BW.⁷⁸ Het vervallen van de ontwerpbepaling had derhalve niet als reden dat in de ogen van de wetgever voorwaardelijke verrekening wél mogelijk diende te zijn. Uitsluitend de beoordeling of daarvan sprake was, diende volgens de wetgever te worden gebaseerd op de bedoelde algemene maatstaf.⁷⁹

Bij het bescheiden aantal Nederlandse auteurs dat zich over dit vraagstuk heeft uitgelaten, heeft deze benadering van de wetgever echter niet geleid tot een algemeen gedragen opvatting. Een deel van de betreffende auteurs aanvaardt de mogelijkheid van een voorwaardelijke verrekeningsverklaring,⁸⁰ terwijl een ander deel deze afwijst.⁸¹ Anders dan Faber zie ik zelf in het vorenomschreven argument dat de wederpartij van de verrekenende partij niet eenzijdig in onzekerheid gesteld mag worden wel degelijk een goed argument tégen die mogelijkheid.⁸² Met uitzondering van het bescheiden

77 In die zin een opvallend argument dat het ook toepassing vindt bij tal van handelingen waar Meijers duidelijk geen probleem zag in de voorwaardelijkheid, zoals bij uiteenlopende vereisten voor een overdracht. Dit valt uitsluitend te verklaren door aan te nemen dat Meijers uitging van verschillende toetsingsmomenten bij de uiteenlopende rechtshandelingen.

78 PG Boek 6, MvA II, p. 511, 512.

79 Wessels lijkt daarentegen de door hem aangenomen mogelijkheid van voorwaardelijke verrekening juist te baseren op het vervallen van dit art. 6.1.10.14 OM (Wessels 1996a, p. 89).

80 Faber 2005, p. 149 e.v. (zij het dat Faber op p. 151 en 152 lijkt te stellen dat die mogelijkheid voor het *geldend recht* onzeker is); Wessels 1996a, p. 89.

81 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 324; Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 269. In beide 'Assers' wordt daarbij vermeld dat een voorwaardelijke verrekening 'in beginsel' niet mogelijk is. Ik interpreteer deze beperking aldus dat overeenkomstig ik in § 5.3.2 beschrijf uitzonderingen denkbaar zijn t.a.v. de dwingende onvoorwaardelijkheid van eenzijdig gerichte rechtshandelingen.

82 Faber 2005, p. 152. Faber stelt in dit verband o.m. dat de wederpartij eventueel een beroep kan doen op de artt. 6:132, 6:137 lid 2 of 6:138 lid 2 BW en derhalve geen hinder zou ondervinden van de voorwaardelijkheid. In de betreffende gevallen moge dat juist zijn, maar alsdan betreft het toevallige mogelijkheden voor de wederpartij om een onwelgevallige voorwaardelijke verrekening te dwarsbomen. Met de bedoelde voorwaardelijkheid hebben deze wetsbepalingen immers niets van doen.

Op het argument van Faber dat de wederpartij ook zelf nog kan verrekenen na een eerdere voorwaardelijke verrekening door de ander valt eveneens het een en ander af te dingen. Systematisch bezien heeft Faber voor wat betreft de eerdere opschortend voorwaardelijke verrekening i.e.g. gelijk. Ten gevolge van de opgeschorte werking behoudt de wederpartij immers haar positie en gerechtigdheid, zodat deze zelf inderdaad nog zou kunnen verrekenen. Echter, het is heel goed mogelijk dat de wederpartij nog niet of zelfs helemaal niet zal kunnen verrekenen. De wederpartij voldoet zelf bijv. nog niet aan de vereisten voor verrekening of deze mogelijkheid is voor deze wederpartij contractueel geheel uitgesloten. In dat geval wordt deze partij toch met onzekerheid geconfronteerd, met name indien zij zelf in het geheel niet zal kunnen verrekenen.

Bij de opvatting van Faber dat na een ontbindend voorwaardelijke verrekening de wederpartij nog steeds onvoorwaardelijk of onder de opschortende voorwaarde van het intreden van de ontbindende voorwaarde kan verrekenen, heb ik wel aanzienlijke systematische

aantal in § 5.3.2.1 besproken uitzonderingen wijs ik die mogelijkheid dan ook af.

6.2.3 Bescherming van de verwachter en de zorgplicht van de bezwaarde

6.2.3.1 *Securisatie van de positie van de verwachter*

Inleiding

In deze paragraaf bespreek ik de mogelijkheden die een verwachter heeft om zijn voorwaardelijke positie te beschermen tegenover de bezwaarde. Voor een voorwaardelijke *obligatoire* positie van de verwachter ziet deze bescherming derhalve op het veiligstellen van de toekomstige nakoming door de bezwaarde van diens (hoofd-)verplichtingen bij het intreden van een opschortende voorwaarde dan wel van diens ongedaanmakingsverplichtingen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde. Voor een voorwaardelijke *goederenrechtelijke* positie van de verwachter ziet de bedoelde bescherming op het daadwerkelijk ver- respectievelijk herkrijgen van het betreffende goed bij het intreden van de voorwaarde. Overigens zij op deze plaats reeds opgemerkt dat de onderstaand besproken benaderingen van de bescherming van de verwachter in de verschillende stelsels onderling aanzienlijk verschillen. Het naast elkaar plaatsen van deze stelsels leidt dan ook niet in elk opzicht tot een even heldere vergelijking.

De thans te bespreken securisatie van de positie van de verwachter komt met betrekking tot deelonderwerpen ook op verscheidene andere plaatsen in dit onderzoek ter sprake. De *Vorwirkung* passeerde in § 3.2.2 – als kernbegrip in het Duitse en Zwitserse recht bij opschortende voorwaardelijkheid – de revue in het kader van de systematiek van het bestaan van bescherming ondanks de opgeschortend voorwaardelijke werking. In § 6.1.3 kwam onder meer de veroordeling onder voorwaarde tot nakoming als bedoeld in art. 3:296

twijfels. De ontbindend voorwaardelijke verrekening heeft immers gewoon werking. Tenminste één van beide vorderingen (dan wel beide vorderingen indien deze van gelijke omvang waren) is door die verrekening tenietgegaan. Daarmee is vanaf het moment van de voorwaardelijke verrekening tot het eventuele intreden van de ontbindende voorwaarde niet langer voldaan aan het vereiste van wederkerigheid. Vergelijk deze situatie met die, waarin een van partijen reeds heeft nagekomen onder een ontbindende voorwaarde. Ook dan ontbreekt de mogelijkheid van verrekening doordat niet langer voldaan wordt aan het vereiste van wederkerigheid, ondanks dat de nakoming onder ontbindende voorwaarde geschiedde. Faber noemt in dit verband niet voor niets de mogelijkheid van nakoming door de wederpartij wél bij de eerdere opschortend voorwaardelijke verrekening, maar niet – m.i. dus terecht – bij de ontbindend voorwaardelijke verrekening. Datzelfde geldt voor de door Faber genoemde verrekening door de wederpartij onder de opschortende voorwaarde van het intreden van de ontbindende voorwaarde waaronder de eerste verrekening plaatsvond. Ook in dat geval is immers ten tijde van de verrekeningsverklaring door de wederpartij niet voldaan aan het wettelijke vereiste van wederkerigheid.

BW ter sprake. Als verdere uitwerking van een van de essentialia van de bescherming van de verwachter neem ik de zorgplicht van de bezwaarde in § 6.2.3.2 nogmaals onder de loep. Het in strijd met de redelijkheid en billijkheid al dan niet laten intreden of vervallen van een voorwaarde door een van partijen als bedoeld in art. 6:23 BW komt in § 7.4 als onderdeel van de partij-invloed ter sprake. In § 9.2.4.3 bestudeer ik het ontbreken van een uitgewerkte wettelijke regeling voor de ongedaanmaking bij het intreden van een voorwaarde, in welk verband tevens het ontbreken van wettelijke 'beschermingsbepalingen' ten behoeve van de verwachter aan de orde komt. Tot slot ga ik in hoofdstuk 11 in op de goederenrechtelijke werking van voorwaarden, zowel voor wat betreft de bescherming die de verwachter in verband met een eerdere voorwaardelijke beschikking daaraan kan ontlenen als de uitzonderingen daarop bij toepasselijkheid van derdenbeschermingsbepalingen.

Mijn keuze om het ontbreken van een uitgewerkte wettelijke regeling in het Nederlandse recht ter zake de bescherming van de verwachter te bespreken in hoofdstuk 9 ter zake de beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding en niet in het voorliggende hoofdstuk is als volgt ingegeven. In de PG en in navolging daarvan de zeer beperkte literatuur wordt veelal geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen de regeling van de ongedaanmakingsverplichting sec en de verplichtingen van de bezwaarde gedurende de periode van onzekerheid. De overige onderzochte stelsels kennen in meerdere of mindere mate wél een dergelijke regeling ter zake deze bescherming, zoals we hierna in deze paragraaf zullen zien. Om overbodige herhaling te voorkomen was het derhalve efficiënter om dit ontbreken van een uitgewerkte wettelijke regeling in het NBW – en met name de vrijwel onnavolgbare overwegingen van de wetgever dienaangaande – te bespreken tezamen met de ongedaanmakingsverplichting. Uitsluitend ten behoeve van de leesbaarheid zal ik dit ontbreken van een wettelijke regeling onderstaand enkele malen aanstippen.

De omgekeerde bescherming van de bezwaarde tegenover de verwachter vormt overigens geen separaat bestudeerd onderwerp. Een dergelijke bescherming zal ongetwijfeld soms gewenst zijn, maar wijkt naar haar aard niet af van die van de verwachter. Lastiger is het feit dat in vrijwel alle rechtsbronnen de positie van een verwachter uitsluitend besproken wordt voor de verwachter bij een *opschortend* voorwaardelijke rechtsverhouding. De positie van een verwachter bij een *ontbindend* voorwaardelijke verhouding – bijvoorbeeld de verkoper onder ontbindende voorwaarde – komt voor wat betreft de aandacht voor zijn bescherming slechts incidenteel aan bod.⁸³

Geldend recht

Voor wat betreft het geldend recht bestaat er geen enkele twijfel aangaande het bestaan van bescherming van de verwachter gedurende de periode van

83 Een uitzondering voor het Duitse recht vinden we bij Wolf, die stelt dat ook bij ontbindende voorwaarden zekere *Vorwirkungen* bestaan (Wolf 1999, p. 513).

onzekerheid. Zoals ik bij de inleiding reeds stelde, zoeken we in het NBW echter tevergeefs naar een al dan niet verder uitgewerkte regeling voor de bescherming van de verwachter. Wél vinden we verspreid een beperkt aantal bepalingen waar de verwachter zonder meer bescherming jegens de bezwaarde aan ontleent. Een van de belangrijkste daarvan is art. 3:296 lid 2 BW, waaruit volgt dat de bezwaarde – ook bij opschortende voorwaardelijkheid – direct ‘onder die voorwaarde’ kan worden veroordeeld.⁸⁴ Daarnaast strekt art. 6:23 BW mede tot bescherming van de verwachter. Een heel bijzondere vorm van expliciete bescherming vinden we nog in art. 6:161 lid 2 sub c BW, uit hoofde waarvan de verwachter na een ontbindend voorwaardelijke overdracht van een vordering aan diens schuldenaar zijn vordering pas door vermenging teniet ziet gaan als de ontbindende voorwaarde vervalt. Voor zover we in art. 3:84 lid 4 BW de grondslag voor de goederenrechtelijke werking willen zien en dat óók voor wat betreft de werking ten opzichte van derden, zou deze bepaling daarmee ook nog kunnen kwalificeren als een beschermingsbepaling.⁸⁵ Tot slot vinden we door de Minister nog opgemerkt dat ‘waar daaraan behoefte is’ de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW terzake onverschuldigde betaling en tekortschieten in de nakoming van wederkerige overeenkomsten analoog kunnen worden toegepast.⁸⁶ Wat verder inhoudelijk van deze bepalingen ook moge zijn, van een samenhangend stelsel van beschermende wetsbepalingen ten behoeve van de verwachter is duidelijk geen sprake.

In samenhang met de ongedaanmakingsverplichtingen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde is dan ook door de wetgever en in de literatuur onderkend dat de wettelijke uitwerking in het NBW bescheiden is.⁸⁷ Opvallend genoeg ontbreekt vrijwel iedere argumentatie van de zijde van de wetgever voor die zeer beperkte wettelijke uitwerking, in elk geval waar het betreft de algemeen vermogensrechtelijke voorwaardelijke rechtsverhouding.⁸⁸ Zoals ik echter in § 9.2.4.3 verder bespreek, is dit vrijwel ontbreken van een wettelijke regeling in obligatoire verhoudingen wel degelijk goed te onderbouwen. Dat blijkt ook uit de benadering van Meijers in het OM. Zoals we bij de onderstaande bespreking van het OBW zullen zien, kende dit met art. 1298 ter zake de opschortende voorwaarde nog een specifieke bepaling ter zake de bescherming van de verwachter: ‘De schuldeischer kan, vóór de vervulling der voorwaarde, alle middelen in het werk stellen, welke tot bewaring van zijn recht noodzakelijk zijn’. Naar de letter ontbreekt een dergelijke bepaling in het NBW. Niettemin beoogde Meijers wel degelijk om in het OM aansluiting te vinden bij deze bepaling. Uit de TM bij art. 6:26 BW volgt namelijk dat

84 Zie over die wetsbepaling m.n. § 6.1.3.

85 Reeds hier zij opgemerkt dat we m.i. ernstig moeten twijfelen aan die benadering van art. 3:84 lid 4 BW, zie § 11.2.2.2.

86 PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 1217.

87 PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 1217. Zie verder § 9.2.4.3.

88 Zie § 9.2.4.3.

Meijers aan dit wetsartikel betekenis toekende voor handhaving van (onder meer) de strekking van art. 1298 OBW: 'Het in dit artikel bepaalde houdt in dat – in beginsel – een voorwaardelijk schuldeiser vóór de vervulling van de voorwaarde alle middelen in het werk kan stellen welke tot bewaring van zijn recht noodzakelijk zijn, zoals artikel 1298 B.W. bepaalt'.⁸⁹ We zien derhalve ook hier de in § 3.2.3 beschreven benadering van Meijers dat (ook) opschortend voorwaardelijke verbintenissen direct bestaan en daaruit ook direct gevolgen kunnen worden afgeleid.

Een zelfde benadering van het direct bestaan van de rechten van de verwachter als gericht op securisatie van zijn (opschortend) voorwaardelijke positie vinden we in de TM bij art. 3:38 BW, waar Meijers stelt dat tot het intreden van de opschortende voorwaarde *conservatoire maatregelen* mogelijk zijn.⁹⁰ Een laatste onderbouwing voor deze benadering van Meijers vinden we bij art. 3:296 lid 2 BW, waar hij stelt: 'Tijdens de periode van onzekerheid heeft de belanghebbende ongetwijfeld zekere bevoegdheden []'.⁹¹ Gezien het feit dat Meijers dit noemt in het verband van art. 3:296 lid 2 BW lijdt het geen twijfel dat Meijers daarmee in elk geval doelde op de veroordeling 'onder voorwaarde' tot nakoming, waarmee ook deze opmerking gericht was op de bestaande mogelijkheid van securisatie van de positie van de verwachter.

Het ontbreken in het NBW van een expliciete regeling ter zake de bescherming van de verwachter werd door Meijers derhalve ondervangen doordat de verwachter in beginsel dezelfde bescherming geniet als wanneer sprake zou zijn geweest van een onvoorwaardelijke obligatoire rechtsverhouding. Een benadering zoals die ook expliciet volgt uit het hierna besproken Zwitserse OR en waar de TM bij art. 6:26 BW dan ook op wijst.⁹² Zoals ik in § 3.2.2 verdedigde, is deze benadering (ook) voor het Nederlandse recht systematisch geheel juist, ook voor wat betreft opschortend voorwaardelijke verhoudingen. Bovendien bestaat in uitsluitend obligatoire verhoudingen geen enkele reden voor een verder uitgewerkte regeling dan bij dezelfde onvoorwaardelijke verhoudingen. Het is immers niet te beargumenteren waarom een partij bij een voorwaardelijke verhouding méér of andersoortige bescherming zou verdienen dan bij een onvoorwaardelijke verhouding.⁹³ Hooguit zou – in de woorden van art. 6:26 BW – het 'voorwaardelijk karakter' van de verbintenis zich tegen toepassing kunnen verzetten en daarmee de omvang van de bescherming verminderen. Dat betreft echter voor de hand liggende gevallen dan wel situaties waarin de kans op het intreden van de voorwaarde te klein is om

⁸⁹ PG Boek 6, TM, p. 153.

⁹⁰ PG Boek 3, TM, p. 185.

⁹¹ PG Boek 3, TM, p. 895.

⁹² PG Boek 6, TM, p. 153 nt. 1 (wijzend op art. 152 II OR).

⁹³ Zie in dezelfde zin voor het Zwitsers recht: Peter 1994, p. 312.

daar de consequenties van een onvoorwaardelijke rechtsverhouding aan te verbinden.⁹⁴

Zoals ik ook in § 9.2.4.3 verdedig, bestaat bij voorwaardelijke goederenrechtelijke verhoudingen wél behoefte aan een verder uitgewerkte wettelijke regeling. Zoals we in die paragraaf zullen zien, is dat ook in zekere mate door de wetgever onderkend. Dit heeft er dan ook toe geleid dat bij erfrechtelijke voorwaardelijke verhoudingen uit hoofde van art. 4:138 BW de wettelijke regeling ter zake vruchtgebruik van titel 3.8 BW overeenkomstige toepassing vindt, in welke regeling tal van bepalingen zijn opgenomen ten behoeve van securisatie van de positie van de hoofdgerechtigde (lees: verwachter).⁹⁵ Voor het algemene vermogensrecht ontbreekt daarentegen een dergelijke regeling, wederom op basis van nogal onduidelijke of zelfs ronduit zwakke argumenten van de wetgever. Toegegeven zij dat niet iedere bepaling van titel 3.8 BW bij voorwaardelijke goederenrechtelijke verhouding even zinvol is en tevens dat een deel van die bepalingen ook op grond van contractuele afspraken tussen bezwaarde en verwachter toepassing zou kunnen vinden. Dat neemt niet weg dat een zekere wettelijke handreiking en zeker de (niet door middel van contractuele afspraken te creëren) zaaksvervanging van art. 3:213 BW voor de praktijk een duidelijke functie zouden hebben gehad.

Uit de vorenbeschreven systematiek van het directe bestaan van (ook) de opschortende voorwaardelijke rechtsverhouding vloeit in het verband van de bescherming van de verwachter nog iets anders voort. De rechten die deze verwachter heeft in het kader van zijn bescherming zijn namelijk ook direct afdwingbaar. Indien de bezwaarde bijvoorbeeld minder zorg voor een zaak betracht dan uit hoofde van art. 6:27 BW zou moeten, dan kan de bezwaarde daar direct tegen ageren.⁹⁶ Die mogelijkheid is vanzelfsprekend ook gewenst. Het is tevens een benadering van de rechten van de verwachter zoals we die ook in art. 1298 OBW besloten vinden, ongeacht op welke omvang van bescherming deze bepaling precies zag. Mogelijk lijkt dit alles een open deur, maar in het verband van het hierna besproken Duitse en Zwitserse recht is het zinvol dit niettemin uitdrukkelijk te constateren.

⁹⁴ Zie § 6.1.3.

⁹⁵ Te denken valt aan het stellen van zekerheid (art. 3:206 BW), de verplichting van een goed beheer respectievelijk goede zorg (3:207 lid 3 BW), het in beginsel niet mogen wijzigen van de bestemming van een zaak (3:208 BW), de verplichting tot verzekering (3:209 BW), de wezenlijke zaaksvervanging (art. 3:213 BW), de bevoegdheid om te mogen procederen (3:218 BW) en de mogelijkheid dat de hoofdgerechtigde het beheer op zich neemt ingeval van een ernstig tekortschieten door de vruchtgebruiker (art. 3:221 BW).

⁹⁶ In de TM m.b.t. art. 6:27 BW vinden we buiten het verband van voorwaardelijkheid overigens geconstateerd dat de schuldeiser zich reeds vóór het moment van aflevering op deze bepaling kan beroepen (PG Boek 6, TM, p. 154). Via art. 6:26 BW geldt dit ook in het geval van opschortende voorwaardelijkheid.

In verband met de systematiek van toepassing van de bepalingen ter zake onvoorwaardelijke verbintenissen ligt het antwoord voor het geldend recht op de volgende vraag wellicht minder voor de hand. In hoeverre komt aan de omvang van de kans op intreden van de voorwaarde betekenis toe? Die vraag betreft deels de reeds in het verband van art. 6:26 BW besproken kwestie in welke gevallen de voorwaardelijkheid zich tegen toepassing van bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen verzet. Zoals we in § 6.1.3 zagen, kán de omvang van die kans op intreden van de voorwaarde voor het geldend recht inderdaad van belang zijn voor het toepassing vinden van een wettelijke regeling. Dat betreft derhalve de vraag of een regeling überhaupt toegepast dient te worden.

Deze omvang van de kans op intreden zou echter – in elk geval in theorie – ook van belang kunnen zijn voor de omvang van de verplichtingen van de bezwaarde. Rust bijvoorbeeld op de bezwaarde een minder zware zorgplicht voor een onder opschortende voorwaarde verkochte zaak omdat de kans op intreden van de voorwaarde klein is?⁹⁷ Voor het hierna besproken Duitse en Zwitserse recht vinden we deze vraag min of meer expliciet beantwoord: bij voorwaardelijkheid gelden dezelfde zorgvuldigheidsnormen als bij onvoorwaardelijkheid. Met andere woorden, de omvang van de kans op intreden is voor beide stelsels in deze zonder belang. Incidenteel vinden we dezelfde benadering als in het Duitse en Zwitserse recht ook in de literatuur van het OBW.⁹⁸

Voor het Nederlandse recht vinden we deze kwestie niet besproken, maar ik zou menen dat het antwoord niet anders is. Indien een bepaalde regeling respectievelijk norm eenmaal van toepassing is op de voorwaardelijke rechtsverhouding – met andere woorden, de ‘toets’ van art. 6:26 BW is doorstaan – dan heeft de kans op intreden van de voorwaarde geen betekenis. Dat is ook vanuit de systematiek te onderbouwen. De aan de voorwaarde inherente onzekerheid heeft in de partijbedoeling betrekking op de vraag óf gepresteerd dient te worden uit hoofde van de (aanvankelijke) hoofdverbintenis dan wel bij wijze van ongedaanmaking. Daarentegen heeft deze onzekerheid geen betrekking op hetgeen bij dat intreden gepresteerd moet worden, in de zin dat de omvang van de kans op intreden betekenis zou hebben op bijvoorbeeld de toekomstige feitelijke staat van een te retourneren zaak. Ook al zijn partijen uiteraard vrij dienaangaande andere afspraken te maken, als breed uitgangsp-

97 Vanuit een economisch perspectief kan daar in bijzondere gevallen wel iets voor te zeggen zijn. De bezwaarde die bijv. geen eigen belang heeft bij de zaak maar deze onder een opschortende voorwaarde heeft weten te verkopen, kan geconfronteerd worden met hoge kosten van behoud van de zaak terwijl de kans op intreden van de voorwaarde klein is. De kans op het verkrijgen van de koopsom kan derhalve het economisch belang – de kans maal de koopsom – lager doen uitvallen dan de kosten van behoud van de zaak.

98 Ook Van Brakel stelde dat zorgplicht bij opschortende voorwaardelijkheid gelijk was aan de situatie waarin direct geleverd zou moeten worden. V.w.b. het OBW derhalve alsof de verbintenis tot levering reeds (onvoorwaardelijk) bestond (Van Brakel 1935a, p. 22).

punt zal de kans op intreden reeds op grond van hetgeen partijen beogen zonder belang zijn voor de verdere omvang van de verplichtingen gedurende de periode van onzekerheid.

We zien derhalve het volgende. De verwachter geniet, ongeacht of sprake is van een ontbindende of opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding, de wettelijke bescherming die hij ook bij onvoorwaardelijkheid zou hebben verkregen. De rechten uit hoofde van die bescherming kunnen derhalve reeds gedurende de periode van onzekerheid worden uitgeoefend. Iets anders is dat in het geval de bezwaarde zijn verplichtingen ter zake bijvoorbeeld onderhoud van de zaak niet nakomt, de verwachter vooralsnog geen recht heeft op schadevergoeding. Schade aan de zijde van de verwachter treedt immers pas op indien de voorwaarde intreedt. Voordien was de bezwaarde immers niet gehouden te presteren en voordien zou dan ook geen schade kunnen optreden.⁹⁹ Wél heeft de verwachter bij blijvende onmogelijkheid van een juiste nakoming door de bezwaarde direct de mogelijkheid te ontbinden. Dat vloeit voort uit art. 6:80 sub a BW. De afwikkeling van een gebrekkige of ontbrekende nakoming na het intreden van de voorwaarde vindt derhalve plaats door middel van de normale wettelijke systematiek van art. 6:74 en verder BW.¹⁰⁰ Een zelfde systematiek vinden we in het onderstaand besproken Duitse en Zwitserse recht alsmede ook het PECL.¹⁰¹

Nádat de ontbindende of opschortende voorwaarde is ingetreden heeft de verwachter alsnog recht op vergoeding van zijn eventuele schade, althans voor zover de niet juiste of geheel ontbrekende nakoming door de bezwaarde niet het gevolg is van overmacht. Uit dit ontbreken van een recht op schadevergoeding vloeit eigenlijk reeds voort dat ook de enkele waardeverandering van een goed voor rekening van de verwachter blijft, hetgeen uiteraard ook in de rechtspraak (gewezen onder OBW) en in de literatuur wordt onderschreven.¹⁰²

99 Ook: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 121, 134.

Iets anders is dat art. 6:105 BW wel de mogelijkheid biedt toekomstige schade door de rechter te laten begroten. Volgens Struik zou deze bepaling ook toepassing vinden bij voorwaardelijke verbintenissen (Struik 1983, p. 703).

100 Ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 140; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 134.

101 De toelichting bij art. 16:101 van de PECL stelt dat de debiteur 'onder opschortende voorwaarde' reeds gedurende de periode van onzekerheid jegens de crediteur aansprakelijk kan zijn ingeval van blijvende onmogelijkheid van nakoming (Von Bar & Zimmerman 2005, p. 820). Blijkens de verwijzing naar art. 9:304 PECL is het gevolg daarvan echter vooralsnog uitsluitend de mogelijkheid van ontbinding door de crediteur en niet (tevens) de mogelijkheid van het vorderen van schadevergoeding.

102 HR 25 februari 1916, NJ 1916, 501. Het hof en de rechtbank hadden in deze zaak overeenkomstig geoordeeld (Hof 's-Gravenhage, 17 november 1913, NJ 1913, 1324). Overigens suggereert het arrest van het hof aan het slot dat de waardevermindering wel degelijk van belang is, omdat de verwachter 'zonder méér' niet in de situatie zou komen alsof er nooit een verbintenis was geweest. Niettemin wijst het hof de grief van de hand en blijft het hof daar ook bij in het opvolgende arrest van 17 mei 1915 (W. 9866).

Voor wat betreft deze overmacht wordt in de literatuur en rechtspraak terecht aangenomen dat een bezwaarde jegens de verwachter verplicht is rekening te houden met de mogelijkheid dat bij het intreden van de voorwaarde onvoorwaardelijke verplichtingen op de bezwaarde zullen rusten.¹⁰³ De in de artt. 6:204 en 6:273 BW bedoelde beperking van de zorgplicht tot de periode dat de betreffende partij rekening moest houden met teruggave, vindt dan ook geen overeenkomstige toepassing. De bezwaarde moet immers steeds rekening houden met de mogelijkheid van een verplichting tot teruggave.

In het verband van een ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding doet zich nog het volgende vraagstuk voor. Is in het geval van een aanvankelijk wederkerige overeenkomst tussen partijen tevens sprake van wederkerigheid met betrekking tot de ongedaanmakingsverplichtingen uit hoofde van het intreden van de voorwaarde? Indien daarvan sprake is, deert de vorenbedoelde overmacht aan de zijde van de bezwaarde de verwachter veel minder. De verwachter kan in dat geval immers uit hoofde van die wederkerigheid aan de nakoming van zijn eigen verplichting ontkomen door zelf te ontbinden. Daarmee zou de bezwaarde het risico overeenkomstig de normale systematiek van wederkerige verbintenissen en ondanks de overmacht aan zijn zijde zelf dragen. In § 9.2.4.6 bespreek ik echter dat het voor wat betreft ongedaanmakingsverplichtingen ontstaan door het intreden van een ontbindende voorwaarde voor het geldend recht onduidelijk is of deze al dan niet wederkerig zijn.

In het vorenstaande verband doen zich nog wel twee vragen voor, die ik echter slechts wil aanstippen. De eerste daarvan is de vraag of de schade van de verwachter inderdaad (steeds) pas ontstaat indien de voorwaarde intreedt.¹⁰⁴ Het goed waar ik als verwachter onder voorwaarde recht op heb, kan voor mij immers direct een bepaalde waarde vertegenwoordigen, bijvoorbeeld in het kader van handel. Dat zal met name gelden indien de voorwaarde

Van Vliet 2008 (m.b.t. o.m. eigendomsvoorbehoud en recht van reclame); Van de Ven 2007, p. 3. Voor art. 1300 OBW in gelijke zin: Asser/Rutten 1973, p. 146. Voor Duits recht: Reinicke & Tiedtke 2004, p. 60.

103 Heyman & Bartels 2012, p. 485; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 141; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 134; Zwitser 1990, p. 55.

Zie ook: Rb. Arnhem 5 november 2008, LJN: BG4497. Dit betrof de situatie waarbij een bezwaarde een kooprecht onder opschortende voorwaarde aan de verwachter had verstrekt, maar vervolgens alsnog aan een derde onvoorwaardelijk verkocht. De rechtbank neemt als (voorlopige) conclusie aan dat de bezwaarde rekening dient te houden met de mogelijkheid dat de opschortende voorwaarde vervuld wordt en het kooprecht alsdan wordt uitgeoefend.

Voor het Belgisch recht wordt eveneens (overigens ter zake de gerechtigdheid tot vruchten verschenen gedurende de periode van onzekerheid) gesteld dat de bezwaarde niet te goeder trouw kan zijn waar het betreft de gevolgen van het intreden van de voorwaarde (Jansen 2009, p. 386). De bekendheid met de voorwaarde leidt er derhalve toe dat geen sprake kan zijn van het buiten beschouwing laten van die voorwaardelijkheid.

104 Voor het Zwitserse recht stelt Merz dat het verlies van een opschortend voorwaardelijk recht wel degelijk een tegenwoordige schade inhoudt (Merz 1984, p. 159).

tot goederenrechtelijke werking zou leiden. Een tweede vraag is of de vordering tot schadevergoeding tot het moment van intreden van de voorwaarde als toekomstig dan wel als direct (voorwaardelijk) bestaand kwalificeert. Bijvoorbeeld ingeval van een onherstelbare beschadiging heeft het schadeveroorzakende feit zich reeds voorgedaan, zodat het recht op schadevergoeding uitsluitend nog afhankelijk is van het intreden van de voorwaarde. In de Nederlandse literatuur bestaan over deze vraag geen opinies, maar in de Duitse en Zwitserse literatuur wordt inderdaad aangenomen dat sprake is van een opschortend voorwaardelijk recht.¹⁰⁵

Voor wat betreft de bespreking van het geldend recht resteert slechts nog een korte weergave van welke middelen tot bescherming van zijn positie de verwachter ten dienste staan. De navolgende opsomming is zeker niet limitatief bedoeld, maar betreft uitsluitend de middelen tot securatie waarvan ik in de verschillende bronnen aanvaarding heb gevonden voor wat betreft de toepassing bij (met name opschortend) voorwaardelijke rechtsverhoudingen.

In ieder geval is (ook) de bezwaarde gehouden om te handelen in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid. Zoals hiervoor reeds gesteld kan (dan ook) de verwachter zich eventueel op art. 6:23 BW beroepen.¹⁰⁶ Ook de in art. 6:27 BW opgenomen zorgplicht van een bezwaarde voor een nog af te leveren zaak vindt toepassing.¹⁰⁷ Ook kan de voorwaardelijke koop van een registergoed op grond van art. 7:3 BW in de registers worden ingeschreven.¹⁰⁸ Een opschortend voorwaardelijk vorderingsrecht kan worden gecureerd door middel van vestiging van een recht van pand of hypotheek en ook kan een overeenkomst van borgtocht met betrekking tot deze vordering worden aangegaan.¹⁰⁹ Als gezegd kan de debiteur respectievelijk bezwaarde overeenkomstig art. 3:296 lid 2 BW onder dezelfde voorwaarde worden veroor-

105 Hetgeen overigens onverlet laat dat een dergelijke opschortend voorwaardelijke vordering naar Duits en (waarschijnlijk) Zwitsers recht toch als *toekomstig* kwalificeert. Zie § 6.2.5.2.

106 Zie § 7.4.

107 Zie § 6.2.3.2. De ingewikkelde weg van analoge toepassing van de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW waarin eveneens een zorgverplichting is opgenomen, behoeft derhalve niet te worden gevolgd.

108 Van Velten 2012, p. 179.

109 Zie HR 9 juli 2004, NJ 2004, 618, waarin de Hoge Raad de mogelijkheid van een pandrecht t.b.v. een opschortend voorwaardelijke vordering erkent. Zie verder: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 131; Pitlo/Cahen 2002, p. 40; Den Tonkelaar 1994, p. 77; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 120. Zie ook: PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), MvT, p. 429, waar de nog in het OM voorkomende expliciete bepaling dat een borgtocht ook voor voorwaardelijke verbintenissen van de hoofdschuldenaar kon worden aangegaan, als overbodig is geschrapt. Opgemerkt zij dat al deze vormen van securisatie in beginsel uiteraard ook mogelijk zouden zijn geweest indien de vorderingen als toekomstig zouden hebben gekwalificeerd.

deeld tot nakoming.¹¹⁰ Ook kan de schuldeiser respectievelijk verwachter gedurende de voorwaardelijkheid een beroep doen op de pauliana (art. 3:45 BW).¹¹¹

Oud BW

Bij de bespreking van het geldend Nederlandse recht noemde ik reeds dat het OBW met art. 1298 een wetsbepaling kende met betrekking tot de bescherming van de (opschortend voorwaardelijke) crediteur jegens zijn debiteur. Daarmee was zeker dat de crediteur respectievelijk verwachter bij een opschortend voorwaardelijke verbintenis in ieder geval reeds voor het intreden van de opschortende voorwaarde zekere rechten jegens de voorwaardelijke debiteur had. Voor de omgekeerde situatie van een ontbindend voorwaardelijke verbintenis werd de bepaling met betrekking tot de ontbindend voorwaardelijke bezwaarde in de literatuur als overbodig beschouwd.¹¹² Dat laatste is in die zin een begrijpelijke benadering dat de ontbindend voorwaardelijke verbintenis ook onder het OBW direct bestond en daarmee alle middelen tot bescherming als bij een onvoorwaardelijke verbintenis de schuldeiser ten dienste stonden. Logischerwijs vinden we dan ook nergens dat men art. 1298 OBW (analoog) wilde toepassen op de ontbindend voorwaardelijke schuldeiser.

Zoals eerder in § 3.2.2 ter sprake kwam, kon men onder het OBW twijfelen over de grondslag van de beoogde bescherming. Het directe bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis werd in de literatuur zowel ontkend als – juist in verband met de ‘voorlopige werkingen’ – aanvaard. Door een enkele auteur werd het directe intreden van bepaalde gevolgen ondanks het (aanvankelijk) nog niet bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis gebaseerd op de terugwerkende kracht. Tot slot werd art. 1298 OBW ook wel gezien als enkele wetsduiding, derhalve zonder enigerlei verklarende systematiek.

Naast deze rechtsgrond voor de geboden bescherming was echter ook de omvang daarvan betwist: verwees het artikel slechts naar die vormen van bescherming die de wet reeds met andere wetsbepalingen uitdrukkelijk (ook) bij voorwaardelijkheid bood, of was sprake van additionele rechtsbescherming

110 PG Boek 6, TM, p. 153; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 131; Out 2003, p. 75. Hartkamp en Sieburgh wijzen daarnaast nog op de PG bij art. 3:303 BW, waar in de TM wordt opgemerkt dat de eiser bij zijn vordering u.h.v. art. 3:296 lid 2 BW wel moet bewijzen dat hij bij die vordering voldoende belang heeft (PG Boek 3, TM, p. 915).

111 HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393 (althans, voor zover sprake is van een ‘voldoende concrete kans’ dat de voorwaarde wordt vervuld, aldus de Hoge Raad in voormeld arrest. Dit laatste sluit aan op hetgeen in de PG is gesteld, zie PG Boek 3, MvA II, p. 219). In gelijke zin t.a.v. mogelijke toepasselijkheid van de pauliana: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 132; Out 2003, p. 76. Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 120 sprak zich nog tégen die mogelijkheid uit.

112 In deze zin: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 387.

met toepassing van bepalingen die geschreven waren voor onvoorwaardelijke verbintenissen?¹¹³ Een bepaling met een duidelijke strekking als art. 6:26 BW ontbrak in elk geval, zodat het OBW zélf met betrekking tot die vraag geen duidelijkheid verschaft. Een en ander leidde er toe dat ten aanzien van een aantal beschermingsmogelijkheden onduidelijk bleef of deze toepassing dienden te vinden bij opschortende voorwaardelijkheid. Dat gold bijvoorbeeld met betrekking tot het leggen van conservatoir beslag door de opschortend voorwaardelijke schuldeiser.¹¹⁴ Incidenteel werd verdedigd dat deze schuldeiser ook het faillissement van de debiteur kon aanvragen, maar ook dit was zeker niet onbestreden.¹¹⁵ In de literatuur werden in het verband van art. 1298 OBW vaak wel als mogelijke rechtsmiddelen aanvaard de mogelijkheid om verzegeling, ontzegeling en boedelbeschrijving te vorderen¹¹⁶ alsmede de mogelijkheid van de crediteur zijn voorwaardelijke vordering op de failliete debiteur te doen erkennen.¹¹⁷ Of op de schuldenaar ook een zorgplicht rustte ten aanzien van een opschortend voorwaardelijk verschuldigde zaak was – gebaseerd althans op het bescheiden aantal auteurs dat zich daarover uitliet – enigszins omstreden.¹¹⁸ Overeenkomstig het hierna te bespreken Duitse recht bestond bij het ontbreken van voldoende zorg in elk geval een verplichting tot vergoeding van schade, maar of ook gedurende de periode van een daadwerkelijk af te dwingen verplichting dienaangaande bestond, blijft voor het OBW onduidelijk.

Uit de artt. 1221 lid 2 en 1259 OBW volgde dat een opschortend voorwaardelijke vordering door middel van hypotheek kon worden geseceerd, waarbij in de literatuur tevens werd aangenomen dat dat ook mogelijk was door

113 In deze zin: Asser/Rutten 1973, p. 144 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 156); Van Brakel 1935a, p. 22 (die spreekt van 'een zeer betwist punt'); Asser/Van Goudoever 1913, p. 58.

114 Vóór die mogelijkheid: Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 142 (echter met de kanttekening dat de voorwaarde diende te zijn vervuld per het moment van het wijzen van het vonnis. In feite behelst dit derhalve een ontkenning van de mogelijkheid van een dergelijke beslaglegging); Bolweg 1979, p. 108; (vermoedelijk) Hofmann 1937, p. 94; Asser/Van Goudoever 1913, p. 58; Diephuis 1886, p. 257. Ook in bevestigende zin: Rb. 's-Hertogenbosch 10 april 1987, NJ 1988, 461.

Afwijzend: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 142, 143, 388; Veegens/Oppenheim 1917, p. 40; Suijling 1934, p. 424; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 58.

In de rechtspraak leek die mogelijkheid eveneens betwist te zijn. Afwijzend: Rb. Rotterdam (vzr.) 13 juli 1928, W. 11907; Hof 's-Gravenhage, 17 oktober 1927, NJ 1927, 1384 (voor conservatoir beslag zou een opeisbare vordering vereist zijn). Zie echter ook: Rb. Rotterdam (vzr.) 12 oktober 1925, NJ 1926, 1298 (de voorzieningenrechter lijkt de redenering te aanvaarden dat voor een vordering onder opschortende tijdsbepaling beslag kan worden gelegd, gezien het feit dat dat bij de onzekere voorwaardelijke vordering u.h.v. art. 1298 OBW ook zou kunnen).

115 Voor die mogelijkheid: Asser/Van Goudoever 1913, p. 59.

Afwijzend: Bolweg 1979, p. 108; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 389; Hofmann 1937, p. 94.

116 Bolweg 1979, p. 108; Pitlo 1964, p. 81; Veegens/Oppenheim 1917, p. 40; Diephuis 1886 p. 257.

117 Asser/Rutten 1973, p. 144; Van Brakel 1935a, p. 22; Diephuis 1886 p. 256.

118 Zie ook § 6.2.3.2.

middel van vestiging van een pandrecht of het aangaan van een borgtocht.¹¹⁹ Redactioneel was art. 1296 OBW – de voorloper van het huidige art. 6:23 BW – zelfs geheel toegeschreven op het voorkomen van de vervulling van een opschortende voorwaarde door de schuldenaar, zodat over de bescherming van die bepaling evenmin twijfel bestond.¹²⁰ Van Opstall verdedigde dat de verwachter in rechte kon vorderen dat de debiteur respectievelijk bezwaarde zich op straffe van een dwangsom zou onthouden van gedrag dat de eventuele toekomstige prestatie onmogelijk zou maken.¹²¹ Bijzonder was nog de visie van Diephuis die de mogelijkheid van het verkrijgen van (opschortend) voorwaardelijke eigendom van onroerende zaken als een recht van de crediteur beschouwde dat eveneens voortvloeide uit art. 1298 OBW.¹²²

Anders dan de overige bestudeerde stelsels kende het OBW met art. 1300 wel een specifieke regeling aangaande de aansprakelijkheid van de bezwaarde jegens de verwachter, althans voor wat betreft de opschortend voorwaardelijke wederkerige verbintenis.¹²³ Voor ontbindend voorwaardelijke verbintenissen ontbrak daarentegen een dergelijke bepaling.¹²⁴ Op de regeling was vrij veel

119 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 142; Pitlo 1964, p. 81; Van Brakel 1935a, p. 22; Suijling 1934, p. 424; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 58; Diephuis 1886, p. 255, 256.

120 Zie verder § 7.4.

121 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 388. Van Opstall achtte het in ieder geval 'mogelijk' dat een dergelijke vordering onder het bereik van art. 1298 OBW was te beschouwen.

122 Diephuis 1886 p. 257. Van Brakel onderschrijft deze opvatting van Diephuis, althans bespreekt deze mogelijkheid in het kader van de bescherming van de verwachter (Van Brakel 1935a, p. 22).

123 Dat art. 1300 OBW uitsluitend betrekking kon hebben op wederkerige verbintenissen werd althans vaak verdedigd: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 390; Asser/Rutten 1958, p. 158; Hofmann 1937, p. 94; Everts 1883, p. 178. Van Goudoever beschouwt lid 1 van dit artikel vermoedelijk in dit verband als overbodig (Asser/Van Goudoever 1913, p. 142).

124 Daarmee deed zich dan ook de vraag voor of art. 1300 OBW eventueel ook toepassing vond bij ontbindende voorwaarden. Of anders gezegd, was het op grond van overeenkomstige toepassing van art. 1300 OBW de ontbindend voorwaardelijke bezwaarde die het risico van de zaak droeg of tóch de verwachter. Het antwoord op die vraag was tot het arrest van de Hoge Raad van 19 december 1879 (W. 4456) betwist. Zie over dit laatste de opmerkingen en het literatuuroverzicht van de PG bij dit arrest. Mede in dat verband werd in de literatuur soms aangenomen of tenminste als mogelijkheid besproken dat de ontbindende voorwaarde in feite een opschortende voorwaarde van vernietiging van de aanvankelijk onvoorwaardelijke verbintenis was (Opzoomer 1879a, p. 173, 175). Daarmee zou art. 1300 OBW derhalve ook van toepassing zijn op ontbindend voorwaardelijke verbintenissen. Een groot deel van de auteurs wees die gedachte m.b.t. de ontbindende voorwaardelijke verbintenis echter af en wenste art. 1300 OBW uitsluitend toe te passen op opschortend voorwaardelijke verbintenis, zie: Asser/Rutten 1958, p. 164; Hofmann 1937, p. 94 (Hofmann spreekt althans uitsluitend over de opschortende voorwaarde); Suijling 1934, p. 428; Vee-gens/Oppenheim 1917, p. 41; Asser/Van Goudoever 1913, p. 62, 142, 143; Diephuis 1886, p. 270; Everts 1883, p. 107 (Everts doelt hier uitsluitend op beschadiging en niet op schade u.h.v. een geheel tenietgaan). Ook de Hoge Raad zag in het voormelde arrest van 1879 niets in toepassing van art. 1300 OBW op ontbindende voorwaarden en wees in dat verband

kritiek, met name ten aanzien van het in inhoudelijk opzicht nogal onbegrijpelijke lid 3.¹²⁵ In ieder geval kon de opschortend voorwaardelijke verwachter de bezwaarde aanspreken tot kostenvergoeding, schade en rente ingeval van een waardevermindering van de zaak, die was ontstaan door 'toedoen' van de bezwaarde.¹²⁶ Het criterium of sprake was van een dergelijk toedoen werd door de verschillende auteurs enigszins verschillend ingevuld.¹²⁷

Het ontstaan van deze aansprakelijkheid van de bezwaarde werd soms afgeleid uit de terugwerkende kracht van de (opschortende) voorwaarde. Van de betreffende verbintenis werd ten gevolge van het opschortend voorwaardelijke karakter daarvan immers vaak aangenomen dat deze gedurende de periode van onzekerheid nog niet bestond. Door de terugwerkende kracht bestond die verbintenis achteraf tóch en kon de niet-nakoming van (ook) de verbintenis tot voldoende zorg derhalve tot aansprakelijkheid leiden. Van een gedurende de periode van onzekerheid reeds afdwingbare verplichting – derhalve vóór het eventuele moment van intreden van de voorwaarde – was bij die benadering daarentegen geen sprake. Ik laat de regeling van de aansprakelijkheid onder het OBW in verband met het ontbreken van enig belang daarvan voor het NBW verder rusten.

Duits en Zwitsers recht

De benadering van de securisatie van de positie van de verwachter is in de Duitse en Zwitserse rechtskring in twee opzichten duidelijk anders dan in de Nederlandse. Op de eerste plaats worden de verschillende aspecten van de bescherming van de (met name opschortend voorwaardelijke) verwachter

de gedachte van de hand dat de ontbindende voorwaarde in feite een opschortende voorwaarde omvatte. Daaruit volgde derhalve dat het risico van calamiteiten – voor zover gelegen buiten toedoen van de bezwaarde – bij de ontbindend voorwaardelijke verwachter lag (in deze zin ook: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 402; Asser/Rutten 1973, p. 151; Suijling 1934, p. 428 (die overigens niet rechtstreeks de koppeling met de terugwerkende kracht legt); Land/De Savornin Lohman 1907, p. 65; Diephuis 1886, p. 270; Everts 1883, p. 184). Ten gevolge van de terugwerkende kracht van het intreden van de voorwaarde had de vordering tot teruggave van de zaak reeds van aanvang af bestaan en droeg de verwachter ook dit risico (aldus: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 402; Everts 1883, p. 184). Het maakte derhalve niet uit of het tenietgaan van de zaak buiten toedoen van de bezwaarde plaatsvond vóór of ná het intreden van de ontbindende voorwaarde (aldus ook: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 402).

125 O.g.v. dit lid 3 had de verwachter bij waardevermindering buiten toedoen van de bezwaarde de keuze tussen ontbinding of nakoming, in het laatste geval echter zonder vermindering van de prijs.

126 Van Brakel spreekt in dit verband van 'schuld' van van de bezwaarde (Van Brakel 1935a, p. 22). Overigens verklaart Van Brakel deze aansprakelijkheid van de bezwaarde uit de terugwerkende kracht die de voorwaarde onder OBW had.

127 We vinden bijvoorbeeld als criteria of deze als een goed huisvader voor de zaak had gezorgd (Veegens/Oppenheim 1917, p. 41), of de bezwaarde een zelfde niveau van zorg had uitgeoefend als bij een onvoorwaardelijke verbintenis tot levering (Van Brakel 1935a, p. 22) dan wel of – heel algemeen – sprake was van een aan de bezwaarde toerekenbare oorzaak (Hofmann/Van Opstall 1976, p. 391, 392).

vrijwel steeds benaderd vanuit een overkoepelende visie dát de verwachter behoefte heeft aan deze bescherming. Daarmee ligt in de literatuur van beide stelsels onder de systematisch ingegeven noemer van de *Vorwirkung* tevens veel meer nadruk op die bescherming.¹²⁸ Daaruit volgt in zekere mate ook in abstracto een verschil in benadering. In de Nederlandse literatuur voert een systematische benadering de boventoon: welke wetsbepalingen vinden toepassing op de positie van de verwachter ondanks de opschortende voorwaardelijkheid? De Duitse en Zwitserse literatuur gaan daarentegen eerder uit van een materiële benadering: wat is de inhoud van de bescherming respectievelijk aan welke bescherming heeft de verwachter behoefte? Deze benaderingswijze in de Duitse en Zwitserse rechtskring laat zich eenvoudig verklaren. Zowel het BGB met de §§ 160, 161 en 162 als het OR met de artt. 152 en 156 (en ook het OR 2020 met de artt. 211 en 212) kennen inhoudelijke regelingen die expliciet worden geplaatst in het licht van de bescherming van de verwachter. Voor wat betreft de benadering in de literatuur van een deel van deze wetsbepalingen zien we het vorenbedoelde verschil tussen enerzijds het Nederlandse en anderzijds het Duitse en Zwitserse recht ook duidelijk terug. Terwijl art. 6:23 BW en de goederenrechtelijke werking van voorwaarden ten opzichte van derden in de Nederlandse rechtskring slechts zelden worden geplaatst onder de alomvattende paraplu van beschermingsregelingen voor de verwachter, worden de inhoudelijk daarmee corresponderende §§ 161 en 162 BGB alsmede de artt. 152 lid 3 en 156 OR dat wél.

Daarnaast is er nog een tweede, geheel andersoortig verschil in benadering. Voor het Nederlandse recht is de benadering dat de inhoud van de bescherming van de verwachter wordt vastgesteld waarbij de aldus vastgestelde rechten van de verwachter ook als zodanig jegens de bezwaarde afdwingbaar zijn. Voor zover de bezwaarde tekortschiet in de nakoming van de betreffende verplichtingen en daar schade voor de verwachter uit voortvloeit, is de bezwaarde bovendien aansprakelijk jegens de verwachter. In de Duitse literatuur vinden we een omgekeerde benadering. De mogelijke aansprakelijkheid van de bezwaarde ‘wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt’ – in de woorden van § 160 BGB – vormt de insteek met betrekking tot de bescherming. Art. 152 I OR gaat naar de letter niet uit van een dergelijke aansprakelijkheid, maar wordt in de Zwitserse literatuur uitsluitend in die context geplaatst. Dat laat onverlet dat art. 152 II OR aan de verwachter wel degelijk ook inhoudelijke bescherming biedt gedurende de periode van onzekerheid. Zoals ik hierna zal bespreken, lijkt dit tweede verschil in benadering voor wat betreft het Duitse recht wel degelijk te leiden tot een materieel verschil ten opzichte van het Nederlandse recht.

128 Overigens wordt de term *Vorwirkung* door een deel van de literatuur ook wel gehanteerd buiten het verband van de bescherming van de verwachter. Zie § 3.2.2.1.

We werpen nogmaals een korte blik op de eerder besproken systematiek van de (directe) bescherming van de verwachter. In § 3.2.2.1 en 3.2.2.3 stelde ik mij op het standpunt dat de Zwitserse benadering van de grondslag voor de *Vorwirkung* systematisch geheel juist is. Deze grondslag wordt gezien in de 'rechtsbetrekking in ruime zin', welke laatste deel vormt van de – ook bij opschortende voorwaardelijkheid – direct bestaande overeenkomst. In die zin is van een uitzondering op de opgeschorte werking respectievelijk het naar Zwitsers recht (waarschijnlijk) nog niet bestaan van vorderingsrecht of verbintenis dan ook geen sprake. In het verband van art. 152 OR vinden we dit in de Zwitserse literatuur ook expliciet onderkend.¹²⁹

In voormelde paragrafen zagen we ook dat de grondslag voor de *Vorwirkung* in het Duitse recht systematisch beschouwd veel minder duidelijk is. De *Schuldverhältnis im weiteren Sinne* vormt deel van de verbintenis, welke laatste in het Duitse recht naar het zich laat aanzien echter pas ontstaat met het intreden van de opschortende voorwaarde. Daarmee dringt de gedachte zich op dat ook de 'rechtsbetrekking in ruime zin' en daarmee de grondslag voor de *Vorwirkung* vooralsnog ontbreekt. Deze benadering vinden we in de Duitse literatuur echter niet terug, terwijl een deel van de literatuur in afwijking daarvan stelt dat de *Vorwirkung* wel degelijk haar grondslag vindt in de *Schuldverhältnis im weiteren Sinne* dan wel in de overeenkomst. Gezien het vorenstaande heb ik eerder mijn duidelijke twijfels uitgesproken over de houdbaarheid van deze benaderingen.¹³⁰

Voor wat betreft de thans besproken securisatie vormen § 160 BGB en art. 152 I en II OR vanuit Nederlandse optiek de essentie van de wettelijke beschermingsbepalingen.¹³¹ Zoals ik hiervoor reeds aangaf, wordt de bescherming van de verwachter in het verband van deze wetsbepalingen op de eerste plaats benaderd vanuit de aansprakelijkheid van de bezwaarde. Weliswaar lijkt art. 152 I OR op grond van de redactie overigens niet specifiek op aansprakelijkheid gericht te zijn, dat laat onverlet dat blijkens de Zwitserse literatuur de bepaling wel degelijk een uitsluitend op aansprakelijkheid gerichte strekking heeft.¹³² Dit laatste volgt overigens ook daaruit dat art. 152 II OR expliciet aan de

129 Koller 2009, p. 1287.

130 Zie § 3.2.2.1.

131 Voor een bespreking van de met art. 6:23 BW overeenstemmende § 162 BGB en art. 156 OR verwijs ik naar § 7.4 en v.w.b. de goederenrechtelijke werking van voorwaarden (ook) jegens derde-verkrijgers naar hoofdstuk 11.

132 Zoals ik reeds stelde wordt art. 152 I OR in de Zwitserse literatuur uitsluitend geplaatst in het verband van deze aansprakelijkheid, zie: Schwenger 2012, p. 68; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 860; Koller 2009, p. 1287; Huguenin e.a. 2008, p. 199; Honsell 2008, p. 615, 616; Guhl/Koller 2000, p. 59; Peter 1994, p. 303 e.v.; Bucher 1988, p. 511; Merz 1984, p. 158; Becker 1941, p. 725.

Niettemin lijkt soms toch ook gesteld te worden dat uit art. 152 I OR wel degelijk rechtstreeks de verwachter beschermende verplichtingen van de bezwaarde kunnen worden afgeleid, zie: Guhl/Koller 2000, p. 59.

verwachter materiële bescherming verleent (en art. 152 I OR ongetwijfeld niet beoogt hetzelfde te bepalen) alsmede dat de bepaling in de Zwitserse literatuur wordt beschouwd als de pendant van § 160 BGB.¹³³

In beide stelsels kan deze aansprakelijkheid in verband met de opschortende voorwaarde pas geëffectueerd worden indien de voorwaarde intreedt.¹³⁴ Vóór het intreden van die voorwaarde zou de prestatie immers evenmin opeisbaar zijn en is tevens onzeker of deze dat ooit zal worden. Voor een direct verschuldigde (vervangende) schadevergoeding bestaat derhalve gedurende de periode van onzekerheid geen reden.¹³⁵ Iets anders is dat deze systematiek de ruimte biedt voor de opvatting dat een dergelijk recht op schadevergoeding wel degelijk direct en derhalve reeds voor het intreden van de opschortende voorwaarde ontstaat, maar steeds onder dezelfde (opschortende) voorwaarde. Een benadering die we inderdaad in de literatuur van beide stelsels vinden.¹³⁶

Als tweede vereiste voor de in § 160 BGB en 152 I OR neergelegde aansprakelijkheid moet aan de zijde van de bezwaarde sprake zijn van schuld aangaande het feit dat gedurende de periode van onzekerheid inbreuk is gemaakt op het (voorwaardelijke) recht van de verwachter.¹³⁷ Er is derhalve geen sprake van risico-aansprakelijkheid dienaangaande. Of andersom gesteld, het risico van een niet aan de bezwaarde verwijtbare beschadiging of tenietgaan komt voor rekening van de verwachter. Iets anders is dat voor het Duitse recht gesteld wordt dat de ongedaanmakingsverplichtingen tussen partijen wederkerig zouden zijn.¹³⁸ Overeenkomstig hetgeen ik hiervoor bij het Nederlandse geldend recht noemde, heeft dat gevolgen voor de vraag wie van partijen het risico draagt in het geval van overmacht aan de zijde van de bezwaarde.

133 Koller 2009, p. 1287; Peter 1994, p. 305, nt. 7.

134 Duits recht: Erman/Armbrüster 2014, p. 464 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 477); Hk-BGB/Dörner 2014, p. 166; Schellhammer 2014, p. 1066; Staudinger/Bork 2010, p. 343; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 123; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1067; Flume 1992, p. 714; Johanssen e.a. 1982, § 160, rn. 1 (paginacijfers ontbreken).
Zwitsers recht: Schwenzer 2012, p. 68; Koller 2009, p. 1287; Honsell 2008, p. 616; Peter 1994, p. 304, 305, 306 nt. 11; Becker 1941, p. 725. Afwijkend echter Merz, die stelt dat het verlies van een opschortend voorwaardelijk recht een tegenwoordige schade inhoudt (Merz 1984, p. 159).

135 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 166; Schellhammer 2014, p. 1066; MüKo/Westermann 2012, p. 1719; Bork 2011, p. 504; Staudinger/Bork 2010, p. 343.

136 Duits recht: Schellhammer 2014, p. 1066; Staudinger/Bork 2010, p. 343; Wolf 1999, p. 520. Opgemerkt zij dat een vordering onder opschortende voorwaarde in beide stelsels als toekomstig kwalificeert, zie § 6.2.5.2.
Zwitsers recht: Koller 2009, p. 1287.

137 Duits recht: Erman/Armbrüster 2014, p. 464 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 477); Hk-BGB/Dörner 2014, p. 166; PWW/Brinkmann 2014, p. 222; Schellhammer 2014, p. 1066; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 621; MüKo/Westermann 2012, p. 1720; Staudinger/Bork 2010, p. 344; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1067; Wolf 1999, p. 520; Johanssen e.a. 1982, § 160, rn. 2, 4 (paginacijfers ontbreken).
Zwitsers recht: Peter 1994, p. 305.

138 Flume 1992, p. 729. In de door mij bestudeerde Zwitserse literatuur heb ik hierover geen opvattingen gevonden.

Overigens zijn § 160 BGB en art. 152 OR in beide stelsels van regeland recht, zodat partijen het ontstaan van aansprakelijkheid uiteraard ook zelf kunnen vormgeven of uitsluiten.¹³⁹

Opvallend aan de geboden bescherming op basis van het creëren van aansprakelijkheid is het volgende. De door § 160 BGB en art. 152 I OR geboden bescherming is obligatoir van aard en – wezenlijker – uitsluitend indirect. De bescherming strekt immers niet tot het reeds gedurende de periode van onzekerheid zonder meer kunnen inroepen van enigerlei vorm van bescherming. Of anders gezegd, de verplichtingen die op de bezwaarde rusten om te voorkomen dat hij uit hoofde van deze wetsbepalingen aansprakelijk zou zijn, vormen uit hoofde van die mogelijke toekomstige aansprakelijkheid nog geen zelfstandig afdwingbare verplichtingen.¹⁴⁰ De aansprakelijkheid zélf kan bovendien ook pas worden geëffectueerd vanaf het moment van intreden van de voorwaarde, zo noemde ik hiervoor. Voor de bezwaarde vormt deze derhalve uitsluitend een stok achter de deur om bijvoorbeeld aan zijn zorgplicht te voldoen. Daarmee is de door § 160 BGB in het leven geroepen ‘bescherming’ van een geheel andere orde dan uit hoofde van dezelfde inhoudelijke verplichtingen van de bezwaarde in het Nederlandse recht. Zoals ik bij de bespreking van het Nederlandse geldend recht stelde, zijn de rechten van de verwachter die betrekking hebben op securisatie van zijn positie immers wel direct afdwingbaar. Bij de onderstaande bespreking van de functie die § 160 BGB in de systematiek zou vervullen, kom ik nogmaals op deze kwestie terug.

Anders dan het Duitse recht kent het Zwitserse met art. 152 II OR wél een bepaling waar reeds gedurende de periode van onzekerheid materiële bescherming van de verwachter uit voortvloeit. Deze bescherming is blijkens de redactie van de bepaling gelijk aan die van een onvoorwaardelijke rechtsverhouding, hetgeen in de literatuur ook algemeen wordt onderschreven.¹⁴¹ Oftewel, de strekking van deze bepaling is om de verwachter dezelfde bescherming te geven als wanneer zijn recht onvoorwaardelijk zou zijn geweest. Een bescherming van de positie van de verwachter die tenminste voor wat betreft de systematiek overeenstemt met die van art. 6:26 BW. Dat betekent dat de verwachter reeds gedurende de periode van onzekerheid en afhankelijk van

139 Duits recht: MüKo/Westermann 2012, p. 1720, 1721; Staudinger/Bork 2010, p. 343; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1067; Wolf 1999, p. 520.

Zwitsers recht: BSK OR I-Ehrt 2011, p. 861; Honsell 2008, p. 616; Peter 1994, p. 308.

140 Zie expliciet in deze zin: Erman/Armbrüster 2014, p. 464 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 477); MüKo/Westermann 2012, p. 1720. Overigens stelt Flume dat ook vóór het intreden van de voorwaarde de goederenrechtelijk gerechtigde verwachter reeds in rechte kan vorderen dat de bezwaarde nalaat of verricht waartoe hij u.h.v. § 160 BGB (en overigens ook 161 BGB) verplicht is (Flume 1992, p. 707, 708).

141 Berger 2012, p. 263; Schwenger 2012, p. 68; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 861; Koller 2009, p. 1286; Huguenin e.a. 2008, p. 199; Honsell 2008, p. 617; Peter 1994, p. 309, 312; Merz 1984, p. 158.

de omstandigheden uiteenlopende zekerheden kan verlangen van de schuldenaar.¹⁴²

Een ander gevolg van het uitsluitend obligatoire karakter van § 160 BGB alsmede art. 152 I en II OR is dat de daaruit (indirect) voortvloeiende verplichtingen uitsluitend tussen partijen gelding hebben. Een schade veroorzakende derde kan derhalve niet door de verwachter uit hoofde van deze wetsbepalingen worden aangesproken.¹⁴³ In elk geval voor het Duitse recht moeten we dit restrictief interpreteren in die zin, dat ook uitsluitend de oorspronkelijk beschikkende bezwaarde onder de werking van § 160 BGB valt en bijvoorbeeld niet diens opvolger onder bijzondere titel.¹⁴⁴

Als we kijken naar de functie die de thans besproken wetsbepalingen in de systematiek hebben, dan zien we het volgende. Deze blijkt in de Duitse literatuur in meerdere opzichten omstreden te zijn. Volgens een deel van de auteurs is deze functie daarin gelegen dat ten gevolge van het ontbreken van terugwerkende kracht de bezwaarde niet jegens de verwachter aansprakelijk zou kunnen worden gehouden voor kwesties, die door schuld van de bezwaarde gedurende de periode van onzekerheid de rechten van de verwachter aantasten.¹⁴⁵ Zoals vaker geconstateerd is deze benadering bij opschortende voorwaardelijkheid van belang, omdat – buiten de gebondenheid uit hoofde van de overeenkomst – de rechtsverhouding tussen partijen nog niet bestaat. Door de *Vorwirkung* van § 160 BGB ontstaat de aansprakelijkheid echter alsnog. De wetsbepaling zou daarmee stéeds de wettelijke grondslag zijn voor de mogelijke aansprakelijkheid van de bezwaarde.¹⁴⁶

Volgens een ander deel van de literatuur is de functie van § 160 BGB in de wettelijke systematiek niet eenduidig, maar verschilt deze naar gelang sprake is van een goederenrechtelijke dan wel een obligatoire rechtsverhouding. Enig *inhoudelijk* verschil in de aansprakelijkheid van de bezwaarde jegens de goederenrechtelijk gerechtigde dan wel de uitsluitend obligatoire verwachter

142 Zie daarover het slot van deze paragraaf.

143 Duits recht: Erman/Armbrüster 2014, p. 465 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 477); (impliciet) Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 621; MüKo/Westermann 2012, p. 1720; Staudinger/Bork 2010, p. 345; Säcker 2001, p. 1599; Wolf 1999, p. 521; Flume 1992, p. 708; Johanssen e.a. 1982, § 160, rn. 3 (paginacijfers ontbreken). Zwitsers recht: BSK OR I-Ehrat 2011, p. 861, 862; (impliciet) Honsell 2008, p. 617; Peter 1994, p. 309, 310.

144 Staudinger/Bork 2010, p. 345.

145 MüKo/Westermann 2012, p. 1718, 1719; Staudinger/Bork 2010, p. 342; Erman/Hefermehl 2000, p. 477 (bij Erman/Armbrüster 2014, p. 464, 465 treffen we deze passage overigens niet meer aan). Bork onderkent overigens dat bij verbintenisrechtelijke verhoudingen het in § 160 BGB bepaalde ook uit de rechtsverhouding tussen partijen zelf kan voortvloeien, zoals een ander deel van de literatuur verdedigt (Staudinger/Bork 2010, p. 342).

146 HK-BGB/Dörner 2014, p. 166; Staudinger/Bork 2010, p. 342; Vieweg/Armgardt 2010, p. 1067.

bestaat in elk geval niet.¹⁴⁷ Bij voorwaardelijke goederenrechtelijke verhoudingen – derhalve na een beschikkingshandeling – zou volgens vorenbedoeld deel van de literatuur § 160 BGB van constitutieve aard zijn en daarmee de vorenbedoelde functie van wettelijke grondslag vervullen.¹⁴⁸ Deze stelling is daarop gebaseerd dat een beschikkingshandeling normaal gesproken uitsluitend een wijziging in de goederenrechtelijke gerechtigdheid aanbrengt en niet tevens tussen partijen verplichtingen laat ontstaan.¹⁴⁹

Voor zover daarentegen sprake is van een obligatoire verhouding, is het wetsartikel volgens deze auteurs uitsluitend van declaratoire aard.¹⁵⁰ Dit declaratoire karakter van § 160 BGB zou in deze visie daaruit volgen dat op partijen reeds uit hoofde van met name § 241 BGB dezelfde verplichtingen rusten.¹⁵¹ Bij een tekortschieten in die verplichtingen zouden uit hoofde van het algemene § 280 BGB dezelfde aansprakelijkheden ontstaan als afgeleid zouden kunnen worden uit § 160 BGB.¹⁵² Aan deze laatste benadering vallen twee zaken op. Ten eerste constateert vrijwel geen van deze auteurs dat deze opvatting hapert op het punt dat de opschortend voorwaardelijke *Schuldverhältnis* naar Duits recht waarschijnlijk nog niet bestaat.¹⁵³ Dat is een wezenlijk probleem ten aanzien van de gestelde systematiek. Ten tweede volgen uit § 241 BGB rechtstreeks verplichtingen voor partijen – ook reeds gedurende de periode van onzekerheid¹⁵⁴ – en derhalve niet uitsluitend een aansprakelijk-

147 Duits recht: Medicus 2010, p. 345 (overigens volgt deze aansprakelijkheid volgens Medicus alsdan niet uitsluitend uit § 160 BGB, maar vaak ook uit de daaraan ten grondslag liggende obligatoire of zelfs ook goederenrechtelijke verhouding); Staudinger/Bork 2010, p. 343; Wolf 1999, p. 520.

148 PWW/Brinkmann 2014, p. 222; (impliciet) Schellhammer 2014, p. 1066; Bork 2011, p. 504; Staudinger/Bork 2010, p. 343; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 123; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1067.

149 Flume 1992, p. 726, 727.

150 Jauernig/Mansel 2014, p. 127; Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; PWW/Brinkmann 2014, p. 222; Schellhammer 2014, p. 1066; MüKo/Westermann 2012, p. 1719; Medicus 2010, p. 345; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 123; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1067 (althans, Armgarth stelt dat dezelfde verplichtingen mogelijk uit de rechtshandeling voortvloeien); Wolf 1999, p. 520 (Wolf stelt dat art 160 BGB zowel bij de obligatoire als de goederenrechtelijke rechtsverhouding van declaratoire aard is); Flume 1992, p. 727.

151 Uit deze bepaling vloeit een zorgplicht voor ieder van partijen voort t.a.v. (samengevat) de belangen van de wederpartij (PWW/Brinkmann 2014, p. 222).

152 PWW/Brinkmann 2014, p. 222.

153 Westermann merkt dienaangaande echter het volgende op: ‘Da sich die Anerkennung von Sorgfalts- und Unterlassungspflichten in Bezug auf die Interessen des Vertragspartners von der Grundlage einer wirksam begründeten Hauptleistungspflicht inzwischen weitgehend gelöst hat, könnte man heute § 160 bereits als bloße Klarstellung betrachten’ (MüKo/Westermann 2012, p. 1719). Daarin is derhalve de stelling gelegen dat het inderdaad niet bestaan van de ‘Hauptleistungspflicht’ – in mijn optiek de rechtsverhouding buiten het verband van de gebondenheid van partijen – geen probleem zou vormen voor het bestaan van bijv. een zorgplicht. De onbeantwoorde vraag blijft echter hoe we het bestaan van dergelijke verplichtingen aan de zijde van de bezwaarde vanuit de systematiek moeten verklaren.

154 PWW/Brinkmann 2014, p. 222; Flume 1992, p. 714, 727.

heid bij niet-nakoming daarvan, zoals § 160 BGB doet. De strekking van § 241 BGB is daarmee deels een andere dan die van § 160 BGB. Binnen deze benadering doet zich weer de discussie voor hoe deze direct bestaande inspanningsverplichting tot (samengevat) behoud moet kwalificeren: als deel van de hoofdverplichting ter zake het betreffende goed dan wel als separate verplichting naast die hoofdverplichting.¹⁵⁵ Wat er derhalve verder van deze benaderingen van § 160 BGB zij, de plaatsing in de systematiek van de wetsbepaling blijkt nog niet zo heel eenvoudig te zijn.¹⁵⁶

Voor het Zwitsers recht ontbreekt vrijwel iedere aandacht voor de functie van art. 152 I en II OR. Weliswaar vinden we vaak de constatering dat de aan de rechtsverhouding verbonden opschortende voorwaarde er toe leidt dat de rechten van de bezwaarde vooralsnog niet opeisbaar zijn, maar of de bepaling daarmee een constitutief of declaratoir karakter heeft wordt nauwelijks besproken. Koller stelt echter dat (in elk geval) art. 152 I OR declaratoir van aard is, hetgeen in systematische zin voor het Zwitsers recht geheel juist is.¹⁵⁷ Zoals we in § 3.2.2.1 zagen, vindt de *Vorwirkung* – onder welk begrip ook de bepalingen van art. 151 OR worden gebracht – een grondslag in de rechtsbetrekking in ruime zin, zoals deze deel vormt van de direct bestaande overeenkomst. Met andere woorden, de materiële gevolgen van art. 152 I en II OR kunnen worden afgeleid uit het feit dat de rechtsverhouding direct bestaat en daarmee de beschermende bepalingen ter zake onvoorwaardelijke verbintenissen toepassing vinden. Daarmee ontbreekt ook de systematische noodzaak voor bepalingen met een constitutief karakter als neergelegd in art. 152 I en II OR.

Resteert de vraag welke verplichtingen de bezwaarde dient na te komen om de aansprakelijkheid van § 160 BGB of art. 152 I OR te voorkomen respectievelijk welke rechten de bezwaarde uit hoofde van art. 152 II OR kan uitoefenen. Ter voorkoming van aansprakelijkheid dient de bezwaarde in elk geval het betreffende goed behoorlijk te beheren en te onderhouden, dit door middel van voorzorgsmaatregelen te beschermen tegen beschadiging of tenietgaan en zich te onthouden van juridische handelingen die een negatieve uitwerking op het goed zouden kunnen hebben.¹⁵⁸ Daarbij is de te hanteren zorgvuldigheidsnorm gelijk aan de norm die geldt voor de bezwaarde uit hoofde van

155 MüKo/Westermann 2012, p. 1719.

156 Een conclusie die ook door Westermann is getrokken (MüKo/Westermann 2012, p. 1719).

157 Koller 2009, p. 1287.

158 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 166; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 620; Staudinger/Bork 2010, p. 343, 344.

Zwitsers recht: Schwenger 2012, p. 68; BSK OR I-Ehrat 2011, p. 860, 861; Koller 2009, p. 1287; Honsell 2008, p. 615, 616; Guhl/Koller 2000, p. 59; Bucher 1988, p. 511; Merz 1984, p. 158; Oser 1929, p. 691.

de verbintenissenrechtelijke verhouding tot de verwachter.¹⁵⁹ Of duidelijker gezegd, er geldt ter zake de verplichtingen die uit hoofde van § 160 BGB op de bezwaarde rusten geen andere zorgvuldigheidsnorm dan tóch al op de bezwaarde rustte.¹⁶⁰ Voor wat betreft de uit hoofde van art. 152 I OR geldende norm wordt aan deze een brede strekking toegekend. Dit volgt reeds uit de wettekst: reeds het *mogelijk* kunnen hinderen is reeds grondslag voor toepasselijheid. Het enkele feit dat de mogelijkheid bestaat van (ver)hinderen van een juiste nakoming is derhalve afdoende.¹⁶¹ Een verdere nuancering van deze norm heb ik bij de verschillende auteurs niet aangetroffen.

De rechten die de verwachter uit art. 152 II OR kan afleiden zijn gevarieerd en hebben als zodanig evenmin iets van doen met het voorwaardelijke karakter van de rechtsverhouding. De verwachter krijgt uit hoofde van deze bepaling immers dezelfde (wettelijke) rechten als bij een onvoorwaardelijke rechtsverhouding. In de Zwitserse literatuur vinden we het nergens expliciet gesteld, maar uit de gegeven voorbeelden lijkt te volgen dat art. 152 II OR uitsluitend toepassing vindt op rechten van een partij die rechtstreeks gebaseerd kunnen worden op wettelijke bepalingen. De belangrijkste daarvan zijn ongetwijfeld het recht op afdoende zorg door de bezwaarde met betrekking tot het goed, alsmede de mogelijkheid van beslaglegging door de verwachter en van de *Vormerkung*.¹⁶² Op deze plaats zij echter reeds geconstateerd dat nergens uit volgt dat op de bezwaarde (ook) uit hoofde van art. 152 II OR een zorgplicht zou rusten.

6.2.3.2 De zorgplicht van de bezwaarde en de daaruit voortvloeiende kosten

Geldend recht, nadere uitwerking

Er bestaat voor het geldend recht geen enkele twijfel dat op de bezwaarde een zorgplicht rust met betrekking tot het goed waar de voorwaardelijke rechtsverhouding betrekking op heeft. Het bestaan van deze zorgplicht vinden

159 Duits recht: Staudinger/Bork 2010, p. 344, Wolf 1999, p. 520; Flume 1992, p. 727.

Zwitsers recht: Honsell 2008, p. 615, 616. Honsell stelt althans: 'Der anzuwendende Sorgfaltsmassstab richtet sich dabei nach der bedingten Verpflichtung'.

160 Dit volgt mede daaruit dat een bepaling van die strekking in het ontwerp van het BGB als overbodig werd geschrapt (aldus: Staudinger/Bork 2010, p. 344).

161 Koller 2009, p. 1287; Honsell 2008, p. 616; Bucher 1988, p. 511.

162 Zie v.w.b. de beslaglegging: Gauch, Schlupe, Emmenegger 2014, p. 380; Honsell 2008, p. 617; Peter 1994, p. 318; Keller & Schöbi 1988, p. 107; Merz 1984, p. 159. Dit is van belang in verband met het algemene wettelijke vereiste (art. 271 I SchKG) van opeisbaarheid van een vordering voordat beslag gelegd kan worden.

Zie v.w.b. de met art. 7:3 BW vergelijkbare *Vormerkung*: Honsell 2008, p. 617; Peter 1994, p. 323 e.v.

Overeenkomstig de beschrijving van Peter (Peter 1994, p. 313 e.v.) noem ik als andere mogelijkheden: art. 83 OR, 392 OR, 506 OR, 578 ZGB, 585 ZGB, 598 ZGB en maatregelen u.h.v. het faillissementsrecht. Tevens stelt Peter dat ook het kantonale recht nog bijzondere zekerheden biedt.

we zowel in de literatuur als in de jurisprudentie onderschreven.¹⁶³ Aan de inhoud van die zorgplicht wordt in de moderne literatuur duidelijk minder aandacht besteed, hetgeen wellicht voortvloeit uit het feit dat deze blijkens de PG afhankelijk is van de 'aard van de overeenkomst en van de omstandigheden'.¹⁶⁴ Voor de hand liggend is in elk geval de verplichting tot voldoende onderhoud van een zaak alsmede bescherming tegen invloeden van buitenaf respectievelijk ongeoorloofde handelingen door derden voor zover daar redelijkerwijs aanleiding voor bestaat (derhalve kwesties als het tegengaan van verwaarlozing, vereiste koeling, bescherming tegen weersinvloeden, bewaring 'achter slot en grendel' van waardevolle zaken, het nalaten van handelingen die een zaak schade toebrengen, et cetera). Een zorgplicht die derhalve betrekking heeft op feitelijke kwesties.

Daarnaast is er een juridische zorgplicht, die vooral bestaat uit een verplichting tot het nalaten van bepaalde juridische handelingen. De bezwaarde dient de verkregen zaak bijvoorbeeld niet te verkopen of daarover ten behoeve van derden te beschikken,¹⁶⁵ althans voor zover de verwachter daar bij het intreden van de voorwaarde nadeel van zou (kunnen) ondervinden. Eventueel zal onder de zorgplicht ook een verplichting tot juridisch handelen zijn te begrijpen, zoals het maken van bezwaar tegen een overheidsbesluit waarvan (ook) de verwachter bij het intreden van de voorwaarde nadeel zou ondervinden. Een twijfelgeval is mijns inziens de vraag of op de bezwaarde ook een verzekeringsplicht rust. Dat zou immers betekenen dat ook risico's die overmacht voor de bezwaarde vormen en waarvan veelal wordt aangenomen dat deze juist niet op de bezwaarde rusten alsnog in economische zin voor zijn rekening

163 Asser/Hijma 7-I* 2013, p. 123, 124 (m.b.t. koop op proef, waarbij de zorgplicht op de *verwachter* rust); Heyman & Bartels 2012, p. 485; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 141; Reinhartz 2002, p. 5 (m.b.t. erfrechtelijke makingen onder voorwaarde); Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 134; Olthof 1992, p. 300; Vriesendorp 1985, p. 33 (m.b.t. eigendomsvoorbehoud); Hofmann/Van Opstall 1976, p. 394.

Zie ook het eerder genoemde vonnis: Rb. Arnhem 5 november 2008, LJN: BG4497, waarin een bezwaarde een kooprecht onder opschortende voorwaarde aan de verwachter heeft verstrekt, maar vervolgens alsnog aan een derde onvoorwaardelijk verkoopt. De rechtbank stelt dat de bezwaarde rekening dient te houden met de mogelijkheid dat de opschortende voorwaarde vervuld wordt en het kooprecht alsdan wordt uitgeoefend.

De enige impliciet afwijkende opvatting vond ik bij Bol (Bol 2011, p. 619). Bol stelt dat na een (ontbindend) voorwaardelijke overdracht de verkrijger (bezwaarde) gerechtigd is tot het verbouwen of slopen van een pand alsmede tot het verrichten van juridische handelingen m.b.t. dat pand. Dat geldt u.h.v. de eigenaarsbevoegdheden zonder meer t.o.v. de zaak als zodanig resp. derden, maar het is sterk de vraag of de verkrijger daarmee niet zijn zorgplicht voor dat pand jegens de verwachter schendt.

164 PG Boek 6, TM, p. 154. De MvA stelt in deze dat inhoud van de verplichtingen van de bezwaarde 'afhangen van de omstandigheden van het geval, waaronder de inhoud en strekking van de verbintenis, de gewoonte, de aard van het door hem uitgeoefende beroep of bedrijf en de middelen waarover een schuldenaar die een zodanig beroep of bedrijf uitoefent, pleegt te beschikken' (PG Boek 6, MvA II, p. 155).

165 Een niet-vervreemden vinden we ook genoemd in de PG (PG Boek 6, TM, p. 811).

zouden komen.¹⁶⁶ Daar staat tegenover dat in sommige gevallen verzekering zeer gebruikelijk is, waarvan weer gezegd kan worden dat deze daarmee deel vormt van van een gebruikelijke zorg in economische zin.

De zorgplicht van de bezwaarde bestaat voor het geldend recht direct,¹⁶⁷ ook in het geval van opschortende voorwaardelijkheid. Deze is ook als direct bestaande verplichting reeds gedurende de periode van onzekerheid afdwingbaar door de verwachter.¹⁶⁸ De bezwaarde moet er immers van aanvang af rekening mee houden dat de voorwaarde eventueel intreedt,¹⁶⁹ zodat beperkingen ten aanzien van de zorgplicht zoals de artt. 6:204 en 6:273 BW die kennen geen toepassing vinden. Zoals ik ook in § 6.2.3.1 besprak, is de sanctie op niet-nakoming van die verplichting derhalve niet uitsluitend gelegen in een eventuele verplichting tot schadevergoeding door de verwachter.

Voor wat betreft de wetssystematiek met betrekking tot het bestaan van deze zorgplicht is de situatie voor het geldend recht niet helemaal duidelijk. In de literatuur vinden we twee verschillende benaderingen, deels ook bij dezelfde auteurs. Enerzijds vinden we de benadering dat de zorgplicht van toepassing is uit hoofde van de artt. 6:204 en 6:273 BW. Dit laatste zou voortvloeien uit de MvA, waar wordt opgemerkt dat 'waar daaraan behoefte is' de afdelingen ter zake de onverschuldigde betaling alsmede de ontbinding van wederkerige overeenkomsten analoog kunnen worden toegepast.¹⁷⁰ Anderzijds vinden we de benadering dat de zorgplicht voortvloeit uit de artt. 6:26 en 6:27 BW.¹⁷¹ Een benadering die ik op grond van de systematiek van art. 6:26 BW respectievelijk het directe bestaan van (ook) de opschortend

166 Zie m.b.t. deze overmacht § 6.2.3.1.

167 V.w.b. art. 6:27 BW zelf – derhalve buiten de situatie van voorwaardelijkheid – vinden we dit ook bevestigd in de TM (PG Boek 6, TM, p. 154).

168 In deze zin ook: Struik 1983, p. 704; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 394.

169 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 141; Vegter 2008-I, p. 169 (m.b.t. herroepelijke schenking); Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 134; Zwitser 1990, p. 55.

Indirect kunnen we dit overigens ook afleiden uit de TM bij art. 6:273 BW ter zake de zorgplicht bij de mogelijkheid van een eventuele ontbinding. Volgens deze Toelichting Meijers is met die mogelijkheid 'niet bedoeld de in abstracto op grond van de wet steeds bestaande mogelijkheid van ontbinding'. Vereist is dat de debiteur aanwijzingen moet hebben dat in concreto ontbinding *kan* plaatsvinden (PG Boek 6, TM, p. 1033). Dat laatste is bij het bestaan van een voorwaarde bij de rechtsverhouding stéeds het geval, zodat op de bezwaarde inderdaad de bedoelde zorgplicht rust.

170 PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 1217. In deze zin: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 141; Scheltema 1997, p. 63 nt. 119 en p. 244 (althans, Scheltema gaat op p. 63 nt. 119 juist niet uit van analoge toepassing, maar onderschrijft ook voor dat geval toepasselijkheid van deze afdelingen); Van Buchem-Spapens 1982, p. 64. Cahen verwijst zonder verdere onderbouwing naar afd. 6.5.4 BW, althans de artt. 6:271 e.v. BW (Pitlo/Cahen 2002, p. 39).

171 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 141; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 134; Olthof 1992, p. 300; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 394.

voorwaardelijke rechtsverhouding ook zelf onderschrijf.¹⁷² Dat neemt niet weg dat ik wel enige twijfels bij deze laatste benadering heb.¹⁷³

Als we op deze plaats de in dit verband te hanteren systematiek laten voor wat zij is, doet zich voor het geldend recht de vraag voor of er materiële verschillen bestaan tussen de zorgplichten als bedoeld in de verschillende wetsartikelen. Uit de PG bij de artt. 6:27, 6:204, 6:273 alsmede 7:10 lid 4 BW volgt in ieder geval uit niets dat de wetgever enig inhoudelijk verschil tussen de bedoelde zorgplichten beoogde. Sterker, in de PG bij de individuele wetsbepalingen wordt veelvuldig verwezen naar de andere artikelen, waaruit eveneens afgeleid mag worden dat de wetgever geen inhoudelijke verschillen beoogde. Dat tussen de bepalingen deels verschillende terminologie wordt gehanteerd – een af te leveren respectievelijk terug te geven ‘zaak’ (art. 6:27 en 7:10 lid 4 BW), teruggave van het ‘goed’ (art. 6:204 BW) alsmede de ontvangen ‘prestatie’ (art. 6:273 BW) – lijkt voor wat betreft het beoogde toepassingsbereik van die bepalingen geheel zonder betekenis te zijn. Daarentegen heeft de wetgever in al deze artikelen bewust dezelfde term van ‘zorgvuldig schuldenaar’ opgenomen.¹⁷⁴ De conclusie is dan ook dat op de bezwaarde dezelfde zorgplicht rust, ongeacht op welke wetsbepaling die verder zou zijn gebaseerd.

Met betrekking tot de kosten die voortvloeien uit de zorgplicht van de bezwaarde kent art. 6:24 lid 2 BW voor het intreden van een *ontbindende* voorwaarde een vrij lastig leesbare regeling. Uit hoofde van deze bepaling vinden de artt. 3:120-124 BW overeenkomstige toepassing, althans voor zover die kosten ná de vervulling van een ontbindende voorwaarde zijn ontstaan. Uit art. 3:120 lid 2 BW volgt dat ‘de ten behoeve van het goed gemaakte kosten’ – waar de

172 Zie § 6.2.3.1.

173 V.w.b. de toepasselijkheid van art. 6:27 BW geldt bij de *ontbindend* voorwaardelijke rechtsverhouding het dogmatische argument dat de verbintenis tot ongedaanmaking uit hoofde van art. 6:24 BW volgens een deel van de literatuur en lagere rechtspraak pas ontstaat mét het intreden van de ontbindende voorwaarde (zie § 3.3.2 en 6.2.6.7). Van een ‘moeten afleveren’ in de zin van art. 6:27 BW is bij die opvatting strikt genomen geen sprake tot de voorwaarde intreedt. In de door mij zelf verdedigde opvatting van het wél gedurende de periode van onzekerheid (voorwaardelijk) bestaan van de ongedaanmakingsverbintenis vervalt dit argument uiteraard.

Voor de *opschortend* voorwaardelijke rechtsverhouding geldt blijkens art. 6:25 BW een geheel andere systematiek van ongedaanmaking. Via overeenkomstige toepassing van het leerstuk van de onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW e.v.) zal hetgeen is gepresteerd teruggegeven moeten worden (zie § 3.2.3 en m.n. 9.2.4.4, ook v.w.b. mijn opvatting dat er in juridische zin vrijwel nooit iets ongedaan te maken is). Echter, de onverschuldigde betaling kent met art. 6:204 BW een eigen regeling omtrent de zorgplicht. Het ligt niet heel erg voor de hand om het leerstuk van onverschuldigde betaling van toepassing te verklaren, maar een wettelijke grondslag voor een zorgplicht als opgenomen in de betreffende afdeling juist weer niet. Art. 6:25 BW verklaart ook niet voor niets de gehele afdeling 6.4.2 van overeenkomstige toepassing en niet uitsluitend art. 6:203 BW.

174 PG Boek 6, MvA II, p. 811.

kosten voortvloeiend uit de zorgplicht mede onder zullen zijn begrepen¹⁷⁵ – voor rekening van de bezitter komen. Deze bezitter is de in art. 6:24 lid 2 BW genoemde ‘schuldenaar’, waarmee de oorspronkelijke vervreemder (vóór het intreden van de voorwaarde derhalve de verwachter) wordt bedoeld.¹⁷⁶ Vanaf het intreden van de ontbindende voorwaarde komen de bedoelde kosten derhalve voor rekening van de (aanvankelijke) verwachter. Uit deze benadering dat de kosten ná het intreden van de voorwaarde voor rekening van de (aanvankelijke) verwachter komen, volgt eigenlijk reeds dat deze vóór dat intreden voor rekening van de bezwaarde zijn en blijven. Dat vinden we in de PG bevestigd.¹⁷⁷

Opgemerkt zij echter dat het toepassingsbereik van art. 6:24 lid 2 BW als zodanig bescheiden is. Mét het intreden van een ontbindende voorwaarde die goederenrechtelijke werking heeft is de aanvankelijke bezwaarde van rechtswege niet langer rechthebbende van het goed en houdt hij dit voor de aanvankelijke verwachter (thans weer onvoorwaardelijk rechthebbende).¹⁷⁸ Met andere woorden, de aanvankelijke bezwaarde kwalificeert vanzelf niet langer als ‘bezitter’, maar de (aanvankelijke) verwachter heeft deze hoedanigheid verkregen. De artt. 3:120 e.v. BW vinden derhalve rechtstreeks toepassing op de (aanvankelijke) verwachter en de in art. 6:24 lid 2 BW bedoelde *overeenkomstige* toepassing van die wetsbepalingen vervult geen enkele functie. Ook dit vinden we in de PG bevestigd.¹⁷⁹ Daarmee ziet art. 6:24 lid 2 BW uitslui-

175 De strekking van art. 3:120 lid 2 BW is echter ruimer. Zie art. 3:123 BW waar uit volgt dat onder de bedoelde kosten tevens zijn begrepen de kosten van veranderingen of toevoegingen aangebracht door de bezitter.

176 Dit blijkt reeds uit de samenhang met lid 1 waar met ‘schuldeiser’ zonder twijfel de bezwaarde is bedoeld. Het is immers de bezwaarde die de reeds door de verwachter ten behoeve van hem verrichte prestaties ongedaan zal moeten maken indien de ontbindende voorwaarde intreedt. Het feit dat sprake is van de ‘schuldeiser’ ziet in dit verband op de oorspronkelijke (ontbindend voorwaardelijke) vordering die deze schuldeiser resp. bezwaarde had op de schuldenaar respectievelijk verwachter. Echter, ingeval art. 6:24 BW toepassing vindt, is de ontbindende voorwaarde ingetreden en zijn de rollen van schuldeiser en schuldenaar voor wat betreft de ontstane ongedaanmakingsverplichtingen omgekeerd. De oorspronkelijke schuldeiser is thans schuldenaar en vice versa.

Helemaal gelukkig is deze in art. 6:24 BW gehanteerde terminologie daarmee niet. Dat men bij deze ‘omgekeerde’ terminologie relatief eenvoudig tournures maakt, blijkt wel uit de PG bij art. 6:24: ‘Men denke aan het geval dat [] en zo enige tijd verstrijkt, eer van de schuldenaar ongedaanmaking van de prestatie wordt verlangd’ (PG Boek 6, M.v.A. II, p. 152). Bedoeld is de schuldenaar bij de ongedaanmakingsverplichting, in de woorden van art. 6:24 lid 1 BW en het overigens in de PG vermelde derhalve de ‘schuldeiser’.

177 PG Boek 6, MvA II, p. 152.

178 Partijen verkeren in de onmogelijkheid om o.g.v. hun rechtsverhouding een scheiding aan te brengen tussen het recht op het goed (eigendom) en het bezit daarvan. De overgang van de eigendom betekent derhalve dat daarmee ook de aanvankelijke verwachter wederom bezitter wordt. Dat spreekt voor zich in de situatie dat partijen bekend zijn met het intreden van de voorwaarde en dit ook niet betwisten. Zoals ik in § 10.2 verdedig geldt dit echter ook in de situatie waarin partijen nog onbekend zijn met het intreden van de voorwaarde.

179 PB Boek 6, MvA II, p. 152.

tend op de vrij specifieke situatie waarbij een ontbindende voorwaarde geen goederenrechtelijke werking heeft en bij wijze van ongedaanmakingsverplichting aan de verwachter (terug-)geleverd dient te worden.¹⁸⁰ Deze zelfde systematiek vinden we overigens ook met betrekking tot de in art. 6:24 lid 2 BW bedoelde vruchten, in welk verband ik het vorenstaande enigszins uitgebreider bespreek.¹⁸¹ Van geheel andere orde is de vraag wáárom de wetgever voor een bepaling als art. 6:24 lid 2 BW heeft gekozen, waar ik onderstaand bij de opschortende voorwaardelijkheid op terugkom.

Voor de ontbindende voorwaarde mét goederenrechtelijke werking resteert nog de vraag wie van partijen de eventueel na het intreden van de voorwaarde door de (aanvankelijke) bezwaarde gemaakte kosten dient te dragen. De bezwaarde die derhalve geen rechthebbende tot het goed meer is, maar klaarblijkelijk wel nog kosten voor dat goed heeft gemaakt. Het antwoord op deze vraag hangt af van de rechtsverhouding waarin partijen na het intreden van de voorwaarde staan. Uit de inhoud van die rechtsverhouding dan wel het intussen ontbreken van enigerlei rechtsverhouding zal dit antwoord moeten worden afgeleid. Voor zover partijen geen afspraken dienaangaande hebben gemaakt, is het echter bepaald niet eenvoudig om voor het individuele geval vast te stellen op wie de draagplicht ter zake deze kosten rust.¹⁸²

Als we vervolgens kijken naar de omgekeerde situatie van het intreden van een *opschortende* voorwaarde, dan valt direct op dat een spiegelbeeldige bepaling voor art. 6:24 lid 2 BW ontbreekt. Met andere woorden, terwijl de kosten ontstaan na het intreden van een ontbindende voorwaarde en voordat een teruglevering aan de verwachter heeft plaatsgevonden voor rekening van de *verwachter* komen, blijven diezelfde kosten na het intreden van een opschortende voorwaarde en voordat een levering aan de verwachter heeft plaatsgevonden voor rekening van de *bezwaarde*. Daarbij moeten we voor ogen houden dat deze laatste regeling de normale systematiek vormt. De kosten ter zake de zorg voor een goed rusten immers op de rechthebbende, in het normale geval tevens de bezitter van dat goed. Door de levering van het goed wordt de wederpartij rechthebbende respectievelijk bezitter en komen deze kosten vanaf het moment van levering ook voor diens rekening.

180 Het is enigszins de vraag of de wetgever zélf zich dit wel steeds bewust is geweest. Zie Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 6, p. 8, waar tenminste de schijn gewekt wordt dat deze wetsbepaling een brede strekking zou hebben.

181 Zie § 9.2.4.5.

182 Dat begint reeds met de vraag of uit de rechtsverhouding tussen partijen voortvloeit dat de aanvankelijke bezwaarde op enigerlei wijze bevoegd is de belangen van de aanvankelijke bezwaarde (thans weer onvoorwaardelijk rechthebbende) te behartigen. Afhankelijk van het antwoord kan de regeling van de zaakwaarneming al dan niet toepassing vinden. Ook zou bij het ontbreken van een bevoegdheid een vordering u.h.v. de ongerechtvaardigde verrijking kunnen bestaan. Indien wel een dergelijke bevoegdheid bestaat, is het antwoord op de vraag naar de draagplicht van de kosten afhankelijk van de inhoud van die bevoegdheid. Is bijv. sprake van een bevoegde vertegenwoordiging of van een (wellicht stilzwijgende) bruikleenovereenkomst?

Het is dan ook veel eerder de vraag waarom de wetgever met art. 6:24 lid 2 BW bij ontbindende voorwaarden voor de tegenovergestelde benadering heeft gekozen. De argumentatie in de MvA dienaangaande – in het OM kwam de bepaling niet voor – is mijns inziens flinterdun. Uitsluitend de verwijzing naar de artt. 6:206 en 6:275 BW en de constatering dat een dergelijke bepaling ‘hier niet minder dan daar op zijn plaats’ is vormt de gehele onderbouwing.¹⁸³ Dat de artt. 6:206 en 6:275 BW met de onverschuldigde betaling en de ontbinding wegens een tekortschieten een geheel andere achtergrond kennen dan een op partijwil gebaseerde ontbindende voorwaarde, heeft de wetgever niet onderkend. Dat bovendien het vorenbesproken merkwaardige verschil met opschortende voorwaardelijkheid zou optreden, lijkt de wetgever evenmin te hebben gezien. Daarmee vormt art. 6:24 lid 2 BW in mijn optiek een merkwaardig manco in de wettelijke regeling van voorwaarden.

Bij gebreke aan een afwijkende bepaling als art. 6:24 lid 2 BW moet de vraag wie van partijen de kosten voortvloeiend uit de zorgplicht moet dragen, beantwoord worden aan de hand van de normale systematiek. Uitgangspunt is derhalve dat de bezitter deze kosten draagt voor zover uit de rechtsverhouding niet anders voortvloeit.

Oud BW

Onder het OBW ging een wezenlijk deel van de literatuur uit van het bestaan van een zorgplicht van de bezwaarde, zowel bij ontbindende als bij opschortende voorwaardelijkheid.¹⁸⁴ Van enige betwisting onder het OBW van het bestaan van een zorgplicht is mij niet gebleken. Ook art. 1300 lid 4 OBW duidde op het bestaan van een zorgplicht, maar deze werd in lijn met de redactie van deze wetsbepaling slechts in verband gebracht met eventuele aansprakelijkheid van de bezwaarde. Dat alles liet overigens onverlet dat de aandacht voor een eventuele zorgplicht onder het OBW bescheiden was. De mogelijke inhoud van een dergelijke zorgplicht kwam zelfs nauwelijks aan bod.¹⁸⁵

In het geval van opschortende voorwaardelijkheid was onder het OBW het bestaan alsmede de grondslag voor deze zorgplicht onzeker.¹⁸⁶ Een wetsbepaling waar deze voor de voorwaardelijke rechtsverhouding uit zou voortvloeien ontbrak in elk geval. Althans, naar de redactie van art. 1298 OBW zou een dergelijke verplichting in mijn optiek eventueel uit de bepaling kunnen worden

¹⁸³ PG Boek 6, MvA II, p. 152.

¹⁸⁴ Hofmann/Van Opstall 1976, p. 394; Asser/Rutten 1973, p. 144; De Bruijn 1945, p. 235; Van Brakel 1935a, p. 22; Veegens/Oppenheim 1917, p. 41. Zie ook de opvatting van de PG in HR 19 december 1879, W. 4456, waar deze stelt dat op de *verwachter* (koper/eigenaar onder opschortende voorwaarde) de verplichting rust de betreffende zaak te beheren als een goed huisvader.

¹⁸⁵ Zie echter de onderstaand vermelde opvatting van Everts.

¹⁸⁶ In het verband van ontbindende voorwaardelijkheid lijkt het directe bestaan daarvan onbetwist te zijn geweest, maar de aandacht daarvoor was minimaal, ook v.w.b. de grondslag voor het bestaan van die zorgplicht.

afgeleid, maar in de literatuur van het OBW vinden we een dergelijke opvatting niet. Dit ontbreken van een wettelijke grondslag in combinatie met het vaak aangenomen nog niet bestaan van de opschortende voorwaardelijke verbintenissen leidde tot een beperkt aantal verschillende benaderingen. Zo vinden we reeds in de negentiende eeuw de opvatting dat de zorgplicht voortvloeide uit 'algemene rechtsbeginselen',¹⁸⁷ waarmee waarschijnlijk tevens gegeven was dat deze reeds gedurende de periode van onzekerheid bestond. Ook Van Opstall nam aan dat de zorgplicht bij opschortende voorwaardelijkheid direct bestond, maar de grondslag voor die benadering blijft bij hem onduidelijk. Eventueel kon zijns inziens die zorgplicht ook geconstrueerd worden door middel van de terugwerkende kracht bij het intreden van de voorwaarde. Een gedachte die we veel eerder ook bij Van Brakel vinden.¹⁸⁸ Gedurende de periode van onzekerheid bestaat de zorgplicht alsdan nog niet, maar uit hoofde van de terugwerkende kracht is deze alsnog tóch geschonden voor wat betreft de periode van onzekerheid. Nadeel van deze laatste benadering was (ook) in de visie van Van Opstall dat deze slechts kon leiden tot vergoeding van schade – zoals overigens ook uit art. 1300 lid 4 BW voortvloeide – maar niet tot een reeds gedurende de periode van onzekerheid afdwingbare verplichting.¹⁸⁹

In de literatuur en jurisprudentie van het OBW vinden we enige aanwijzingen dat de kosten voortvloeiend uit de zorgplicht door de verwachter aan de bezwaarde dienden te worden vergoed, óók voor wat betreft kosten gemaakt gedurende de periode van onzekerheid.¹⁹⁰ Everts stelde in dat verband dat de door de bezwaarde gemaakte 'noodzakelijke en nuttige' kosten alsmede onderhoudskosten ten aanzien van de zaak door de verwachter bij het intreden van de ontbindende voorwaarde dienden te worden vergoed.¹⁹¹ Naar alle waarschijnlijkheid moeten we deze benadering van de draagplicht van de kosten plaatsen in het licht van de terugwerkende kracht. Van meer dan

187 Zie de opvatting van de PG in HR 19 december 1879, W. 4456, waar deze stelt dat op de *verwachter* (koper/eigenaar onder opschortende voorwaarde) de verplichting rust de zaak te beheren als een goed huisvader.

188 Van Brakel spreekt in dit verband van 'schuld' van van de bezwaarde (Van Brakel 1935a, p. 22). Overigens verklaart Van Brakel deze aansprakelijkheid van de bezwaarde uit de terugwerkende kracht die de voorwaarde onder OBW had.

189 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 394.

190 Everts 1883, p. 191. Het Hof 's-Gravenhage ging er in de zaak die leidde tot HR 25 februari 1916 van uit dat de (ontbindend voorwaardelijke) verwachter tevens gehouden was tot vergoeding aan de bezwaarde van bewaarloon en assuratiekosten verschuldigd aan derden voor de periode ná het intreden van de ontbindende voorwaarde (zie HR 25 februari 1916, NJ 1916, 501. PG Noyon spreekt in dat verband van kosten voor het behoud van het goed). Zie ook: HR 19 december 1879, W. 4456, waarbij de Hoge Raad vaststelde dat de rechtbank terecht had gesteld dat de verkoper onder ontbindende voorwaarde tevens gehouden was tot vergoeding van de kosten aan de koper van emballage, vracht en verzekering van de betreffende zaken. De koper had deze kosten gemaakt bij zijn pogingen de betreffende goederen (vóór het intreden van de voorwaarde) te verkopen.

191 Everts 1883, p. 191.

bescheiden aandacht voor deze draagplicht was onder het OBW echter geen sprake, zodat ik mede in verband met het ontbreken van ieder belang voor het geldend recht deze kwestie voor het OBW laat voor wat zij is.

Duits recht

Voor het Duitse recht is de zorgplicht van de bezwaarde onbetwist.¹⁹² Zoals we in § 6.2.3.1 zagen vloeit deze in elk geval voort uit § 160 BGB. We constateerden echter tevens dat deze bepaling uitsluitend leidt tot mogelijke aansprakelijkheid van de bezwaarde ingeval van het intreden van schade. Een reeds gedurende de periode van onzekerheid afdwingbare verplichting kan niet worden afgeleid uit het artikel. Dat laat onverlet dat een deel van de literatuur wel degelijk ook een direct afdwingbare zorgplicht aanneemt, waarvan ik in voormelde paragraaf echter stelde dat de grondslag daarvoor lastig te duiden valt.

De inhoud van de zorgplicht lijkt niet af te wijken van die in het Nederlandse recht. Op de bezwaarde rust in ieder geval een verplichting tot een behoorlijk beheer van het goed.¹⁹³ Dit beheer bestaat uit een verplichting tot feitelijk onderhoud, het voorkomen van beschadiging of tenietgaan en het zich onthouden van juridische handelingen die een negatieve uitwerking op het goed zouden kunnen hebben.¹⁹⁴ De norm voor hetgeen als *behoorlijk* kwalificeert – wanneer is de bezwaarde zodanig zorgvuldig in zijn beheer om bij het desondanks ontstaan van schade niet aansprakelijkheid te zijn jegens de verwachter – wordt afgeleid uit de algemene § 276 BGB ter zake onvoorwaardelijke verhoudingen. Daaruit volgt dat op de bezwaarde – uiteraard – geen andere of meer omvattende zorgplicht rust dan geldt uit hoofde van een onvoorwaardelijke rechtsverhouding.¹⁹⁵ Aan de vraag wie van partijen de kosten voortvloeiend uit de zorgplicht heeft te dragen, besteedt de Duitse literatuur in het verband van voorwaardelijke verhoudingen geen aandacht. Daar gaat sterk de suggestie van uit dat in het verband van voorwaardelijkheid geen afwijkende regelingen gelden ten opzichte van onvoorwaardelijke verhoudingen. Deze laatste vormen geen deel van dit onderzoek.

Zwitsers recht

In § 6.2.3.1 heb ik reeds beschreven dat de zorgplicht van de bezwaarde in het Zwitserse recht in elk geval uit art. 152 I voortvloeit. Deze bepaling creëert

192 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 166; Medicus 2010, p. 344; Staudinger/Bork 2010, p. 343; (impliciet) Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 123; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1067.

193 Staudinger/Bork 2010, p. 343.

194 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 166; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 620; Staudinger/Bork 2010, p. 343, 344; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1067.

195 Staudinger/Bork 2010, p. 344; (impliciet) Vieweg/Armgarth 2010, p. 1067; Wolf 1999, p. 520; Flume 1992, p. 727. Dit volgt ook daaruit dat een ontwerpbeepaling met dezelfde strekking als 276 BGB gericht op voorwaardelijke verhoudingen voor het BGB als overbodig werd geschrapt (aldus: Staudinger/Bork 2010, p. 344).

een aansprakelijkheid voor de verwachter ingeval van schade aan de zijde van de verwachter ten gevolge van een niet-juiste nakoming van de zorgplicht door de bezwaarde. Het wetsartikel wordt in die zin extensief uitgelegd dat onder de werking van deze bepaling niet alleen verplichtingen tot een niet-doen zijn begrepen, maar ook verplichtingen tot een handelen in juridische of feitelijke zin. Derhalve kan uit art. 152 I OR de indirecte – uitsluitend tot eventuele aansprakelijkheid leidende – verplichting voortvloeien tot onderhoud en behoud van de zaak, waaronder mede begrepen het treffen van voorzorgsmaatregelen.¹⁹⁶

Anders dan art. 152 I OR biedt art. 152 II OR een rechtstreekse bescherming aan de verwachter door middel van rechten die reeds gedurende de periode van onzekerheid door de verwachter kunnen worden ingeroepen. Zoals ik in voormelde paragraaf echter reeds stelde, wordt deze bepaling in de literatuur uitsluitend betrokken op rechten die een rechtstreekse grondslag in het OR of ZGB hebben. Een zorgplicht van de bezwaarde wordt in dat verband niet genoemd en heb ik evenmin anderszins kunnen afleiden uit een op grond van art. 152 II OR toepasselijke wetsbepaling. Naar het zich laat aanzien – ik ben enigszins voorzichtig – kent het Zwitsers recht derhalve geen zorgplicht die direct afdwingbaar is, waarmee het Zwitsers recht derhalve afwijkt van het Nederlandse. Gezien de redactie van art. 211 lid 1 en 2 van het OR 2020 lijkt diezelfde benadering ook in deze concept-bepalingen te zijn gehandhaafd.

Overeenkomstig het Duitse recht ontbreekt iedere aandacht voor de draagplicht van kosten voortvloeiend uit de zorgplicht zoals die in elk geval uit art. 152 I OR voortvloeit.

6.2.4 Goede trouw

Inleiding

Het al dan niet te goeder trouw zijn van een partij is met name van belang voor de derdenbescherming bij verkrijging van een goed, de verjaring alsmede de draagplicht van kosten en gerechtigdheid tot vruchten van de bezitter. De goede trouw heeft derhalve vooral betekenis voor goederenrechtelijk getinte kwesties.¹⁹⁷ In deze paragraaf zal ik de goede trouw bij voorwaardelijkheid dan ook in dat verband bespreken. De voorliggende vraag is hoe we de goede trouw moeten beoordelen in relatie tot die voorwaardelijkheid. Die vraag omvat drie aspecten. Ten eerste is er de eenvoudig te beantwoorden vraag

¹⁹⁶ Schwenzer 2012, p. 68; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 860, 861; Koller 2009, p. 1287; Honsell 2008, p. 616; Guhl/Koller 2000, p. 59; Bucher 1988, p. 511; Merz 1984, p. 158; Guhl 1944, p. 56; Oser 1929, p. 691.

¹⁹⁷ Andere kwesties die betrekking hebben op de goede trouw zijn o.a. het vertrouwen op het bestaan van een toereikende volmacht (3:70 BW) en de pluraliteit van schuldeiser (art. 3:15 lid 3 BW). Deze zeker in het kader van voorwaardelijkheid zeer specifieke kwesties laat ik voor wat ze zijn.

per welk moment sprake moet zijn van goede trouw: het moment van de levering of bezitsverkrijging dan wel het latere moment van intreden van de voorwaarde? Op de tweede plaats is er de vraag wat het criterium is voor het aannemen van goede trouw in verband met de voorwaardelijkheid. Dit niet zozeer voor de vraag of een partij (on)voorwaardelijk rechthebbende is – dat is de ‘normale’ toetsing van de goede trouw – maar of de wederpartij er wellicht van uit mag gaan dat de voorwaarde zál intreden en in die zin toch te goeder trouw is. Een derde aspect betreft de vraag naar de goede trouw met betrekking tot het al dan niet reeds ingetreden zijn van een voorwaarde. Deze laatste vraag komt in § 11.4.4 aan de orde in het verband van specifieke beschermingsbepalingen, waaronder de goede trouw in het verband van de bescherming bij de verkrijging van registergoederen.

In theorie is het denkbaar dat de goede trouw een rol speelt bij ontbindende voorwaardelijkheid.¹⁹⁸ Vraagstukken terzake de goede trouw liggen echter bij opschortende voorwaardelijkheid en met name het eigendomsvoorbehoud veel meer voor de hand, zodat ik deze als uitgangspunt neem bij de bespreking in deze paragraaf. Het OBW komt uitsluitend ter sprake in het verband van een aantal arresten. De goede trouw bij voorwaardelijkheid in Duitse en Zwitserse recht komen slechts zijdelings aan bod.

Geldend recht, nadere uitwerking

Het toetsingsmoment van de goede trouw is voor het geldend recht zonder twijfel het moment waarop de levering respectievelijk bezitsverkrijging plaatsvindt.¹⁹⁹ Een wijziging nadien van hetgeen de de betreffende partij weet of behoort te weten maakt voor de goede trouw geen verschil. Voor het Duitse en Zwitserse recht is dat niet anders.²⁰⁰ Dat is ook vanuit de systematiek begrijpelijk, omdat het toetsingsmoment voor de goede trouw wordt gevormd door het moment van voltooiing van de levering.²⁰¹ Het feit dat de overdracht onder opschortende voorwaarde plaatsvindt, maakt dat niet anders. De levering heeft immers reeds plaatsgevonden. De benadering bij een aantal auteurs dat ingeval de *levering* onder opschortende voorwaarde plaatsvindt daarmee dit toetsingsmoment – in verband met het veronderstelde uitstel van

198 Een zaak wordt bijv. overgedragen met een terugleveringsverplichting bij wijze van ongedaanmaking indien een ontbindende voorwaarde intreedt. De goede trouw van de (ontbindend voorwaardelijke) verwachter zou alsdan van belang kunnen zijn, zij het niet in het verband van die voorwaardelijkheid.

199 Reehuis 2013, p. 79; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 529; Fesevur 2005, p. 179; Faber 2000, p. 182 (ook Faber 1997, p. 212).

In deze zin ook de Hoge Raad: HR 4 april 1986, NJ 1986, 810.

200 Zie voor beide stelsels § 11.1.3.

201 Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 128; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 327; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 296, 315. Dit uiteraard m.u.v. de levering bij wege van constitutum possessorium.

de voltooiing van de levering – wordt uitgesteld tot het moment van intreden van de voorwaarde, onderschrijf ik overigens niet.²⁰²

De tweede thans te bespreken vraag naar het criterium óf bij voorwaardelijkheid sprake is van goede trouw, is deels lastiger te beantwoorden. Tussen partijen bij de voorwaardelijke rechtsverhouding zal die in elk geval ontbreken in die zin dat partijen steeds rekening moeten houden met de mogelijkheid dat de voorwaarde intreedt. Subjectieve onzekerheid – de onzekerheid van partijen ten aanzien van het al dan niet plaatsvinden van de gebeurtenis – is uitsluitend van belang voor het tot stand brengen van de voorwaardelijkheid.²⁰³ Is eenmaal sprake van voorwaardelijkheid, dan bestaat deze voort óók als een of beide partijen er nadien helemaal niet van uitgaan dat (nog) sprake is van onzekerheid. Met andere woorden, het verval van uitsluitend subjectieve onzekerheid bij het tegelijkertijd voortbestaan van objectieve onzekerheid brengt geen wijziging in de bestaande voorwaardelijkheid van de rechtsverhouding.²⁰⁴ Dat rechtvaardigt ook in abstracto dat een wijziging in die subjectieve beleving van de onzekerheid geen goede trouw ten aanzien van het niet-bestaan van de voorwaardelijkheid met zich brengt.

Het vorenstaande lijkt uitsluitend van belang te zijn voor de vraag of in de relatie tussen partijen de aanvankelijke bezitter te goeder trouw bij het intreden van een ontbindende voorwaarde (waarbij deze bezitter de eigendom van de in bezit gehouden zaak verliest aan zijn wederpartij) alsnog bezitter te kwader trouw zou worden. In § 10.2 verdedig ik dat in een dergelijk geval van het intreden van de voorwaarde de aanvankelijke bezitter (bezwaarde) tezamen met de eigendom altijd ook het bezit verliest en houder wordt voor de (aanvankelijke) verwachter. Van een bezit te goeder of te kwader trouw bij de (aanvankelijke) bezwaarde kan in die benadering derhalve niet langer sprake zijn. Als we deze benadering echter zouden afwijzen en willen aannemen dat de (aanvankelijke) bezwaarde na het intreden van de voorwaarde toch bezitter kan zijn gebleven, dan is hij op grond van het vorenstaande

202 Zie voor deze benadering o.m.: Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 529. Deze opvatting is daarop gegrondvest dat de opschortende voorwaardelijkheid van de levering er toe zou leiden dat daarmee de levering nog niet zou zijn voltooid. Dat zou pas het geval zijn bij het intreden van de voorwaarde, waarmee het toetsingsmoment ook zou verschuiven naar dat latere moment. Een zelfde gedachte vinden we soms t.a.v. het bestaan van beschikingsbevoegdheid bij de vervreemder. De onbeantwoorde vraag is echter wáárom de opschortende voorwaardelijkheid zou leiden tot een (nog) niet tot stand gekomen levering. Immers, een voorwaarde leidt in de breed gedragen opvatting tot een opgeschorte ‘werking’, niet tot het nog niet tot stand gekomen zijn van de (rechts-)handeling, zie § 3.1.3.1. Afgezien daarvan heeft de Hoge Raad in enkele arresten de voorwaarde in het kader van de goederenrechtelijke werking verbonden aan de goederenrechtelijke overeenkomst, derhalve wel degelijk aan een aspect van de levering (zie § 11.2.6).

203 Zie § 2.4.3 en 4.1.3.2.

204 Dat is uiteraard anders indien ook *objectief* vaststaat dat de gebeurtenis is of zal intreden dan wel niet meer zal intreden.

bezitter te kwader trouw indien hij bekend is met het intreden van de voorwaarde.²⁰⁵ De bezwaarde moest immers rekening houden met de mogelijkheid dat de voorwaarde zou kunnen intreden, ongeacht zijn subjectieve beleving van de betreffende onzekerheid.

Van wezenlijk groter belang is het te hanteren criterium voor toetsing van de goede trouw van een *derde* met betrekking tot de voorwaardelijkheid van de rechtsverhouding tussen partijen. De vraag of de derde te goeder trouw is met betrekking tot het ontbreken (of wellicht juist het veronderstelde bestaan) van de voorwaardelijkheid, wordt uiteraard beantwoord op basis van hetgeen hij weet of behoort te weten. Voor het Duitse recht is deze aldus geformuleerd dat de derde ervan uit mag gaan dat de gerechtigdheid van de vervreemder niet door het intreden van een voorwaarde zou kunnen vervallen.²⁰⁶ In het verband van de voorwaardelijkheid is derhalve geen sprake van een afwijkend criterium. Het feit dat de derde bekend is met de voorwaarde in de relatie tussen partijen wil echter op grond van de hierna te bespreken rechtspraak van de Hoge Raad niet steeds zeggen dat deze derde niet te goeder trouw is. We lopen deze rechtspraak langs om vervolgens te bezien of daar criteria uit zijn af te leiden ten aanzien van het al dan niet bestaan van goede trouw.

In het arrest van 6 januari 1961 moest de Hoge Raad oordelen over de goede trouw van een pandhouder die een pandrecht had verkregen op roerende zaken die door de pandgever respectievelijk koper nog niet waren betaald.²⁰⁷ Dientengevolge bestond ten tijde van de latere vestiging van het pandrecht de mogelijkheid dat de in art. 1302 OBW omschreven wettelijke ontbindende voorwaarde van wanprestatie zou kunnen intreden, waarmee de pandgever (met terugwerkende kracht) de eigendom zou verliezen en dientengevolge ook het pandrecht zou komen te vervallen. De pandhouder was ook bekend met die mogelijkheid, zodat het enkele criterium van het weten of behoren te weten van de pandnemer aan goede trouw in de weg zou staan.

Deze bekendheid stond er volgens de Hoge Raad echter niet aan in de weg om toch goede trouw bij de pandhouder aan te nemen indien 'voor hem geen redenen bestonden om te twijfelen aan het normaal tot afwikkeling komen van die koopovereenkomst noch om bedacht te zijn op de mogelijkheid van

205 Bij Schoordijk vinden we dezelfde slotconclusie (Schoordijk 1979, p. 110, 111).

206 Wolf 1999, p. 523. Medicus zegt het anders, maar bedoeld m.i. hetzelfde: 'Die Redlichkeit des Erwerbers muss sich darauf beziehen, die Berechtigung des Veräußerers sei unbedingt' (Medicus 2010, p. 346). Een verschil bestaat slechts in die situaties waarin de bezwaarde onvoorwaardelijk mag beschikken, ondanks zijn voorwaardelijke gerechtigdheid. Dit laatste is bijv. vaak het geval bij het eigendomsvoorbehoud.

207 HR 6 januari 1961, NJ 1962, 19 (Seneca).

wanprestatie en ontbinding'.²⁰⁸ In dat verband overweegt de Hoge Raad dat deze goede trouw een iets andere betekenis heeft dan in het algemeen. Normaal ziet de goede trouw op 'niet aan eigen schuld te wijten onbekendheid' van de verkrijger, terwijl deze thans bestaat uit (samengevat) geen reden tot twijfel aan een normale afwikkeling. Overeenkomstig de hierna besproken arresten hecht de Hoge Raad in dit verband tevens aan het verkeersbelang.

In 1971 moest de Hoge Raad oordelen over de goede trouw in relatie tot het recht van reclame.²⁰⁹ In het betreffende geval had een derde een pandrecht verkregen van een koper, waarna de verkoper het hem toekomende recht van reclame uitoefende.²¹⁰ De pandhouder beroept zich op grond van art. 1198 lid 5 OBW op het desondanks tot stand gekomen zijn van het pandrecht. Van dit artikel werd echter algemeen aangenomen dat het pandrecht ingeval van het ontbreken van goede trouw toch niet tot stand was gekomen.²¹¹ Daarmee deed zich de vraag voor of ten tijde van de verkrijging van het pandrecht de pandhouder te goeder trouw was geweest. Die vraag spitste zich met name toe op het feit dat de pandhouder ermee bekend was dat de verkoper nog niet betaald was. De pandhouder was derhalve ook bekend met de mogelijkheid van het invoeren van het recht van reclame door deze verkoper. Dat enkele gegeven is volgens de Hoge Raad echter onvoldoende om het ontbreken van goede trouw aan te nemen. Waar het in dat geval wederom op aankomt is dat de pandhouder 'ook reden had om te twijfelen aan het normaal tot afwikkeling komen van de koopovereenkomst'.²¹²

In het arrest van 29 juni 1979 kwam in het kader van een eigendomsvoorbehoud – zoals gebruikelijk vormgegeven als opschortende voorwaarde voorwaarde van voldoening van de koopprijs – onder meer de vraag aan de orde welke criteria golden voor het aannemen van goede trouw bij de derde-verkrijger.²¹³ Het vraagstuk van de goede trouw lijkt in dit arrest specifiek geplaatst te worden binnen de kaders van de figuur van het eigendomsvoorbehoud. Enige voorzichtigheid voor wat betreft een algemenere strekking van dit arrest

208 P-G Langemeijer komt in zijn conclusie bij dit arrest tot dezelfde uitkomst, maar is overigens sterk terughoudend v.w.b. het aannemen van goede trouw in geval van een voorwaardelijke gerechtigdheid bij de vervreemder en bekendheid daarmee bij de verkrijger.

209 HR 12 juni 1970, NJ 1971, 203. In zijn noot bij dit arrest werd door Houwing de strekking daarvan in een breder verband geplaatst dan uitsluitend de verkrijging van een pandrecht. De door de Hoge Raad verkondigde opvatting was z.i. ook van toepassing bij de verkrijging van eigendom door bezitsverschaffing. Hij noemt m.n. het geval van ontbinding wegens wanprestatie (art. 1302 OBW).

210 Welk recht van reclame blijktens dit arrest en de toen heersende opvatting in de literatuur was te beschouwen als een ontbinding van de koopovereenkomst met een terugkeer van rechtswege van de eigendom naar de verkoper.

211 Zie HR 6 januari 1961, NJ 1962, 19 (Seneca), waarin de Hoge Raad het vereiste van goede trouw inderdaad koppelt aan art. 1198 lid 5 OBW.

212 A-G Berger had in deze nog anders geconcludeerd.

213 HR 29 juni 1979, NJ 1980, 133, m. nt. WMK (Hoogovens/Matex).

is derhalve op zijn plaats.²¹⁴ De Hoge Raad onderschrijft de visie van het hof dat voor de goede trouw van de derde-verkrijger betekenis toekomt aan de financiële reputatie van de verwachter respectievelijk de koper onder eigendomsvoorbehoud. In verband met de goede reputatie van de betreffende koper was er voor de derde-verkrijger geen reden voor nader onderzoek.²¹⁵ De Hoge Raad zegt het niet met zoveel woorden, maar waarschijnlijk zien we hier wederom de gedachte dat de derde-verkrijger er niet aan behoefde te twijfelen dat de voorwaarde van het eigendomsvoorbehoud geen belemmering zou vormen. Ook onderschrijft de Hoge Raad het oordeel van het hof dat aan het verkeersbelang betekenis toekomt in die zin dat de derde-verkrijger bescherming dient te verkrijgen indien deze geen reden heeft te twijfelen aan het normaal tot afwikkeling komen van koopovereenkomsten als die tussen de leverancier en de koper onder eigendomsvoorbehoud.

In deze drie arresten is eenvoudig een zekere lijn te ontdekken. De Hoge Raad kent duidelijk betekenis toe aan het *niet behoeven* te twijfelen door de derde van (samengevat) het intreden van de voorwaarde in de relatie tussen partijen. Daarnaast hecht de Hoge Raad aan het verkeersbelang.²¹⁶ Twee argumenten derhalve die er – al dan niet in onderlinge samenhang – toe kunnen leiden dat een derde als te goeder trouw kwalificeert, ondanks dat deze bekend was met of tenminste kon vermoeden dat de gerechtigdheid van zijn wederpartij afhankelijk was van een voorwaarde.²¹⁷ Voor wat betreft dit argument van het verkeersbelang is sprake van een rechtspolitieke afweging. Daar zijn zonder meer allerlei bedenkingen bij te plaatsen, maar die hebben geen relatie met het onderwerp van deze studie en laat ik derhalve voor wat zij zijn.

214 Niettemin wenste het Hof Arnhem dit arrest ook toe te passen op de situatie waarin het recht van reclame werd ingeroepen (HR 7 oktober 2005, NJ 2006, 351 (Coppens/Van der Kolk)).

215 In HR 7 oktober 2005, NJ 2006, 351 (Coppens/Van der Kolk)) viel de beslissing – na een beroep op een eigendomsvoorbehoud en het invoeren van het recht van reclame door de oorspronkelijke verkoper van een auto – daarentegen ten nadele uit van de derde resp. de uiteindelijke koper. Het feit dat deze koper had verzuimd op zijn hoede te zijn i.v.m. het ontbreken van de autopapieren woog in de visie van de Hoge Raad blijkbaar zwaarder dan de goede naam van de tussenhandelaar. Een goede reputatie helpt klaarblijkelijk niet tegen ieder gebrek.

216 Mezas benaderukt dit verkeersbelang waar hij stelt dat deze arresten ter zake goede trouw veel minder van belang zijn, indien de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken niet bestemd waren om aan een derde te worden doorgeleverd (Mezas 1985, p. 76). De eisen van de goede trouw van de derde zijn in dat geval z.i. stringenter dan bij een bestemming tot doorlevering.

217 Ook voor de situatie dat er wel sprake is van een dergelijke onbekendheid, kan deze andere situatie van belang zijn voor het aannemen van goede trouw. Als immers een dergelijke bekendheid met de juiste feiten de goede trouw niet in de weg zou staan, is dat bij een onbekendheid met die feiten logischerwijs niet anders. Zie voor een dergelijke redenering de uitspraak van het hof bij HR 7 oktober 2005, NJ 2006, 351 (Coppens/Van der Kolk).

Bij het argument van het 'niet behoeven te twijfelen' door de derde wil ik wel een kanttekening plaatsen. Het betreft hier een geobjectiveerd criterium. De vraag is immers niet hoe de derde de kansen daadwerkelijk inschatte, maar hoe hij een en ander op basis van de omstandigheden mócht inschatten. In § 2.4.3 kwam ter sprake dat voor het geldend recht het bestaan van objectieve onzekerheid inherent is aan voorwaarden. Ontbreekt deze of komt deze op enig moment te ontbreken, dan is niet langer sprake van voorwaardelijkheid. Die benadering staat op enigszins gespannen voet met het objectieve criterium voor de goede trouw van het *niet behoeven te twijfelen*. Als daadwerkelijk in objectieve zin niet getwijfeld hoeft te worden, is bij gebreke aan de vereiste objectieve onzekerheid ook geen sprake van voorwaardelijkheid. Deze nogal abstracte frictie is uitsluitend oplosbaar door aan te nemen dat het bedoelde *niet behoeven te twijfelen* een ruimere strekking heeft dan het ontbreken van objectieve onzekerheid. Hoe we dat alsdan zouden moeten zien, blijft echter onduidelijk.

Samengevat dient de goede trouw van een derde in beginsel betrekking te hebben op het mogen vertrouwen op de onvoorwaardelijke gerechtigdheid van de wederpartij, maar in verband met het verkeersbelang en/of een niet behoeven te twijfelen aan het alsnog ontstaan van een onvoorwaardelijke gerechtigdheid heeft een bekendheid met een voorwaardelijke gerechtigdheid niet (steeds) aan goede trouw in de weg te staan.

6.2.5 De kwalificatie van vorderingen als voorwaardelijk of toekomstig

6.2.5.1 Inleiding

In deze paragraaf bespreek ik het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen op naam.²¹⁸ Op zich heeft dit vraagstuk niet specifiek betrekking op voorwaardelijke rechtsverhoudingen; bij alle mogelijke rechtsverhoudingen kan zich immers de vraag naar de kwalificatie als een bestaand of toekomstig vorderingsrecht voordoen. De reden dat ik aan deze kwestie niettemin vrij uitgebreid aandacht besteed, vloeit op de eerste plaats daaruit voort dat juist het onderscheid tussen een bestaande opschortend voorwaardelijke vordering en een toekomstige vordering uit een bestaande rechtsverhouding veelal

218 Ten overvloede wijs ik er op dat ik mij daar ook uitdrukkelijk toe beperk. Het verschil tussen toekomstige vorderingen die hun grondslag vinden in een bestaande dan wel een nog niet bestaande rechtsverhouding blijft onbesproken, als zijnde niet relevant voor dit onderzoek.

moelijk is te maken.²¹⁹ De nog te bespreken criteria voor dat onderscheid leiden veelal tot een onzekere en discutabele uitkomst van die kwalificatie. Uitsluitend als voorbeeld noem ik de regresvordering van een borg jegens de hoofdschuldenaar, waarvan de Hoge Raad het directe bestaan onder de opschortende voorwaarde van toekomstige betaling door de borg in een aantal arresten en gedurende een lange periode heeft bevestigd. Niettemin oordeelde de Hoge Raad in 2012 alsnog dat regresvorderingen tót het moment van betaling door een mede-schuldenaar als *toekomstig* kwalificeren.²²⁰ Dit laatste in overeenstemming met een deel van de rechtswetenschappelijke literatuur, die een dergelijke vordering sedert geruime tijd kwalificeerde als *toekomstig* van aard. Het onderscheid tussen met name de – bestaande – opschortende voorwaardelijke vordering en de toekomstige bespreek ik in § 6.2.5.2. De vordering specifiek onder een zuiver potestatieve voorwaarde bespreek ik in § 7.3.4.3.

Een tweede reden voor de aandacht aan de afgrenzing tussen het voorwaardelijke en het toekomstige vorderingsrecht is gelegen in de vraag, of een vordering tot ongedaanmaking na het intreden van een ontbindende voorwaarde en als bedoeld in art. 6:24 BW vóór dat moment van intreden als bestaand (voorwaardelijk) kwalificeert, dan wel als toekomstig.²²¹ Zoals we zullen zien, is het antwoord daarop sterk afhankelijk van wat we als grondslag beschouwen voor het ontstaan van dergelijke ongedaanmakingsverplichtingen.²²² Verder is dit onderscheid van belang, omdat de Hoge Raad in dat verband wellicht ook iets zegt over de (mogelijke) inhoud van voorwaarden.

De materiële gevolgen van dit onderscheid zijn groot. Voor het handelsverkeer zien we dit met name in de situatie van faillissement van een cedent. De eerdere cessie of verpanding van een opschortend voorwaardelijke vordering kan zonder twijfel met succes worden ingeroepen tegen de faillissementscurator van deze cedent.²²³ De cessie of verpanding van een toekomstige

219 Zie in gelijke zin: Koops 2011, p. 52; Wibier 2009b, p. 24; Out 2003, p. 63 e.v.; Bartels 1997, p. 92, nt. 39; Kortmann 1989, p. 58. Ik teken daarbij aan dat Meijers opvallend genoeg het onderscheid tussen een voorwaardelijk en een toekomstig recht (dus niet specifiek een vorderingsrecht) in zijn algemeenheid als weinig lastig beschouwde. Hij stelde althans dat de grens tussen beide in de regel scherp zou zijn te trekken (Meijers 1948, p. 91). In het Romeinse recht was dat vermoedelijk niet wezenlijk anders, maar de reden daarvoor wel. Een opschortend voorwaardelijke vordering was, anders dan thans, in het Romeinse recht een niet-bestaande vordering. De noodzaak tot een scherpe afbakening met de toekomstige vordering werd derhalve ook veel minder gevoeld, aldus Out (Out 2003, p. 85, 86).

220 HR 6 april 2012, LJN BU3784. Dit betrof overigens niet specifiek de regresvordering van een borg, maar dat lijkt voor de kwalificatie geen verschil te maken.

221 Daarbij zij opgemerkt dat een vordering tot ongedaanmaking respectievelijk restitutie u.h.v. een opzegging of ontbinding (wegens tekortschieten) in de opvatting van de Hoge Raad als toekomstig kwalificeert (HR 3 december 2010, NJ 2010, 653). Ik kom in § 6.2.5.4 op dit arrest terug.

222 Zie over die grondslag § 3.3.2.

223 Zie § 6.2.5.2.

vordering uit hoofde van art. 35 lid 2 Fw daarentegen niet in het geval de vordering pas daadwerkelijk ontstond – de cedent derhalve beschikkingsbevoegd werd – na diens faillissement.²²⁴ Een zelfde soort verschil zien we ten aanzien van de mogelijkheid van verrekening.

Er zijn echter ook meer uitzonderlijke gevallen denkbaar waar het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen van belang is. Zo moest de Hoge Raad bijvoorbeeld oordelen over de vraag of een nog niet verschuldigde vordering tot betaling van een contractuele boete als schuld deel uitmaakt van een (door echtscheiding ontbonden) huwelijksgemeenschap. Was ten tijde van de echtscheiding sprake van een opschortend voorwaardelijke vordering – waar het Duitse en Zwitserse recht van uitgaan – dan zou deze schuld deel uitmaken van de huwelijksgemeenschap en als toekomstige vordering niet.²²⁵ Per saldo redenen genoeg om de nodige aandacht te schenken aan het lastige onderscheid tussen de opschortend voorwaardelijke en de toekomstige vordering.

6.2.5.2 De scheidslijn in de verschillende stelsels

Geldend recht, oud BW

Het vraagstuk van de scheidslijn tussen bestaande en toekomstige vorderingen heeft zich voor een aanzienlijk deel ontwikkeld naar aanleiding van vragen naar de overdraagbaarheid, bezwaarbaarheid en uitwinning van toekomstige vorderingen. Een verdere kwestie waarlangs deze ontwikkeling heeft plaatsgevonden, betrof de vraag naar de mogelijkheid van verrekening in geval van faillissement van een van partijen.²²⁶ In de rechtspraak van de Hoge Raad valt ter zake (onder meer) deze overdraagbaarheid van toekomstige vorderingen weliswaar een duidelijke ontwikkeling te onderkennen, maar tegelijkertijd is het minder eenvoudig om vast te stellen of die mogelijkheden in de loop van de tijd zijn verruimd of juist beperkt. Deze onduidelijkheid is eveneens het gevolg van de niet steeds duidelijke afgrenzing tussen bestaande en toekomstige vorderingen, alsmede de evenmin altijd scherp te trekken – buiten dit onderzoek vallende – grens tussen toekomstige vorderingen met een onmiddellijke grondslag in een bestaande rechtsverhouding en die zónder deze onmiddellijke grondslag.²²⁷ Om de huidige zienswijzen beter te kunnen begrijp-

224 HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 (WUH/ONEX) (m. nt. G); Hof Leeuwarden 11 juni 1986, NJ 1987, 333; HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 (Visserijfonds).

225 HR 5 januari 1990, NJ 1990, 325 (Dubbeld/Lamans). De Hoge Raad oordeelde overigens dat sprake was van een toekomstige vordering.

226 Bij een toekomstige vordering is een dergelijke verrekening uitgesloten. Zie t.a.v. de verrekening bij opschortend voorwaardelijke vorderingen § 6.2.2.4.

227 Van Boom stelt n.a.v. de hierna vermelde arresten 'Solleveld' en 'Visserijfonds' uit 1980 respectievelijk 1982 dat de Hoge Raad het probleem van de afgrenzing tussen *bestaand* en *toekomstig* verplaatste naar de afgrenzing tussen toekomstig mét en zónder een onmiddellijke grondslag in een bestaande rechtsverhouding (Van Boom 1993, p. 701). Dat is echter in

pen, is het zinvol eerst een korte blik op de historische ontwikkeling te werpen.²²⁸

In het welbekende Fijn van Draat-arrest bepaalde de Hoge Raad dat vorderingen slechts overdraagbaar zijn, indien deze bij het aangaan van de akte van levering bestaan.²²⁹ Een nog toekomstige vordering zou derhalve niet kunnen worden geleverd. Echter, het door de Hoge Raad vastgestelde bestaanscriterium was gelegen in de te beantwoorden vraag óf een vordering haar onmiddellijke grondslag vond in een bestaande rechtsverhouding.²³⁰ Op grond van dit criterium was in feite sprake van ruime beschikkingmogelijkheden, omdat vorderingen vrij snel aan dit criterium voldeden. Zo werden bijvoorbeeld door de Hoge Raad huurvorderingen voor toekomstige huurperioden als bestaand aangemerkt.²³¹

De opvattingen van de Hoge Raad dienaangaande maakten echter een ontwikkeling door. In het arrest van 30 januari 1987 stelde de Hoge Raad,²³² eveneens ter zake huurvorderingen, het volgende: 'Het ontstaan van vorderingen als hier bedoeld, die niet geacht kunnen worden hun bestaan reeds te zijn aangevangen op het tijdstip waarop de huurovereenkomst tot stand kwam, is afhankelijk van toekomstige, vooralsnog onzekere omstandigheden waaronder in het bijzonder de daadwerkelijke verschaffing van het huurgenot, onderscheidenlijk het na faillietverklaring nog resterende deel van het huurgenot, waarvoor de betreffende termijn de tegenprestatie vormt. Ook in het geval dat het gaat om een huurovereenkomst voor bepaalde tijd, [], kunnen de vorderingen ter zake van de huurtermijnen niet gelijk worden gesteld met terstond bij het sluiten van een overeenkomst reeds hun bestaan aangevengende

die zin niet juist dat het aanvankelijke probleem van het soms lastige onderscheid tussen bestaande en de toekomstige vorderingen gewoon is blijven bestaan. Er is slechts een tweede afgrenzingsprobleem bij gekomen, nl. het door Boom bedoelde onderscheid tussen de toekomstige vordering mét en zónder onmiddellijke grondslag in een bestaande rechtsverhouding.

228 Zie veel uitgebreider over deze historie: Van Boom 1993 en ook de conclusie van A-G Wuisman bij HR 3 december 2010, NJ 2010, 653.

229 HR 29 december 1933, NJ 1934, 343 (Fijn van Draat).

230 Voor de vorderingsrechten onder opschortende voorwaarde werkte Wiarda die opvatting zo uit, dat een opschortende voorwaarde mét terugwerkende kracht een bestaande vordering inhield, terwijl bij het ontbreken van terugwerkende kracht sprake zou zijn van een toekomstige vordering (Wiarda in: Houwing & Wiarda 1940, p. 12, 65). Ik heb geen aanwijzingen gevonden dat enige auteur Wiarda hierin is gevolgd en ook uit de hierna besproken rechtspraak van de Hoge Raad blijkt anders.

231 HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer/Haskeveenpolder). Zie voor kritiek op dit arrest en met verwijzing naar literatuur van vóór dit arrest aangaande de voorliggende kwestie: Wiarda in: Houwing & Wiarda 1940, p. 62 e.v.

232 HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 (WUH/ONEX).

vorderingen onder opschortende voorwaarde []'.²³³ De reden voor deze omslag in de opvattingen van de Hoge Raad ter zake huurvorderingen was waarschijnlijk gelegen in het enkele jaren eerder gewezen arrest Solleveld II.²³⁴ Daarin bepaalde de Hoge Raad, dat – in afwijking van 'Fijn van Draat' – toekomstige en derhalve nog niet bestaande vorderingen wel degelijk bij voorbaat kunnen worden geleverd.²³⁵ Het belang voor het handelsverkeer van een ruim begrip voor het *bestaan* van een vordering was daarmee aanzienlijk afgenomen, nu ook de toekomstige vordering voortaan overdraagbaar was.²³⁶ Wat verder van deze mogelijke redengeving zij voor het latere arrest van 1987, reeds in 1982 volgde met het Visserijfonds-arrest de eigenlijke kentering aangaande het onderscheid *bestaand* respectievelijk *toekomstig*. De Hoge Raad stelde in het betreffende arrest: 'Een toekomstige vordering – die moet worden onderscheiden van bijv. een terstond krachtens overeenkomst

233 Verhagen en Rongen stellen overigens dat het WUH-arrest in de literatuur wellicht onterecht een brede betekenis is toegekend (Verhagen & Rongen 2000, p. 47). Zij wijzen er in dat verband op dat de Hoge Raad de toekomstigheid van de huurvorderingen uitdrukkelijk plaatst in het licht van 'de aard van de huurovereenkomst'. In de interpretatie van Verhagen en Rongen is specifiek aan die rechtsverhouding dat de verbintenissen van de verhuurder en huurder niet tegelijkertijd tegenover elkaar staan, maar dat door het verschaffen van huurgenot in de visie van de Hoge Raad het recht op huurpenningen over de voorliggende periode verdiend wordt. T.a.v. een algemene toepassing van de regel uit het WUH-arrest zijn zij buitengewoon kritisch (zie p. 53).

Daarnaast wijzen Verhagen en Rongen op HR 6 juni 1997, NJ 1998, 128, waaruit afgeleid zou kunnen worden dat de vordering tot betaling van huurpenningen wel degelijk direct bestaat (Verhagen & Rongen 2000, p. 48). Als die vordering immers pas zou ontstaan door de (juiste) nakoming van de verplichtingen van de verhuurder, zou bij een niet-nakoming door de verhuurder de vordering tot betaling van huurpenningen vanzelfsprekend ook niet ontstaan. Echter, de Hoge Raad kent de huurder voor dat geval een opschortingsrecht toe voor een – blijkbaar – bestaand vorderingsrecht van de verhuurder. V.w.b. mijn verdere betoog volg ik niettemin de in de literatuur breder aanvaarde interpretaties van het WUH-arrest.

234 HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 (m. nt. WMK).

235 Waarbij overigens het vereiste van de onmiddellijke grondslag in een bestaande rechtsverhouding gehandhaafd bleef.

236 O.a. Jansen ziet de verhouding tussen de arresten van 30 januari 1987 en 15 maart 1940 in dat licht (Jansen 2009, p. 360). Jansen verklaart de stellingname van de Hoge Raad in het arrest van 30 januari 1987 daarnaast ook vanuit een inhoudelijke redenering. De nog door de wederpartij te leveren prestatie ligt z.i. in de invloedssfeer van de crediteur (verhuurder). Daarmee zou sprake zijn van een zuiver potestatieve voorwaarde in de macht van de crediteur en zou de vordering tot betaling van latere huurtermijnen, door het vooralsnog ontbreken van een geldigheidsvereiste dat in de potestatieve voorwaarde besloten ligt, nog niet bestaan (Jansen 2009, p. 359). V.w.b. de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde in de macht van de *crediteur* is dat echter waarschijnlijk niet het Nederlands geldend recht; die rechtsverhouding lijkt o.b.v. de bestaande opvattingen direct geldig tot stand te zijn gekomen (zie § 7.3.3). Ik vraag me dan ook af of Jansen niet de verhuurder als *debiteur* bedoelt, in welk geval veel meer getwijfeld kan worden aan de bedoelde rechtsgeldigheid. Ook in dat geval kan ik echter nog steeds niet zien hoe de te leveren prestatie van een verhuurder van zuiver potestatieve aard zou kunnen zijn; de huurder heeft veelal een uitstekend beschermd en daarmee ook afdwingbaar recht.

ontstane vordering onder een opschortende tijdsbepaling of voorwaarde of tot periodieke betalingen – kan ook niet geacht worden reeds te hebben bestaan ten tijde van het ontstaan van de betreffende rechtsverhouding op grond van het enkele feit dat zij daarin haar onmiddellijke grondslag vond'.²³⁷

Op grond van de arresten Solleveld II en Visserijfonds vormde derhalve de onmiddellijke grondslag in een bestaande rechtsverhouding voor de Hoge Raad niet langer de waterscheiding tussen bestaande en toekomstige vorderingen. Voor het geldend recht is daarmee de vraag op basis van welk criterium dit onderscheid thans moet worden gemaakt.²³⁸ Vooralsnog is het antwoord in jurisprudentie en literatuur duidelijk niet uitgekristalliseerd. Weliswaar is met name door Kleijn een in de literatuur deels en in allerlei varianten onderschreven criterium geformuleerd, maar dit heeft niet geleid tot een eenduidig onderscheid tussen met name de opschortend voorwaardelijke en de toekomstige vordering uit een bestaande rechtsverhouding. Ik kom daar op terug.

Duits recht

Het Duitse recht kent eveneens het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen. Toekomstig zijn in ieder geval die vorderingen, die zullen ontstaan uit een thans nog niet bestaande rechtsverhouding. Tevens zijn toekomstig – en dat lijkt op het eerste gezicht een zeer wezenlijk verschil met het Nederlandse recht – vorderingen onder een opschortende tijdsbepaling of voorwaarde.²³⁹ Overeenkomstig het Nederlandse recht zijn dergelijke toekomstige vorderingen niettemin overdraagbaar, ongeacht of deze voort

237 HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 (Visserijfonds). Van Boom heeft vermoedelijk terecht geconstateerd dat de Hoge Raad deze formulering heeft gehanteerd kennelijk in navolging van Meijers (Van Boom 1993, p. 721). Bij Meijers vinden we inderdaad vrij uitvoerig omschreven, hetgeen de Hoge Raad in het Visserijfonds-arrest in één zin samenvatte (zie Meijers 1948, p. 91 e.v.).

238 Anders dan A-G Mok en Den Tonkelaar eerder stelden, wordt ook onder het NBW een opschortend voorwaardelijk vorderingsrecht – derhalve ook vóór het intreden van de voorwaarde – als bestaand beschouwd (zie conclusie van Mok bij HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (Staal Bankiers/Ambags q.q.) (m. nt. WMK); Den Tonkelaar 1983, p. 87). Volgens Mok zou een dergelijk recht onder het NBW t.g.v. het ontbreken van terugwerkende kracht pas mét het intreden van de voorwaarde ontstaan. Dat laat overigens onverlet dat Mok in zijn conclusie bij het voormelde arrest onder het OBW ook voor het onderhavige geval stelde, dat waarschijnlijk geen sprake was van een voorwaardelijk vorderingsrecht.

239 (waarschijnlijk) Hk-BGB/Schulze 2014, p. 618; Jauernig/Stürner 2014, p. 550; PWW/Brinkmann 2014, p. 221; MüKo/Westermann 2012, p. 1705; Staudinger/Bork 2010, p. 337; Wolf 1999, p. 512, 528. In deze zin ook: BGH 21 april 1967, NJW 1967, 1605.

Blomeyer verdedigde nog dat vorderingen onder tijdsbepaling direct bestonden, terwijl vorderingen onder opschortende voorwaarde pas met het intreden van de voorwaarde ontstonden (Blomeyer 1938, p. 12 e.v., zie m.n. p. 31, 32). Volgens Blomeyer werd de gedachte dat een dergelijke vordering pas mét het intreden van de voorwaarde ontstond algemeen onderschreven (Blomeyer 1938, p. 39). I.e.g. werd deze benadering reeds door Von Savigny onderschreven (aldus: Schmidt 1969, p. 9).

zullen vloeien uit een ten tijde van de cessie reeds bestaande rechtsverhouding.²⁴⁰ De effectuering van een dergelijke overdracht vindt na een eerdere levering plaats per het moment dat de vordering in het vermogen van de cedent ontstaat.²⁴¹ Dat geldt ook als deze cedent op dat moment een andere wil zou hebben geuit; dit wordt gezien als een gevolg van de zakelijk gebonden wil van de cedent.²⁴²

De cessie van een toekomstige vordering uit een nog *niet* bestaande rechtsverhouding blijft uit hoofde van art. 91 InsO (waarschijnlijk) zonder effect, indien de rechtsverhouding pas na een faillissement van de cedent ontstaat.²⁴³ Daarentegen verkrijgt de cessie van een vordering uit hoofde van een *wel* bestaande rechtsverhouding effect, ook al is de cedent vóór het ontstaan van die vordering gefailleerd.²⁴⁴ Dit verschil in effect tussen een cessie van een toekomstige vordering uit hoofde van een al dan niet reeds bestaande rechtsverhouding wordt in de literatuur vaak daaruit verklaard, dat de aanvankelijk toekomstige vordering bij het ontstaan daarvan rechtstreeks in het vermogen van de cessionaris valt (*Direkterwerb* of *Unmittelbarkeitstheorie*), dan wel 'via'

240 Hk-BGB/Schulze 2014, p. 618; Palandt/Grüneberg 2014, p. 639; PWW/Müller 2014, p. 733; Schellhammer 2013, p. 568; Bamberger/Roth/Rohe 2012, p. 1892; Medicus 2012, p. 387; Hütte & Hütte 2010, p. 80; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 644; Fikentscher & Heinemann 2006, p. 352.

Ook: Jansen 2009, p. 450; Verhagen en Rongen 2000, p. 40.

241 Hk-BGB/Schulze 2014, p. 619, 620; Palandt/Grüneberg 2014, p. 640; PWW/Müller 2014, p. 733; Schellhammer 2013, p. 568; Bamberger/Roth/Rohe 2012, p. 1897.

Ook: Jansen 2009, p. 451.

242 Palandt/Grüneberg 2014, p. 640; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 644.

Ook: Jansen 2009, p. 451.

243 Hk-BGB/Schulze 2014, p. 619, 620 (Schulze noemt overigens niet de verklaring van de zakelijk gebonden wil); Jauernig/Stürner 2014, p. 550 (waarbij Stürner echter anders dan in Jauernig/Stürner 2009, p. 505 opmerkt dat de rechtsovergang 'Zweifelhaft' zou zijn); Palandt/Grüneberg 2014, p. 640; Hütte & Hütte 2010, p. 81; Fikentscher & Heinemann 2006, p. 355. Vermoedelijk ook: Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 645 (zie de kort besproken rechtspraak).

244 Vóór de rechtsovergang ook bij faillissement van de cedent bij een bestaande rechtsverhouding; Jauernig/Stürner 2014, p. 550, 551; Palandt/Grüneberg 2014, p. 640; Hütte & Hütte 2010, p. 80 (die spreken van de heersende leer). In deze zin aanvankelijk ook PWW/Müller in de druk uit 2006, p. 621. In PWW/Müller 2014, p. 734 is het door hem gehanteerde criterium gewijzigd in die zin, dat 'eine gesicherte Rechtsposition' tot dit gevolg zou leiden. Anders echter: Fikentscher & Heinemann 2006, p. 355 (die ervan uitgaan dat o.g.v. art. 91 InsO ook een toekomstige vordering uit bestaande rechtsverhouding die ontstaat na de faillietverlaring in de boedel valt).

Verhagen en Rongen stellen eveneens dat de Duitse heersende leer zou zijn dat de cessie van een toekomstig vordering uit een *bestaande* rechtsverhouding faillissementsbestendig is (Verhagen en Rongen 2000, p. 40). Jansen gaat voor het Duitse recht daarentegen juist uit van de tegengestelde opvatting (Jansen 2009, p. 452), ook al lijkt hij eerder dezelfde opvatting als van Verhagen en Rongen te noemen (p. 365). Het in de voormelde Duitse literatuur deels gehanteerde onderscheid tussen toekomstige vorderingen uit een bestaande en een nog niet bestaande rechtsverhouding noemt Jansen niet.

het vermogen van de cedent (*Durchgangserwerb* of ook wel *Durchgangstheorie*).²⁴⁵ In het laatste geval zou de cessie bij gebrek aan beschikkingsbevoegdheid van de cedent per het moment van ontstaan van de vordering zonder effect blijven. Bij een toekomstige vordering uit een reeds bestaande rechtsverhouding is echter, althans zo wordt veelal aangenomen, sprake van een *Direkterwerb*. Ondanks de toekomstigheid van deze laatstbedoelde vorderingen is het faillissement en daarmee de beschikkingsonbevoegdheid van de cedent voor het effect van een cessie zonder belang.

Ook al heb ik dit nergens expliciet in de Duitse literatuur gevonden, de gedachte ligt voor de hand dat voorwaardelijke vorderingen meestal zullen voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding. De voorwaardelijkheid van een vordering zal immers veelal het gevolg zijn van de afspraken tussen crediteur en debiteur, zoals deze voortvloeien uit de tussen hen bestaande rechtsverhouding.²⁴⁶ Voor zover dat inderdaad het geval is, bestaat daarmee voor wat betreft de 'faillissementsbestendigheid' van een cessie in het Duitse recht geen verschil met het Nederlandse, ook al is de opschortend voorwaardelijke vordering voor het Duitse recht toekomstig van aard.

De kwalificatie van de opschortend voorwaardelijke vordering als toekomstig heeft ook in andere opzichten een zekere relatie met een aantal materiële gevolgen. Van een dergelijke (nog) niet bestaande vordering kan geen nakoming worden verlangd, deze kan niet strekken tot verrekening en verjaart evenmin.²⁴⁷ Tegelijkertijd wordt echter de visie aangehangen dat opschortend voorwaardelijke rechten en vorderingen in zekere zin wel degelijk als bestaande rechten en vorderingen worden beschouwd en ook als zodanig worden behandeld.²⁴⁸ Er kan bijvoorbeeld direct afstand van worden gedaan en in de vorm van het Anwartschaftsrecht zijn zij vaak ook overdraagbaar. Opschortend voorwaardelijke vorderingen kunnen tevens worden gecureerd door middel van borgtocht of verpanding.²⁴⁹ De conclusie is derhalve gerechtvaardigd dat (ook) de opschortend voorwaardelijke vordering ondanks de kwalificatie als *toekomstig* toch enigszins hybride trekjes vertoont. Sterker, het verschil tussen het Duitse en Nederlandse recht in de kwalificatie van de opschortend voorwaardelijke vordering leidt waarschijnlijk slechts tot bescheiden verschillen, als gezegd ook voor wat betreft de gevolgen van een cessie.

245 Bamberger/Roth/Rohe 2012, p. 1897. Ook: PWW/Müller 2006, p. 621. Müller ziet de mogelijkheid van de *Durchgangserwerb* bij de situatie van de t.t.v. de cessie nog niet bestaande rechtsverhouding. In gelijke zin als PWW/Müller 2006: Palandt/Grüneberg 2014, p. 640. In de druk uit 2014 vinden we deze benadering van Müller overigens niet meer.

Ook: Jansen 2009, p. 363 e.v. en p. 452.

246 Al is uiteraard ook denkbaar dat uit een thans nog niet bestaande rechtsverhouding uiteindelijk een voorwaardelijke vordering voortvloeit.

247 Wolf 1999, p. 512. Zie voor de onmogelijkheid van nakoming § 3.2.3.1 en van de verrekening § 6.2.2.4.

248 MüKo/Westermann 2012, p. 1706, 1707; Wolf 1999, p. 512 (Wolf constateert deze tegenstelling overigens zelf ook).

249 Wolf 1999, p. 512.

Het vorenstaande betekent echter ook nog iets anders. Zoals ik onderstaand verder zal bespreken, moet voor het thans geldend Nederlands recht het lastige onderscheid worden gemaakt tussen de (bestaande) opschortend voorwaardelijke en de toekomstige vordering. Zoals we hiervoor zagen, is voor het Duitse recht voor wat betreft de cessie daarentegen het wezenlijke verschil, of een toekomstige vordering (waaronder mede begrepen de opschortend voorwaardelijke) al dan niet uit een bestaande rechtsverhouding voortvloeit. Voor wat betreft het Nederlandse onderscheid tussen de opschortend voorwaardelijke en de toekomstige vordering heeft het Duitse recht ons dan ook niets te bieden.

Zwitsers recht

Ook het Zwitsers recht kent het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen. Overeenkomstig hetgeen ik voor het Duitse recht beschreef, worden opschortend voorwaardelijke vorderingen in het Zwitsers recht – althans waarschijnlijk – als ‘toekomstig’ beschouwd.²⁵⁰ Twijfel dienaangaande is er mede, omdat veel auteurs ten aanzien van deze kwalificatie vaak niet geheel eenduidige en soms zelfs innerlijk tegenstrijdige opvattingen verdedigen.²⁵¹

Toekomstige vorderingen zijn reeds voor hun ontstaan respectievelijk verkrijging te cederen,²⁵² welke cessie ook naar Zwitsers recht pas effect verkrijgt met het ontstaan van de vordering in het vermogen van de cedent.²⁵³ Met name ten aanzien van de situatie van faillissement van de cedent vóór het moment van ontstaan van de vordering hanteert de Zwitserse rechts-

250 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 379; Schwenzer 2012, p. 580; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 858 (Ehrt wijst op het ‘onvoorwaardelijk ontstaan’ van de vordering bij het intreden van de voorwaarde); Huguenin e.a. 2008, p. 209; (vermoedelijk) Staehelin 1993, p. 24 (met uitgebreid literatuuroverzicht). Berger en Peter gaan daarentegen uit van het directe bestaan van de opschortend voorwaardelijke vordering (Berger 2012, p. 770; Peter 1994, p. 259). Honsell stelt weinig verhelderend dat vorderingsrechten pas met het intreden van de opschortende voorwaarde ontstaan, maar stelt tegelijkertijd dat de voorwaardelijke vordering voordien reeds bestaat (Honsell 2008, p. 615).

251 I.i.g. wordt in de literatuur de kwalificatie van opschortend voorwaardelijke vorderingen niet altijd helemaal nauwkeurig gemaakt. Een deel van de auteurs – ten dele ook degenen die deze vordering wel degelijk als toekomstig kwalificeren – plaatsen de opschortend voorwaardelijke vordering namelijk soms ook náást de toekomstige vordering: Honsell 2008, p. 653; Huguenin e.a. 2008, p. 209 (de opschortend voorwaardelijk vordering wordt onderscheiden van de vordering die nog helemaal niet is ontstaan); Guhl/Koller 2000, p. 269. In de thans besproken rechtsgevolgen lijkt tussen beide soorten vorderingen echter geen verschil gemaakt te worden, zodat ik voor het Zwitsers recht verder uitga van de toekomstigheid van deze voorwaardelijke vordering (zie in min of meer gelijke zin: Berger 2012, p. 770).

252 Schwenzer 2012, p. 580; Koller 2009, p. 1398; Gauch, Schluep, Emmenegger 2008, p. 251; Honsell 2008, p. 653; Huguenin e.a. 2008, p. 202; Guhl/Koller 2000, p. 269. Zie echter ook de door Berger vermelde citaten uit de jurisprudentie, waar – volgens Berger ten onrechte – anders is aangenomen (Berger 2012, p. 770, 771).

253 Berger 2012, p. 772; Schwenzer 2012, p. 582; Gauch, Schluep, Emmenegger 2008, p. 251; Honsell 2008, p. 656; Huguenin e.a. 2008, p. 209.

leer ook de *Durchgangstheorie* en de *Unmittelbarkeitstheorie*, zoals ik deze reeds voor het Duitse recht vermeldde.²⁵⁴ Anders dan in het Duitse recht is het echter minder evident wat de functie van deze discussie aangaande beide theorieën zou moeten zijn. Ook bij de *Unmittelbarkeitstheorie* eist namelijk tenminste een deel van de literatuur dat de cedent ten tijde van het ontstaan van de vordering beschikkingsbevoegd is.²⁵⁵ Bij deze laatste visie zou er ten aanzien van de situatie van faillissement van de cedent derhalve in de rechtsgevolgen helemaal geen verschil bestaan met de *Durchgangstheorie*. Alle door mij bestudeerde auteurs stellen uiteindelijk het vereiste van beschikkingsbevoegdheid van de cedent ten tijde van het ontstaan van de vordering en daarmee ook het ontbreken van faillissementsbestendigheid van een cessie van toekomstige vorderingen.²⁵⁶ Berger, die zelf eveneens de *Durchgangstheorie* verdedigt, stelt in dit verband echter dat het Bundesgerichtshof wel degelijk de *Unmittelbarkeitstheorie* zou volgen.²⁵⁷ Onder andere Schwenzer spreekt dit echter tegen.²⁵⁸ Wat thans op dit punt als het geldend Zwitsers recht moet worden beschouwd, is mij niet duidelijk geworden.

Met het vorenstaande kunnen we derhalve vaststellen dat – wederom vermoedelijk – de cessie van een opschortend voorwaardelijke vordering zonder effect blijft als de voorwaarde pas intreedt na een faillissement van de cedent. Dit zowel bij een aanvankelijk nog niet bestaande rechtsverhouding, als – in afwijking van het Duitse recht – bij een wel reeds bestaande rechtsverhouding. Op grond van de voormelde onzekerheden voor het Zwitsers recht (kwalificeert een opschortend voorwaardelijke vordering inderdaad wel als toekomstig, is de latere beschikkingsbevoegdheid van de cedent voor het Zwitsers geldend recht inderdaad vereist) is ten aanzien van deze vaststelling wel enige terughoudendheid geboden. Overeenkomstig het Duitse recht lijkt de conclusie echter gerechtvaardigd dat het Zwitserse recht geen nieuwe inzichten biedt voor wat betreft het Nederlandse onderscheid tussen de opschortend voorwaardelijke en de toekomstige vordering.

254 Berger 2012, p. 773; Schwenzer 2012, p. 582; Gauch, Schluep, Emmenegger 2008, p. 251; Huguenin e.a. 2008, p. 210; Guhl/Koller 2000, p. 270.

255 Gauch, Schluep, Emmenegger 2008, p. 251; Huguenin e.a. 2008, p. 210. Overigens wordt dit vereiste van beschikkingsbevoegdheid ook wel door een aantal Duitse auteurs bij de *Unmittelbarkeitstheorie* gesteld, maar dan uitsluitend bij de vordering u.h.v. een nog *niet* bestaande rechtsverhouding. Dat is een wezenlijk verschil met de Zwitserse opvattingen, waar dit vereiste ook wel wordt gesteld bij *bestaande* rechtsverhoudingen.

256 Berger 2012, p. 773, 774; Schwenzer 2012, p. 582; Koller 2009, p. 1401; Gauch, Schluep, Emmenegger 2008, p. 251; Honsell 2008, p. 656, 657.

257 Berger 2012, p. 774.

258 Schwenzer 2012, p. 582.

6.2.5.3 Redenen voor het lastige onderscheid tussen toekomstige en voorwaardelijke vorderingen

Hiervoor heb ik gesteld dat met name het onderscheid tussen opschortend voorwaardelijke en toekomstige vorderingen uit een bestaande rechtsverhouding vaak moeilijk is te maken.²⁵⁹ We kunnen ons zelfs afvragen of een dergelijke duidelijke grens tussen beide wel bestaat. A-G Mok stelde zich in zijn conclusie bij HR 25 maart 1988 in ieder geval dezelfde vraag.²⁶⁰ Ook de door hem aangehaalde arresten van Hof Amsterdam en Leeuwarden suggereren dat een scherpe grens ontbreekt.²⁶¹ In deze paragraaf zal ik bestuderen waarom dit onderscheid in het Nederlandse recht zo lastig is.

Op de eerste plaats vloeit deze moeilijke kwalificatie van deze vorderingen daaruit voort dat de afgrenzingsperikelen die in zijn algemeenheid bestaan ten aanzien van het verschil tussen bestaande en toekomstige vorderingen, zich ook doen gelden als die bestaande vorderingen van opschortend voorwaardelijk aard zijn. Zo vindt een voorwaardelijk vorderingsrecht zijn grondslag in een bestaande rechtsbetrekking, hetgeen bij toekomstige vorderingen ook vaak het geval zal zijn. Het mijns inziens redelijk duidelijke criterium van de 'onmiddellijke grondslag in een bestaande rechtsverhouding' uit het Fijn van Draat-arrest vormt immers niet meer het onderscheid met de toekomstige vordering.²⁶² Ook deze laatste zal veelal haar grondslag vinden in een rechts-

259 Zie in deze zin bijv. ook A-G Bloembergen, die zich bij zijn conclusie bij HR 30 januari 1987 (NJ 1987, 530) afvraagt of de vordering tot betaling van een koopprijs voor een onder opschortende voorwaarde verkochte zaak van voorwaardelijke of toekomstige aard is. Zie tevens de conclusie van A-G Wuisman bij HR 3 december 2010, NJ 2010, 653.

260 HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (Staal Bankiers/Ambags q.q.) (m. nt. WMK). In min of meer gelijke zin t.a.v. dit arrest: Verhagen & Rongen 2000, p. 47, 49. Zie ook Out, die spreekt van 'een glijdende schaal [], met alle problemen vanden' (Out 2003, p. 93) en Blom 1988a, p. 22.

261 Het (niet gepubliceerde) arrest van het Hof Amsterdam wordt bestreden in het voormelde arrest van HR 25 maart 1988. Het arrest van het Hof Leeuwarden betreft Hof Leeuwarden 11 juni 1986, NJ 1987, 333.

Het Hof Leeuwarden maakte het daarbij overigens erg bont waar het hof stelt, dat uitsluitend de *voldoening* van de vordering afhankelijk mag zijn van de voorwaarde, maar dat het *bestaan* van die vordering bij de totstandkoming van de overeenkomst moet vaststaan. Een opvatting die eerder ook door De Waal-van Wessem werd verdedigd (De Waal-van Wessem 1983, p. 178) en n.a.v. het voormelde arrest HR 25 maart 1988 wellicht ook door Blom (Blom 1988b, p. 300). Blom spreekt overigens niet van 'voldoening' maar van 'opeisbaarheid' die afhankelijk is van de nadere wilsverklaring. Is daarvan geen sprake, dan is de vordering in de visie van het Hof Leeuwarden toekomstig. Anders gezegd, de verplichting tot voldoening van een vordering kan in de visie van het hof 'voorwaardelijk' zijn, hetgeen gezien het door het hof gestelde vereiste van het (onvoorwaardelijke) bestaan van de vordering niets anders kan betekenen dan een onzekere *tijdsbepaling* voor die voldoening. Zou immers de *verplichting* tot voldoening voorwaardelijk zijn en niet het *moment* van nakoming, dan zou dat betekenen dat de vordering – in afwijking van hetgeen het hof stelt – wel degelijk zelf voorwaardelijk is. Een vordering die wel bestaat maar bij gebrek aan het intreden van de opschortende voorwaarde nooit voldaan behoeft te worden – een mogelijk-

verhouding die zélf als *bestaand* kwalificeert, hetgeen de toekomstigheid van de vordering onverlet laat.

Het criterium van 'opeisbaarheid' is evenmin doorslaggevend. Uit HR 30 januari 1987 is af te leiden dat een toekomstige vordering in een bestaande vordering wijzigt, doordat deze opeisbaar wordt.²⁶³ Echter, de vordering onder opschortende voorwaarde is – net als die onder een opschortende tijdsbepaling en periodieke vorderingen – in de opvatting van een groot deel van de literatuur vooralsnog net zo min opeisbaar als een toekomstige.²⁶⁴ Deze niet-opeisbaarheid was in het eerder gewezen 'pensioenarrest' dan ook geen reden voor de Hoge Raad om pensioenuitkeringen niet tóch als voorwaardelijke vorderingsrechten te beschouwen.²⁶⁵ De enige juiste vaststelling in het verband van deze opeisbaarheid is mijns inziens dan ook, dat een wél opeisbare vordering noch toekomstig, noch in de geldende opvatting opschortend voorwaardelijk van aard kan zijn. Voor het onderscheid tussen deze soorten van vorderingen heeft het ontbreken van opeisbaarheid daarentegen geen betekenis.

Naast de voormelde algemene afgrenzingsproblemen tussen bestaande en toekomstige vorderingen is er echter nóg een reden, waarom juist het onderscheid tussen de opschortend voorwaardelijke en de toekomstige vordering lastig is. Deze reden bestaat daaruit dat hetgeen een vordering uit een bestaan-

heid die het hof lijkt te onderkennen – is immers wel degelijk zelf voorwaardelijk. Het hof plaatst de mogelijke voorwaardelijkheid echter uitdrukkelijk binnen de kaders van de opeisbaarheid en niet het bestaan van de vordering. Van een daadwerkelijke voorwaardelijkheid van die verplichting tot voldoening, dan wel t.a.v. de voorwaardelijkheid van de vordering zélf kan in de visie van het Hof Leeuwarden derhalve geen sprake zijn. Gezien het feit dat vorderingen eigenlijk onbetwist voorwaardelijk kunnen zijn, kunnen we die opvatting van het hof terzijde stellen. Het is voor mij dan ook niet begrijpelijk dat Vermeulen bij dit arrest spreekt van een door het hof helder weergegeven onderscheid tussen voorwaardelijke en toekomstige vorderingen (Vermeulen 1988, p. 647, nt. 11).

Niettemin lijkt ook het Hof Amsterdam bij vorenbedoeld arrest wellicht in een soortgelijke richting te denken als het Hof Leeuwarden, waar het *ontstaan* van de vordering afhankelijk is van een drietal 'voorwaarden'. Ik druk mij hier echter niet voor niets voorzichtig uit v.w.b. mijn interpretatie van hetgeen het hof stelt. De Hoge Raad interpreteert deze door het hof geconstateerde 'voorwaarden' in haar arrest van 25 maart 1988 i.e.g. als *vereisten* voor het ontstaan van de vordering. Daarvan gaat de suggestie uit dat als sprake was geweest van daadwerkelijke voorwaardelijkheid, de vordering i.c. naar de opvatting van de Hoge Raad wel degelijk direct had bestaan. In ieder geval ontloopt de Hoge Raad met deze herformulering de discussie of een vordering 'onder opschortende voorwaarde' toekomstig kan zijn of zelfs – overeenkomstig hetgeen de visie van het Hof Leeuwarden lijkt te zijn – daarmee steeds toekomstig is.

262 Wellicht echter dat mijn kwalificatie van dit criterium te positief is. Zie bijv. de kritiek van Beekhuis en Houwing daarop (Asser/Beekhuis 1975, p. 179; Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 75 e.v.).

263 HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 (WUH/ONEX) (m. nt. G).

264 Zie § 3.2.3. Zelf zal ik overigens anders verdedigen.

265 HR 27 november 1981, NJ 1982, 503 (m. nt. EAAL en WHH).

de rechtsverhouding als toekomstig laat kwalificeren, vermoedelijk veelal ook tot kwalificatie als voorwaarde had kunnen leiden en vice versa. Deze stelling valt niet met zekerheid te verdedigen, zolang onduidelijk blijft wát het onderscheidende criterium precies is voor de kwalificatie als bestaand of toekomstig. Toch lijkt het er op zijn minst op dat inderdaad sprake is van de bedoelde 'overlapping' tussen de opschortend voorwaardelijke en de toekomstige vordering. Zo heeft de Hoge Raad in elk geval bewoordingen gehanteerd om een vordering als toekomstig te kwalificeren, die evengoed in de richting van een voorwaarde hadden kunnen wijzen. In het voormelde WUH-arrest stelt de Hoge Raad namelijk dat sprake is van een vordering die afhankelijk is van toekomstige, vooralsnog onzekere omstandigheden. Daaruit vloeit in casu de kwalificatie als toekomstige vordering voort. De door de Hoge Raad gekozen insteek van 'toekomstig en onzeker' geeft echter tevens de essentie weer van een voorwaarde.²⁶⁶ Uit niets volgt dat de Hoge Raad met betrekking tot de toekomstige vordering een inhoudelijk afwijkende betekenis aan deze toekomstigheid en onzekerheid toekende. Daarmee mist de gehanteerde terminologie derhalve onderscheidend vermogen. Bij de in de literatuur ontwikkelde, hierna in § 6.2.5.4 besproken criteria voor het maken van dit onderscheid is dat niet anders. Daarmee ontbreekt vooralsnog een inhoudelijk criterium om het onderscheid tussen opschortend voorwaardelijke en toekomstige vorderingen te kunnen maken.

Maar ook buiten dit criterium is het onderscheid niet eenvoudig. In § 2.1.1 zagen we dat de voormelde toekomstigheid en onzekerheid behoren tot de kenmerkende elementen van het begrip van de voorwaarde. Echter, ook andere elementen van voorwaardelijkheid – het gevolg van voorwaardelijkheid is gelegen in de voorwaardelijke werking en er is sprake van een werking van rechtswege – vinden we in zekere mate terug bij de toekomstigheid van een vordering. Voor wat betreft die voorwaardelijke werking noemde ik reeds dat de gevolgen van toekomstigheid bij een reeds bestaande rechtsverhouding sterk lijken op die van opschortende voorwaardelijkheid van een vordering. Beide soorten vorderingen zijn vooralsnog niet opeisbaar en kunnen in de heersende opinies door de debiteur ook nog niet verschuldigd worden nagekomen. Juist deze niet-opeisbaarheid en de vaak aangehangen opvatting van de onmogelijkheid van verschuldigde nakoming vormen de kern van de opgeschorte werking van de voorwaardelijke vordering, maar vormen bij een toekomstige vordering in de relatie tot de *debiteur* mijns inziens eveneens de essentie van die toekomstigheid. Daarnaast staat in de relatie tot *derden* de opgeschorte werking respectievelijk de toekomstigheid van een vordering de mogelijkheid van een beschikken over die vordering door de verwachter

266 In gelijke zin: Verhagen & Rongen 2000, p. 47; Van Boom 1993, p. 701; Blom 1988b, p. 301. Zie ook HR 8 december 1989, NJ 1990, 747, waar de Hoge Raad voor de toekomstigheid van vorderingen eveneens vastknoopt aan het criterium van 'toekomstige, vooralsnog onzekere omstandigheden'.

respectievelijk crediteur niet in de weg. Samengevat, ook in het kader van de rechtsgevolgen van de kwalificatie als opschortend voorwaardelijk dan wel toekomstig zijn de verschillen bescheiden.²⁶⁷

Tot slot vinden we bij de toekomstige vordering uit een bestaande rechtsverhouding voor wat betreft die toekomstigheid in zekere zin ook het element van de werking van rechtswege. Zoals het intreden van de opschortende voorwaarde een vordering vanzelf tot een onvoorwaardelijke maakt, promoveert de toekomstige vordering in ieder geval tot een bestaande door het opeisbaar worden daarvan. Daarmee treden ook de effecten van een eerder beschikken over de (destijds nog toekomstige) vordering van rechtswege in, een verlies van beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende tot de vordering daargelaten.

Uitsluitend bij het element van de voorwaarde dat deze ontstaat op basis van partijwil is duidelijk wél sprake van een verschil met de toekomstigheid van een vordering. Deze toekomstigheid vloeit immers niet voort uit de partijwil. Het staat partijen, anders dan bij (on)voorwaardelijkheid, niet vrij om te bepalen dat een vordering al dan niet als toekomstig zal kwalificeren. Althans, de toekomstigheid lijkt vooralsnog een gevolg van de wijze waarop crediteur en debiteur hun rechtsverhouding hebben vormgegeven. Zonder een inhoudelijke wijziging van die rechtsverhouding zelf kunnen partijen aan de kwalificatie als bestaand of toekomstig van een uit die rechtsverhouding voortvloeiende vordering niets veranderen. Dit verschil met de voorwaarde maakt echter ten aanzien van de vraag naar de kwalificatie van een vordering in die zin geen verschil, dat het bedoelde verschil slechts een gevolg is van de eerdere kwalificatie. Anders gezegd, het bedoelde verschil leidt niet tot een bepaalde kwalificatie van de vordering, maar is slechts een consequentie van die kwalificatie.

Op grond van het vorenstaande wil ik concluderen dat opschortende voorwaardelijkheid en toekomstigheid van een vordering zowel in de door de Hoge Raad gehanteerde bewoordingen van toekomstig en onzeker, als voor wat betreft de rechtsgevolgen van beide (te) veel op elkaar lijken. Daarbij is met name de vooralsnog door de Hoge Raad gekozen terminologie van *toekomstig en onzeker* in het kader van dat onderscheid tussen beide lastig. Zonder een aanvullend criterium valt op basis van deze bewoordingen het onderscheid

267 V.w.b. de opeisbaarheid zie ik in het geheel geen verschil. T.a.v. de mogelijkheid van beschikken is er uitsluitend een verschil als we het Anwartschaftsrecht bij vorderingen onder opschortende voorwaarde willen aanvaarden. Alsdan is de overdracht van de opschortend voorwaardelijke vordering immers bestand tegen een later ingetreden beschikkingsonbevoegdheid van de cedent vóór het moment van het intreden van de voorwaarde (met name i.v.m. diens intussen ingetreden faillissement). Bij afwijzing van het Anwartschaftsrecht moet de voorwaardelijke vordering worden overgedragen als toekomstige vordering en is deze overdracht – overeenkomstig de overdracht van een werkelijk toekomstige vordering – wel afhankelijk van het faillissement van de vervreemder.

tussen beide soorten van vorderingen niet te maken. Onderstaand zal ik derhalve de in de literatuur verdedigde criteria voor het onderscheid bestaande-toekomstig bespreken en met name de door Kleijn verdedigde opvatting.

6.2.5.4 Het 'criterium-Kleijn' en andere opvattingen ter zake toekomstigheid

Zoals gezegd is het onderscheid tussen opschortend voorwaardelijke en toekomstige vorderingen op basis van de voormelde jurisprudentie en de reeds besproken materiële gevolgen van deze kwalificaties moeilijk te maken. In de literatuur is dan ook gezocht naar duidelijker criteria om bestaande respectievelijk opschortend voorwaardelijke vorderingen beter te kunnen afgrenzen van toekomstige. Het door Kleijn verwoorde criterium komt daarbij veel invloed toe, zodat ik dit thans als uitgangspunt zal hanteren. In Kleijns opvatting ontbreekt bij een toekomstige vordering nog een 'intern' – derhalve afkomstig van debiteur of crediteur – element aan de rechtsverhouding. Daarvan is sprake 'als er nog iets moet gebeuren van de kant van de debiteur of de crediteur'.²⁶⁸ Bij een vordering onder voorwaarde of tijdsbepaling dan wel tot periodieke betaling zou het daarentegen gaan om een 'extern' element, derhalve niet afkomstig van de debiteur of crediteur.²⁶⁹ Zoals reeds gesteld, wordt dit door Kleijn gehanteerde criterium voor het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen met wat kleinere variaties of nadere uitwerkingen vrij vaak onderschreven.²⁷⁰ Ook de A-G's Mok en Strikwerda hebben in hun conclusies bij Hoge Raad 25 maart 1988 respectievelijk HR 5 januari 1990 aansluiting gezocht bij de opvatting van Kleijn.²⁷¹ De Hoge Raad zelf heeft dit criterium in latere arresten daarentegen niet, althans in ieder geval niet expliciet gehanteerd.

268 Zie de noot van Kleijn bij HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (Staal Bankiers/Ambags q.q.). De Hoge Raad drukt zich in voormeld arrest overigens beperkter uit: 'Een vordering als de onderhavige die afhankelijk is van wilsverklaringen van de *debiteur* [cursivering HS], ontstaat eerst door aflegging van deze wilsverklaringen'. M.a.w., terwijl Kleijn uitgaat van zowel de crediteur als de debiteur noemt de Hoge Raad slechts de laatste.

269 Zie de noot van Kleijn bij HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 (Visserijfonds). Zie in gelijke zin de noot van Kleijn bij HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (Staal Bankiers/Ambags q.q.).

270 Koops 2011, p. 51 e.v. (met de nodige nuanceringen); Steneker 2005, p. 26 (niet expliciet verwijzend naar Kleijn); Van Boom 1993, p. 721 e.v.; Blom 1988b, p. 300.

271 HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (Staal Bankiers/Ambags q.q.) (m. nt. WMK) en HR 5 januari 1990, NJ 1990, 325 (Dubbeld/Lamans). Strikwerda komt daarbij tot de slotsom dat het bij het onderscheid tussen toekomstige en opschortend voorwaardelijke vorderingen vooral draait om de aard van de toekomstige gebeurtenis. Onttrekt die gebeurtenis zich aan de invloed van partijen dan is z.i. inderdaad sprake van een onzekere gebeurtenis en daarmee een voorwaarde. Is daarentegen sprake van een door een of beide partijen nog te verrichten handeling (een 'omstandigheid'), dan is z.i. sprake van een toekomstige vordering. Out stelt – gezien de opvatting van de Hoge Raad dat geen sprake was van een opschortend voorwaardelijke vordering – op zich logischerwijs juist dat wanprestatie bij toepassing van het 'criterium-Kleijn' blijkbare een intern element is (Out 2003, p. 90).

Kleijn heeft het criterium niet verder uitgewerkt.²⁷² Daaraan bestaat mijns inziens wel behoefte. Het door hem geïnstigeerde onderscheid van interne en externe elementen is namelijk in twee opzichten onduidelijk.²⁷³ Op de eerste plaats kunnen we er nogal eens over twijfelen in welke gevallen sprake is van een dergelijk *intern* of *extern* element. Is het verkrijgen van goedkeuring van een eigen – maar van de met de wederpartij onderhandelende personen onafhankelijk – orgaan van een rechtspersoon bijvoorbeeld een extern of toch een intern element?²⁷⁴ Diezelfde twijfel vinden we bij tal van andere gebeurtenissen die in de praktijk veelal in de vorm van voorwaarden aan rechtsverhoudingen zijn verbonden. Wat te denken van het nog moeten verkrijgen van een bouwvergunning voor een nog geheel door een van partijen te ontwerpen bouwproject? Het nog op te stellen ontwerp ligt sterk binnen de invloedssfeer van de betreffende partij, die het daarmee in de hand heeft een ontwerp te maken dat in meerdere of mindere mate voldoet aan de vereisten voor het verkrijgen van die vergunning. Is sprake van een intern of toch een extern element? En dan zijn er de ‘elementen’ waar weliswaar de nadruk relatief sterk bij de externe aspecten ligt, maar waar tegelijkertijd een van partijen toch duidelijk invloed op heeft. Hoe kwalificeert bijvoorbeeld de vordering die afhankelijk is van levering van een ‘onbezwaard’ goed?²⁷⁵ Ook het vinden van een nieuwe externe betrekking of het aangaan van een koopovereenkomst met een derde door een van partijen zijn gebeurtenissen, die buiten de eigenlijke rechtsrelatie tussen partijen staan. Dat neemt niet weg dat de betreffende partij wel behoorlijke – en in het geval van de in § 7.3.2 besproken geobjectieeerde potestatieve voorwaarden zelfs doorslaggevende – invloed heeft op het al dan niet plaatsvinden daarvan, zeker waar het betreft het *niet* plaatsvinden. Op grond van de partij-afspraken hebben deze gebeurtenissen ook invloed

272 Dat is in zekere zin wel opvallend. Bijv. in 1988 heeft Kleijn ná het wijzen van het WUH/ONEX-arrest geschreven over de positie van de cessionaris tot zekerheid (Kleijn 1988, p. 105 e.v.), waar hij ook ingaat op de cessie van toekomstige huurpenningen. Het verbaast toch wel dat Kleijn in dat verband niet ingaat op het feit dat huurbetalingen eenvoudig gezien kunnen worden als vorderingen tot periodieke betaling en evenmin waarom een vordering tot voldoening van huurpenningen o.g.v. zijn eigen criterium van een intern of extern element alsnog als toekomstig kwalificeert.

273 Dat het door Kleijn gestelde criterium tot onzekere resultaten leidt, is in de literatuur vaker erkend: Koops 2011, p. 51, 53; Verhagen en Rongen 2000, p. 45 e.v.; Faber 1995, p. 38.

274 Dit is derhalve een enigszins andere situatie dan bij HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (Staal Bankiers/Ambags q.q.), waarbij de wederpartijen (overige vennoten) zelf nog een wilsverklaring moesten afleggen. Over de kwalificatie van een dergelijke ‘voorwaarde van goedkeuring’ wordt zeer verschillend gedacht, zie bijv. de noot van Brunner bij HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569 (Beliën/Provincie) (waarin Brunner de mogelijkheid van een dergelijke opschortende voorwaarde afwijst en deze plaatst in het licht van het nog ontbreken van wilsovereenstemming). Zie verder § 7.3.3.1.

275 Steneker beschouwt een dergelijke vordering als voorwaardelijk en niet als toekomstig (Steneker 2005, p. 26). Echter, de wederpartij van degenen die onbezwaard moet leveren en welke wederpartij de crediteur bij die vordering is, is v.w.b. het onbezwaard zijn van dat goed afhankelijk van het handelen van de leverende partij.

op de onderlinge rechtsrelatie, zodat de kwalificatie als intern of extern van dergelijke gebeurtenissen bepaald niet eenvoudig is. Soortgelijke voorbeelden, waarbij de vraag naar de kwalificatie als intern of extern element niet zonder meer is te beantwoorden, zijn in talloze varianten te maken.

Op de tweede plaats lijkt het begrip *element* als begrip weliswaar breed toepasbaar, maar blijft onduidelijk hoe ruim of beperkt we dit in het specifieke verband van de kwalificatie van vorderingen moeten opvatten. Een deel van de hierna besproken auteurs brengt bijvoorbeeld onder dit begrip ook het nog moeten verrichten van de tegenprestatie in een situatie, waarin ieder van partijen nog jegens de ander moet presteren. Dat zou ook gelden als die tegenprestatie op enig moment afdwingbaar zal worden, zonder dat gezegd kan worden dat pas nagekomen behoeft te worden nadat de ander heeft gepresteerd.²⁷⁶ Daarmee zou het begrip *element* in elk geval een ruime strekking hebben, waar het niet uitsluitend toepassing vindt in de fase van totstandkoming, maar ook in die van de nakoming van vorderingen.

In zijn algemeenheid wil ik stellen dat het criterium van een intern of extern element juist bij voorwaarden vaak slecht toepasbaar is. Het leidt namelijk tot onduidelijke afgrenzingen tussen voorwaardelijke en toekomstige vorderingen. Ik wijs in dat verband bijvoorbeeld op de in § 7.3.4.3 besproken lastig te beoordelen relatie tussen potestatieve voorwaarden en de kwalificatie van vorderingen. Deze onduidelijke afgrenzing is een gevolg daarvan dat het merendeel van de gebeurtenissen die in de praktijk de inhoud van voorwaarden vormen in zekere mate binnen de invloedssfeer van een of beide partijen ligt.²⁷⁷ De goedkeuring van het eigen orgaan, de nakoming van de opeisbare verbintenis, de verkrijging van een vergunning, steeds is sprake van tenminste enige of zelfs vergaande invloed van partijen. Vormen deze daarmee steeds interne elementen en zijn de daarvan afhankelijke vorderingen derhalve ook steeds toekomstig? Op basis van het 'criterium-Kleijn' zou ik het niet durven zeggen.

Als we echter naar een aantal andere, deels aan het 'criterium-Kleijn' gelieerde opvattingen in de literatuur kijken, blijkt evenmin van een heldere afbakening. Van Mierlo en Van Velten komen bijvoorbeeld tot de conclusie dat die vorde-

²⁷⁶ Ik noem in dat verband ook het eigendomsvoorbehoud, waar de voorwaarde bestaat uit de voldoening van de koopprijs door de koper. Uiteraard is dit geen vorderingsrecht, maar voor het vraagstuk van de afgrenzing tussen een voorwaardelijk en een toekomstig recht is dat thans niet van belang. Ook daar doet zich de vraag voor of bij de gebeurtenis die op zich helemaal niet van belang lijkt voor het ontstaan van de rechtsverhouding respectievelijk een vordering – bij de figuur van het eigendomsvoorbehoud derhalve de voldoening van de koopprijs – wel sprake is van het door Kleijn bedoelde element.

²⁷⁷ Kwantitatief is deze stelling uiteraard onbewijsbaar. De bekendste en naar alle waarschijnlijkheid meest toegepaste voorwaarden – het eigendomsvoorbehoud, het verkrijgen van goedkeuring of toestemming, de koop op proef, etc. – omvatten echter alle elementen die voor een deel of zelfs geheel binnen de invloedssfeer van partijen liggen.

ringen toekomstig zijn waarvan het ontstaan afhankelijk is van het daadwerkelijk verrichten van de tegenprestatie.²⁷⁸ Dit vermoedelijk in overeenstemming met de voormelde opvatting van Kleijn en wellicht ook in lijn met het arrest WUH-ONEX. Niettemin zijn Van Mierlo en Van Velten de opvatting toegedaan dat aannemelijk is dat de verbintenis tot vergoeding van schade van een verzekeraar wel degelijk als opschortend voorwaardelijk en niet als toekomstig moet worden beschouwd.²⁷⁹ Op basis van de door hen vermelde arresten kwalificeren zij de verzekeringsovereenkomst zelf als onvoorwaardelijk, uit welke overeenkomst de opschortend voorwaardelijke verbintenis tot vergoeding van schade voortvloeit. A-G Hartkamp legt daarentegen ook bij een risicoverzekering de nadruk op de gedraging van de gerechtigde die bestaat

278 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 81. Zij noemen daarbij vorderingen uit arbeidsovereenkomst, agentuurovereenkomst, huur, pacht, maar ook vorderingen u.h.v. deelleveranties uit een koopovereenkomst. In de terminologie van Kleijn zou daarmee sprake zijn van een intern element. Zie in deze zin ook: Steneker 2005, p. 26; Out 2003, p. 89; Van Boom 1993, p. 109.

In o.m. de TM komen we een soortgelijke gedachte als van Van Mierlo en Van Velten tegen, die echter op een cruciaal punt anders is. De Toelichting Meijers geeft (i.v.m. het leerstuk van onverschuldigde betaling) het voorbeeld waarbij partij B op grond van een overeenkomst met A verplicht is een bepaalde tegenprestatie te verrichten *als* A een zeker bedrag betaalt (PG Boek 6, TM, p. 805). De verplichting van B wordt in de opvatting van de TM pas in het leven geroepen – en bestond derhalve niet eerder voorwaardelijk – *indien* A betaalt. Het wezenlijke verschil met de voorbeelden van Van Mierlo en Van Velten is dat in het in de TM gehanteerde voorbeeld voor A aanvankelijk helemaal geen verplichting tot betaling bestond.

Het door o.a. Van Mierlo en Van Velten ingenomen standpunt werd overigens ook reeds onder het OBW verwoord, zie Wiarda in: Houwing & Wiarda 1940, p. 10 e.v. Wiarda bespreekt zijn opvatting uiteraard niet in het kader van de huidige scheidslijn tussen bestaande en toekomstige vorderingsrechten, maar n.a.v. de situatie die ontstond u.h.v. onder meer het Fijn van Draat-arrest. Meijers verdedigde daarentegen een vrijwel diametraal ander standpunt (Meijers 1948, p. 93, 94, alsmede hetgeen ik hierna bespreek).

279 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 84. Volgens Van Mierlo en Van Velten zou overigens uit HR 19 april 2002, NJ 2002, 456 (Zürich/Lebosch) afgeleid kunnen worden dat het vorderingsrecht tot vergoeding van schade u.h.v. een verzekeringsuitkering juist niet direct bestaat onder de opschortende voorwaarde van het intreden van die schade (zie p. 83). Van Mierlo en Van Velten zijn n.a.v. de voorzichtige formulering van de Hoge Raad zelf ook enigszins terughoudend met hun conclusie van het wél bestaan daarvan. Annotator Mendel komt n.a.v. dit arrest daarentegen juist tot de conclusie dat bedoeld vorderingsrecht wel direct als (opschortend) voorwaardelijk moet worden gekwalificeerd. M.i. kan geen van beide stellingen o.b.v. dit arrest afdoende verdedigd worden, omdat alles afhangt van de waardering van de door de Hoge Raad gebezigde term 'voorwaarden' (r.o. 3.4.3). Dat kan hier zowel de 'echte' voorwaarde van art. 6:21 BW zijn, als ook worden opgevat als 'vereiste'. Zie ook Holtman, die er klaarblijkelijk – in ieder geval vóór dit arrest uit 2002 – van uitging dat de vordering ter zake de verzekeringspenningen een bestaande is (Holtman 1996, p. 739, 740; Holtman 1991, p. 457).

Overigens bestond reeds vóór het arrest van 19 april 2002 twijfel over de kwalificatie van de vordering u.h.v. een verzekering. Zie Verhagen en Rongen, die zelf zowel de vordering tot voldoening van de premie als een eventuele uitkering als bestaand aanmerken (Verhagen en Rongen 2000, p. 45, 46). Als ik het goed zie, stellen zij daarvoor wel het vereiste dat de verzekeringspremie ook daadwerkelijk verschuldigd zal zijn.

uit een voortzetten van premiebetaling en daarmee voldoening van de tegenprestatie.²⁸⁰ In Hartkamps opvatting is daarin het element van toekomstigheid gelegen en zodoende geen sprake van een opschortend voorwaardelijk recht. Het essentiële verschil met een in de toekomst gelegen pensioenuitkering is volgens Hartkamp, dat voor deze laatste – althans voor zover het pensioen is opgebouwd – juist geen tegenprestatie meer verschuldigd is. Een dergelijk pensioen vormt in Hartkamps optiek derhalve wel een opschortend voorwaardelijk recht. Bij de regresvordering van een borg op de debiteur bestonden in elk geval tot het voormelde arrest van 6 april 2012 soortgelijke discussies,²⁸¹ waarbij de opvattingen in de literatuur over de kwalificatie van die regresvordering eveneens sterk varieerden.²⁸²

We zien derhalve dat de discussie aangaande de kwalificatie van een vordering zich nogal eens toespitst op de vraag naar het belang van het nog moeten presteren. In een criterium gebaseerd op de vaststelling of al dan niet nog gepresteerd moet worden, zie ik zelf echter niets. Stel dat ik een zaak onvoorwaardelijk koop met de afspraak dat deze volgende week geleverd zal moeten worden en ik op mijn beurt diezelfde week de koopprijs zal moeten voldoen. Bij een dergelijke, zeer overzichtelijke casus kan ik niet inzien waarom de vorderingen tot levering respectievelijk voldoening van de koopprijs niet bestaand onder een tijdsbepaling maar toekomstig zouden zijn.²⁸³ Het feit

280 Zie zijn conclusie bij HR 23 december 1988, NJ 1989, 700 ter zake een invaliditeitspensioen-verzekering. Dit neemt niet weg dat bij een dergelijke verzekering ook in Hartkamps opvatting tevens een extern element aanwezig is, bestaande uit het 'schadeveroorzakende feit'.

281 HR 6 april 2012, LJN BU3784.

282 Wessels 2013, p. 299; Wibier 2009b, p. 22 e.v. (zie ook het literatuuroverzicht op p. 25, nt. 55); Faber 1995, p. 35 (met literatuuroverzicht); Snijders in zijn noot onder HR 3 juni 1994, NJ 1995, 342. Kritisch over deze opvatting van Snijders is Wessels 2013, p. 299. Verhagen en Rongen verdedigen dat o.g.v. het feit dat de rechtsverhouding (u.h.v. de borgstelling) bestaat, tevens de regresvordering bestaat (Verhagen & Rongen 2000, p. 68).

N.a.v. HR 13 november 1903, W 7986 stelde Meijers dat de vordering van de crediteur op de borg als 'voorwaardelijk' kwalificeerde, indien de wettelijke vereisten t.b.v. dat verhaal moesten worden beschouwd als de door de wet tot uitdrukking gebrachte vermoedelijke wil van partijen (Meijers 1948, p. 92, 93). Over de verhouding tussen borg en hoofdschuldenaar zegt Meijers in dat verband niets, maar de gedachte dat daarmee ook de regresvordering van de borg voorwaardelijk van aard moet zijn, dringt zich op. Is daarentegen sprake van een uitsluitend door de wet in het leven geroepen gevolg ingeval van het voldoen aan bepaalde voorwaarden (bedoeld zijn *vereisten*), dan kan volgens Meijers geen sprake zijn van een voorwaardelijk recht.

283 Zie in gelijke zin reeds Meijers in zijn noot bij HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer/Haskeveenpolder). Meijers wijst daarin de gedachte van de hand dat bij wederkerigheid van prestaties een vorderingsrecht ter zake de tegenprestatie pas zou ontstaan met de levering van de eerste prestatie. Ook nadien stelde Meijers zich op dat standpunt, althans voor zover de prestatie bestond uit een subjectief recht dat als een zelfstandige zaak wordt beschouwd, dat het recht op de tegenprestatie eveneens als een reeds verkregen recht moest worden beschouwd (Meijers 1948, p. 93, 94). Dit laatste in de visie van Meijers wellicht – hij laat het antwoord enigszins open – in afwijking van bijv. nog te verschaffen genot van een zaak, omdat daarmee de tegenprestatie als een nog niet verschenen vrucht is te

dat beide tegenover elkaar staande vorderingen vooralsnog niet opeisbaar zijn, is in deze zonder belang. Het feit dat de verkoper zijn leveringsverplichting kan opschorten als ik aankondig niet te zullen betalen, maakt beide vorderingen op een eerder moment evenmin toekomstig.²⁸⁴ Ook de mogelijkheid dat de verkoper de koopovereenkomst op enig moment ontbindt als ik blijf weigeren te betalen, maakt dit voor deze kwalificatie van de vorderingen niet anders. Immers, alsdan zou iedere vordering die staat tegenover een eveneens nog niet nagekomen vordering als toekomstig kwalificeren, zelfs als die vorderingen afdwingbaar zijn. Dat is echter volstrekt niet in overeenstemming met de algemeen aanvaarde kwalificatie van dergelijke vorderingen als bestaand.

Ontstaat er een andere situatie als ik twee fietsen koop onder de afspraak, dat deze met een week verschil zullen worden geleverd en betaald? Ik zou niet weten waarom. Er zijn alsdan twee – bestaande – vorderingen tot levering en even zoveel tot voldoening van de koopprijs. Dat wordt ook niet anders als uit de koopovereenkomst voortvloeit dat ik een jaar lang iedere week een fiets geleverd zal krijgen en zal moeten betalen. Althans, op grond waarvan zou de kwalificatie van de vorderingen wijzigen van bestaand in toekomstig als ik in plaats van één of twee fietsen enkele tientallen koop, te leveren en te betalen verspreid over een jaar?²⁸⁵ Ik zou derhalve willen verdedigen dat het gestelde criterium van het nog moeten voldoen van een tegenprestatie voor het onderscheid tussen een toekomstige en een bestaande vordering onder opschortende tijdsbepaling of voorwaarde niet juist is.²⁸⁶

beschouwen. Niettemin nam Meijers zelfs bij een recht op loon voor nog te verrichten arbeid aan dat een dergelijk recht als bestaand kwalificeerde (Meijers 1948, p. 94).

284 In gelijke zin Verhagen en Rongen, die er terecht op wijzen dat een opschortingsrecht juist verondersteld dat de vordering bestaat (Verhagen & Rongen 2000, p. 48). In die zin doet het door o.a. Van Boom genoemde argument dat de verplichting tot uitkering van een schadeverzekering vervalt indien de premie niet is betaald, er minder toe dan veelal wordt verdedigd (Van Boom 1993, p. 722). Dit veelal tijdelijke verval van de bedoelde uitkeringsplicht (de verplichting tot premiebetaling blijft immers bestaan) kan immers net zo goed geplaatst worden in het licht van de algemene sanctiemogelijkheden van de crediteur jegens wie onterecht nog niet is gepresteerd.

285 Hetgeen door bijv. Van Mierlo en Van Velten wél wordt aangenomen (Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 81 ter zake de deelleveranties u.h.v. een koopovereenkomst).

286 Deze gedachte wordt door een deel van de literatuur dan ook bestreden (Verhagen & Rongen 2000, p. 51 en de aldaar genoemde literatuur). De reeds besproken benadering van de Hoge Raad dat een regresvordering vooralsnog toekomstig van aard is (HR 6 april 2012, LJN BU3784) doet hier weinig aan af. Weliswaar bestaat er uiteraard een afhankelijkheid tussen het voldoen van een schuld voor een ander en het uit dien hoofde verkrijgen van een regresvordering, maar het enkele feit van het bestaan van een dergelijke afhankelijkheid zegt niets over de kwalificatie daarvan. Ook u.h.v. voorwaarden bestaat immers een afhankelijkheid tussen het intreden van de onzekere gebeurtenis en de gevolgen van het intreden van de voorwaarde.

Zie ook Jansen die de thans bestreden gedachte ook voor het Belgisch recht afwijst (Jansen 2009, p. 367 e.v.). Hij stelt daarbij de wezenlijke vraag *waarom* latere verbintenissen die voortvloeien uit een bestaande contractuele gebondenheid nieuw zouden zijn.

Van geheel andere orde is het in 2010 door de Hoge Raad gehanteerde criterium dat door het toekomstige handelen van partijen – een ontbinding of opzegging – de rechtsverhouding ‘ingrijpend gewijzigd’ wordt.²⁸⁷ De daaruit voortvloeiende vorderingen in de vorm van ongedaanmakingsverplichtingen kwalificeren in de opvatting van de Hoge Raad uit dien hoofde als toekomstig.²⁸⁸ Er valt zeker iets te zeggen voor de benadering dat een vordering die bij een normale afwikkeling van de rechtsverhouding nooit tussen partijen geldend gemaakt kan worden ook pas ontstaat bij het handelen dat leidt tot het alsnog geldend kunnen maken daarvan. In een dergelijke situatie zal inderdaad sprake zijn van de bedoelde ingrijpende wijziging. Heeft dit echter als criterium betekenis voor het thans gezochte onderscheid tussen opschortend voorwaardelijke en toekomstige vorderingen?

Gezien de consequenties zal het intreden van een voorwaarde zijn te beschouwen als ingrijpend voor de rechtsverhouding. Van de door de Hoge Raad bedoelde wijziging van de rechtsverhouding lijkt als zodanig echter geen sprake. Althans, er gebeurt bij het intreden van de voorwaarde niets waar op grond van de partijwil van aanvang af niet uitdrukkelijk rekening mee was gehouden. Bovendien zou een andere benadering er toe leiden dat vorderingen die afhangen van een aan een rechtsverhouding verbonden voorwaarde altijd als toekomstig zouden kwalificeren. Dat zou echter een diametrale wijziging van de bestaande opvattingen zijn. Tegelijkertijd kunnen we vaststellen dat partijen in uiteenlopende gradaties – en vaak ook uitdrukkelijk aldus bedoeld – invloed kunnen uitoefenen op dat intreden.²⁸⁹ Daarmee zou het handelen van partijen geheel of gedeeltelijk aan de basis kunnen staan van de ‘ingrijpende wijziging’ van de rechtsverhouding uit hoofde van het intreden van de voorwaarde. Het enige verschil met de situatie van het vorenbedoelde arrest is in dat geval, dat partijen die invloed en de daaruit voortvloeiende consequenties voor de rechtsverhouding expliciet hadden beoogd. Mijn conclusie is derhalve dat (ook) dit arrest geen enkele duidelijkheid verschaft ten aanzien van de vraag wat het thans gezochte criterium dient te zijn.

Ter afsluiting van deze paragraaf kunnen we derhalve concluderen dat de rechtsgeleerde discussie over de vraag op basis van welk criterium het onderscheid tussen bestaand en toekomstig exact moet worden vastgesteld, vooralsnog geen algemeen gedragen antwoord heeft opgeleverd. In mijn eigen optiek omvat het door Kleijn aangenomen criterium noch de overige voormelde opvattingen aangaande een criterium gelegen in de tegenprestatie een goede

287 HR 3 december 2010, NJ 2010, 653.

288 Een kwalificatie van de vordering tot ongedaanmaking die reeds eerder werd verdedigd door Van Boom (Van Boom 1993, p. 722). Ook Snijders ging eerder uit van die kwalificatie bij een ontbinding u.h.v. de uitoefening van een wilsrecht (Snijders 1999, p. 585).

289 Zie hoofdstuk 7, waarin tevens de – beperkte – grenzen van die mogelijke invloed ter sprake komen.

basis om tot een heldere afgrenzing tussen opschortend voorwaardelijke en toekomstige vorderingen te komen.

6.2.5.5 Is een algemeen toepasbaar criterium wel denkbaar?

De zoektocht in de literatuur naar hét criterium is in zekere zin het gevolg van de bewoordingen van de Hoge Raad in het Visserijfondsarrest.²⁹⁰ Daarin suggereerde de Hoge Raad dat vorderingen onder een opschortende tijdsbepaling of voorwaarde, alsmede die tot periodieke betalingen niet als toekomstig maar – en daar gaat het mij om – *steeds* als bestaand zouden kwalificeren. De Hoge Raad zei weliswaar niet expliciet dat deze vorderingen altijd als bestaande vorderingen moesten worden beschouwd, maar de suggestie werd wel gewekt en de literatuur ging daar in ieder geval deels in mee.²⁹¹ Aldus ligt de gedachte voor de hand dat de aangenomen strakke scheiding tussen voorwaardelijke (bestaande) vorderingen en toekomstige vorderingen inderdaad gebaseerd zou moeten zijn op een voor ieder geval toepasbaar criterium.

Toch zijn er redenen om aan deze suggestie van de Hoge Raad te twijfelen. Zoals reeds gezegd stelt de Hoge Raad niet als zodanig dat de genoemde vorderingen inderdaad *steeds* als bestaand kwalificeren. Dat vorderingen onder opschortende tijdsbepaling en dergelijke veelal direct zullen bestaan, zal weinig twijfel lijden. Dat daarop eventueel uitzonderingen mogelijk zijn, lijkt op basis van de voorliggende redactie van het arrest niettemin mogelijk. Wellicht dat de Hoge Raad in het voormelde arrest WUH/ONEX ook inderdaad een dergelijke uitzondering voor huurtermijnen maakte.²⁹² Een verplichting tot toekomstige voldoening van periodiek verschuldigde huurtermijnen kan toch moeilijk anders worden beschouwd dan een vordering tot periodieke betaling. Volgens het Visserijfonds-arrest van 26 maart 1982 zou daarmee sprake zijn van een bestaande vordering en in de literatuur werden huurtermijnen aanvankelijk dan ook als zodanig beschouwd.²⁹³ Niettemin bepaalde de Hoge Raad in het slechts enkele jaren later gewezen arrest WUH/ONEX in die zin anders, dat deze vorderingen als toekomstig kwalificeren.

De vaststelling dat de Hoge Raad wellicht uitzonderingen onderkent op het uitgangspunt dat onder meer de opschortend voorwaardelijke vorderingen

290 HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 (Visserijfonds).

291 Van Boom 1993, p. 721; Kortmann 1989, p. 58 e.v.; de noten van Kleijn bij HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (Staal Bankiers / Ambags q.q.) en HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 (Visserijfonds). Blom stelt dat de Hoge Raad inderdaad die suggestie lijkt te maken, maar wijst zelf de gedachte af dat een voorwaardelijke vordering altijd als bestaand zou kwalificeren (Blom 1988b, p. 301).

292 HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 (WUH/ONEX).

293 Zie Van Velten en Holleman die er in 1983 o.b.v. dit arrest m.i. alleszins begrijpelijk van uitgingen dat periodieke huurvorderingen niet toekomstig waren (Van Velten & Holleman 1983, p. 902). Niettemin oordeelt Van Boom anders (Van Boom 1993, p. 723). Hij aanvaardt als consequentie van HR 30 januari 1987 dat huurvorderingen blijkbaar geen periodieke betaling zijn. Wellicht dat we die visie ook bij Faber aantreffen (Faber 1995, p. 36).

bestaande vorderingen zijn, is van belang bij de vaststelling van een criterium voor het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen. Ware dit anders, dan zou logischerwijs ieder criterium dat zou leiden tot resultaten waar in het onderscheid bestaand-toekomstig enige uitzondering op gemaakt zou moeten worden, daarmee een onjuist criterium zijn (dan wel zou in het desbetreffende geval blijkbaar toch geen sprake zijn van een vordering onder tijdsbepaling, voorwaarde of tot periodieke betaling). Indien bijvoorbeeld een vordering onder een bepaalde voorwaarde op grond van een willekeurig criterium tóch als toekomstig zou kwalificeren, dan zou immers óf sprake zijn van een onjuist criterium bij een wel degelijk daadwerkelijke voorwaarde, óf van een juist criterium met een vordering die met inachtneming van dat criterium helemaal niet voorwaardelijk van aard blijkt te zijn.

Ik zou echter menen dat de tegenovergestelde gedachte meer voor de hand ligt: vorderingen onder een voorwaarde of tot periodieke betaling kunnen wel degelijk kwalificeren als toekomstig en niet steeds als bestaand. Met name bij voorwaarden is een altijd toepasbaar criterium, derhalve zonder dat daar uitzonderingen op moeten worden gemaakt, voor het onderscheid met toekomstige vorderingen in abstracto immers nauwelijks denkbaar. Dat is een gevolg van het feit dat de mogelijke inhoud van voorwaarden vrijwel geen begrenzingen kent. De omstandigheden die op basis van welk criterium dan ook zouden leiden tot de kwalificatie toekomstig, kunnen daarmee vrijwel zeker ook de inhoud van een voorwaarde uitmaken. Door een beperkt aantal auteurs wordt er dan ook terecht van uitgegaan dat een voorwaarde de eventuele kwalificatie van een vordering als toekomstig niet in de weg staat.²⁹⁴ Uit die vaststelling vloeien een paar mogelijkheden voort.

Ten eerste zouden we kunnen menen dat dergelijke omstandigheden blijkbaar (toch) geen voorwaarde kunnen vormen, waar zij immers op basis van het gehanteerde criterium leiden tot de kwalificatie als toekomstig. Dat is in die zin problematisch dat buiten het verband van de kwalificatie van vorderingen dergelijke omstandigheden vrijwel steeds wél een voorwaarde zullen kunnen vormen.²⁹⁵ Een tweede mogelijkheid is dat het gehanteerde criterium blijkbaar onjuist is. Ondanks dat sprake is van een voorwaarde, zou dit criterium namelijk leiden tot de – blijkbaar onterechte – kwalificatie van

294 Snijders in: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 360; Van Gaalen in: Wessels 1996b, p. 55. Vermoedelijk ook Van Buchem-Spapens, waar zij de contractueel overeengekomen – maar bij gebreke aan een schadeveroorzakend feit nog niet bestaande – vordering tot vergoeding van schade toch als ‘voorwaardelijk’ kwalificeert (Van Buchem-Spapens 1986, p. 101).

295 Als we deze gedachtenlijn niettemin enigszins uitwerken dan zegt het criterium op grond waarvan de scheidslijn wordt bepaald tussen een toekomstig en een (bestaand) voorwaardelijk vorderingsrecht dus óók iets over de mogelijke inhoud van een voorwaarde. De gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde vormt, kan dan namelijk niet bestaan uit een feit dat u.h.v. het vorenbedoelde criterium zou leiden tot de kwalificatie als toekomstig vorderingsrecht. Alsdan zou namelijk alsnog sprake zijn van een voorwaardelijk, maar tegelijkertijd toekomstig recht.

toekomstigheid van de vordering. Zoals gezegd is dit probleem waarschijnlijk onoplosbaar, waar de inhoud van ieder denkbaar criterium in de vorm van een voorwaarde valt te gieten. De laatste mogelijkheid is de erkenning dat vorderingen onder voorwaarde (en de andere door de Hoge Raad genoemde vorderingen) wel degelijk kunnen kwalificeren als toekomstig.²⁹⁶ Vooralsnog houd ik het bij deze laatste mogelijkheid.

6.2.5.6 Een criterium gericht op de gebondenheid van partijen

Hiervoor in § 6.2.5.4 heb ik de gedachte van de hand gewezen dat het nog moeten verrichten van een tegenprestatie een criterium vormt voor het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen. Dat neemt niet weg dat er in mijn opvatting wel een zeker verband bestaat tussen de verschuldigdheid van de tegenprestatie en de al dan niet toekomstigheid van een vordering. Dat verband is echter niet meer dan een gevolg van hetgeen ik als het kenmerkende criterium voor het onderscheid tussen een toekomstige en een voorwaardelijke vordering zie.

Dit criterium is mijns inziens voor *ontbindende* voorwaarden gelegen in de vraag, of een partij zich eenzijdig van haar eigen (in de toekomst na te komen) verplichtingen kan ontdoen. Met andere woorden, de al dan niet eenzijdig te beëindigen gebondenheid van de debiteur dient het onderscheidende criterium te zijn.²⁹⁷ Dit betreft derhalve niet de situatie van bijvoorbeeld een tekortschieten en de daaruit voortvloeiende mogelijkheid van ontbinding door de wederpartij. Wel vallen daaronder de contractuele mogelijkheden van annulering, opzegging, de (zuiver) potestatieve ontbindende voorwaarde en dergelijke. De mogelijkheid van opzegging van een abonnement door de abonnee met een termijn van drie maanden betekent derhalve, dat de vordering tot voldoening van de abonnementskosten gedurende de komende drie maanden als bestaand kwalificeert en voor de periode daarna als toekomstig.

296 Bijv. nog niet verschuldigde huurtermijnen zouden daarmee o.b.v. het WUH/ONEX-arrest kwalificeren als toekomstige vorderingen en – niettemin – als periodieke betalingen. Blom is tot een zelfde conclusie gekomen, zij het op grond van een afwijkende argumentatie (Blom 1988a, p. 23; Blom 1988b, p. 301).

297 Deze gedachte is zeker niet nieuw. Houwing benadrukte reeds het feit dat partijen gebonden zijn i.v.m. de onder het OBW bestaande discussie welke vorderingen als toekomstig dienden te kwalificeren na het Fijn van Draat-arrest (Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 75 e.v.). Daarbij neemt hij echter een ruimer standpunt in dan ik zelf. Overigens noem ik hier de gebondenheid van de *debiteur*, maar in § 7.3.3.3 zal ik verdedigen dat de dubbele hoedanigheid van een partij als zowel debiteur als crediteur bij wederkerige rechtsverhoudingen niets afdoet aan het geheel ontbreken van gebondenheid tussen partijen indien het intreden van die voorwaarde zou leiden tot een verplichting tot ongedaanmaking. Uitsluitend indien een dergelijke verplichting zou ontbreken – de ontbinding heeft slechts gevolgen ‘voor de toekomst’ – bestaat in mijn optiek gebondenheid en kan sprake zijn van een toekomstige vordering uit een *bestaande* rechtsverhouding.

De reden dat ik juist in dit criterium het onderscheidende belang zie is dat de mogelijkheid tot eenzijdige beëindiging van een vordering door de debiteur in deze groot gewicht toekomt. Het voortbestaan van de vordering en daarmee de nakoming door de debiteur is door de mogelijke uitoefening van het wilsrecht tot beëindiging door deze laatste twijfelachtig. Bij een dergelijke vordering moet inderdaad maar worden afgewacht of deze in de toekomst nog bestaat en dientengevolge nog nagekomen moet worden, hetgeen een kwalificatie als toekomstig rechtvaardigt. Daarmee is ook gegeven waarom de groep van niet eenzijdig door de debiteur te beëindigen vorderingen als bestaand dient te kwalificeren. Bezien vanuit de zijde van de crediteur zal de debiteur immers hoe dan ook moeten nakomen en wordt die verplichting tot nakoming ook op enig moment afdwingbaar.²⁹⁸ Het feit dat de (eventueel nog) over en weer te leveren prestaties niettemin in een zekere onderlinge afhankelijkheid staan – als de ene partij niet zal presteren, kan ook de wederpartij zich van haar verplichtingen ontdoen – is van wezenlijk minder belang. Het uitdrukkelijke uitgangspunt is immers dat nagekomen dient te worden en dat deze verplichting in beginsel ook afdwingbaar is of zal worden. Het gegeven dat er misschien redenen zullen ontstaan die aan dit uitgangspunt afbreuk zullen doen, is slechts van bescheiden gewicht. In die zin onderschrijf ik de vermoedelijke denkrichting van de Hoge Raad in het voornoemde WUH-arrest dan ook niet.²⁹⁹

298 In de literatuur vinden we een in zekere mate hierop aansluitende visie. Deze bestaat daaruit dat partijen nu eenmaal gebonden zijn aan de rechtsverhouding en zij zodoende ook zullen moeten nakomen (zie verder Verhagen & Rongen 2000, p. 51). Deze opvatting en het door mij verdedigde standpunt stemmen derhalve in zoverre overeen dat een niet zonder meer eenzijdig te ontbinden rechtsverhouding leidt tot direct bestaande vorderingsrechten. De gedachte dat een door mij bedoelde eenzijdige beëindigingsmogelijkheid die vorderingen toekomstig laat zijn die t.g.v. die beëindiging niet meer nagekomen behoeven te worden, wijzen Verhagen en Rongen echter van de hand (p. 51, 52). Uitsluitend v.z.v. sprake zou zijn van een zuiver potestatieve opschortende voorwaarde t.b.v. de debiteur, beschouwen zij de vordering als (nog) niet bestaand. Gezien hun betoog op p. 54 beschouwen zij deze vermoedelijk wel als toekomstig. Overigens stellen Verhagen en Rongen dat het criterium voor het bestaan van een vordering daarin gelegen zou moeten zijn, of een vordering rechtstreeks voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding. In feite zou dat derhalve een terugkeer naar de regel uit 'Fijn van Draat' zijn.

299 De Hoge Raad stelde: '[het] ontstaan van vorderingen als hier bedoeld, [], is afhankelijk van toekomstige, vooralsnog onzekere omstandigheden waaronder in het bijzonder de daadwerkelijke verschaffing van het huurgenot []' (HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530). Daarmee lijkt de Hoge Raad inderdaad een verband te onderkennen tussen de wederkerigheid van de prestaties, ook al zijn partijen over en weer tot die prestaties verplicht. Misschien dat de reeds eerder genoemde visie van Verhagen en Rongen hier een uitweg biedt, waar zij stellen dat het WUH-arrest in de literatuur wellicht onterecht een brede betekenis is toegekend (Verhagen & Rongen 2000, p. 47, 53). De Hoge Raad plaatst in hun visie de toekomstigheid van de huurvorderingen uitdrukkelijk in het licht van 'de aard van de huurovereenkomst'. Ook biedt het eveneens reeds genoemde arrest HR 6 juni 1997, NJ 1998, 128 misschien een dergelijke uitweg. Uit dit arrest zou afgeleid kunnen worden dat

Het criterium voor het onderscheid tussen de toekomstige en de *opschortend* voorwaardelijke vordering is in feite hetzelfde. Ook hier is de vraag of de (beoogde) debiteur het in de hand heeft de gebeurtenis al dan niet te laten intreden, zónder dat gezegd kan worden dat hij daarmee eventueel tekortschiet jegens zijn wederpartij. Het rechtsgeldig in de toekomst al dan niet uitoefenen van een wilsrecht laat de daarvan afhankelijke vordering derhalve als toekomstig kwalificeren. De vordering die afhankelijk is van het verkrijgen van bijvoorbeeld een vergunning, waarbij op de debiteur de inspanningsverplichting rust deze vergunning te verkrijgen, is daarentegen opschortend voorwaardelijk van aard. De eigen invloed van de betreffende partij op het al dan niet intreden van de gebeurtenis valt immers onder de (afdwingbare) inspanningsverplichting en voor het overige is sprake van een gebeurtenis, die zonder twijfel als voorwaardelijk kwalificeert.

Met het vorenstaande is een mijns inziens veel duidelijker criterium gegeven dan bij het discutabele onderscheid tussen een intern of extern element, dan wel het veelal onjuiste criterium of ook de tegenprestatie nog verschuldigd is. Uit dit criterium vloeit tevens voort dat niet iedere voorwaardelijke vordering direct behoeft te bestaan, maar dat uitzonderingen zonder meer denkbaar zijn. Die mogelijkheid heb ik hiervoor in § 6.2.5.5 ook verdedigd. Dat bij een dergelijke criterium twijfelgevallen blijven, erken ik echter zonder meer.³⁰⁰ Het onderscheid tussen met name de opschortend voorwaardelijke en de toekomstige vordering blijft daarmee lastig.

6.2.5.7 De vordering tot ongedaanmaking na het intreden van de voorwaarde

Tot slot van dit moeilijke onderwerp wil ik de vraag bespreken of de vordering tot ongedaanmaking – gezien vanuit de debiteur derhalve de ‘ongedaanmakingsverplichting’ – gedurende de periode van onzekerheid kwalificeert als opschortend voorwaardelijk bestaand dan wel als toekomstig. In het kader van die vraag kijken we om te beginnen nogmaals naar de grondslag voor een dergelijke vordering. In § 3.3.2.1 zagen we dat de moderne literatuur die grondslag meestal ziet in art. 6:24 BW, waarmee de ongedaanmakingsverbintenis derhalve zou kwalificeren als een verbintenis uit de wet.³⁰¹ Een dergelijke

de vordering tot betaling van huurpenningen toch direct bestaat (aldus ook Verhagen & Rongen 2000, p. 48).

300 Is de opzeggingsbevoegdheid van een faillissementscurator ter zake de huurovereenkomst van de failliete huurder bijv. van belang, of gaat het alleen om de huurder zélf? Of wat te denken van een duurovereenkomst tot het verrichten van periodieke prestaties zónder duidelijke opzeggingstermijn? Ook de ‘voorwaarde’ waarop voor het intreden een beroep moet worden gedaan (zie § 7.3.4.2 en 8.1.3) is een lastige.

301 Hijma & Olthof 2014, p. 210, 215; (vermoedelijk) Zwitser 2013, p. 250 (en eerder: Zwitser 1990, p. 37); Haentjens & Meijer 2011, p. 65; (vermoedelijk) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 140; Scheltema 2003, p. 360 nt. 22; (vermoedelijk) Kleijn e.a. 1992, p. 163; Den Tonkelaar 1994, p. 87, 90 (en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 100).

verbintenis ontstaat pas indien aan de wettelijke vereisten is voldaan. Met andere woorden, mét het intreden van de ontbindende voorwaarde zou een ongedaanmakingsverbintenis en derhalve ook de vordering tot ongedaanmaking ontstaan.³⁰² Daarmee zou een dergelijke vordering als toekomstig kwalificeren.³⁰³

In § 3.3.2.3 heb ik daarentegen verdedigd dat onder het NBW geen enkele reden bestaat om art. 6:24 BW als een constitutieve bepaling te zien. De oorspronkelijke, door de nakoming tenietgegane verbintenis vervult in de moderne benaderingen namelijk geen enkele betekenis voor het be- of ontstaan van de ongedaanmakingsverbintenis. Onder het OBW was dat anders, onverminderd het feit dat ook onder het OBW een verbintenis door de nakoming tenietging. De nagekomen verbintenis behield echter een functie in die zin dat de terugwerkende kracht van de ontbindende voorwaarde er voor kon zorgdragen dat de verbintenis geacht werd nóóit te hebben bestaan. Aldus kon een ongedaanmakingsverplichting worden afgeleid uit het steeds hebben ontbroken van een rechtsgrond voor de eerdere nakoming.

De terugwerkende kracht keerde in het NBW echter niet terug, waarmee ook de reeds nagekomen verbintenis geen enkele systematische functie meer vervulde in het verband van het ontstaan van ongedaanmakingsverbintenissen. Daarmee leek het in verband met het verval van deze systematische grondslag noodzakelijk dat een dergelijke grondslag uit de wet zou voortvloeien. De wetgever zag echter over het hoofd dat het NBW wel degelijk een dergelijke systematische grondslag bood: de partijwil of de wilsovereenstemming tussen partijen. Deze partijwil is immers van aanvang af gericht geweest op het bestaan van een verbintenis tot ongedaanmaking. Weliswaar is die verbintenis afhankelijk van het intreden van de ontbindende voorwaarde, maar dat neemt niet weg dat partijen welbewust de mogelijkheid van die ongedaanmaking hebben gecreëerd. De grondslag voor het ontstaan van een ongedaanmakingsverbintenis kan dan ook eenvoudig verklaard worden uit die wilsovereenstemming. Enige noodzakelijkheid om een dergelijke ongedaanmakingsverbintenis uit de wet af te leiden ontbreekt dan ook, waarmee tevens gegeven is dat art. 6:24 BW géén constitutieve maar uitsluitend een declaratoire strekking heeft.

Uitgaande van deze laatste benadering zou de vordering tot ongedaanmaking niet langer per definitie een toekomstige vordering zijn. Zoals ik in § 3.3.2.3 kort stelde, zijn voor wat de kwalificatie van die vordering drie varianten denkbaar. De eerste daarvan is dat ten gevolge van de nakoming van de

³⁰² In deze zin ook: Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 6, p. 8.

³⁰³ Wessels (Wessels 2012, p. 60, 61) wijst o.m. op Rb. Arnhem 5 november 1998, JOR 1999, 41, waarin de rechtbank vaststelde dat een vordering tot ongedaanmaking als bedoeld in art. 6:24 BW tót het intreden van de voorwaarde als toekomstig kwalificeert. Dat oordeel is echter uitsluitend beargumenteerd met de stelling dat voorwaarden geen terugwerkende kracht (meer) kennen. Zoals uit het vorenstaande moge blijken, is dat m.i. echter niet de kwestie waar het bij deze kwalificatievraag om draait.

oorspronkelijke verbintenis deze tenietgaat, maar direct de ongedaanmakingsverbintenis onder (opschortende) voorwaarde ontstaat.³⁰⁴ Tótdat de oorspronkelijke verbintenis is nagekomen, kwalificeert de ongedaanmakingsverbintenis als toekomstig en vanaf dat moment als bestaand. Bij de tweede variant ontstaat de ongedaanmakingsverbintenis direct (opschortend voorwaardelijk) met de oorspronkelijke verbintenis, derhalve reeds vóórdát deze laatste is nagekomen. In de derde variant ontstaat de ongedaanmakingsverbintenis pas (onvoorwaardelijk) bij het intreden van de ontbindende voorwaarde en kwalificeert deze derhalve tot dat moment als toekomstig.

Het zal duidelijk zijn dat op grond van al hetgeen ik in deze § 6.2.5 heb besproken, niet is vast te stellen welke van deze varianten toepassing vindt, noch voor wat betreft het geldend recht, noch op basis van mijn eigen opvattingen ten aanzien van ontbindend voorwaardelijke rechtsverhoudingen in zijn algemeenheid. Als we er althans van uitgaan dat met art. 6:24 BW de grondslag voor een ongedaanmakingsvordering niet is gelegen in de wet, dan blijkt op grond van de in deze paragraaf besproken opvattingen respectievelijk criteria voor vaststelling van de aard van de vordering geen van deze tot een overtuigend resultaat te leiden. Voor wat betreft mijn eigen benadering gebaseerd op de gebondenheid van partijen is dat in die zin niet anders dat de kwalificatie van de vordering afhangt van de invloed van partijen op het al dan niet intreden van de voorwaarde. Ontbreekt die invloed en is daarmee zonder meer sprake van gebondenheid, dan is in mijn optiek van aanvang af – derhalve reeds vóórdát de oorspronkelijke verbintenis is nagekomen – sprake van een direct bestaande (opschortende voorwaardelijke) vordering tot ongedaanmaking. Is die invloed zodanig dat we moeten constateren dat die gebondenheid in feite vooralsnog ontbreekt of tenminste als onvoldoende moet worden

304 Deze opschortende voorwaarde heeft dezelfde inhoudt als de ontbindende voorwaarde bij de nagekomen verbintenis (of in mijn optiek beter verdedigbaar: de rechtsverhouding. Zie § 3.5). De soms wel verwoorde benadering dat een dergelijke opschortende voorwaarde het intreden van de ontbindende voorwaarde inhoudt, is m.i. een minder geslaagde benadering. Per saldo maakt het echter geen verschil.

Overigens stelt ook Scheltema dat bij gebreke aan terugwerkende kracht het ontstaan van ongedaanmakingsverbintenissen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde kan worden beschouwd als het ontstaan van dergelijke verbintenissen onder een opschortende voorwaarde (Scheltema 2003, p. 66). De aanvankelijke rechtsgevolgen uit hoofde van de oorspronkelijke overeenkomst blijven in zijn visie, door het ontbreken van een verval met terugwerkende kracht, namelijk in stand. Uitsluitend met nieuwe verbintenissen die zijn gericht op ongedaanmaking van de oorspronkelijke rechtsgevolgen kan een dergelijke ongedaanmaking worden bereikt (zie ook Scheltema 2003, p. 75). Niettemin beschouwt hij het hanteren van de term *ontbindende voorwaarde* t.a.v. de ongedaanmakingsverbintenis meer voor de hand liggen, omdat dit meer aansluit op de bedoeling van partijen als gericht op ongedaanmaking vande eerdere rechtsgevolgen.

beschouwd, dan kwalificeert de vordering tot ongedaanmaking als toekomstig.³⁰⁵ Over deze partij-invloed op het intreden van de voorwaarde en het dientengevolge eventueel ontbreken van gebondenheid handelt het volgende hoofdstuk.

305 In § 7.3.3. bespreek ik overigens de zuiver potestatieve voorwaarde mede in relatie tot de gebondenheid van partijen. Aldaar verdedig ik dat ingeval sprake is van een dergelijke voorwaarde waarbij ná een eerdere nakoming de reeds geleverde prestatie ongedaan gemaakt dient te worden een dergelijke gebondenheid hoe dan ook ontbreekt.

7 | De invloed van partijen op het intreden van een voorwaarde

7.1 VORMEN VAN INVLOED OP HET INTREDEN VAN EEN VOORWAARDE

7.1.1 Inleiding

Eerder kwam ter sprake dat in alle onderzochte rechtsstelsels partijen bij de rechtsverhouding zelf bepalen wat de inhoud van een voorwaarde is.¹ Met uitzondering van een bescheiden aantal in § 5.2 besproken beperkingen en – waarschijnlijk – een deel van de in dit hoofdstuk besproken zuiver potestatieve voorwaarden kunnen de meest uiteenlopende gebeurtenissen derhalve de inhoud van een voorwaarde vormen. Daaruit vloeit voort dat ook ‘gebeurtenissen’ waarbij partijen invloed kunnen uitoefenen op het toekomstige (al dan niet) intreden daarvan de inhoud van een voorwaarde kunnen zijn. In dit hoofdstuk onderzoek ik deze invloed van partijen op het intreden of juist niet-intreden van een voorwaarde.

Als uitgangspunt wordt in de verschillende rechtsstelsels een dergelijke partij-invloed als aanvaardbaar beschouwd; partijen *mogen* derhalve binnen bepaalde grenzen het al dan niet intreden van een voorwaarde beïnvloeden. Tegelijkertijd is onomstreden dat partijen geen algehele vrijheid hebben ten aanzien van een dergelijke beïnvloeding. Althans, willen aan een beoogde voorwaarde de normale materiële gevolgen zijn verbonden. De voornaamste in dit hoofdstuk te beantwoorden vragen zijn dan ook waar de grenzen liggen tussen een wel en niet geldige (mogelijkheid van) beïnvloeding en wat de gevolgen zijn van de overschrijding van die grenzen.

Globaal beschouwd kunnen we twee van dergelijke grenzen onderscheiden. De eerste daarvan betreft de geldigheid van doorslaggevende invloed van een of beide partijen op het intreden van een voorwaarde. Waar dit betreft het uitoefenen van een wilsrecht vormgegeven als voorwaarde – een zuiver potestatieve voorwaarde derhalve – lopen we tegen de vaak besproken vraag aan of daarmee überhaupt wel een (voorwaardelijke) rechtsverhouding tot stand komt. De eerste grens ten aanzien van de invloed van partijen vinden we derhalve in het mogelijk ontbreken van iedere rechtsverhouding. De tweede grens heeft geen betrekking op de geldigheid van een voorwaarde respectievelijk voorwaardelijke rechtsverhouding als zodanig, maar op de ongeoorloofde

1 Zie § 2.5 en § 5.1.2.

beïnvloeding van het wel of niet intreden van die voorwaarde. Het (niet) handelen van een partij in relatie tot de geldige voorwaardelijke rechtsverhouding vormt hier derhalve het pijnpunt. Deze grens aan de mogelijke partij-invloed wordt met name geplaatst in de strekking van art. 6:23 BW. Deze beide onderwerpen, de potestatieve voorwaarde en de ongeoorloofde partij-invloed op het (niet) intreden van een voorwaarde, vormen de kern van het onderhavige hoofdstuk.

Zoals in de volgende paragrafen zal blijken, is over deze partij-invloed in de onderzochte stelsels veel geschreven en bestaat ook de nodige jurisprudentie. In het Duitse en Zwitserse recht komen in dat verband tevens nogal wat materieelrechtelijke kwesties aan bod, die voor het Nederlandse recht vrijwel geheel onbesproken zijn gebleven en waaraan ik dan ook de nodige aandacht besteed. Opvallend genoeg – of misschien juist wel niet – is het ondanks al deze aandacht vaak lastig om vast te stellen wat in de vier stelsels als het geldend recht is te beschouwen. Dat is niet alleen een gevolg van de meer dan eens uiteenlopende opvattingen, maar deels ook van een niet eenduidig gehanteerde terminologie. Dit laatste geldt met name ter zake de (al dan niet *zuiver*) potestatieve voorwaarden. Mede om dit laatste probleem in dit onderzoek zoveel mogelijk te ondervangen, bespreek ik in § 7.1.2 de verschillende vormen van invloed van partijen op het intreden van voorwaarden, om daar vervolgens de in dit onderzoek te hanteren terminologie aan te verbinden. In § 7.2 beginnen we met de voorwaarden waar partijen een zekere mate van invloed op kunnen uitoefenen: de *gemengde voorwaarden*. De invloed die partijen bij dergelijke voorwaarden kunnen uitoefenen is voor de rechtsgeldigheid van deze voorwaarden op zich geen probleem. Wél kan de omvang of de wijze van die beïnvloeding gesanctioneerd zijn voor zover – in de woorden van art. 6:23 BW – ‘redelijkheid en billijkheid dit verlangen’. De lastige potestatieve voorwaarden komen in § 7.3 aan bod. Art. 6:23 BW met de equivalenten daarvan in de overige onderzochte stelsels bespreek ik tot slot in § 7.4.

7.1.2 Van géén tot doorslaggevende invloed en de terminologie

7.1.2.1 De drie hoofdgroepen van invloed van partijen

In alle bestudeerde rechtsselsels wordt de eventuele invloed van partijen op het intreden van een voorwaarde in drie groepen onderscheiden.² Op de eerste

2 Voor het geldend recht en OBW: Den Tonkelaar 1994, p. 49 (en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 53); Hofmann/Van Opstall 1976, p. 370; Melis 1944, p. 79; Hofmann 1937, p. 91; Asser/Van Goudoever 1913, p. 48; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 52; Diephuis 1885, p. 109; Everts 1883, p. 20, 34.

plaats zijn er uiteraard de voorwaarden waarbij partijen geen enkele invloed op het (al dan niet) intreden van de gebeurtenis kunnen uitoefenen – de *casuele* of *toevallige voorwaarde*. Een tweede groep wordt gevormd door voorwaarden waarbij een of beide partijen weliswaar invloed op het (al dan niet) intreden van de voorwaarde kunnen uitoefenen, maar deze invloed niet doorslaggevend is voor dat wel of niet intreden. Of anders gezegd, door middel van de partij-invloed kan de kans dat een gebeurtenis intreedt worden vergroot of verkleind, dan wel die kans op dat intreden überhaupt in het leven worden geroepen, maar óf de gebeurtenis uiteindelijk intreedt is tevens afhankelijk van factoren gelegen buiten de partij-invloed. Deze gemengde voorwaarden kunnen weer worden onderscheiden van de derde groep van voorwaarden, waar de partij-invloed doorslaggevend is voor het al dan niet intreden van de gebeurtenis: de potestatieve voorwaarden. Bij deze indeling in drie groepen zij aangetekend dat een deel van de Duitse en Zwitserse literatuur geen onderscheid maakt tussen gemengde en potestatieve voorwaarden. Beide begrippen worden door de betreffende auteurs geschaard onder de term *potestatieve voorwaarde*.³

Anders dan in de Code Civil en het Belgisch wetboek vinden we deze driedeling ter zake de invloed van partijen niet terug in de wetboeken van de onderzochte stelsels.⁴ Voor het OBW, als gebaseerd op de Code Civil, was deze afwijking ten opzichte van het Franse wetboek een uitdrukkelijke keuze van de Nederlandse wetgever.⁵ Diephuis en Asser gaven daarvoor als reden dat het onderscheid ter zake het soort voorwaarde overbodig was, omdat daar geen verschillend rechtsgevolg respectievelijk geen 'wettelijk resultaat' uit voortvloeide.⁶ Ook de Duitse wetgever zag ervan af deze indeling in het BGB op te nemen, eveneens omdat deze slechts betekenis zou hebben voor de rechtssystematiek en daarmee – blijkbaar – niet voor het materiële recht.⁷ Incidenteel wordt dit gebrek aan belang ook in de moderne Duitse literatuur nog expliciet onderschreven.⁸ Tot slot wordt in de Zwitserse literatuur eveneens wel gesteld dat de onderscheiding in deze drie groepen op zich zonder

Duits recht: Erman/Armbrüster 2014, p. 458 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 473); HKK/Finkenaue 2003, p. 884; Hübner 1996, p. 471; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 844.

Zwitsers recht: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 376; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 852; Koller 2009, p. 1274; Huguenin 2008, p. 197; Gutmans 1995, p. 12, 13; Oser 1929, p. 685.

3 Duits recht: Staudinger/Eckpfeiler 2014, p. 269 (eveneens met het voorbeeld van hertrouwen); Wolf/Neuner 2012, p. 645; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122 (zie het voorbeeld van het hertrouwen, waarvan moeilijk gezegd kan worden dat het besluit daartoe uitsluitend afhankelijk is van de 'wilsgerechtigde' partij).

Zwitsers recht: Berger 2012, p. 262 (overigens enigszins onduidelijk in de door hem gehanteerde terminologie); Honsell 2008, p. 611; Bucher 1988, p. 507.

4 Zie voor het Franse en Belgische recht de artt. 1169-1171, zowel van het CC als het Belgisch BW.

5 Aldus: Everts 1883, p. 21; Asser 1838, p. 472.

6 Diephuis 1885, p. 109; Asser 1838, p. 472.

7 Flume 1992, p. 683.

8 Johannsen e.a. 1982, Vor § 158 nr. 4.

rechtens relevante betekenis is.⁹ In § 7.1.3 bespreek ik dat die opvatting niet helemaal terecht is, welke stelling ik in de opvolgende paragrafen verder uitwerk.

In de komende subparagrafen ga ik nader in op de vorenomschreven drie hoofdgroepen van invloed op het (al dan niet) intreden van voorwaarden. De eerste functie daarvan is om tot een zoveel mogelijk eenduidig begrippenkader ter zake deze invloed te komen. Met het oog op de opvallend grote variaties in het door de verschillende auteurs en in de verschillende rechtsstelsels gehanteerde begrippen is dat geen overbodige luxe. De tweede functie van deze nadere uitwerking is in zekere zin tegengesteld aan de eerste. De suggestie die van de hierna vast te stellen begripsvorming uitgaat dat sprake zou zijn van objectieve grenzen tussen de verschillende vormen van invloed, is voor een gedeelte niet terecht. Tussen de gemengde en de potestatieve voorwaarden alsmede tussen de beide subcategorieën van potestatieve voorwaarden – de ‘geobjectiveerd’ potestatieve voorwaarde en de ‘zuiver’ potestatieve voorwaarde – bestaat namelijk wel degelijk een betwistbaar gebied. Gezien de door mij mede in § 7.1.3 opgeworpen stelling dat het onderscheid tussen de bedoelde groepen van voorwaarden toch rechtens relevant kan zijn, is ook de afgrenzing tussen deze groepen niet zonder materiële betekenis.

7.1.2.2 Geen of beperkte invloed

In de vorige paragraaf besprak ik dat in de verschillende stelsels het systematische onderscheid tussen casuele en gemengde voorwaarden veelal wordt onderschreven, zij het dat een deel van de Duitse en Zwitserse literatuur de gemengde voorwaarden onderbrengt bij de groep van de in § 7.1.2.3 omschreven geobjectiveerd potestatieve voorwaarden. Wezenlijk meer dan de constatering dát voorwaarden kunnen worden gesystematiseerd in onder meer deze beide groepen, wordt in de literatuur van de onderzochte stelsels echter nauwelijks opgemerkt. In deze paragraaf ontbreekt dan ook een bespreking van de individuele rechtsstelsels.

Het geheel ontbreken van enige invloed van partijen op het intreden van een gebeurtenis vormt voor dit hoofdstuk vanzelfsprekend de eenvoudigste variant. Óf het zal regenen of de loterij zal worden gewonnen zijn bekende voorbeelden van casuele voorwaarden. De uitkomst van de toekomstige beoordeling door een Rembrandt-expert – een ‘derde’ ten opzichte van partijen – van een schilderij van een vooralsnog onbekende meester is dat eveneens. Niettemin ontbreekt ook bij dergelijke gebeurtenissen lang niet altijd iedere invloed. Voor het winnen van de loterij moet wél een lot gekocht worden en zelfs het wel of niet regenen blijkt beïnvloedbaar, zij het waarschijnlijk niet

9 BSK OR I-Ehrt 2011, p. 852.

door partijen. En wat te denken van de nog door partijen te maken keuze tussen verschillende Rembrandt-experts, waarvan bekend is dat de ene opvallend vaker Rembrandts 'ontdekt' dan de ander? Voor zover een dergelijke invloed inderdaad bestaat, kwalificeren dergelijke gebeurtenissen derhalve wel degelijk als de hierna besproken gemengde voorwaarden. Sterker, ik vermoed – weinig ter zake doende als het is – dat uiteindelijk slechts weinig gebeurtenissen die in de praktijk de inhoud van voorwaarden vormen, zullen kwalificeren als écht casuele gebeurtenissen.

Het kenmerkende aan de groep van gemengde voorwaarden is dat partijen weliswaar een van beide hierna verder besproken vormen van invloed kunnen uitoefenen, maar dat die invloed tegelijkertijd niet of in elk geval niet steeds van doorslaggevende aard is voor het al dan niet plaatsvinden van de gebeurtenis. Met andere woorden, het wel of niet plaatsvinden van de gebeurtenis omvat tevens een casueel element of – zoals ik hierna zal bespreken – is tenminste in zekere mate toetsbaar aan geobjectiveerde criteria. In de literatuur wordt dit casuele element soms te beperkt benaderd in die zin, dat het uitsluitend zou kunnen bestaan uit enigerlei vorm van medewerking door derden.¹⁰ Uiteraard is er echter niets op tegen dat een dergelijk element geheel buiten menselijke invloed is gelegen.

Wezenlijker is dat ook een toekomstige wil van een van partijen in de door mij gehanteerde begripsvorming *eventueel* als een gemengde voorwaarde kan kwalificeren. In § 7.1.2.3 zullen we zien dat een dergelijke toekomstige partijwil gegoten in de vorm van een voorwaarde veelal wordt gezien als een zogeheten potestatieve voorwaarde. In die gevallen waarin beoogd is de betreffende partij een algehele wilsvrijheid toe te kennen, hanteer (ook) ik de term potestatieve voorwaarde. Waar de vrijheid van die toekomstige partijwil echter grenzen kent – bijvoorbeeld uit hoofde van een redelijk handelen ten opzichte van derden, een uitdrukkelijke verplichting tot een rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij of een toetsing van de kwaliteit van een geleverde zaak aan in zekere mate geobjectiveerde criteria – ontbreekt de *algehele* wilsvrijheid. Een dergelijke 'beperkte' wilsvrijheid in de vorm van een voorwaarde kwalificeert in het door mij gehanteerde begrippenkader als gemengde voorwaarde. Dat is een kwalificatie van een dergelijke voorwaarde die we in de literatuur niet vinden, althans niet in uitdrukkelijke zin. Toch past deze mijns inziens uitstekend bij het merendeels gehanteerde begrip van de gemengde voorwaarde als een voorwaarde waarbij partijen weliswaar invloed hebben op het al dan niet intreden van die voorwaarde, maar die invloed niet van doorslaggevende aard is.

10 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 133; Hofmann 1937, p. 91.

Inhoudelijk van belang is ook de reeds genoemde scheiding van de gemengde voorwaarde in twee groepen. Op de eerste plaats zijn er de voorwaarden waarbij een of beide partijen moeten voldoen aan bepaalde vereisten om de voorwaarde überhaupt te kunnen laten intreden of vervallen. Het aanvragen van een vergunning of externe financiering vormt een dergelijk vereiste, bij gebreke waarvan de opschortende voorwaarde van het verkrijgen van een dergelijke vergunning of het vervallen van de ontbindende voorwaarde van een financieringsvoorbehoud niet kan plaatsvinden. De partij-invloed strekt er derhalve toe dat de eigenlijke situatie van onzekerheid ten gevolge van het handelen van partijen nog zal ontstaan.¹¹ Deze vorm van partij-invloed bespreek ik tevens in § 7.1.2.4, waar het doorslaggevende karakter daarvan betrekking heeft op óf het intreden óf het niet-intreden van de voorwaarde, maar niet op beide mogelijkheden.

De tweede groep van gemengde voorwaarden bestaat uit gebeurtenissen waarbij partijen de mogelijkheid hebben de kansen op het toekomstige (al dan niet) intreden van die gebeurtenissen te vergroten of te verkleinen. Beveiliging van een woning verkleint bijvoorbeeld de kans op inbraak en daarmee tevens de kans op een claim bij de inboedelverzekeraar. Die invloed is bij deze tweede groep van gemengde voorwaarden echter uitdrukkelijk beperkt tot een dergelijk vergroten of verkleinen van kansen; ook de best beveiligde woning zal nooit geheel gevrijwaard zijn van mogelijke inbraak.

In § 7.4 zal ik bespreken dat het vorenstaande onderscheid tussen beide vormen van gemengde voorwaarden vooral van belang is bij toepassing van art. 6:23 BW. We kunnen uit dit onderscheid echter nog een tweede consequentie afleiden. De invloed op het al dan niet intreden van de voorwaarde respectievelijk het vergroten of verkleinen van de kansen is namelijk ook van belang voor de mogelijkheid van wilsvrijheid van een partij dienaangaande. Ten aanzien van de eerste vorm bestaande uit doorslaggevende invloed op het intreden of het niet-intreden van een voorwaarde kan in ieder geval geen algehele wilsvrijheid bestaan voor zover inderdaad sprake wil zijn van een gemengde voorwaarde. Alsdan zou namelijk – zie § 7.1.2.3 – in de bestaande indeling van voorwaarden sprake zijn van een potestatieve voorwaarde, althans voor wat betreft het intreden óf het niet-intreden van de voorwaarde.¹² Voor zover daarentegen slechts een zekere mate van vrijheid van handelen bestaat,

11 Hofmann beperkte de betekenis van de gemengde voorwaarde tot uitsluitend *déze* groep van gemengde voorwaarden (Hofmann 1937, p. 91). De andere door mij genoemde groep van gemengde voorwaarden, waarbij de partij-invloed bestaat uit het vergroten of verkleinen van de kansen op het toekomstige (al dan niet) plaatsvinden van de gebeurtenis, noemt Hofmann niet bij de gemengde voorwaarden, noch overigens bij de casuele of potestatieve voorwaarden.

12 Als die wilsvrijheid *wél* bestaat, komen we v.w.b. de kwalificatie van een dergelijke voorwaarde in zekere zin in de problemen, althans v.z.v. die wilsvrijheid de vorm heeft van een *zuiver* potestatieve voorwaarde. Zie § 7.1.2.4.

is bij gebrek aan algehele wilsvrijheid geen sprake van een potestatief element. Een dergelijke beperkte wilsvrijheid vindt zijn grenzen in art. 6:23 BW.¹³

Bij de tweede vorm van gemengde voorwaarden, de partij-invloed heeft uitsluitend betrekking op het vergroten of verkleinen van de kans op intreden, kan daarentegen wél sprake zijn van een algehele vrijheid zonder dat de voorwaarde daarmee als potestatief kwalificeert.¹⁴ Potestatieve voorwaarden kenmerken zich immers door het feit dat de partij-invloed doorslaggevend is voor het al dan niet intreden van de voorwaarde. Het uitsluitend kunnen wijzigen van de kans op intreden van een voorwaarde, waarbij die kans in een andere omvang voortbestaat, valt derhalve niet onder het begrip van de potestatieve voorwaarde.

We kunnen echter nog een ander onderscheid aanbrengen ten aanzien van de combinatie van casuele elementen en elementen waarop partijen invloed hebben. Dit betreft een onderscheid in de volgorde – of zo men wil in de tijd – waarin deze beide elementen zich voor doen. Bij de voormelde beide groepen van gemengde voorwaarden ligt het eigenlijke onzekere element van de voorwaarde – wordt een vergunning verleend, de financiering verstrekt of in de woning ingebroken – in de tijd ná het moment waarop partijen hun invloed hebben uitgeoefend. Met andere woorden, ná het handelen respectievelijk het uitoefenen van invloed door partijen is op ieder moment totdat de voorwaarde is ingetreden of vervallen sprake van ‘echte’ onzekerheid voor partijen.

Het gemengde karakter van een voorwaarde kan echter ook een andere volgorde hebben. Die situatie doet zich met name voor bij voorwaarden waar een daadwerkelijk onzekere gebeurtenis de inhoud van de voorwaarde vormt, waar echter ná het intreden van die gebeurtenis ten behoeve van het in vervulling gaan van de voorwaarde door een partij tevens ‘beroep’ op moet worden gedaan. Een dergelijk ‘beroep’ vormt, overeenkomstig hetgeen ik in § 8.1.3 bespreek, een constitutief vereiste voor het in vervulling gaan van de voorwaarde. Er is derhalve weliswaar sprake van een in zekere zin gemengd karakter van de voorwaarde, maar de invloed van partijen op het intreden daarvan wordt – na het intreden van de casuele gebeurtenis – wel degelijk van doorslaggevende aard. In § 7.3.4.2 zal ik verder uitwerken waarom dergelijke

13 We kunnen aannemen dat in de heersende opvattingen die vrijheid ook contractueel kan zijn beperkt. In § 7.4.2 zal ik echter bespreken dat art. 6:23 BW in wezen ook een beperking vormt u.h.v. de (o.g.v. uitleg vast te stellen) partijbedoeling van de voorwaarde.

14 Bij de voorwaarde dat ik de loterij win kan ik derhalve probleemloos de vrijheid hebben om, als ik eenmaal een lot heb, een tweede lot te kopen. Ik vergroot alsdan slechts de kansen op het winnen van een prijs, maar van doorslaggevende betekenis voor het überhaupt bestaan van een kans is dit niet. Anders is het als ik de wilsvrijheid zou hebben een eenmaal verkregen lot weer te verkopen; dit sluit iedere winstkans en daarmee mogelijkheid van intreden van de voorwaarde uit. Die wilsvrijheid betekent derhalve dat de voorwaarde wel degelijk potestatief van aard is.

opschortende voorwaarden, althans voor zover de betreffende partij wilsvrijheid heeft om gebruik te maken van die mogelijkheid van 'beroep', op geen enkel moment als gemengde voorwaarden kwalificeren. Een dergelijke voorwaarde met algehele wilsvrijheid is steeds van potestatieve of, meer specifiek, zuiver potestatieve aard. Een zelfde *ontbindende* voorwaarde kwalificeert daarentegen aanvankelijk wel degelijk als *gemengd*, maar wijzigt alsnog in een zuiver potestatieve voorwaarde indien de casuele gebeurtenis is ingetreden.

7.1.2.3 Doorslaggevende invloed

Inleiding

Anders dan geldt voor de casuele en de gemengde voorwaarde, is in de literatuur van alle onderzochte stelsels veel geschreven over potestatieve voorwaarden. Voorwaarden derhalve waar – enigszins afhankelijk van de exacte betekenis die we aan deze terminologie geven – partijen in enigerlei vorm een doorslaggevende invloed hebben op het al dan niet intreden van de gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde vormt. Deze aandacht in de literatuur richt zich sterk op de veronderstelde gevolgen van de kwalificatie van een voorwaarde als (zuiver) potestatief. Veel minder aandacht gaat daarentegen uit naar de vraag wat nu precies moet worden verstaan onder deze voorwaarden. Met andere woorden, wélke vormen van doorslaggevende invloed (of volgens een enkele auteur tenminste verregaande invloed) van partijen op het intreden van de toekomstige gebeurtenis kwalificeren als potestatief? Zoals we zullen zien worden ten aanzien van deze laatste vraag zowel tussen de verschillende stelsels maar ook binnen deze stelsels nogal uiteenlopende antwoorden gehanteerd. In deze paragraaf staat dan ook voorop vast te stellen welke vormen van invloed kwalificeren als een van beide te onderscheiden vormen van potestatieve voorwaarden.

Bij de onderstaande bespreking van de verschillende rechtsstelsels zal blijken dat de ter zake potestatieve voorwaarden gehanteerde terminologie nogal wat – deels tegenstrijdige – varianten kent. Om bij de verdere bespreking een ankerpunt te hebben voor wat betreft deze terminologie, wil ik de (vormen van) potestatieve voorwaarden als volgt omschrijven. De *potestatieve voorwaarde* in de door mij gehanteerde betekenis is het overkoepelende begrip voor de twee vormen van voorwaarden, waarbij de partijwil van een doorslaggevende invloed is op het intreden van de toekomstige gebeurtenis én de desbetreffende partij ook de vrijheid heeft om die invloed naar goeddunken te gebruiken. Zodra de vrijheid van de wilsgerechtigde partij om haar wilsrecht naar eigen goeddunken uit te oefenen wordt beperkt in objectieve zin – er is geen mogelijkheid van 'willekeur' ten aanzien van dat wilsrecht – is derhalve geen sprake

van een potestatieve voorwaarde in de door mij gehanteerde betekenis.¹⁵ Zoals ik in § 7.1.2.2 reeds aangaf, kwalificeert een dergelijke voorwaarde in mijn benadering als een gemengde voorwaarde, maar die benadering vinden we in elk geval in expliciete zin niet in de literatuur.

De toevoeging van het element van de wilsvrijheid aan het begrip van de potestatieve voorwaarde wordt breed onderschreven, maar is op zich niet van dwingende aard. We zouden dit begrip immers ook kunnen beperken tot de doorslaggevende partij-invloed, al dan niet met wilsvrijheid bij de betreffende partij. Zoals we echter in § 7.3 zullen zien, is het juist de combinatie van doorslaggevende invloed mét die wilsvrijheid die de betreffende voorwaarden tot een figuur maakt die afwijkt van andersoortige voorwaarden. Het ligt dan ook voor de hand voor deze figuur – derhalve inclusief het element van de wilsvrijheid – een separaat begrip te hanteren.

De eerste van de beide verschijningsvormen van de potestatieve voorwaarde bestaat uit de 'zuiver potestatieve voorwaarde'. Dit betreft de voorwaarde waarbij de loutere toekomstige wil van een partij bij de rechtsverhouding de gebeurtenis vormt en waar de doorslaggevende invloed van die partij derhalve bestaat uit diens enkele wilsverklaring. De tweede vorm bestaat uit de voorwaarde waarbij een partij een doorslaggevende invloed heeft op het toekomstige al dan niet intreden van een objectief vaststelbare gebeurtenis, die uit iets anders bestaat dan de loutere wilsverklaring. Het kopen van een willekeurige auto, het boeken van een reis en vele eenzijdige rechtshandelingen zijn daarvan voorbeelden.¹⁶ Maar ook de ontbindende voorwaarde bij een erfdienstbaarheid van weg, inhoudende dat de eigenaar van het dienende erf overgaat op een exploitatie die zich niet verdraagt met die erfdienstbaarheid, zal relatief snel kwalificeren als geobjectiveerd potestatief.¹⁷ De doorslaggevende invloed van een partij bestaat derhalve uit het betreffende handelen of eventueel niet-handelen respectievelijk de gebeurtenis die daarvan het gevolg is. Anders dan bij de zuiver potestatieve voorwaarde kent geen van de bestudeerde rechtssystemen voor deze tweede vorm een breder aanvaarde term, ook al wordt deze vorm van doorslaggevende invloed veelal wel begrepen als *potestatief*. Enigszins bij gebrek aan beter duid ik deze vorm van potestatieve voorwaarden aan met de term '*geobjectiveerd* potestatieve voorwaarde'. Bij het vorenomschreven

15 Zie t.a.v. het begrip *willekeur* § 7.1.2.6 en v.w.b. de beperking van de vrije wil m.n. § 7.3.3.2.

16 Let wel, het enkele feit dat objectief beschouwd belemmeringen kunnen ontstaan die in de weg staan aan de 'doorslaggevende' invloed van een partij op het intreden van een gebeurtenis, is in deze zonder betekenis. Uiteraard zou bijv. een onverwacht overlijden in de weg staan aan het alsnog kopen van een auto of het boeken van een reis. Dergelijke objectieve onzekerheden zijn door partijen bij de rechtsverhouding echter veelal niet als een onzekerheid beschouwd. M.a.w., subjectieve onzekerheid ontbrak dienaangaande. Daarmee vormt de objectieve onzekerheid van bijv. een overlijden ook geen deel van de voorwaarde waarbij partijen uitgingen van doorslaggevende invloed van een van hen. Zie verder § 2.4.3.

17 Voorbeeld ontleend aan: Rodrigues Lopes 2012, p. 206.

onderscheid tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden wijs ik overigens op § 7.3.4.1, waar ik een nuancering aanbreng op grond waarvan sommige daden of gebeurtenissen toch leiden tot de kwalificatie zuiver potestatief.

Samengevat, de zuiver potestatieve voorwaarde en geobjectiveerd potestatieve voorwaarde staan als de door mij gehanteerde begrippen derhalve náást elkaar. De term potestatieve voorwaarde omvat als begrip deze beide vormen.

Een laatste opmerking bij de verdere inleidende bespreking van de verschijningsvormen van potestatieve voorwaarden. In deze paragraaf ga ik een kleine stap verder dan uitsluitend het geven van een beschrijving van de partijinvloed met de daaraan verbonden terminologie. De reden daarvoor is dat de 'problematiek' van de potestatieve voorwaarden of juist het ontbreken van een dergelijke problematiek sterk verbonden is met hetgeen als potestatief wordt gekwalificeerd. De varianten in de gehanteerde terminologie ter zake potestatieve voorwaarden en de daaraan verbonden vraagstukken gaan derhalve hand in hand. Enigszins vooruitlopend op de inhoudelijke bespreking in § 7.3 ontkom ik er derhalve niet aan in deze paragraaf reeds een kleine voorzet te geven.

Geldend recht

In de moderne Nederlandse literatuur worden de verschillende begrippen ter zake potestatieve voorwaarden niet geheel eenduidig gehanteerd, noch steeds van elkaar onderscheiden. Op de eerste plaats is er de relatief grote groep van auteurs die de term potestatieve voorwaarde hanteert voor de voorwaarde die geheel en uitsluitend bestaat uit de toekomstige wil respectievelijk wilsverklaring van een partij.¹⁸ De potestatieve voorwaarde zou daarmee het begrip vormen dat ik zelf aanduid met zuiver potestatieve voorwaarde, *mits* daarbij sprake is van algehele wilsvrijheid. Of deze auteurs echter inderdaad doelen op een dergelijke wilsvrijheid, is mij niet duidelijk gebleken. Daarnaast zijn er de auteurs die de termen potestatieve voorwaarde en zuiver

18 De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 56; Valk in: Jac. Hijma e.a. 2013, p. 44; Koops 2011, p. 52, 53; Ruygvoorn 2010, p. 170 (en eerder: Ruygvoorn 2009, p. 170); Hoytema van Konijnenburg 2008, p. 8; Van Vijfeijken 2008, p. 173 (m.b.t. herroepelijke schenking); Breedveld-de Voogd 2007, p. 249 nt. 126; Maasland 2007, p. 8; Van Rijssen 2006, p. 38; (vermoedelijk) Kleijn 2005, p. 725; (vermoedelijk) Brunner & De Jong 2004, p. 55, 56 (Brunner plaatst de potestatieve voorwaarde nl. tegenover de *onzuivere* potestatieve voorwaarde. Zie ook zijn noot bij HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569 (Beliën/Provincie) waar hij eveneens de potestatieve voorwaarde als het loutere wilsrecht noemt); Den Tonkelaar 1994, p. 49; (vermoedelijk) Hennekens in zijn noot bij RvS 17 mei 1999, Gst. 1999-7103, 3. Zie ook: A-G Wissink in zijn conclusie bij HR 1 juni 2012, NJ 2012, 471, r.o. 4.8.1; A-G Moltmaker in zijn conclusie bij HR 17 januari 1996, BNB 1996, 112c; Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 14 april 2008, LJN: BD0037, r.o. 4.5.1; Rb. Breda 21 juli 1998, Gst. 1998-7085, 3.

potestatieve voorwaarde door elkaar gebruiken, derhalve als synoniemen.¹⁹ Andere auteurs hanteren (of lijken dat tenminste te doen) voor de voorwaarde die wordt gevormd door een wilsrecht van een partij weer uitsluitend de term zuiver potestatieve voorwaarde.²⁰ Terzijde zij aangetekend dat door de moderne Nederlandse auteurs niet uitdrukkelijk geconstateerd wordt dat het potestatieve karakter van een voorwaarde betrekking moet hebben op een wilsrecht van specifiek (een van) *partijen* bij de rechtsverhouding. Er is niettemin geen enkele reden om aan te nemen dat een wilsrecht van *derden* als inhoud van de 'gebeurtenis' als potestatief wordt beschouwd. Dit is ook in lijn met de moderne rechtspraak.²¹ Wat daarvan zij, voor alle vorenbedoelde groepen van auteurs geldt dat de term potestatieve respectievelijk zuiver potestatieve voorwaarde duidt op de toekomstige wil van een partij als inhoud van de voorwaarde.

Naast de vorenbedoelde voorwaarde bestaande uit de toekomstige wil respectievelijk wilsverklaring vinden we een weliswaar sterk verwante, maar wellicht toch enigszins andere insteek bij de term potestatief. De potestatieve voorwaarde zou een begrip zijn waarbij het uitdrukkelijk van de *willekeur* – zie over dat begrip § 7.1.2.6 – van een partij afhangt of de voorwaarde al dan niet intreedt.²² Bij die variant wordt de potestatieve voorwaarde gehanteerd in de door mij gebezigde zin van zuiver potestatieve voorwaarde, waarbij het wilsrecht van de wilsgerechtigde partij een absolute vrijheid voor die partij omvat. Een wilsvrijheid die er derhalve toe leidt dat het genomen besluit in geobjectiveerde zin nergens aan is te toetsen.

Bij deze insteek van het begrip potestatief zijn twee opmerkingen te maken. Ten eerste zal bij een dergelijke beoogde voorwaarde (ik laat thans in het midden of deze al dan niet als 'voorwaarde' kwalificeert) inderdaad veelal sprake zijn van een wilsrecht. Echter, op zich zou de bedoelde willekeur ook

19 Asser/Hijma 7-I* 2013, p. 121; Heyman & Bartels 2012, p. 140, 141, 143; Houwer & Bruggink 2009, p. 178 e.v.; Vermeulen 2005, p. 21 alsmede nt. 4; Mellema-Kranenburg 2004, p. 39 (althans, vermoedelijk doelt zij steeds op de zuiver potestatieve voorwaarde). Zie voor het Belgisch recht t.a.v. de terminologie: De Coninck 2007, p. 337.

20 (Vermoedelijk) Schols 2011, p. 41, 42; Vegter 2008-I, p. 167; Blokland 2007, p. 14; Van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18; Bavinck & Van Joolingen 2005; Pitlo/Cahen 2002, p. 37; Kleijn in: Louwman & Kleijn 1998, p. 6; Klaassen-Eggens/Luijten 1994, p. 303 (in de laatste druk van dit boek – Klaassen-Eggens/Luijten & Meijer 2005 – vond ik deze term bij de afdeling over giften overigens niet meer terug).

21 Hof Arnhem 20 maart 2007, NJF 2007, 377. De voorwaarde van goedkeuring door een moedervereniging kon volgens het hof reeds daarom niet als (zuiver) potestatief kwalificeren, omdat deze moedervereniging geen contractspartij was.

22 De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 57; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 137 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 125, 126); Heyman & Bartels 2012, p. 141; (vermoedelijk) Ruygvoorn 2010, p. 170; (vermoedelijk) Brunner & De Jong 2004, p. 56; Den Tonkelaar 1994, p. 49. Ook Cahen maakt dit onderscheid, waarbij hij de mogelijkheid van willekeur echter ziet bij specifiek de zuiver potestatieve voorwaarde en niet bij de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde (Pitlo/Cahen 2002, p. 37).

Zie ook: Rb. Arnhem 19 november 2008, LJN: BG5217.

betrekking kunnen hebben op het toekomstige eigen *handelen*, ook waar dit handelen uit méér bestaat dan een met een wilsverklaring gelijk te stellen eigen handelen.²³ Met andere woorden, dit element van willekeur vinden we niet uitsluitend bij zuiver potestatieve voorwaarden, maar ook bij de geobjectiveerd potestatieve voorwaarden. Wezenlijker in het thans besproken verband is dat de zuiver potestatieve voorwaarde bij deze insteek nogal eens wordt benaderd als een onmogelijke rechtsfiguur.²⁴ De mogelijke willekeur (en wellicht het veronderstelde, daarmee verband houdende gebrek aan bindingswil) vormt daarbij de reden voor het afwijzen van de rechtsgeldigheid van zuiver potestatieve voorwaarden. Waar deze willekeur echter ontbreekt, kwalificeert de voorwaarde volgens sommige auteurs weer niet als potestatief.²⁵ Bij een dergelijke benadering vormt het begrip van de zuiver potestatieve voorwaarde (met name als opschortende voorwaarde) de kwalificatie van een niet-bestaande figuur: óf de 'voorwaarde' is niet mogelijk, óf is niet zuiver potestatief van aard. Ook in de vorenomschreven door mij gehanteerde begripsvorming is het element van willekeur wezenlijk om van een (zuiver) potestatieve voorwaarde te kunnen spreken. In § 7.3.3 zal ik echter verdedigen dat deze willekeur in mijn optiek slechts in een aantal gevallen er toe leidt dat sprake is van een onmogelijke figuur.

Enigszins onduidelijk is of ook de toekomstige eensluidende wil van de *gezamenlijke* partijen bij een rechtsverhouding als zuiver potestatief wordt gekwalificeerd. Omdat een dergelijke eensluidende wil meestal gelijk te stellen zal zijn aan wilsovereenstemming, maakt het voor de materiële gevolgen veelal geen verschil of die eensluidende wil al dan niet is te beschouwen als een zuiver potestatieve voorwaarde. Het feit dat in de literatuur vrijwel geen standpunten zijn te vinden ten aanzien van deze kwalificatie van een eensluidende wil is dan ook begrijpelijk. Met name in fiscale zin kan echter wel degelijk verschil bestaan door de kwalificatie als (bestaande) voorwaarde, hetgeen ook heeft geleid tot het arrest van 17 januari 1996. Daarin lijkt de Hoge Raad te stellen dat een eensluidende partijwil wel degelijk een zuiver potestatieve voorwaarde kan vormen.²⁶

Een geheel ander verschil in begripsvorming vinden we nog bij de auteurs die de term potestatieve voorwaarde hanteren voor zowel de geobjectiveerd

23 Bij dit laatste kunnen we denken aan het opsteken van een hand en dergelijke.

24 In deze zin: Heyman & Bartels 2012, p. 141; (vermoedelijk) Koops 2011, p. 53; Ruygvoorn 2010, p. 172; Den Tonkelaar 1994, p. 49; Kleijn 2005, p. 725; Marres 1993, p. 455.

25 De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 57; Heyman & Bartels 2012, p. 141; Brunner & De Jong 2004, p. 55, 56; Den Tonkelaar 1994, p. 49.

26 HR 17 januari 1996, BNB 1996, 112c. Zie m.n. de constatering van de Hoge Raad dat aan een ouderlijke boedelverdeling een voorwaarde kan worden verbonden en de verwijzing naar de beperkte strekking van art. 1292 OBW. Het hof had overigens vastgesteld dat, gezien de vereiste unanimiteit bij de erfgenamen, juist geen sprake was van een zuiver potestatieve voorwaarde. Het hof ging er derhalve van uit dat het vereiste van eensluidendheid in de weg stond aan de kwalificatie van zuiver potestatief.

als de zuiver potestatieve voorwaarde, derhalve overeenkomstig de wijze waarop ik deze term hanteer.²⁷ Incidenteel wordt ook andersoortige terminologie gebruikt.²⁸ In dat verband zij opgemerkt dat de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde als zelfstandige figuur in de literatuur onder het NBW geen aandacht meer krijgt. Dit laatste in afwijking van de overige onderzochte stelsels en – interessant genoeg – zonder dat ik maar enige inhoudelijke verklaring verklaring heb kunnen vinden voor dit verval aan belangstelling ten opzichte van het OBW.

We zien derhalve dat de betekenis van respectievelijk de verhouding tussen de termen potestatief en zuiver potestatief in de Nederlandse literatuur niet steeds eenduidig is. Tevens kunnen we vaststellen dat door een deel van de literatuur het begrip potestatieve voorwaarde expliciet wordt gehanteerd in de zin van een *willekeurig* uit te oefenen wilsrecht, uit hoofde waarvan potestatieve voorwaarden door sommige van deze auteurs als onmogelijk worden beschouwd. Een laatste constatering betreft dat de figuur waarbij een partij een van zijn wil afhankelijke doorslaggevende invloed heeft op het toekomstige intreden van een objectief vaststelbare gebeurtenis – de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde – onbesproken blijft. Voor het in de overige bestudeerde rechtstelsels uitdrukkelijk aangebrachte en deels ook verder uitgewerkte onderscheid tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden vinden we derhalve in de moderne Nederlandse literatuur nauwelijks of geen aandacht. Daarmee is voor het Nederlands geldend recht ook niet helemaal zeker of de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde inderdaad (nog) wordt gekwalificeerd als een potestatieve voorwaarde. Duidelijke aanwijzingen dat deze niet (langer) zou kwalificeren als potestatief heb ik echter evenmin.

27 Asser/Perrick 4 2013, p. 311; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 125 (waar bedoeld wordt op de zuiver potestatieve voorwaarde) en Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 130 (waar de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde bestaat uit een bedrinken). Zie ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, p. 322, waar bedoeld wordt op de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde bestaande uit het niet geven van een paard. In Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 336 vinden we de term *potestatief* niet langer vermeld). Bol hanteert de term *potestatieve voorwaarde* i.e.g. voor de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde (betaling van de koopprijs), maar wellicht tevens voor de zuiver potestatieve voorwaarde (Bol 2011, p. 614).

Zie ook Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 6, p. 6, 7. Expliciet wordt in deze PG de zuiver potestatieve voorwaarde onder de term *potestatieve voorwaarden* gebracht, maar ook volgt uit de verwijzing naar het (thans vervallen) art. 1:146 lid 5 BW dat zag op de groep van geobjectiveerd potestatieve voorwaarden, dat ook deze laatste als potestatieve voorwaarden kwalificeerden.

28 Verstappen gebruikt de termen potestatieve voorwaarde in 'engere' en 'ruime zin' (zuiver potestatieve respectievelijk geobjectiveerd potestatieve voorwaarde): Verstappen in: Van Mourik e.a. 2011, p. 656.

Oud BW

In de vermogensrechtelijke literatuur onder het OBW werd vrijwel steeds de term potestatieve voorwaarde gehanteerd en slechts incidenteel die van de *zuiver* potestatieve voorwaarde.²⁹ Niettemin werd vrijwel steeds een onderscheid aangebracht tussen voorwaarden waarbij een partij een doorslaggevende invloed had op het toekomstige intreden van een objectief vaststelbare gebeurtenis (geobjectiveerd potestatief) en waarbij de doorslaggevende invloed van een partij bestond uit de uitoefening van een louter wilsrecht (zuiver potestatief).³⁰ Daarbij moeten we op de eerste plaats aantekenen dat dit onderscheid weliswaar breed werd onderschreven, maar aan deze beide vormen van doorslaggevende invloed door lang niet alle auteurs inderdaad de term potestatieve voorwaarde expliciet werd verbonden. Voor zover dat wél werd gedaan, werd merendeels met deze term op de *beide* door mij gehanteerde begrippen van de geobjectiveerd en de zuiver potestatieve voorwaarde gedoeld.³¹ Soms werd – of lijkt tenminste – de term potestatieve voorwaarde echter uitsluitend (te zijn) gebruikt voor de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde.³² Ik kom

29 In de TM vond ik twee maal de term *zuiver potestatieve voorwaarde* (PG Boek 6, TM, p. 147 nt. 1; PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), TM, p. 293). Verder gebruikte Houwing de term in zijn noot bij HR 16 november 1949, NJ 1950, 73. In de erfrechtelijke literatuur vinden we de term *zuiver potestatieve voorwaarde* ook incidenteel, zie: Luijten 1990, p. 850; Marres 1981, p. 803 (waarbij aangetekend zij dat Marres later weer uitsluitend sprak over de 'potestatieve voorwaarde' (Marres 1993, p. 455)).

30 Den Tonkelaar 1983, p. 54; Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 134; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 376; Pitlo 1964, p. 76; Melis 1944, p. 79; Kalma 1940, p. 222; Hofmann 1937, p. 90, 91; Van Brakel 1935a, p. 20, 21; Veegens/Oppenheim 1917, p. 36; Asser/Van Goudoever 1913, p. 52; Land/Star Busmann 1909, p. 267; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 52, 53; Diephuis 1885, p. 110, 111; Everts 1883, p. 21 e.v., 34; Opzoomer 1879a, p. 135, 136; Asser 1838, p. 473.

Zie ook het Hof 's-Gravenhage dat een onderscheid maakt tussen de potestatieve voorwaarde bestaande uit een wilsbesluit en de 'potestatieve voorwaarde in ruime zin' (Hof 's-Gravenhage 31 mei 1957, BNB 1957, 329).

Uitsluitend Veenhoven lijkt dit verschil in soorten potestatieve voorwaarden niet te maken, waar hij de voorwaarde van voldoening van een koopsom – een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde – impliciet plaatst bij de werking van art. 1292 OBW (Veenhoven 1955, p. 22). Deze wetsbepaling had in de nauwelijks of niet weersproken heersende opvatting echter uitsluitend betrekking op zuiver potestatieve voorwaarden.

31 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 133, 134; Pitlo 1964, p. 76; (vermoedelijk) Wiarda 1943, p. 297, 309; Hofmann 1937, p. 90, 91; Everts 1883, p. 21 e.v.; Opzoomer 1879a, p. 135 e.v.

In deze zin ook Meijers (zie Meijers 1948, p. 45 voor de potestatieve voorwaarde inhoudende een daad van partijen en PG Boek 6, TM, p. 147 nt. 1 voor de (zuiver) potestatieve voorwaarde als louter wilsrecht).

32 Bij Van Opstall vinden we de algemene suggestie dat met de potestatieve voorwaarde uitsluitend de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde zou zijn bedoeld (Hofmann/Van Opstall 1976, p. 376). Ook De Savornin Lohman gaat er redelijk duidelijk van uit dat een potestatieve voorwaarde uitsluitend bestaat uit een gebeurtenis die objectiveerbaar is en derhalve uit meer bestaat dan de enkele wil (Land/De Savornin Lohman 1907, p. 52, 53).

daar onderstaand op terug. Op de tweede plaats bestond ook enige discussie of de term potestatief inderdaad beperkt was tot doorslaggevende invloed van een partij, of dat deze eventueel ook toepassing kon vinden in een iets ruimer verband. Wery stelde bijvoorbeeld dat ook als potestatief had te gelden als de vervulling 'naar den normalen loop van zaken' in de macht van een partij stond.³³

Het onderscheid tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden kreeg onder het OBW met name aandacht in verband met art. 1292.³⁴ Deze bepaling luidde: 'Alle verbindtenissen zijn nietig, indien derzelve vervulling alleenlijk afhangt van den wil van dengenen die verbonden is. Indien echter de verbindtenis afhangt van eene daad, waarvan de vervulling in zijne magt staat, en die daad heeft plaats gehad, is de verbindtenis van kracht'. Dit in de literatuur sterk bekritiseerde wetsartikel maakte derhalve op basis van het *feitelijke* criterium of sprake was van een daad of een wil een onderscheid tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden.³⁵ De eerste waren blijkens de wettekst mogelijk, de tweede leidden – als deels omstreden – uitgangspunt tot een nietige verbintenis.³⁶

In verband met dit zeer wezenlijke materiële verschil zou het in de verwachting liggen dat in de literatuur en jurisprudentie het door art. 1292 OBW gemaakte onderscheid tussen zuiver en geobjectiveerd potestatieve voorwaarden – op basis van de grens tussen loutere wilsverklaring en daad – de nodige aandacht zou krijgen en in redelijke mate zou zijn uitgekristaliseerd. In de

Ook Meijers hanteerde de term *potestatieve voorwaarde* i.e.g. in een aantal gevallen uitsluitend voor de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde (Meijers 1948, p. 45, 58).

33 Wery 1930, p. 180. Wery werd op dit punt bestreden door Bockwinkel (Bockwinkel 1952, p. 14).

34 We vinden dit onderscheid echter ook in art. 226 OBW (respect. art. 1:146 lid 5 NBW, thans vervallen). Deze wetsbepaling stelde: 'Die giften kunnen plaats hebben onder voorwaarden welke *uitvoering* [cursivering HS] van den wil des schenkers afhangt'. Daarmee werd ook blijkens de literatuur gedoeld op de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde (Land/Star Busmann 1909, p. 267). Ook: Klaassen-Eggens/Luijten 1994, p. 302, 303. In de laatste druk van dit boek – Klaassen-Eggens/Luijten & Meijer 2005 – vond ik deze passage bij de afdeling over giften overigens niet meer terug.

Ook bij de onherroepelijkheid van schenkingen (art. 1703 OBW) speelde dit onderscheid. De wetsbepaling had i.e.g. betrekking op zuiver potestatieve voorwaarden, terwijl het de vraag was of ook geobjectiveerde potestatieve voorwaarden onder het bereik van dit artikel vielen (zie in deze laatste zin: Hof 's-Gravenhage 31 mei 1957, BNB 1957, 329 en in de eerste zin A-G Strikwerda in zijn conclusie bij HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506).

35 Dit overigens overeenkomstig de in de Franse literatuur aangebrachte beperking van de strekking van art. 1174 CC, aldus: Asser/Rutten 1973, p. 135; Diephuis 1885, p. 111 nt. 1; Opzoomer 1879a, p. 134, 135.

36 Zie in deze zin ook HR 6 februari 1936, NJ 1936, 524.

rechtspraak kwam deze grens inderdaad wel eens aan bod.³⁷ Deze jurisprudentie is echter te beperkt en ontbeerde ook systematische overwegingen om daar voor het OBW abstractere regels uit te kunnen afleiden voor de afgrenzing tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden.³⁸

De literatuur van het OBW heeft ons in deze evenmin veel te bieden. Door de verschillende auteurs werd nauwelijks meer geconstateerd, dan dat een daad die gelijk te stellen is aan de feitelijke wilsverklaring – bijvoorbeeld het opsteken van een hand – nog steeds een zuiver potestatieve voorwaarde vormde.³⁹ Uit die vaststelling vloemde echter wel de *suggestie* voort dat zodra sprake was van een daad die enigszins meer omvatte dan deze feitelijke wilsverklaring, sprake zou zijn van een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde. Van Opstall breidde dit ‘meer omvatten’ als enige auteur uit tot buiten hetgeen als de gebeurtenis van de voorwaarde is te beschouwen, namelijk tevens tot de gevolgen van het intreden van de voorwaarde.⁴⁰

Uitsluitend Pitlo besprak de vraag wanneer een daad inderdaad niet was te beschouwen als een ‘willekeurige’ eigen wilsverklaring. Het belang van de daad voor de debiteur diende volgens hem zo groot te zijn, dat voor deze debiteur het verband tussen de daad en het al dan niet intreden van de voorwaarde geheel ontbrak.⁴¹ De functie van die afweging werd door Pitlo gezien in het vaststellen of het handelen van de debiteur al dan niet als ‘willekeurig’

37 Het plaatsen van een bestelling of het toezenden van goederen werd bijv. als een dergelijke daad gezien, waarmee tevens sprake kon zijn van een rechtsgeldige (potestatieve) voorwaarde (Rb. Amsterdam 6 april 1904, W. 8192; Hof ‘s-Gravenhage 19 april 1886, W. 5362). Dat gold volgens de Hoge Raad tevens voor het aangaan van een *schriftelijke* overeenkomst tussen partijen (HR 6 februari 1936, NJ 1936, 524). Ook het verbreken van de relatie tussen ongetrouwd partners werd door de Hoge Raad vermoedelijk als een niet uitsluitend van de wil afhankelijke potestatieve voorwaarde beschouwd (HR 11 december 1942, NJ 1943, 36). De storting van een depotbedrag door een koper zou volgens de Rb. Amsterdam daarentegen geen geldige voorwaarde vormen, omdat ‘de vervulling geheel in de macht ligt van een der partijen’ en daarmee rechtens onbestaanbaar zou zijn (Rb. Amsterdam 25 mei 1917, W. 10194). Het hof zag dit laatste anders en kwalificeerde het beding wel degelijk als een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde (22 oktober 1917, W. 10206).

38 Of de in art. 1292 OBW bedoelde ‘daad’ kon bestaan uit een ‘niet-handelen’ door een van partijen bleef voor het OBW eveneens onduidelijk. PG Noyon ging daar in 1924 wel van uit v.w.b. de situatie van het niet verkopen van bepaalde goederen aan een derde (zie zijn conclusie bij HR 24 januari 1924, NJ 1924, 365).

39 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 134 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 147); Hofmann/Van Opstall 1976, p. 371; Veth 1911, p. 114; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 52, 53 (De Savornin Lohman merkte op dat onder de wil ook zijn te begrijpen constructies die met deze enkele wil overeenstemmen, zoals het door de debiteur eenzijdig mogen vaststellen van de door hem te verrichten prestatie).

40 Het feit dat het intreden van een voorwaarde bij wederkerige overeenkomsten naast de bevrijding van een schuld bij de debiteur tevens leidde tot een zelfde bevrijding bij de wederpartij, brengt Van Opstall tot de slotsom dat het voortbestaan van de verbintenis niet uitsluitend van de wil van de debiteur afhangt (Hofmann/Van Opstall 1976, p. 371).

41 Pitlo 1964, p. 76. In deze visie ligt de lat t.a.v. de omvang van de eigen daad om van een (niet zuivere) potestatieve voorwaarde te kunnen spreken derhalve relatief hoog.

was te beschouwen. Het in art. 1292 OBW naar de letter genoemde onderscheid tussen de wil en een daad van de debiteur verdween daarmee bij Pitlo naar de achtergrond en werd in feite vervangen door de vraag of bij het potestatieve element van de voorwaarde sprake was van willekeur. Pitlo was echter de enige auteur die het aspect van mogelijke willekeur besprak in het verband van de door art. 1292 OBW genoemde 'daad'.⁴²

We zien derhalve het volgende. Met art. 1292 OBW was het wettelijk uitgangspunt dat een onderscheid gemaakt moest worden tussen enerzijds de doorslaggevende invloed in de vorm van uitsluitend de geopenbaarde wil en anderzijds een daad van partijen. Vrijwel onweersproken werd in elk geval uitsluitend als potestatief beschouwd de doorslaggevende invloed door (een van) partijen en derhalve niet door derden.⁴³ Ook al werd dit onderscheid tussen wil en daad slechts beperkt uitgewerkt, niettemin lijkt dit min of meer overeen te stemmen met de door mij omschreven begrippen van de zuiver potestatieve en de geobjectieerd potestatieve voorwaarde.

Echter, tegelijkertijd was er de in § 7.3.3 nader besproken kwestie of de nietigheid van art. 1292 OBW uitsluitend een door willekeur gevormde wil betrof dan wel een andersoortig gebrek aan bindingswil. De rechtspraak en in elk geval een deel van de literatuur stelde zich dienaangaande op het standpunt dat bij het ontbreken van willekeur de voorwaarde bestaande uit de toekomstige partijwil als wél geldig werd beschouwd. Uit deze opvatting zou echter – misschien – tevens volgen dat toch niet iedere 'daad' de inhoud van een (geldige) geobjectieerd potestatieve voorwaarde kon vormen. Zie de opvatting van Pitlo ter zake de willekeur bij een dergelijke 'daad'.

Het feitelijke en tot op zekere hoogte duidelijke onderscheid tussen wil en daad van art. 1292 OBW werd daarmee voor wat betreft de daaruit voortvloeiende gevolgen doorkruist door de veronderstelde redenen of grondslagen voor die wetbepaling. Dit feitelijke onderscheid tussen 'wil' en 'daad' vormde blijkens sommige opvattingen dan ook niet een duidelijke waterscheiding. De juridische beoordeling of sprake was van willekeur respectievelijk het ontbreken van bindingswil was immers een eventueel tweede criterium bij de vraag of sprake was van een geldige voorwaardelijke rechtsverhouding.

⁴² Op deze visie van Pitlo kom ik in § 7.3.3.1 terug.

⁴³ Uitsluitend Rutten stelt dit expliciet (Asser/Rutten 1958, p. 147). Niettemin bestaat er eigenlijk geen twijfel over dat deze opvatting breed gedeeld werd. Dit volgt daaruit dat bijna alle auteurs de potestatieve voorwaarde beschrijven als afhankelijk van (een van) partijen bij de verbintenis. Bij Van Soest en Wery vond ik niettemin enigszins afwijkende opvattingen. Van Soest lijkt de voorwaarde waarbij een derde (accountant) een koopsom voor aandelen dient vast te stellen te kwalificeren als potestatief (zie zijn noot bij HR 13 november 1968, BNB 1969, 7). Bij Wery vond ik de opvatting dat een voorwaarde die méde afhankelijk is van de wil van een derde nog steeds als (zuiver) potestatief zou kunnen worden beschouwd, met als voorbeeld het aangaan van een huwelijk met een niet nader bepaalde persoon (Wery 1930, p. 180).

Daarmee zouden potestatieve voorwaarden die de toekomstige partijwil als inhoud hadden maar eventueel ook die een toekomstige 'daad' van een partij behelsden, zowel een geldige als een nietige rechtsverhouding kunnen betekenen, afhankelijk van de vraag of deze al dan niet kwalificeerden als willekeur of anderszins het ontbreken van binding. De door art. 1292 OBW gelegde koppeling van de (on)geldigheid van potestatieve voorwaarden aan een wil of daad van partijen vormde daarmee in de visies onder het OBW *niet* steeds de exacte scheidslijn voor hetgeen als (on)mogelijke potestatieve voorwaarde werd beschouwd. Een opvatting die ik in het daarmee samenhangende verband van het onderscheid tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden als zodanig onderschrijf, echter op basis van een geheel andere argumentatie.⁴⁴

In welke gevallen een geldige of nietige rechtsverhouding werd aangenomen heeft geen betrekking op het in deze paragraaf besproken onderwerp van de systematisering van de partij-invloed en deze vraag bestudeer ik verder in § 7.3.3. Op deze plaats wél nog van belang is in hoeverre de verondersteld niet mogelijke potestatieve voorwaarde überhaupt als een (potestatieve) voorwaarde werd gekwalificeerd. Zo niet, zou daarmee het begrip *potestatieve voorwaarde* immers worden beperkt tot die voorwaarden met doorslaggevende partij-invloed die niettemin rechtsgeldig zouden zijn. Aanwijzingen dat het begrip van de potestatieve voorwaarde bij auteurs onder het OBW was beperkt tot dergelijke geldige voorwaarden zijn bescheiden, maar ontbreken niet geheel. Met name De Savornin Lohman lijkt in die richting te denken.⁴⁵ Dat laat onverlet dat een ruime meerderheid van de literatuur de term potestatieve voorwaarde hanteerde voor zowel geldige als in dit verband ongeldige voorwaarden.

Duits recht

De Duitse literatuur kent met de *Potestativbedingung* en *Wollensbedingung* eveneens termen voor (vormen van) potestatieve voorwaarden. Soms vinden we ook de term *Willkürbedingung* als synoniem voor de *Potestativbedingung*, maar die term kent – evenals de *Potestativbedingung* zelf – de nodige variaties

⁴⁴ Zie § 7.3.4.1.

⁴⁵ Zie zijn opvatting dat de gebeurtenis objectiveerbaar moet zijn en daarom uit méér moet bestaan dan de enkele wil. Als potestatief beschouwt De Savornin Lohman de voorwaarde waarbij de vervulling geheel in de macht staat van (i.e.g.) de debiteur (Land/De Savornin Lohman 1907, p. 52). Dat laatste stelt hij t.a.v. de voorwaarde bestaande uit een daad nogmaals expliciet (p. 53). De 'voorwaarde' uitsluitend bestaande uit de wil van een debiteur kan volgens De Savornin Lohman daarentegen niet als voorwaarde gelden (p. 52). Bij Van Opstall vinden we eveneens de algemene suggestie dat met de potestatieve voorwaarde uitsluitend de niet-zuivere potestatieve voorwaarde zou zijn bedoeld (Hofmann/Van Opstall 1976, p. 376).

in begrippen.⁴⁶ Het begrip van de *Wollensbedingung* stemt daarbij overeen met de zuiver potestatieve voorwaarde, derhalve de voorwaarde waarvan het al dan niet intreden uitsluitend afhankelijk is van de wil respectievelijk wilsverklaring van een partij.⁴⁷ Daarbij hanteert een deel van de literatuur de term *Wollensbedingung* overigens specifiek voor de *opschortende* zuiver potestatieve voorwaarde. Een voorwaarde waarvan het intreden afhankelijk is van de wil van een *derde* – derhalve geen partij bij de betreffende rechtsverhouding – wordt door vrijwel geen van de auteurs als potestatief beschouwd.⁴⁸

De *Potestativbedingung* blijkt daarentegen ook voor het Duitse recht een minder eenduidig gehanteerd begrip te omvatten.⁴⁹ Sommige auteurs hanteren deze term voor het ruime begrip als eveneens door mij wordt gebruikt, derhalve bestaande uit zowel de geobjectiveerd als de zuiver potestatieve voorwaarden.⁵⁰ Andere auteurs beperken het begrip van de *Potestativbedingung* daarentegen tot de geobjectiveerd potestatieve voorwaarden.⁵¹ In deze laatste benadering vormt de *Wollensbedingung* derhalve geen onderdeel van de *Potestativbedingungen*. Incidenteel wordt een voorwaarde met een vorm van beperking ten aanzien van algehele wilsvrijheid niet als een *Wollensbedingung* gekwalificeerd, maar als een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde (die derhalve niet

46 Finkenauer hanteert de *Willkürbedingung* inderdaad in de zin van de geobjectiveerd alsmede de zuiver potestatieve voorwaarde (HKK/Finkenauer 2003, p. 884 nt. 16). Ook Medicus beschouwt de *Potestativbedingung* en *Willkürbedingung* als synoniemen, maar hanteert voor de *Potestativbedingung* een begrip dat overeenstemt met uitsluitend de *zuiver* potestatieve voorwaarde (Medicus 2010, p. 341). Ook in de Duitstalige toelichting bij de PECL wordt de term *Willkürbedingung* gehanteerd in de door Medicus gehanteerde zin (Von Bar & Zimmerman 2005, p. 818). Tot slot zijn ook bij Mansel *Potestativbedingung* en *Willkürbedingung* synoniemen, maar dan juist in de betekenis van de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde (Jauernig/Mansel 2014, p. 124).

47 HK-BGB/Dörner 2014, p. 164; PWW/Brinkmann 2014, p. 219; Schellhammer 2014, p. 1061; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 614; MüKo/Westermann 2012, p. 1696, 1697; Wolf/Neuner 2012, p. 645. Zie echter ook de hierna genoemde visie van Wolf.

48 Jauernig/Mansel 2014, p. 124, 125 (althans, Mansel bespreekt de *Potestativbedingung* uitsluitend in het verband van partijen. Jauernig stelde eerder nog expliciet dat de wil van een derde niet als (zuiver) potestatief kwalificeert, Jauernig/Jauernig 2009, p. 118); Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 614; MüKo/Westermann 2012, p. 1697; Medicus 2010, p. 341; Staudinger/Bork 2010, p. 315; Wolf 1999, p. 505; Hübner 1996, p. 472; Flume 1992, p. 684 nt. 21.

Anders echter Hefermehl, die de wil van een derde om mij onbekende redenen onderbrengt bij de groep van objectief potestatieve voorwaarden (Erman/Hefermehl 2000, p. 473). Bij Armbrüster vinden we deze benadering niet meer (Erman/Armbrüster 2014, p. 458).

49 In dezelfde zin: HKK/Finkenauer 2003, p. 884 nt. 16.

50 Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 614; Bork 2011, p. 498; Staudinger/Bork 2010, p. 313, 314; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 844.

51 HK-BGB/Dörner 2014, p. 164; Jauernig/Mansel 2014, p. 124; PWW/Brinkmann 2014, p. 218; Schellhammer 2014, p. 1061; MüKo/Westermann 2012, p. 1696, 1697; Wolf/Neuner 2012, p. 645; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122; HKK/Finkenauer 2003, p. 884 nt. 16, p. 908, nt. 212; Wolf 1999, p. 505; Flume 1992, p. 683, 684.

uit een handelen bestaat).⁵² Ook wordt de term *Potestativbedingung* door enkele auteurs juist weer gereserveerd voor uitsluitend de *Wollensbedingung*, derhalve met uitsluiting van de geobjectiveerd potestatieve voorwaarden.⁵³ Overeenkomstig de bij het OBW genoemde opvatting van De Savornin Lohman komen we ook wel de visie tegen, dat met name de opschortende *Wollensbedingung* de kwalificatie is van een niet-bestaande figuur.⁵⁴

Het belang van het hiervoor besproken onderscheid tussen 'wil' en 'daad' van art. 1292 OBW vinden we ook in de Duitse rechtskring: geobjectiveerd potestatieve voorwaarden zijn zonder meer mogelijk,⁵⁵ terwijl zuiver potestatieve voorwaarden – met een aantal in § 7.3.3 te bespreken variaties – in de literatuur ten dele als onmogelijk worden beschouwd. Ook voor het Duitse recht zou het daarmee in de lijn der verwachting liggen dat het onderscheid tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden nauwkeuriger uitgewerkt zou zijn. Voor een deel is dat ook het geval, al is deze afgrenzing met name het gevolg van de nadere uitwerking van hetgeen een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde is en niet van een uitdrukkelijk gemaakt onderscheid met de zuiver potestatieve voorwaarde.

Anders dan bij de zuiver potestatieve voorwaarden blijkt voor het Duitse recht de partijwil bij de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde in twee opzichten van een (mogelijk) ondergeschikt belang te zijn. Op de eerste plaats doet het feit dat ook toekomstige omstandigheden *buiten* de wil van de betreffende partij gevolgen kunnen hebben voor het al dan niet intreden van de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde, zoals de gezondheid van die partij of financiële goedgeheid, blijken de in de Duitse literatuur gegeven voorbeelden geen afbreuk aan de kwalificatie als geobjectiveerd potestatieve voorwaarde.⁵⁶

52 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164 (zie het voorbeeld van de goedkeuring van koopwaar); Wolf 1999, p. 505.

53 Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; Medicus 2010, p. 341; Hübner 1996, p. 471. Vermoedelijk ook: Muthers 2008, p. 205.

Helemaal duidelijk is Medicus overigens niet, maar hij noemt in dit verband het nemen van een besluit. De term *Wollensbedingung* hanteert Medicus daarbij eveneens in een andere dan gebruikelijke zin, zodat de *Potestativbedingung* en *Wollensbedingung* óók bij Medicus alsnog te onderscheiden begrippen vormen.

54 MüKo/Westermann 2012, p. 1697, 1698; Staudinger/Bork 2010, p. 314.

55 Schellhammer 2014, p. 1061; MüKo/Westermann 2012, p. 1697; Staudinger/Bork 2010, p. 314; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122; Wolf 1999, p. 505.

56 Het bekendste voorbeeld van een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde is de voldoening van de koopprijs door een koper bij een eigendomsvoorbehoud (Jauernig/Mansel 2014, p. 124; Schellhammer 2014, p. 1061; Bork 2011, p. 498; HKK/Finkenauer 2003, p. 884; Wolf 1999, p. 505; Flume 1992, p. 683. Anders echter: Medicus 2010, p. 341). Óf de koper ook zal kunnen betalen is echter objectief onzeker. Dat geldt helemaal voor de voorwaarde van hertrouwen, waar het intreden daarvan mede afhankelijk is van een ander (Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122).

Het aanmelden voor of deelnemen aan een examen (Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164; Wolf/Neuner 2012, p. 645), het doen van een schenking (Wolf/Neuner 2012, p. 645), het aanvan-

Daaruit volgt dat de partijwil derhalve niet in absolute of objectieve zin steeds doorslaggevend behoeft te zijn voor het (niet-)handelen waaruit het al dan niet intreden van de voorwaarde volgt.⁵⁷ Dat is bij de zuiver potestatieve voorwaarde naar zijn aard uiteraard anders.

Op de tweede plaats kan de partijwil ook geheel zijn ontkoppeld van het intreden van de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde. De literatuur gaat er namelijk vanuit dat in het geval het (niet-)handelen plaatsvindt zónder dat sprake is van een daaraan ten grondslag liggende wil – het handelen vindt bijvoorbeeld bij vergissing plaats – de voorwaarde niettemin vervuld is.⁵⁸ We mogen dan ook waarschijnlijk stellen dat in het Duitse recht ten aanzien van de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde duidelijker de nadruk wordt gelegd op het feitelijke element van dergelijke voorwaarden, waar immers de eigenlijke partijwil – ondanks het potestatieve karakter – zonder belang kan zijn.⁵⁹ Voor de zuiver potestatieve voorwaarde geldt dat vanzelfsprekend niet.

Zwitsers recht

Ook in de Zwitserse rechtskring worden de termen *Potestativbedingung* en *Wollensbedingung* gehanteerd.⁶⁰ De *Wollensbedingung* vormt daarbij voor het Zwitsers recht eveneens de zuiver potestatieve voorwaarde.⁶¹ Bij de *Potestativbedingung* vinden we overeenkomstig de Duitse literatuur auteurs, die daaronder zowel de geobjectiveerd als de zuiver potestatieve voorwaarde begrijpen.⁶²

gen met een opleiding (MüKo/Westermann 2012, p. 1697) en de keuze van woonplaats (MüKo/Westermann 2012, p. 1697) zijn op zich duidelijke voorbeelden van hetgeen als geobjectiveerd potestatieve voorwaarden is te beschouwen. Ook daarbij kunnen echter omstandigheden gelegen buiten de partijwil aan het al dan niet intreden in de weg staan.

57 Wél volgt daaruit een ander afgrenzingsprobleem, nl. met de gemengde voorwaarde, waar immers juist ook omstandigheden buiten de partijwil een rol spelen. V.w.b. de materiële consequenties is de daarmee enigszins onduidelijke scheidslijn tussen geobjectiveerd potestatieve en gemengde voorwaarden echter niet interessant; verschillen in consequenties ontbreken namelijk.

58 Staudinger/Bork 2010, p. 313, 314; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122; Wolf 1999, p. 505.

59 Zie in min of meer gelijke zin Brinkmann: 'Die Potestativbedingung [hier bedoeld als geobjectiveerd potestatieve voorwaarde, HS] knüpft insofern nicht unmittelbar an den Willen einer Partei, sondern lediglich an ihr Verhalten an, das freilich regelmäßig Ausdruck ihres Willens sein wird' (PWW/Brinkmann 2014, p. 218, 219).

60 Soms wordt de potestatieve voorwaarde in de moderne literatuur overigens ook aangeduid met het synoniem *Willensbedingung* (Schwenzer 2012, p. 66; Keller & Schöbi 1988, p. 105), welke term niet is te verwarren met de besproken *Wollensbedingung*.

61 Gauch, Schlupe, Emmenegger 2014, p. 376; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 852; Koller 2009, p. 1275; Huguenin e.a. 2008, p. 197; Gutmans 1995, p. 13; Staehelin 1993, p. 18; Bucher 1988, p. 507; Merz 1984, p. 154; Stiefel 1918, p. 88, 237.

62 Schwenzer 2012, p. 66 (zie voorbeelden); BSK OR I-Ehrt 2011, p. 852, 867 (Ehrt hanteert de term *Wollensbedingung* als een vorm van de *Potestativbedingung*); Koller 2009, p. 1274, 1275; Guhl/Koller 2000, p. 57, 58 (Koller beschouwt dit als de heersende leer); (vermoedelijk)

Ook vinden we de *Potestativbedingung* gehanteerd als begrip dat uitsluitend de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde omvat.⁶³ Incidenteel vinden we onder deze term ook uitsluitend begrepen de zuiver potestatieve voorwaarde (*Wollensbedingung*).⁶⁴ Overeenkomstig de andere stelsels wordt het potestatieve element uiteraard gezien in de partij-invloed, al lijkt het in de andere stelsels veelal benadrukte *doorslaggevende* gewicht van die invloed in het Zwitserse recht niet altijd in die mate te worden onderschreven.⁶⁵ Eventuele invloed van derden, bijvoorbeeld in de vorm van uitoefening van een wilsrecht, wordt meestal niet als potestatief beschouwd.⁶⁶ Zie echter het slot van deze bespreking van het Zwitsers recht.

Anders dan in de overige onderzochte stelsels wordt in de moderne Zwitserse literatuur opvallend weinig opgemerkt over de theoretische achtergronden en de daaraan verbonden consequenties van het gegeven, dat een voorwaarde als potestatief kwalificeert. Het is in dat verband dan ook interessant dat de figuur van de zuiver potestatieve voorwaarde in de Zwitserse rechtskring waarschijnlijk vaker als rechtsgeldig respectievelijk mogelijk wordt beschouwd dan in de overige bestudeerde stelsels. Deze bredere aanvaarding wordt daarbij voor een wezenlijk deel gebaseerd op pragmatische argumenten. Met name wordt gewezen op de (verdedigde) mogelijkheid van het vroegtijdig kunnen voldoen aan vormvereisten voor een rechtshandeling, waarna bij de latere wilsuiting uit hoofde van de zuiver potestatieve voorwaarde niet meer aan die vormvereisten hoeft te worden voldaan. De veelal dogmatisch onderbouwde afwijzingen in de overige rechtsselsels leggen in het Zwitserse recht blijkbaar minder gewicht in de schaal, waaruit de slechts beperkte aandacht in de moderne Zwitserse literatuur voor die theoretische bezwaren zou kunnen worden verklaard. Voor zover wél redenen worden gegeven waarom zuiver potestatieve voorwaarden niet mogelijk zouden zijn, wordt dit bij de opschor-

Gutmans 1995, p. 12, 13; Merz 1984, p. 154; Guhl 1944, p. 55; Becker 1941, p. 715; Stiefel 1918, p. 88.

63 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 376; Berger 2012, p. 262; (vermoedelijk) Huguenin e.a. 2008, p. 197; Gutmans 1995, p. 12; (vermoedelijk) Peter 1994, p. 211, nt. 61; (vermoedelijk) Staehelin 1993, p. 17, 18; (vermoedelijk) Bucher 1988, p. 507.

64 Honsell 2008, p. 611. Wellicht ook Keller en Schöbi, die de potestatieve voorwaarde beschouwen als uitsluitend 'vom erkennbaren Willen [] abhängig' (Keller & Schöbi 1988, p. 105).

65 Bij het begrip van de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde is het nl. opvallend dat partijwil en de daaruit voortvloeiende nadere handeling óók als potestatief worden beschouwd, als de handeling *niet uitsluitend* afhankelijk is van de wil van de wilsgerechtigde partij. Een in de Zwitserse literatuur vaak gehanteerd voorbeeld daarvan is het recht op provisie van de makelaar, onder de opschortende voorwaarde dat zijn opdrachtgever met een derde een overeenkomst aangaat (BSK OR I-Ehrat 2011, p. 852; Huguenin e.a. 2008, p. 197; Gutmans 1995, p. 12). Een dergelijke 'gebeurtenis' zal voor het Nederlandse recht als een gemengde voorwaarde worden beschouwd, waar het aangaan van een overeenkomst met een derde toch zeker niet uitsluitend afhankelijk is van de eigen wil.

66 Koller 2009, p. 1274; Guhl/Koller 2000, p. 57; Merz 1984, p. 146, 154; Guhl 1944, p. 55. Anders echter: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 376.

tende zuiver potestatieve voorwaarde gezien in het ontbreken van bindingswil,⁶⁷ alsmede een enkele maal in het naar willekeur kunnen beslissen door de debiteur.⁶⁸

In verband met de vorenbedoelde ruime(re) aanvaarding van zuiver potestatieve voorwaarden boet het onderscheid tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden vanzelfsprekend aan belang in. Wellicht dat daaruit de beperkte belangstelling in de Zwitserse literatuur voor dit onderscheid kan worden verklaard, al is dat in de andere stelsels ten dele niet anders.

Eén vraagstuk krijgt in de Zwitserse literatuur de nodige aandacht waar deze in de overige bestudeerde rechtskringen dienaangaande geheel ontbreekt. Dit betreft de vraag of ook derden – derhalve niet de partijen bij de rechtsverhouding – een potestatieve voorwaarde kunnen laten intreden.⁶⁹ Bij geobjectiveerd potestatieve voorwaarden is het op zich in theorie inderdaad voorstelbaar dat in de voorwaarde gelegen 'daad' zowel kan worden verricht door een partij bij de rechtsverhouding als door een derde. De Zwitserse literatuur betreft in dat verband art. 68 OR, waarin geregeld is of een verbintenis ook door een derde kan worden nagekomen.⁷⁰ In mijn optiek in hoge mate onbegrijpelijk is deze vraag echter bij zuiver potestatieve voorwaarden. Niettemin wordt ook ten aanzien van deze *Wollensbedingungen* de vraag besproken of derden het daarin gelegen wilsrecht kunnen uitoefenen.⁷¹

De Zwitserse aandacht voor dit vraagstuk kan ik uitsluitend verklaren uit het – mijns inziens zeer overbodige – art. 155 OR ter zake potestatieve voorwaarden.⁷² Uit de strekking van deze bepaling en de toelichting in de Zwitserse literatuur vloeit voort, dat met uitzondering van erfgenamen derden een potestatieve voorwaarde niet kunnen laten intreden.⁷³ Analoge toepassing

67 Koller 2009, p. 1280; Guhl/Koller 2000, p. 58; Staehelin 1993, p. 18; Oser 1929, p. 685.

68 Becker 1941, p. 715.

69 De in dat verband toch wel voor de hand liggende vraag of een dergelijke voorwaarde überhaupt nog wel als potestatief kwalificeert, waar deze immers ook buiten de partijwil in vervulling kan gaan, wordt in de Zwitserse literatuur gesteld noch beantwoord.

70 Berger 2012, p. 262; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 853, 867; Honsell 2008, p. 624; Bucher 1988, p. 513; Merz 1984, p. 159, 160.

71 BSK OR I-Ehrt 2011, p. 867.

72 De redactie van deze wetsbepaling lijkt overigens uitsluitend op de *geobjectiveerd* potestatieve voorwaarde te duiden ('eine *Handlung* eines der Vertragschliessenden'), maar de literatuur past deze ook toe op zuiver potestatieve voorwaarden. Dat vraagt derhalve om een interpretatie van deze 'Handlung' waarbij de uitoefening van een wilsrecht als een 'daad' wordt beschouwd.

73 Het is deze strekking van art. 155 OR die in de Zwitserse literatuur op de voorgrond treedt, zie: BSK OR I-Ehrt 2011, p. 867; Bucher 1988, p. 513; Merz 1984, p. 160; Oser 1929, p. 694. Vermoedelijk echter anders: Berger 2012, p. 262; Honsell 2008, p. 624, 625.

V.w.b. de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde – nota bene de enige vorm van potestatieve voorwaarden waar het voorliggende vraagstuk m.i. enige zin heeft – bestaat daarentegen verschil van inzicht óf art. 155 OR dan wel tóch art. 68 OR het uitgangspunt vormt. Zie

van art. 68 OR op (ook) de zuiver potestatieve voorwaarden zou daarmee uit hoofde van art. 155 OR worden voorkomen, uiteraard voor zover tussen partijen niet im- of expliciet anders overeengekomen zou zijn. Deze analoge toepassing komt op mij echter hoe dan ook weinig overtuigend over. Bij de bedoelde mogelijkheid van uitoefening van een aan een bepaalde partij toekomend wilsrecht door een (willekeurige) derde kan ik mij namelijk bitter weinig voorstellen. Dat alles neemt niet weg dat in de Zwitserse klaarblijkelijk gehecht wordt aan de bepaling: in art. 215 vinden we de regeling wederom terug in het OR 2020.

In het thans besproken verband interessanter aan dit vraagstuk is dat – blijkbaar – bij een doorslaggevende invloed van (tevens) anderen dan uitsluitend partijen een dergelijke voorwaarde wel degelijk als *potestatief* wordt beschouwd. Die conclusie wordt weliswaar door geen enkele Zwitserse auteur expliciet uitgesproken en deze is ook in strijd met de voormelde opvatting dat uitoefening van wilsrechten door derden *niet* als potestatief zijn te beschouwen, maar impliciet volgt dit eigenlijk zonder twijfel uit de literatuur.

7.1.2.4 Doorslaggevende invloed op het intreden óf niet-intreden

In de vorige paragraaf ben ik bij de bespreking van de potestatieve voorwaarde steeds uitgegaan van de situatie waarin een partij een doorslaggevende invloed heeft op het al dan niet plaatsvinden van een gebeurtenis. De partij-invloed had derhalve steeds betrekking op zowel het in vervulling gaan als het niet in vervulling gaan van de voorwaarde. Het is echter ook denkbaar dat deze partij-invloed beperkt is tot één van beide mogelijkheden: een partij heeft het in zijn macht een voorwaarde te laten intreden of juist niet, maar deze invloed strekt zich niet uit tot beide mogelijkheden. Dat zal met name het geval zijn in die situaties waarin het al dan niet intreden van de gebeurtenis mede afhankelijk is van een derde. Voorbeelden zijn het aangaan van een huwelijk, het verkopen van een goed of het gezamenlijk door de beide compagnons te nemen besluit tot verplaatsing van het bedrijf. Voor het plaatsvinden van deze gebeurtenissen is steeds de medewerking of instemming van een derde – huwelijkspartner, koper respectievelijk andere compagnon – vereist. Uiteraard is het echter ook mogelijk dat de gebeurtenis, voor zover gelegen buiten de partij-invloed, geheel onttrokken is aan menselijk handelen: na het kopen van een lot (in welke koop de partij-invloed is gelegen) vindt de trekking van de loterij plaats door een computer.

Voor wat betreft het *niet* plaatsvinden van al deze gebeurtenissen heeft een partij een doorslaggevende invloed. Bij de bespreking van de gemengde voorwaarden in § 7.1.2.2 zagen we dat deze partij-invloed er derhalve toe strekt dat de situatie van onzekerheid überhaupt ontstaat; pas door het kopen van

in deze laatste zin: Huguenin (Huguenin e.a. 2008, p. 197) alsmede de tegenstrijdige opinies bij Ehrat (BSK OR I-Ehrat 2011, p. 853, 867).

een lot ontstaat immers de *kans* dat de voorwaarde van het winnen van de loterij intreedt. Afhankelijk van de vraag of de inhoud van een dergelijke voorwaarde positief of negatief is geformuleerd, heeft de wilsgerechtigde partij daarmee doorslaggevende invloed op óf het niet-intreden óf het juist wel intreden van de voorwaarde.⁷⁴ De thans voorliggende vraag is hoe een dergelijke voorwaarde zou moeten kwalificeren, met het oog op het feit dat de doorslaggevende partij-invloed in voormelde zin is beperkt.

Eenvoudig is in elk geval de situatie waarin een partij weliswaar in feitelijke zin doorslaggevende invloed heeft op het wel of het niet intreden van de voorwaarde, maar ten aanzien van de uitoefening van die invloed geen werkelijke wilsvrijheid bij die partij bestaat. Met andere woorden, deze doorslaggevende partij-invloed is niet van potestatieve aard, althans voor zover we die wilsvrijheid inderdaad als element van potestatieve voorwaarden beschouwen.⁷⁵ Van enig kwalificatieprobleem ter zake een dergelijke voorwaarde in de zin of deze als *gemengd* of als *potestatief* is te beschouwen, is bij gebrek aan een potestatief element dan ook geen sprake. Dit betreft het overgrote deel van de gevallen die als gemengde voorwaarden worden beschouwd, waarin tevens de reden zal zijn gelegen dat het hierna besproken wél bestaande kwalificatievraagstuk in de literatuur van het Nederlands geldend recht alsmede het Duitse en Zwitserse recht niet ter sprake komt.

De vorenbedoelde wilsvrijheid zou echter wel degelijk aanwezig kunnen zijn. In het thans besproken verband heeft deze alsdan betrekking op óf het intreden óf het niet-intreden van de voorwaarde. Ik kan bijvoorbeeld mijn huidige Italiaanse auto aan een goede vriend schenken onder de opschortende voorwaarde dat ik zelf een functie bij een Duitse autofabrikant verkrijg. Enigerlei inspanningsverplichting om die functie ook daadwerkelijk te verkrijgen zal niet zijn beoogd en uit die voorwaardelijke rechtshandeling ook niet voor mij voortvloeien. Bij een dergelijke voorwaarde doet zich het vorenomschreven kwalificatieprobleem derhalve toch voor; er bestaat een doorslaggevende (potestatieve) invloed op het *niet* intreden van de voorwaarde, terwijl het wel intreden van de voorwaarde een gemengd karakter heeft. Uit dat laatste vloeit bovendien voort dat vooraf niet is vast te stellen of een eventueel toekomstig niet-intreden van de voorwaarde het gevolg is van mijn eigen wil (ik heb niet gesolliciteerd), dan wel van een afwijzing van de Duitse autofabrikant op mijn sollicitatie.

74 Een voorbeeld van dat laatste is de voorwaarde dat géén prijs in de loterij gewonnen wordt. Het niet kopen van een lot leidt daarmee tot het dwingende gevolg van het intreden van de voorwaarde.

75 In § 7.1.2.3 heb ik als element van de potestatieve voorwaarde omschreven dat de wilsgerechtigde partij t.a.v. het door hem te nemen besluit ook daadwerkelijke vrijheid heeft. Dit is ook de gangbare benadering van het begrip *potestatieve voorwaarde*. Zie ook § 7.1.2.6.

Voor de situatie van bestaande wilsvrijheid blijft derhalve de vraag hoe een doorslaggevende invloed op het intreden óf het niet-intreden de daarvan afhankelijke voorwaarde als geheel laat kwalificeren.⁷⁶ Daarbij zou in theorie de gehele voorwaarde als potestatief of als gemengd kunnen worden beschouwd, dan wel van hybride aard kunnen zijn. Na eindeloos overdenken is mijn conclusie dat die vraag niet goed is te beantwoorden. De mogelijke antwoorden zijn weliswaar duidelijk,⁷⁷ maar behoorlijke argumenten voor een keuze tussen die mogelijkheden ontbreken. Wat daar echter van zij, bezien vanuit het materiële recht behoeven we over dit ontbreken van een te onderbouwen antwoord niet al te treurig te zijn. Dit vloeit voort uit de gevolgen die aan de verschillende kwalificaties van voorwaarden zijn verbonden. Anders dan in de literatuur wel wordt gesteld, bestaan tussen de verschillende groepen van voorwaarden wel degelijk een aantal verschillen in materiële consequenties.⁷⁸ Echter, als we de in § 7.4.2 besproken toepassing van art. 6:23 BW thans buiten beschouwing laten, loopt dé scheidslijn voor wat betreft dit verschil in consequenties tussen enerzijds de zuiver potestatieve voorwaarde en anderzijds de gezamenlijke overige groepen van voorwaarden, inclusief de geobjectievere potestatieve voorwaarde. Althans, voor zover we deze nog te bespreken verschillen in materiële consequenties überhaupt willen aanvaarden én voor zover we (in overeenstemming met de overige bestudeerde stelsels) de geobjec-

76 Een vraag die in afwijking van de voormelde stelsels in de literatuur van het OBW overigens enige malen ter sprake kwam in het kader van de onherroepelijkheid van schenkingen als bedoeld in art. 1703. Voor het thans besproken onderwerp leidt deze aandacht onder het OBW echter nauwelijks tot interessante inzichten. E.e.a. werd uiteraard sterk bezien vanuit het nogal specifieke verbod van herroepelijkheid van art. 1703 OBW en daarmee niet vanuit een algemeen vermogensrechtelijk kader, zie: Bockwinkel 1952, p. 14; Wery 1930, p. 180.

77 Als gezegd zouden we op de eerste plaats de voorwaarde als geheel als *potestatief* kunnen kwalificeren, ook al is dat v.w.b. de omvang van de doorslaggevende partij-invloed niet helemaal juist. Dit is de keuze die Wery maakte, zij het in die zin beperkt tot voorwaarden waarvan de vervulling naar de normale loop van zaken in de macht van de 'wilsgerechtigde' partij staan (Wery 1930, p. 180). Dat heeft als nadeel dat we beperkingen en bedenkingen u.h.v. het veronderstelde potestatieve karakter t.a.v. deze voorwaardelijkheid zouden laten gelden, waar dat wellicht niet terecht is.

Op de tweede plaats bestaat uiteraard de mogelijkheid de voorwaarde als geheel als *gemengd* te kwalificeren. Daarbij wordt echter voorbij gegaan aan het feit dat een partij wel degelijk de bedoelde vorm van doorslaggevende invloed en wilsvrijheid dienaangaande heeft. Aan de in § 7.3.3 in het kader van de potestatieve voorwaarden besproken argumenten zou alsdan stilzwijgend voorbij worden gegaan.

Tot slot zou ook een scheiding kunnen worden gemaakt tussen het potestatieve deel van de voorwaarde en het gemengde (of eventueel casuele) deel van de voorwaarde. Een dergelijk onderscheid sluit i.i.g. aan bij de feitelijke omvang van de partij-invloed. Het wezenlijke nadeel daarvan is echter de grote complexiteit die een beperkt aantal toch al sterk omstreden vraagstukken t.a.v. potestatieve voorwaarden daarmee krijgt.

78 Zie daarvoor § 7.1.3 en de daarin opgenomen verwijzingen naar andere paragrafen.

tiveerd potestatieve voorwaarde voor het Nederlands geldend recht inderdaad nog als een separate figuur willen zien.⁷⁹

De reden dat de bedoelde kwalificatieproblemen voor het materiële recht vrijwel zonder betekenis zijn bij een voorwaarde waarbij een partij doorslaggevende invloed én de wilsvrijheid heeft om die voorwaarde wel of juist niet te laten intreden, bestaat uit het volgende. Dergelijke voorwaarden bestaan met betrekking tot het potestatieve deel naar hun aard vrijwel steeds uit een 'doen' of een 'niet-doen' door de wilsgerechtigde partij: ik koop wel of niet een lot, ik solliciteer al dan niet op een functie dan wel vraag ik een vergunning aan of verzuim dat te doen.⁸⁰ De gebeurtenis die de inhoud van een dergelijke voorwaarde vormt, zou eventueel potestatief kunnen zijn, namelijk als ik inderdaad de algehele vrijheid heb om al dan niet zo te handelen. Echter, zelfs al heb ik een dergelijke vrijheid, dan nog kwalificeert het betreffende deel van de voorwaarde merendeels als *geobjectiveerd* potestatief en niet als *zuiver* potestatief.⁸¹ Dat betekent dat, als we uitgaan van de juistheid van hetgeen ik hiervoor stelde, de materiële gevolgen van de thans besproken 'hybride' voorwaarden zich veelal bevinden in de grote groep van geobjectiveerd potestatieve voorwaarden. Immers, of we uitgaan van het bedoelde geobjectiveerd potestatieve deel dan wel van het gemengde of casuele deel van de voorwaarde, een materieel verschil vloeit uit deze onderling verschillende kwalificaties niet voort.

Samengevat, een doorslaggevende partij-invloed gecombineerd met wilsvrijheid ten aanzien van óf het intreden óf het niet-intreden van een voorwaarde maakt de kwalificatie van een dergelijke voorwaarde uiterst lastig. Verschillen in materiële consequenties vloeien uit de te onderscheiden mogelijke kwalificaties van een dergelijke voorwaarde echter meestal niet voort.

7.1.2.5 De afgrenzingsperikelen tussen de groepen van voorwaarden

Uit de voorgaande paragrafen volgt dat de veelal gehanteerde indeling van voorwaarden in casuele, gemengde en potestatieve voorwaarden globaal

79 Zie voor de bedoelde verschillen in materiële consequenties § 7.3.3 en 7.3.4 en v.w.b. de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde § 7.3.2.

80 Ik heb maar één duidelijke uitzondering hierop gevonden: een partij mag in alle vrijheid besluiten om toestemming te geven of opdracht te verlenen aan een derde voor 'iets' met een onzekere uitkomst. Daarbij kunnen we wellicht twijfelen of dit wel is te beschouwen als een 'doen' en niet als de uitoefening van een wilsrecht. O.b.v. hetgeen ik in § 7.3.4.1 stel, is mijn eigen conclusie dat een dergelijke toestemming of opdrachtverlening wel degelijk als zuiver potestatief kan kwalificeren, namelijk als dit op zich zelf – dus buiten de voorwaardelijke rechtsverhouding – geen feitelijke of juridische betekenis heeft.

81 Zie § 7.3.3 en m.n. § 7.3.4.1. V.w.b. het aanvragen van een vergunning kunnen we o.g.v. hetgeen ik in § 7.3.4.1 stel en afhankelijk van de verdere omstandigheden enigszins twijfelen over de kwalificatie als geobjectiveerd potestatieve voorwaarde.

genomen een inzichtelijke indeling is. De grondslag voor die indeling – is sprake van partij-invloed op het intreden van de voorwaarde en is deze al dan niet van doorslaggevende aard – vormt een min of meer helder criterium. Niettemin bestaan een aantal afgrenzingsperikelen tussen deze drie groepen van voorwaarden. De minst interessante daarvan is de in § 7.1.2.2 genoemde mogelijke partij-invloed bij voorwaarden die normaal gesproken als casueel worden gezien. In theorie opent een dergelijke invloed de mogelijkheid van toepassing van art. 6:23 BW. In de praktijk zal dat nauwelijks tot problemen leiden.

Duidelijk lastiger zijn de potestatieve voorwaarden. Dat is een gevolg van de in § 7.1.2.3 omschreven verschillende benaderingen van hetgeen moet worden verstaan onder dit begrip. Deels vloeit dit verschil in benadering slechts voort uit de verschillende (impliciet) gehanteerde omschrijvingen, zodat in die zin uitsluitend sprake is van een zekere terminologische verwarring. In twee opzichten vormen de potestatieve voorwaarden echter ook in inhoudelijk opzicht een lastige groep. Op de eerste plaats blijkt het criterium van de doorslaggevende partij-invloed bij potestatieve voorwaarden niet zaligmakend te zijn. Als additioneel vereiste voor de kwalificatie als potestatief wordt namelijk vaak gesteld dat de betreffende partij tevens de wilsvrijheid heeft om gebruik te maken van die doorslaggevende invloed.⁸² Juist dit aspect van de aanwezigheid en omvang van wilsvrijheid, vaak ook aangeduid met de term *willekeur*, kan de kwalificatie van een voorwaarde als al dan niet potestatief moeilijk maken.⁸³ Op de tweede plaats bestaat ook binnen de groep van potestatieve voorwaarden een afgrenzingsprobleem. Zoals we zagen hanteer ik deze term in overeenstemming met de veelal gehanteerde benaderingen onder het OBW en het Duitse en Zwitserse recht als overkoepelend begrip voor de geobjectiveerd en de zuiver potestatieve voorwaarde. De grens tussen deze beide vormen van potestatieve voorwaarden blijkt echter minder duidelijk te zijn dan waar bijvoorbeeld de literatuur onder het OBW stilzwijgend van uitging. Omdat ik zal verdedigen dat aan dit onderscheid ook voor het Nederlands geldend recht nog steeds materiële consequenties zijn verbonden, zal ik dit in § 7.3.4.1 verder uitwerken.

Een laatste afgrenzingsprobleem vonden we in § 7.1.2.4. Aldaar besprak ik dat doorslaggevende partij-invloed eventueel uitsluitend betrekking kan hebben op óf het intreden óf het niet-intreden van een voorwaarde. Dat maakt de kwalificatie van de voorwaarde als geheel, althans voor zover die doorslaggevende invloed uit hoofde van een wilsvrijheid dienaangaande als potestatief is te beschouwen, buitengewoon moeilijk. In materieel opzicht blijken de verschillende mogelijkheden ter zake die kwalificatie echter veelal niet tot

82 Althans, voor zover die wilsvrijheid in de betreffende opvattingen niet leidt tot het geheel ontbreken van iedere (voorwaardelijke) rechtsverhouding en de potestatieve voorwaarde daarmee een onmogelijke figuur zou zijn.

83 Zie verder § 7.3.

verschillen te leiden. Om die reden laat ik dit laatste kwalificatievraagstuk verder voor wat het is.

7.1.2.6 Willekeur als wilsvrijheid en als grens aan wilsvrijheid

In de vorige paragrafen en vooral in § 7.3 ter zake de potestatieve voorwaarden hanteer ik in overeenstemming met een groot deel van de literatuur met regelmaat het begrip *willekeur*. Gezien het nog verder uit te werken belang van dit begrip in het verband van vooral de zuiver potestatieve voorwaarden wil ik kort aangeven hoe ik dit begrip hanteer.

‘Willekeur’ wordt vaak gebruikt als begrip om aan te duiden dat een partij een zeer hoge mate van vrijheid heeft om in een bepaalde zin te beslissen. Dit is ook de wijze waarop ik het begrip *willekeur* hanteer. Niettemin stelt het geldend recht ook aan de ruimste vrijheden onbetwistbaar nog steeds grenzen. Uiteindelijk wordt iedere vermogensrechtelijke vrijheid immers begrensd door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van de artt. 6:2 en 6:248 lid 2 BW. Aldaar vinden we de strenge maatstaf waar deze grens van de wilsvrijheid uit bestaat: onaanvaardbaarheid van de gevolgen van die wilsvrijheid. Wanneer is daarvan bij zuiver potestatieve voorwaarden sprake? P-G Langemeijer zag deze grens in twee gevallen: óf het handelen van de wilsgerechtigde partij mist elke redelijke grond en brengt de wederpartij opzettelijk nadeel toe, óf de wilsgerechtigde partij heeft verschillende keuzemogelijkheden die voor deze partij geen verschil maken, waarbij hij met de ‘grofste onnadenkendheid’ de voor de wederpartij schadelijke kiest.⁸⁴

Moeten we uit het bestaan van een dergelijke strikte en ook in rechte toetsbare grens afleiden, dat wérkelijke willekeur – lees: absolute wilsvrijheid – helemaal niet mogelijk is en daarmee ook zuiver potestatieve voorwaarden reeds daarom geen echte willekeur (kunnen) omvatten? Een dergelijke opvatting zou betekenen dat zuiver potestatieve voorwaarden, opgevat als de volledige vrijheid om in de toekomst in een bepaalde zin te besluiten, in feite helemaal niet bestaan; de wilsvrijheid is immers hoe dan ook aan banden gelegd. Dit is echter niet hoe we het begrip *willekeur* in het verband van potestatieve voorwaarden moeten zien. Waar het bij dit begrip om gaat is dat de wilsgerechtigde partij zich alle vrijheid heeft voorbehouden voor zover deze niet leidt tot de bedoelde onaanvaardbaarheid. Willekeur in de door mij gehanteerde zin is derhalve de volledige vrijheid die een partij heeft om te beslissen naar eigen goeddunken, echter zónder dat die vrijheid zou leiden tot de bedoelde ‘onaanvaardbaarheid’. Of anders benaderd, zodra (ook) *buiten* de zeer strenge maatstaf van de onaanvaardbaarheid van de gevolgen een toetsing mogelijk is, ontbreekt de bedoelde willekeur in de door mij gebruikte betekenis.

84 Zie zijn conclusie bij HR 10 maart 1961, NJ 1961, 251. Overigens was in dit arrest strikt genomen geen sprake van een zuiver potestatieve voorwaarde.

7.1.3 Het belang van de kwalificatie van de invloed

Eerder stelde ik dat in de literatuur van de verschillende stelsels nogal eens wordt geconstateerd dat aan het onderscheid tussen casuele, gemengde en potestatieve voorwaarden geen materiële betekenis zou zijn toe te kennen. Met andere woorden, het bedoelde onderscheid zou daarmee weliswaar een systematisering zijn van de verschillende vormen van voorwaarden, maar aan dat onderscheid zouden geen daarvan afhankelijke rechtsgevolgen zijn verbonden.⁸⁵

Zoals in de beide voorgaande paragrafen reeds zijdelings ter sprake kwam, is deze opvatting weliswaar voor een groot deel juist, maar toch niet helemaal. De belangrijkste afwijkingen ten opzichte van dit uitgangspunt bestaan ten aanzien van de groep van zuiver potestatieve voorwaarden. De voornaamste afwijkende consequentie die aan verschillende varianten van zuiver potestatieve voorwaarden wordt toegekend, is de in § 7.3.3 besproken nietigheid respectievelijk onmogelijkheid van deze figuur. Echter ook voor zover we de zuiver potestatieve voorwaarde als wél mogelijk beschouwen, heeft deze waarschijnlijk deels afwijkende rechtsgevolgen ten opzichte van andersoortige voorwaarden. In § 7.3.4.3 bespreek ik in dat verband de kwestie dat de afhankelijkheid van een vorderingsrecht van een zuiver potestatieve voorwaarde waarschijnlijk tot gevolg heeft, dat een dergelijke vordering als *toekomstig* kwalificeert en niet als *bestaand voorwaardelijk*.⁸⁶ Daarnaast hebben we mijns inziens behoorlijke redenen om te twijfelen aan de eventuele goederenrechtelijke werking van zuiver potestatieve voorwaarden, zoals ik in § 7.3.4.4 zal bespreken. We mogen derhalve stellen dat naar alle waarschijnlijkheid de materiële gevolgen van zuiver potestatieve voorwaarden (deels) afwijken van de gevolgen van alle overige groepen van voorwaarden, waarmee het eerste belang van de kwalificatie gegeven is.

Een tweede, gedeeltelijk voor de hand liggende afwijking bestaat in de mogelijkheid van toepassing van art. 6:23 BW. Wil die wetsbepaling toepassing kunnen vinden, dan zal in ieder geval sprake moeten zijn van enige mogelijke beïnvloeding door een partij van het al dan niet intreden van een voorwaarde. Dat sluit – het is een open deur – toepassing op daadwerkelijk casuele voorwaarden uit. Maar ook wordt toepassing op de groep van potestatieve voorwaarden meestal niet mogelijk geacht, juist vanwege de algehele wilsvrijheid die veelal als inherent wordt beschouwd aan dergelijke voorwaarden.⁸⁷ Voor

85 BSK OR I-Ehrt 2011, p. 852; Johannsen e.a. 1982, Vor § 158 nr. 4; Diephuis 1885, p. 109; Asser 1838, p. 472. Zie ook De Coninck t.a.v. de dienaangaande bestaande opvattingen in het Belgische en Franse recht (De Coninck 2007, p. 338).

Incidenteel wordt en werd het bedoelde geheel ontbreken van rechtsgevolgen ook betwist, zie: De Coninck 2007, p. 338 e.v.; Gutmans 1995, p. 14; Everts 1883, p. 22.

86 Zie over de scheidslijn tussen deze beide kwalificaties § 6.2.5.

87 Zie § 7.4.2.

zover dit laatste inderdaad juist is, is daarmee de mogelijke werking van art. 6:23 BW beperkt tot de groep van gemengde voorwaarden.

Voor de toepasselijkheid van art. 6:23 BW op gemengde voorwaarden vinden we echter nog een onderscheid dat van belang is. We zagen reeds dat gemengde voorwaarden in twee vormen bestaan: de voorwaarde waarbij de partij-invloed is gelegen in het überhaupt laten ont- of voortbestaan van een kans dat een gebeurtenis intreedt en de invloed die bestaat uit het vergroten of verkleinen van de kans op het intreden van een gebeurtenis.⁸⁸ Weliswaar worden deze beide vormen van gemengde voorwaarden in de verschillende stelsels niet bewust als verschillende groepen van voorwaarden benaderd, gezien het wezenlijke verschil in invloed kunnen ze wel duidelijk van elkaar worden onderscheiden. Voor wat betreft de toepasselijkheid van en met name ten aanzien van de bewijslastverdeling bij toepassing van art. 6:23 BW zal ik in § 7.4.2 verdedigen, dat dit onderscheid ook in materiële zin van belang is.

De in de verschillende paragrafen verder te onderbouwen conclusie is dan ook, dat op het uitgangspunt dat aan de systematisering van voorwaarden in voormelde drie groepen geen materiële gevolgen zijn verbonden toch een beperkt aantal uitzonderingen bestaat.

7.2 DE GEMENGDE VOORWAARDE IN ENKELE OPMERKINGEN

Voor de twee groepen van voorwaarden waar de partij-invloed op het al dan niet intreden van een voorwaarde van belang is – de gemengde en de potestatieve voorwaarden – wil ik de te besteden aandacht voor de groep van gemengde voorwaarden als separate figuur minimaliseren. De voornaamste reden daarvoor is dat de partij-invloed bij deze groep van voorwaarden vrijwel geen bijzondere vragen oproept. Gemengde voorwaarden zijn 'gewoon' voorwaarden, hetgeen tevens daaruit moge blijken dat iedere specifieke aandacht voor deze groep in alle bestudeerde stelsels afwezig is. In deze paragraaf ontbreekt derhalve ook met betrekking tot de gemengde voorwaarde een weergave van het geldend recht in de verschillende stelsels.

Niettemin kunnen we ten aanzien van gemengde voorwaarden een paar zaken constateren. In de lijn van de steeds verder opbouwende partij-invloed op het intreden of vervallen van een voorwaarde staat de groep van gemengde voorwaarden tussen de casuele en de potestatieve voorwaarden in. Zoals hiervoor reeds meermalen ter sprake kwam, bestaat die partij-invloed in twee vormen: óf de invloed is gelegen in het ontstaan of voortbestaan van de kans dat een gebeurtenis intreedt, óf is gelegen in het vergroten of verkleinen van een overigens bestaande kans. Dit leidt binnen de groep van gemengde voor-

⁸⁸ Zie § 7.1.2.2.

waarden tot het in § 7.1.2.2 besproken verschil in mogelijkheid van algehele wilsvrijheid ten aanzien van toepassing van deze partij-invloed.⁸⁹

Voor het overige bestaan ten aanzien van gemengde voorwaarden slechts nog de volgende bijzondere aandachtspunten. In § 7.3.4.2 bespreek ik de situatie waarin de doorslaggevende partij-invloed, met name in de vorm van een 'beroep' door een partij, in de tijd is gelegen ná het casuele of gemengde deel van de voorwaarde. Zoals ik daar zal betogen, leidt een dergelijke opzet tot een kwalificatie waarbij geen sprake is van een gemengde, maar van een zuiver potestatieve voorwaarde voor zover sprake is van wilsvrijheid ten aanzien van dit beroep. Een andere kwestie is dat, zoals ik eveneens reeds in § 7.1.2.2 constateerde, naar alle waarschijnlijkheid art. 6:23 BW uitsluitend toepassing kan vinden op gemengde voorwaarden. In § 7.4.2 ga ik verder in op deze wetsbepaling en zal ik verdedigen dat het voormelde onderscheid in de twee vormen van partij-invloed ook in dat verband van betekenis is. Een laatste kwestie betreft de vraag in hoeverre vorderingsrechten onder een gemengde voorwaarde eventueel als *toekomstig* en niet als *bestaand* kunnen kwalificeren. Ik verwijs daarvoor naar § 6.2.5 waar ik die vraag weliswaar niet specifiek voor gemengde voorwaarden bespreek, maar waar ik wel uitgebreid inga op de achterliggende problematiek.

7.3 POTESTATIEVE VOORWAARDEN

7.3.1 Inleiding

In § 7.1.2 heb ik de drie verschillende groepen van mogelijke partij-invloed op het intreden van een voorwaarde besproken. De meest vergaande invloed van partijen op dit intreden of het uitblijven daarvan – de *doorslaggevende* invloed op het al dan niet plaatsvinden van de 'gebeurtenis' derhalve – laat de van die invloed afhankelijke voorwaarde kwalificeren als *potestatief*. Deze potestatieve voorwaarden vormen het onderwerp van de voorliggende paragraaf.

Het lijkt geen twijfel dat van de drie beschreven groepen ter zake de invloed van partijen op het intreden van een voorwaarde de potestatieve voorwaarden verreweg de meeste aandacht krijgen én verdienen. De redenen daarvoor zijn van uiteenlopende aard. Vanuit theoretisch opzicht doen zich ten aanzien van potestatieve voorwaarden verscheidene wezenlijke vragen voor, bijvoorbeeld of deze het directe ontstaan van een rechtsverhouding

⁸⁹ Althans leidt een doorslaggevende invloed op het intreden óf niet-intreden van de voorwaarde in combinatie met een wilsvrijheid dienaangaande tot de kwalificatie als potestatief en niet langer als gemengd. Gezien het feit dat deze invloed alsdan slechts op óf het intreden óf het niet-intreden toepassing vindt, doet zich het in § 7.1.2.4 besproken kwalificatieprobleem voor t.a.v. de voorwaarde als geheel.

voorkomen alsmede of wel sprake is van een daadwerkelijke voorwaarde, waar partijen immers een doorslaggevende invloed hebben. Ook beschouwd vanuit een meer materieel perspectief bestaan de nodige vragen, die in de kern alle betrekking hebben op de vraag of de juridische gevolgen van potestatieve voorwaarden (steeds) gelijk zijn aan niet-potestatieve voorwaarden. Heeft bijvoorbeeld het intreden van een potestatieve voorwaarde goederenrechtelijke werking, kwalificeert een vorderingsrecht onder potestatieve voorwaarde als voorwaardelijk of toekomstig, en dient het intreden van een potestatieve voorwaarde ook te voldoen aan vormvereisten die gelden voor de betreffende rechtsverhouding?

In deze paragraaf zullen we zien dat zowel tussen als binnen de bestudeerde rechtsstelsels veelal zeer verschillend gedacht wordt over dergelijke vragen. Dat maakt dat het ten aanzien van verschillende deelonderwerpen vaak minder of zelfs weinig duidelijk is wat we als het geldend recht van deze rechtsstelsels kunnen beschouwen. Anders dan in de Nederlandse literatuur wordt in de overige rechtsstelsels bij de bespreking van potestatieve voorwaarden vrijwel altijd een expliciete scheiding aangebracht tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden.⁹⁰ Dat is ook in die zin terecht dat het merendeel van de theoretische vraagstukken ter zake potestatieve voorwaarden uitsluitend betrekking heeft op de figuur van de zuiver potestatieve voorwaarde. Dat heeft ook consequenties in die zin dat tussen beide vormen van potestatieve voorwaarden de in § 7.1.3 besproken materiële verschillen bestaan. Tot slot vinden we met het aanbrengen van een dergelijke scheiding een betere aansluiting bij de literatuur van de overige stelsels. Om al deze redenen zal ik het onderscheid tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden bij de verdere bespreking handhaven.

In het kader van deze inleiding wil ik tot slot nog wijzen op de door mij gebruikte term 'wilsrecht'. Aan potestatieve voorwaarden is inherent dat een of zelfs ieder van partijen bij een rechtsverhouding doorslaggevende invloed heeft op het uiteindelijke al dan niet intreden van de voorwaarde. De uiteindelijke grondslag voor dat intreden is de partijwil.⁹¹ Het 'recht' van een partij uit hoofde van (met name zuiver) potestatieve voorwaarden duid ik in aansluiting daarop aan met de term *wilsrecht*. Met die term heb ik echter uitdrukkelijk geen juridische kwalificatie op het oog, waar deze uitsluitend is ingegeven door het pragmatische doel om kort en bondig aan te kunnen geven ten behoeve van welke partij de (zuiver) potestatieve voorwaarde strekt.

⁹⁰ Zie § 7.1.2.3 t.a.v. deze terminologie.

⁹¹ Ik wijs in dat verband echter reeds op de m.n. in de Duitse rechtskring bestaande gedachte, dat geobjectiveerd potestatieve voorwaarden zich o.m. van zuiver potestatieve voorwaarden onderscheiden, doordat ook bij het ontbreken van partijwil de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde nog steeds kan intreden.

7.3.2 De geobjectiveerd potestatieve voorwaarde

Geldend recht

In § 7.1.2.4 zagen we dat in de hedendaagse Nederlandse literatuur nauwelijks of geen specifieke aandacht meer bestaat voor de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde. Door dit gebrek aan aandacht is het zelfs enigszins de vraag of de voorwaarde die ik als *geobjectiveerd potestatief* kwalificeer in de Nederlandse literatuur nog wel algemeen wordt beschouwd als een vorm van potestatieve voorwaarde. Enigszins tot mijn verrassing blijken geobjectiveerd potestatieve voorwaarden bovendien slechts uiterst incidenteel onderdeel uit te maken van aan de rechter voorgelegde geschillen. Uit de jurisprudentie kunnen we derhalve evenmin een bredere acceptatie van deze figuur afleiden.⁹² Wat echter verder van die kwalificatie moge zijn, enige duidelijke aanwijzing dat de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde als zodanig op weerstand stuit uit hoofde van de rechtsgeldigheid respectievelijk mogelijkheid daarvan ontbreekt ten ene male. Incidenteel wordt de mogelijkheid van een dergelijke voorwaarde ook onderkend.⁹³

Ook uit hoofde van een vrij recent arrest van de Hoge Raad kunnen we met redelijke zekerheid stellen dat voor het Nederlandse geldend recht de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde niet op bezwaren stuit.⁹⁴ In dit zogenoeten 'Boerenplaatsje-arrest' aanvaardt de Hoge Raad met betrekking tot een fideï-commisaire making de mogelijkheid van een voorwaarde waarbij de verkrijger van die making (onder *nieuw* erfrecht vormgegeven als een ontbindend voorwaardelijke verkrijging door die verkrijger)⁹⁵ bij testament over de vermaakte goederen kan beschikken. De aanvankelijke fideï-commisaire making is derhalve zélf voorwaardelijk, namelijk afhankelijk van een uitsluitend op de wil van de bezwaarde respectievelijk eerste verkrijger gebaseerd *handelen*: het maken van een testament met daarin een beschikking ten aanzien

92 We kunnen ervan uitgaan dat het bedoelde ontbreken van geobjectiveerd potestatieve voorwaarden in de jurisprudentie niet voortvloeit uit de aard van deze voorwaarde. Bij de voorwaarden die wél voorkomen in voorgelegde geschillen gaat het vrijwel steeds om de vragen óf een partij zich kan 'beroepen' op het intreden van een voorwaarde, dan wel wat de consequenties zijn van het intreden van een voorwaarde. De aard van de voorwaarde is bij die vragen slechts in zeldzame gevallen van enig belang. De gedachte ligt dan ook voor de hand dat geobjectiveerd potestatieve voorwaarden in de praktijk gewoon niet vaak voor komen.

93 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, p. 322 (althans impliciet, de opschortende voorwaarde bestaande uit het niet geven van een paard). Zie ook: Meijers 1948, p. 45, 58 (Meijers noemt in het verband van geobjectiveerde potestatieve voorwaarden het leveren van een zaak en het verrichten van arbeid).

94 HR 16 januari 2004, NJ 2004, 487 (Boerenplaatsje) met nt. Kleijn.

95 Het arrest is gewezen voor het erfrecht van vóór 1 januari 2003. Uit r.o. 3.6 van het arrest volgt echter expliciet dat de uitkomst voor het nieuwe erfrecht niet anders zou zijn geweest.

van de betreffende goederen. In dit laatste herkennen we eenvoudig een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde.⁹⁶

Voorop zij gesteld dat de door de Hoge Raad in het voormelde arrest behandelde rechtsvragen worden besproken in het specifieke verband van een erfrechtelijke making en derhalve niet in een algemeen vermogensrechtelijk verband. Daarnaast wordt nergens in het arrest uitdrukkelijk vastgesteld dat sprake is van een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde, ook al bestaat dienaangaande niet veel twijfel.⁹⁷ Tot slot is in het arrest geen middel ingesteld tegen het (impliciete) uitgangspunt dat een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde mogelijk is. Enige terughoudendheid bij het trekken van conclusies op basis van dit arrest is derhalve op zijn plaats. Niettemin mogen we uit dit arrest waarschijnlijk afleiden dat de Hoge Raad ook voor wat betreft het algemene vermogensrecht geen moeite heeft met een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde.⁹⁸ Ik heb althans geen enkele reden kunnen vinden waarom het erfrecht respectievelijk de figuur van de fidei-commisaire making een ruimere mogelijkheid ter zake geobjectiveerd potestatieve voorwaarden zou kennen dan het algemene vermogensrecht. Daarnaast biedt het arrest – onverminderd het feit dat er als gezegd ook geen middel hiertegen is ingesteld – geen enkel aanknopingspunt dat de Hoge Raad twijfels heeft ten aanzien van de mogelijkheid van geobjectiveerd potestatieve voorwaarden. Annotator Kleijn spreekt bij dit punt mijns inziens dan ook terecht van een ‘potestatief element’.⁹⁹

De mogelijkheid van geobjectiveerd potestatieve voorwaarden is tevens in overeenstemming met hetgeen reeds uitdrukkelijk onder het (hierna besproken) OBW werd aangenomen en eveneens in lijn met het Duitse en Zwitserse

96 Enigszins opvallend beschouwen Blokland en Stollenwerck deze voorwaarde daarentegen als een voorwaarde, die een zuiver potestatieve voorwaarde ‘zeer dicht nadert’ (Blokland & Stollenwerck 2004, p. 308).

97 In één opzicht kunnen we echter wel twijfelen. Blijkens het arrest kon de voorwaardelijkheid uitsluitend worden opgeheven d.m.v. de testamentaire making, alsmede bij een vervreemding of vertering. Voor zover derhalve geen sprake was van een verbruik door de bezwaarde, kon de situatie van onvoorwaardelijkheid uitsluitend ontstaan bij een verkrijging door een ander. De bezwaarde kon derhalve zijn *eigen* rechtspositie onmogelijk onvoorwaardelijk maken. In zekere zin is de bezwaarde daarmee een ‘derde’ t.o.v. de verkrijgende partij. Doorslaggevende invloed van derden wordt niet gezien als potestatief, zie § 7.1.2.3. Daar staat tegenover dat de verkrijgende partij bij erfopvolging onder algemene titel van de bezwaarde zou verkrijgen. Daarmee is het dan toch weer de vraag of de bezwaarde wel is te beschouwen als de bedoelde derde t.o.v. de uiteindelijke verkrijger.

98 Ook Blokland en Stollenwerck komen tot deze conclusie, onverminderd het feit dat zij de voorwaarde als gezegd beschouwen als een die een zuiver potestatieve voorwaarde ‘zeer dicht nadert’ (Blokland & Stollenwerck 2004, p. 308).

99 HR 16 januari 2004, NJ 2004, 487 (Boerenplaatsje). Kleijn ziet de bevoegdheid tot testeren als een uitbreiding van het ‘vervreemden en verteren’, waarmee het bedoelde ‘potestatieve element’ juist ook ziet op dit testeren. Overigens hanteert Kleijn de term *potestatief* in de door mij bestudeerde artikelen in de betekenis van *zuiver potestatief* (§ 7.1.2.3). Dat laatste zou in het thans besproken verband dan weer minder juist zijn.

recht. Eén van de belangrijkste bezwaren tegen zuiver potestatieve voorwaarden, het gebrek aan bindingswil juist door het ontbreken van een aanvaarding, vindt bovendien reeds naar zijn aard geen toepassing op geobjectiveerd potestatieve voorwaarden. De conclusie is dan ook alleszins gerechtvaardigd dat geobjectiveerd potestatieve voorwaarden naar het Nederlands geldend recht geldig overeengekomen kunnen worden. Of dat in zijn algemeenheid tevens betekent dat de materiële gevolgen van niet-potestatieve voorwaarden ook toepassing vinden op geobjectiveerd potestatieve voorwaarden – met andere woorden, leidt een dergelijke doorslaggevende partij-invloed tot dezelfde gevolgen als bij voorwaarden waar die invloed ontbreekt – ligt daarmee in zekere mate voor de hand. Ten gevolge van het bijna volledige gebrek aan aandacht voor geobjectiveerd potestatieve voorwaarden vinden we daarvoor in de literatuur echter geen bevestiging. Voor de toepasselijkheid van art. 6:23 BW zouden we aan de onverkorte toepassing van deze materiële gevolgen ook kunnen twijfelen.¹⁰⁰ Daarnaast bestaat de in § 7.3.4.3 nog te bespreken vraag of een opschortende geobjectiveerd potestatieve voorwaarde verbonden aan een rechtsverhouding leidt tot direct bestaande (voorwaardelijke) vorderingsrechten, dan wel tot de kwalificatie van deze vorderingsrechten als *toekomstig*.

Oud BW

We zagen in § 7.1.2.3 dat het OBW met art. 1292 een bepaling bevatte op grond waarvan als wettelijk uitgangspunt de verbintenis onder een zuiver potestatieve voorwaarde afhankelijk van de wil van de debiteur nietig was. Tegelijkertijd volgde uit het artikel ook dat de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde juist geldig overeengekomen kon worden. De voorwaarde die bestond uit een 'daad, waarvan de vervulling in zijne magt staat' – op te vatten als de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde afhankelijk van een handelen van de debiteur – werd door deze wetsbepaling uitdrukkelijk als geldig aangemerkt. Dat deze zinsnede uitsluitend zag op de debiteur en niet op de crediteur had overigens geen andere reden, dan dat deze beoogde een uitzondering te vormen op het 'verbod' van de zuiver potestatieve voorwaarde afhankelijk van de wil van de debiteur.

Enigszins impliciet vinden we in de literatuur van het OBW ten aanzien van de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde een 'ontkoppeling' van partijwil en het intreden van de voorwaarde, zoals deze ook voor het hierna besproken Duitse recht wordt aangenomen. De benadering daarvan onder het OBW was in zekere zin echter spiegelbeeldig aan de Duitse. Zoals ik ook in § 8.1.2 bespreek, deed zich onder het OBW de vraag voor of een voorwaarde fictief als ingetreden kon gelden indien een partij weliswaar bereidwillig was de gebeurtenis te laten plaatsvinden, maar dit toch niet leidde tot het daadwerkelijk plaatsvinden van die gebeurtenis. In de literatuur werd een dergelijk

¹⁰⁰ Zie § 7.4.

fingeren van het intreden van de voorwaarde afgewezen.¹⁰¹ Het daarvoor gehanteerde argument was dat de gebeurtenis – in het verband van de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde derhalve het handelen door de betreffende partij – feitelijk niet had plaatsgevonden. Daarmee werd het intreden van de voorwaarde uitgesloten geacht, ook al was de partijwil gericht op het intreden daarvan.¹⁰²

In de literatuur werd dan ook algemeen uitgegaan van de rechtsgeldigheid van de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde.¹⁰³ Anders dan ik hiervoor ten aanzien van het Nederlands geldend recht opmerkte, bestond er onder het OBW tevens de nodige rechtspraak ten aanzien van geobjectiveerd potestatieve voorwaarden, waarin deze dan ook als mogelijk respectievelijk rechtsgeldig werden aangemerkt.¹⁰⁴ Onverminderd deze brede acceptatie blijkt niet expliciet of aan geobjectiveerd potestatieve voorwaarden ook dezelfde materiële gevolgen verbonden worden als aan niet-potestatieve voorwaarden. Ik heb echter geen aanwijzingen kunnen vinden dat deze gevolgen, ondanks de geldigheid van de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde, zouden afwijken. We kunnen er derhalve (zeer) waarschijnlijk van uitgaan dat deze gevolgen als uitgangspunt niet afweken. Ten aanzien van de in § 7.4 besproken werking van art. 1296 OBW als voorloper van art. 6:23 BW bestaan niettemin enige twijfels.

Duits recht

In het eerste ontwerp van het BGB waren nog twee uitdrukkelijke wetsbepalingen opgenomen waaruit volgde dat een potestatieve voorwaarde geldig was, tenzij deze bestond als opschortende *zuiver* potestatieve voorwaarde afhankelijk van de wil van de debiteur.¹⁰⁵ Het uiteindelijke vervallen van deze ontwerp-bepalingen leidde (ook) met betrekking tot de *geobjectiveerd* potestatieve voorwaarde niet tot andere inzichten. Blijkens de Duitse literatuur wordt dan ook

101 Asser/Van Goudoever 1913, p. 57; Land/DeSavornin/Lohman 1907, p. 57; Opzoomer 1879a, p. 146, 147; Diephuis 1885, p. 140.

102 Het vorenbedoelde 'spiegelbeeldige' t.o.v. het Duitse recht bestaat daaruit dat in het Duitse recht het wél intreden van de voorwaarde wordt aangenomen, ook al *ontbrak* de partijwil gericht op het plaatsvinden van de gebeurtenis.

103 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 371 e.v.; Kalma 1940, p. 222; Hofmann 1937, p. 90; Van Brakel 1935a, p. 20; Veegens/Oppenheim 1917, p. 36, 39 (waarbij overigens één maal abusievelijk sprake is van 'schuldeischer' waar duidelijk 'schuldenaar' bedoeld is); Asser/Van Goudoever 1913, p. 52; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 53; Diephuis 1885, p. 110, 111; Opzoomer 1879a, p. 136; Everts 1883, p. 34.

Meijers stelde t.a.v. de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde dat – blijkbaar gezien het potestatieve karakter – geen nakoming gevorderd kon worden van hetgeen de voorwaarde inhoudt (Meijers 1948, p. 45, 58). Ook daarin ligt de rechtsgeldigheid van de voorwaarde besloten.

104 Zie § 7.1.2.3 onder 'Oud BW'.

105 Dit betrof de §§ 79 en 138 van het eerste ontwerp van het BGB. Zie: MüKo/Westermann 2012, p. 1691; Staudinger/Bork 2010, p. 313; Flume 1992, p. 685.

algemeen als geldig aanvaard de potestatieve voorwaarde, waarbij het geheel van de wil van een partij afhankelijk is of een objectief vaststelbaar feit – de gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde vormt – plaatsvindt.¹⁰⁶ Zowel het eigendomsvoorbehoud van § 449 BGB als § 2075 BGB ter zake het toekomstige handelen van een erfrechtelijke verkrijger worden in dat verband beschouwd als een wettelijke toepassing van die mogelijkheid.¹⁰⁷

De argumentatie voor de geldigheid van een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde is volgens een enkele auteur daarin gelegen, dat de – feitelijke – gebeurtenis de voorwaarde doet intreden en niet zoals bij zuiver potestatieve voorwaarden de zuivere wil van de betreffende partij.¹⁰⁸ Zoals ik in § 7.1.2.3 beschreef, wordt in de Duitse literatuur in overeenstemming hiermee aangenomen dat bij het eventuele ontbreken van een op het intreden van de voorwaarde gerichte wil het plaatsvinden van de gebeurtenis de voorwaarde niettemin doet intreden.¹⁰⁹

In de Duitse literatuur wordt dan ook gesteld dat de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde een 'echte' voorwaarde is, met alle materiële gevolgen van dien.¹¹⁰ Zo is, in tegenstelling tot hetgeen geldt ten aanzien van zuiver potestatieve voorwaarden, een overdracht onder een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde gewoon mogelijk.¹¹¹ Ook overigens volgt uit vrijwel niets dat de materiële gevolgen van geobjectiveerd potestatieve voorwaarden in enig opzicht zouden afwijken van casuele of gemengde voorwaarden. De enige uitzondering hierop vormt de eventuele toepasselijkheid van § 162 BGB (grotendeels overeenstemmend met art. 6:23 BW), die ik verder in § 7.4 bespreek. De hiervoor bij het Nederlandse geldend recht gestelde vraag of een vorderingsrecht onder opschortende geobjectiveerd potestatieve voorwaarde als *bestaand* dan wel *toekomstig* kwalificeert, is voor het Duitse recht geen vraag; *alle* voorwaardelijke vorderingsrechten kwalificeren namelijk als toekomstig.¹¹² De conclusie is derhalve dat het Duitse recht de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde in vrijwel al zijn gevolgen gelijk stelt aan de voorwaarden waarbij partijen géén doorslaggevende invloed hebben.

106 Jauernig/Mansel 2014, p. 124; PWW/Brinkmann 2014, p. 218, 219; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 614; MüKo/Westermann 2012, p. 1696; Wolf/Neuner 2012, p. 645; Bork 2011, p. 498; Staudinger/Bork 2010, p. 313; Wolf 1999, p. 505; Flume 1992, p. 683.

107 V.w.b. het eigendomsvoorbehoud: Bork 2011, p. 498.

108 PWW/Brinkmann 2014, p. 218, 219; Staudinger/Bork 2010, p. 314.

109 Erman/Armbrüster 2014, p. 458 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 473); Staudinger/Bork 2010, p. 313, 314; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122; Wolf 1999, p. 505.

110 PWW/Brinkmann 2014, p. 218; Staudinger/Eckpfeiler 2014, p. 269; Wolf/Neuner 2012, p. 645; Staudinger/Bork 2010, p. 313, 314; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122; (impliciet) Wolf 1999, p. 505; Flume 1992, p. 683.

111 Zie § 7.3.4.4.

112 Zie § 6.2.5.2 bij de bespreking van het Duitse recht.

Zwitsers recht

Overeenkomstig het Duitse recht omvatten de oorspronkelijke ontwerpen van het Zwitserse OR bepalingen waaruit de onmogelijkheid van *zuiver* potestatieve voorwaarden volgde.¹¹³ A contrario volgde reeds daaruit dat *geobjectiveerd* potestatieve voorwaarden als mogelijk werden beschouwd. Het verval van deze ontwerpbepalingen leidde ten aanzien van de geobjectiveerd potestatieve voorwaarden – in ieder geval volgens een deel van de hedendaagse Zwitserse literatuur in tegenstelling tot de zuiver potestatieve voorwaarden – niet tot andere inzichten. De rechtsgeldigheid van de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde staat in het hedendaagse Zwitsers recht dan ook niet ter discussie.¹¹⁴

Geen enkele door mij bestudeerde Zwitserse auteur stelt uitdrukkelijk dat de materiële gevolgen van geobjectiveerd potestatieve voorwaarden gelijk zijn aan die van casuele en gemengde voorwaarden. Overeenkomstig hetgeen ik hiervoor bij het Duitse recht stelde, is dat bij het met de strekking van art. 6:23 BW overeenstemmende art. 156 OR dan ook de vraag. Het in zijn toepassingsbereik zeer marginale art. 155 OR omvat eveneens enig materieel verschil tussen de potestatieve en de overige voorwaarden.¹¹⁵ Voor het overige mogen we echter aannemen dat geobjectiveerd potestatieve voorwaarden geen andere materiële gevolgen kennen dan niet-potestatieve voorwaarden. Geobjectiveerd potestatieve voorwaarden worden dan ook als 'echte' voorwaarden beschouwd.¹¹⁶ In overeenstemming daarmee kunnen beschikkingshandelingen, voor zover deze überhaupt onder een voorwaarde kunnen worden verricht, eveneens plaatsvinden onder een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde.¹¹⁷ Met iets minder zekerheid dan bij het Duitse recht kwalificeren alle voorwaardelijke vorderingen voor het Zwitsers recht als toekomstig,¹¹⁸ zodat dienaangaande evenmin een verschil in gevolgen tussen (geobjectiveerd) potestatieve en de overige voorwaarden zou bestaan. De conclusie is dan ook gelijk aan die bij het Duitse recht: geobjectiveerd potestatieve voorwaarden zijn ook in materieel opzicht (vrijwel) gelijk aan casuele en gemengde voorwaarden.

¹¹³ Aldus: Koller 2009, p. 1280.

¹¹⁴ Honsell 2008, p. 611.

¹¹⁵ Zie § 7.1.2.3 voor een bescheiden bespreking van art. 155 OR.

¹¹⁶ Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 376; Schwenzer 2012, p. 66 (zie voorbeelden); BSK OR I-Ehrt 2011, p. 852 (althans, Ehrt stelt dat aan het onderscheid tussen casuele, gemengde en potestatieve – w.o. overigens mede begrepen de *Wollensbedingungen* – uitsluitend descriptieve betekenis toekomt); Honsell 2008, p. 611; Huguenin e.a. 2008, p. 197; Gutmans 1995, p. 12, 13; Merz 1984, p. 154; Stiefel 1918, p. 87.

¹¹⁷ Zie § 7.3.4.3.

¹¹⁸ Zie § 6.2.5.2.

7.3.3 De zuiver potestatieve voorwaarde

7.3.3.1 Wordt een zuiver potestatieve voorwaarde als mogelijk beschouwd?

Inleiding

In § 7.3.2 zagen we dat waarschijnlijk voor het Nederlandse geldend recht en in elk geval in de overige drie onderzochte rechtsstelsels de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde – waarbij een partij een doorslaggevende invloed heeft op het toekomstige al dan niet intreden van een objectief vaststelbare gebeurtenis die uit méér bestaat dan een loutere wilsverklaring – als geldig wordt beschouwd. Ook de materiële gevolgen van een dergelijke voorwaarde wijken (vrijwel) niet af ten opzichte van casuele of gemengde voorwaarden.¹¹⁹ Voor zuiver potestatieve voorwaarden – waarbij de loutere toekomstige wil van een partij bij de rechtsverhouding de gebeurtenis vormt – ligt een en ander duidelijk gecompliceerder. Zoals we in deze en de volgende paragrafen zullen zien, geldt dat zowel voor de mogelijkheid respectievelijk rechtsgeldigheid van een dergelijke voorwaarde als de materiële consequenties daarvan.

Enigszins opvallend is dat veel auteurs de ‘problematiek’ van de zuiver potestatieve voorwaarde met een zekere vanzelfsprekendheid lijken te benaderen, terwijl daar veelal weinig reden voor bestaat. Dat begint reeds met de in § 7.1.2.3 besproken invulling van de terminologie ter zake de zuiver potestatieve voorwaarde. Dat geldt echter ook voor de veronderstelde (omvang van de) onmogelijkheid van een dergelijke voorwaarde, waarvan we in de literatuur – ondanks de bedoelde vanzelfsprekendheid – tal van varianten aantreffen. De aangedragen redenen voor deze onmogelijkheid variëren eveneens, echter zónder dat het bestaan van deze onderling verschillende visies in de literatuur als zodanig wordt geconstateerd. Bovendien lijken de onderling verschillende redenen voor deze veronderstelde onmogelijkheid – ontbreken van bindingswil, willekeur, et cetera – niet te herleiden te zijn tot de varianten in de (omvang van de) onmogelijkheid van zuiver potestatieve voorwaarden. Tot slot variëren ook de veronderstelde materiële gevolgen van zuiver potestatieve voorwaarden buiten het vorenbedoelde verband van de geldigheid van deze voorwaarden. Daarbij valt te denken aan mogelijke toepasselijkheid van art. 6:23 BW (respectievelijk de varianten van deze wetsbepaling in de andere stelsels) op zuiver potestatieve voorwaarden, alsmede de vraag of zuiver potestatieve voorwaarden goederenrechtelijke werking hebben. Vooruitlopend op de verdere conclusies wil ik dan ook reeds thans stellen dat zuiver potestatieve voorwaarden voor het geldend recht met veel meer vraagtekens zijn omgeven dan veelal volgt uit de opvattingen van individuele auteurs.

119 Waarbij ik echter nogmaals aantekenen dat ik bij gebrek aan aandacht in de moderne Nederlandse literatuur aan de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde voor het Nederlands geldend recht iets voorzichtiger t.a.v. deze conclusies ben.

Bij de bestudering van de zuiver potestatieve voorwaarde wil ik nog op het volgende wijzen. De benadering in de literatuur van de figuur van de zuiver potestatieve voorwaarde is in de Nederlandse literatuur sterk juridisch-technisch ingestoken. Een dergelijke benadering stemt overeen met mijn eigen benaderingswijze van het vermogensrecht, zodat ik daar op zich zeker geen kritiek op heb. Dat laat onverlet dat deze wijze waarop de zuiver potestatieve voorwaarde bestudeerd wordt op enigszins gespannen voet staat met een meer vanuit de praktijk ingestoken benadering. Voor de praktijk geldt dat de koppeling tussen een nadere wil van een partij en de daarvan afhankelijke voorwaardelijke rechtsgevolgen een positief gewaardeerde uitbreiding vormt van de juridische vormgevingsmogelijkheden van rechtsverhoudingen.¹²⁰ Een rechtsfiguur als de 'koop op proef' is daarvan het bewijs.¹²¹ De zuiver potestatieve voorwaarde kan dan ook zonder twijfel een voor het rechtsverkeer functioneel doel dienen.

Tussen deze praktisch ingestoken benadering en de juridisch-technische benadering van zuiver potestatieve voorwaarden – waarbij uit deze laatste beperkingen voortvloeien die een belemmering vormen voor de toepasbaarheid van deze figuur in de praktijk – bestaat echter het vorenbedoelde spanningsveld. Een dergelijke spanning bestaat uiteraard bij meer vermogensrechtelijke kwesties. Bij de zuiver potestatieve voorwaarde bestaan echter twee specifieke redenen om daar iets langer bij stil te staan. De eerste is dat met name vanuit de vermogensrechtelijke systematiek in allerlei varianten bedenkingen mogen bestaan tegen zuiver potestatieve voorwaarden, maar dat deze bedenkingen bezien vanuit de praktijk vaak nauwelijks van gewicht zijn. Zo moge de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde als een gebrek aan bindingswil van een partij worden beschouwd, de praktijk heeft soms gewoon behoefte aan een figuur waarbij de ene partij wél en de andere nog niet gebonden is.

De tweede reden voor specifieke aandacht voor dit spanningsveld hangt hiermee samen: de onderzochte rechtssstelsels blijken namelijk verschillend om te gaan met dit spanningsveld. Het Nederlandse recht legt daarbij de meeste nadruk op de systematische bedenkingen tegen zuiver potestatieve voorwaarden en is daarmee het striktst in de leer. De Duitse literatuur onderschrijft deze benadering, maar ziet zich geconfronteerd met jurisprudentie die duidelijk ruimhartiger is ten aanzien van de mogelijkheid van zuiver potestatieve voorwaarden. De Zwitserse rechtskring hanteert op zijn beurt expliciet een pragmatische benadering, waarbij eventuele vermogensrechtelijke bedenkingen tegen zuiver potestatieve voorwaarden weinig gewicht in de schaal leggen.

¹²⁰ In dezelfde zin: Flume 1992, p. 683; Merz 1984, p. 154, 155.

¹²¹ Voor het Nederlandse geldend recht is u.h.v. art. 7:45 BW het wettelijk uitgangspunt dat deze figuur is vormgegeven d.m.v. opschortende voorwaardelijkheid. Blijkens de Nederlandse literatuur is het – in afwijking van het Duitse en Zwitserse recht – echter twijfelachtig of die voorwaarde inderdaad moet worden beschouwd als zuiver potestatief, zie: Asser/Hijma 7-I* 2013, p. 121.

Deze verschillen in benadering lijken dan ook de grondslag te vormen voor de onderling deels verschillende uitkomsten tussen deze stelsels.

De vorenbedoelde 'juridisch-technische' benadering van zuiver potestatieve voorwaarden in met name de Nederlandse en Duitse literatuur leidt tot een onderscheid op basis van een drietal criteria.¹²² De eerste daarvan is het onderscheid tussen de ontbindende en de opschortende voorwaarde. Het tweede criterium betreft de vraag of het wilsrecht uit hoofde van de zuiver potestatieve voorwaarde aan de crediteur of aan de debiteur toekomt. Deze beide criteria leiden derhalve samen tot vier varianten.¹²³ Daarnaast wordt door een deel van de literatuur nog een onderscheid aangebracht tussen de zuiver potestatieve voorwaarde verbonden aan een wederkerige overeenkomst en als verbonden aan een eenzijdige rechtsverhouding. Met dit laatste criterium erbij zou derhalve sprake zijn van acht varianten, hetgeen de overzichtelijkheid niet direct ten goede komt. Bij de onderstaande bespreking van de onderzochte stelsels zal ik deze onderscheiding op basis van de vorenbedoelde drie criteria niettemin volgen. Ten aanzien van uitsluitend de *ontbindende* zuiver potestatieve voorwaarde vinden we in de literatuur van het OBW echter nog een vierde criterium. Dat betreft de vraag of bij het intreden van de voorwaarde al dan niet ongedaanmakingsverplichtingen zullen ontstaan. Dit laatste criterium bespreek ik met name in § 7.3.3.2.

Zoals reeds bij de bespreking van het geldend recht zal blijken, resulteren de vorenbedoelde varianten in een ronduit onoverzichtelijk geheel. Om toch nog enigszins overzicht te kunnen houden, is bij het geldend recht een schema opgenomen waarop voor het Nederlands geldend recht de verschillende varianten van de zuiver potestatieve rechtsverhouding ('RV') alsmede de beoordeling daarvan in literatuur en rechtspraak zijn weergegeven. Onder deze weergave van het geldend recht is tevens mijn eigen benadering van de geldigheid van deze varianten van de zuiver potestatieve voorwaarden opgenomen, zoals ik deze in de volgende paragrafen zal verdedigen.

Geldend recht

De ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde wordt in de Nederlandse literatuur vrijwel steeds als geldig beschouwd indien het daaraan verbonden

122 In de literatuur vinden we dit 'rijtje' van de drie hierna besproken criteria nauwelijks als zodanig genoemd. Uitsluitend Den Tonkelaar noemt deze drie vragenderwijs op rij (Den Tonkelaar 1983, p. 56).

123 De ontbindende voorwaarde met een wilsrecht voor de crediteur of de debiteur en hetzelfde voor de opschortende voorwaarde.

wilsrecht kan worden uitgeoefend door de *crediteur*.¹²⁴ Een dergelijke ontbindende voorwaarde met een wilsrecht ten behoeve van de *debiteur* wordt daarentegen nog slechts door een deel van de auteurs en dan met name in het verband van de herroepelijke schenking als geldig beschouwd en bij deze variant vinden we dan ook duidelijk meer weerstand.¹²⁵ Onder het hierna besproken OBW bestond een zelfde verschil van inzicht ten aanzien van de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde. Incidenteel wordt in de literatuur overeenkomstig het Duitse recht de aanvaarding van de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde onderbouwd met het argument, dat een dergelijke voorwaarde in feite niets anders dan een annuleringsrecht vormt.¹²⁶

In enige mate is eveneens onduidelijk – althans uit hoofde van de ter zake deze kwestie niet al te omvangrijke literatuur – of de *opschortende* zuiver potestatieve voorwaarde mogelijk is waarvan het wilsrecht kan worden uitge-

124 De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 56, 57; Valk in: Hijma e.a. 2013, p. 44; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 137 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 126); Heyman & Bartels 2012, p. 143; Haentjens & Meijer 2011, p. 67; Ruygvoorn 2009, p. 170; Schoordijk/Schoordijk 2009, p. 780; (impliciet) Vegter 2008-I, p. 167 (echter anders v.w.b. de potestatieve ontbindende voorwaarde bij een schenking, omdat z.i. alsdan geen sprake zou zijn van een schenking); Dijk 2005, p. 84; Vermeulen 2005, p. 21; Brunner & De Jong 2004, p. 55, 56; Pitlo/Cahen 2002, p. 37; Den Tonkelaar 1994, p. 49, 50.

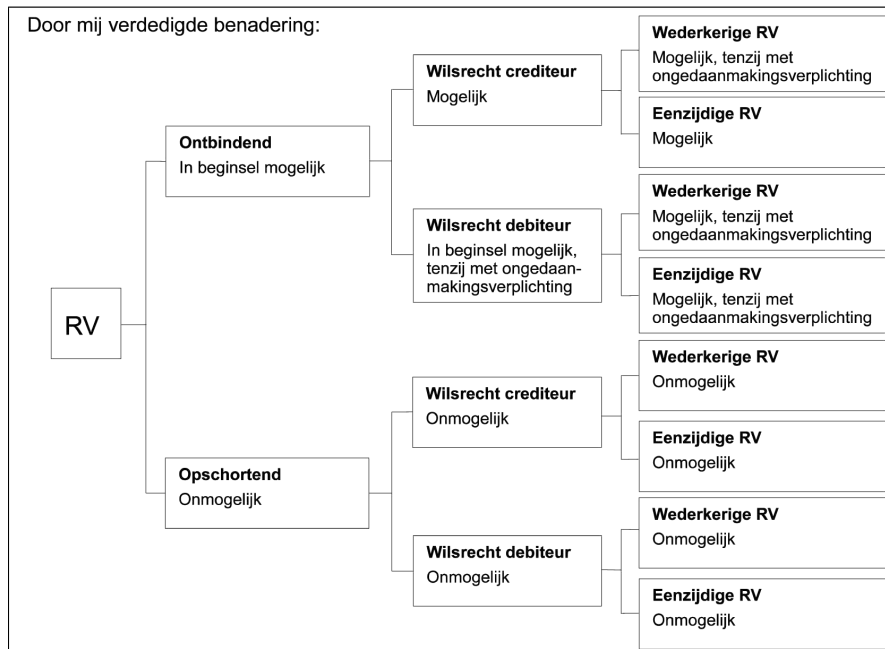
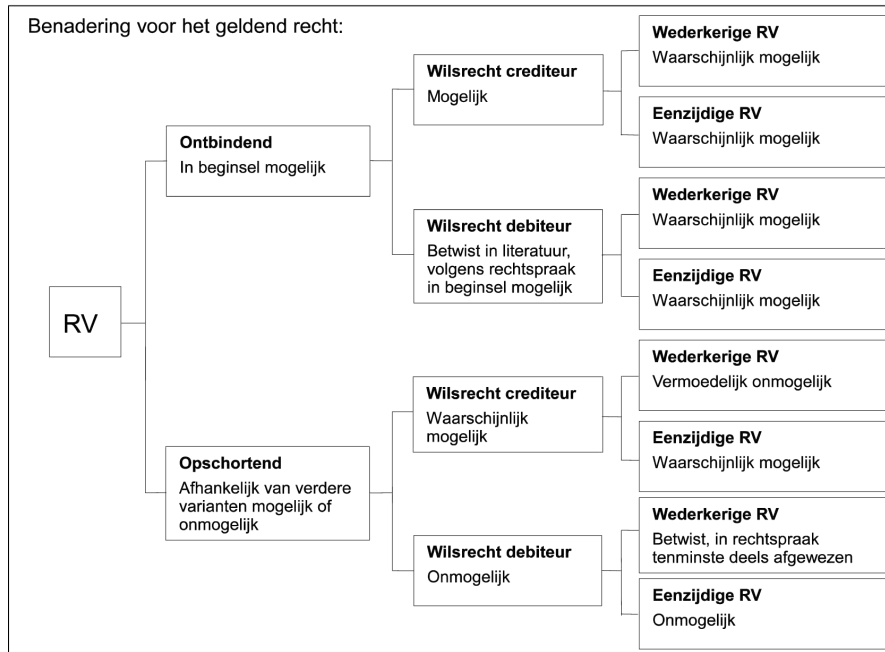
Uitsluitend Kersten en Van Rijssen lijken ervan uit te gaan dat (ook) deze zuiver potestatieve voorwaarde niet mogelijk is: Kersten 2013, p. 28 e.v. (Kersten maakt althans geen onderscheid tussen crediteur en debiteur); Van Rijssen 2006, p. 38. Valk lijkt eveneens te stellen dat (ook) de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde niet mogelijk is (Valk (T & C Vermogensrecht) 2013, p. 617), maar gezien zijn verwijzing naar de PG alsmede zijn op een andere plaats ingenomen standpunt (Valk in: Hijma e.a. 2013, p. 44) doelt hij waarschijnlijk uitsluitend op de opschortende variant.

125 Als geldig beschouwd: De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 57 (zie echter de onderstaande opmerking bij Brunner & De Jong 2004, p. 56 die van overeenkomstige toepassing is); Asser/Perrick 4 2013, p. 311, 312; Valk in: Hijma e.a. 2013, p. 44; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 137; Schols 2011, p. 42; Houwer & Bruggink 2009, p. 178 e.v.; Ruygvoorn 2009, p. 170; Vermeulen 2005, p. 21; Brunner & De Jong 2004, p. 56 (wijzend op de mogelijkheid van beëindiging van een verbintenis door een van partijen en daarmee derhalve doelend op *ontbindende* voorwaardelijkheid – zie nr. 72. Op p. 55, 56 onder nr. 71 maakt Brunner echter géén onderscheid tussen opschortende en ontbindende voorwaarden); Mellema-Kranenburg 2004, p. 39, 40, 42; Pitlo/Cahen 2002, p. 37; Verstappen in: Van Mourik e.a. 2011, p. 656.

Afwijzend: Schelhaas in: Wessels & Verheij 2013, p. 127, 128 (m.b.t. de herroepelijke schenking); Koops 2011, p. 53 (althans, Koops lijkt geen verschil te maken tussen opschortende en ontbindende voorwaarden); Van Rijssen 2006, p. 38; Kleijn 2005, p. 725 (echter anders m.b.t. een uitsluitingsclausule in een schenkingsovereenkomst of testament (Kleijn 1996, p. 2) en een koopovereenkomst (Kleijn 1993, p. 4), waarmee de visie van Kleijn onduidelijk blijft). Bij Bauduin vinden we m.b.t. testamentaire wilsdelegatie bij erfrechtelijke beschikkingen twijfels en een genuanceerd antwoord (Bauduin 2011, p. 949, 950).

126 Kleijn 1993, p. 4. Echter, later bracht deze gelijkenis met een annuleringsrecht Kleijn tot de conclusie dat een dergelijke ontbindende zuiver potestatieve 'voorwaarde' een annuleringsrecht wás en derhalve toch geen voorwaarde (Kleijn 1995, p. 9, 10).

Mogelijkheid van zuiver potestatieve voorwaarden



oefend door de *crediteur*.¹²⁷ In de onderstaand vermelde literatuur onder het OBW werd een dergelijke voorwaarde als wilsrecht van de *crediteur* daarentegen nog algemeen aanvaard.¹²⁸ Tot slot leidt de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde die afhankelijk is van de wil van de *debiteur* volgens geen van de hedendaagse Nederlandse auteurs tot een (direct) geldige respectievelijk bestaande rechtsverhouding.¹²⁹ De wetgever is blijkens de PG eveneens behoorlijk duidelijk in deze opvatting dat de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht ten behoeve van de *debiteur* niet mogelijk is.¹³⁰ Dit laatste is ook in overeenstemming met hetgeen veelal onder het OBW werd aangenomen. Van belang is dat uit de vorenbedoelde PG waarschijnlijk volgt dat de wetgever ook *uitsluitend* die zuiver potestatieve voorwaarde onmogelijk

127 Als geldig beschouwd: (impliciet) Asser/Perrick 4 2013, p. 312; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 136, 137; (impliciet) Verhagen & Rongen 2000, p. 52 (althans v.w.b. het direct bestaan van vorderingen); (vermoedelijk) Zwemmer 1997, p. 63. Dit is ook voor het Belgisch recht de heersende visie, aldus De Coninck 2007, p. 340.

Afwijzend echter: Valk in: Hijma e.a. 2013, p. 44 (althans, Valk maakt bij zijn afwijzing geen onderscheid tussen debiteur en crediteur); Van Rijssen 2006, p. 38.

Haentjens en Meijer stellen dan ook dat het onduidelijk is of sprake is van een geldige respectievelijk bestaande rechtsverhouding (Haentjens & Meijer 2011, p. 67 nt. 35).

128 Bij de auteurs die deze mogelijkheid thans lijken af te wijzen, heb ik geen (duidelijke) onderbouwing gevonden waarom het geldend recht zou afwijken van dat onder het OBW.

129 Asser/Perrick 4 2013, p. 311, 312; Valk in: Hijma e.a. 2013, p. 44; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 136, 137 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 126); Wessels 2012, p. 170; Haentjens & Meijer 2011, p. 67; Koops 2011, p. 53; Schols 2011, p. 42; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 83; Ruygvoorn 2009, p. 170; Hoytema van Konijnenburg 2008, p. 8; Vegter 2008-I, p. 167 (m.b.t. overeenkomst van schenking); Van Hooijdonk & Tjittes 2008, p. 53; (vermoedelijk) Breedveld-de Voogd 2007, p. 249 nt. 126; Van Rijssen 2006, p. 38; Mellema-Kranenburg 2004, p. 39; Pitlo/Cahen 2002, p. 37; (vermoedelijk) Verhagen & Rongen 2000, p. 52; Zwemmer 1997, p. 63.

Zie in dezelfde zin voor het Belgisch recht: De Coninck 2007, p. 339.

130 In de TM treffen we t.a.v. art. 1292 OBW vermoedelijk dezelfde gedachte aan als de Hoge Raad in het hierna vermelde arrest van 17 januari 1996 verwoordde. Indien het wetsartikel uitsluitend betrekking zou hebben op de nog te uiten positieve wil t.a.v. het ontstaan van de verbintenis, was het ook in de visie van Meijers overbodig (PG Boek 6, TM, p. 146, 147). Zie met een dergelijke strekking ter zake de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde ook: PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), TM, p. 293. Als art. 1292 OBW 'meer' zou betekenen – waarschijnlijk op te vatten als de overige drie varianten van de zuiver potestatieve voorwaarde – was de bepaling in Meijers' visie ongewenst, waaruit we kunnen afleiden dat Meijers deze varianten mogelijk achtte.

In overeenstemming hiermee stelde in het kader van de herroepelijkheid van schenkingen in het nieuwe schenkingsrecht – desgewenst vormgegeven als zuiver potestatieve voorwaarde – ook de Minister: 'De belangrijkste reden hiervoor [toestaan van een schenking onder zuiver potestatieve voorwaarde, HS] is gelegen in de omstandigheid dat potestatieve voorwaarden in het vermogensrecht in beginsel steeds mogelijk zijn, tenzij in de vorm van een verbintenis die wordt aangegaan onder de opschortende voorwaarde dat de schuldenaar zulks zal willen.' (Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 6 p. 7).

Anders echter de Staatssecretaris van Financiën t.a.v. art. 19 lid 1 WBR (besluit Staatssecretaris van Financiën van 3 mei 2005, nr. CPP2005/370M, V-N 2005/25.16). We kunnen echter niet geheel uitsluiten dat de overwegingen van de Staatssecretaris niet zozeer civielrechtelijk ingegeven waren, maar vooral met het oog op de omvang van de Staatskas.

achte en de overige varianten als mogelijk beschouwde. We zien in elk geval dat de opinies ten aanzien van de geldigheid van zuiver potestatieve voorwaarden tussen de vorenstaande vier varianten nogal verschillen, ten dele ook voor wat betreft de individuele varianten als zodanig.

De Hoge Raad beschouwt – ik ben enigszins voorzichtig – de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht ten behoeve van de *debiteur* waarschijnlijk als onmogelijk.¹³¹ Zoals bij de navolgende bespreking van het OBW zal blijken, heeft het er de schijn van dat de Hoge Raad de mogelijkheid van een opschortende zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht ten behoeve van de *crediteur* daarentegen aanvaardt. Echt duidelijke aanwijzingen voor dit laatste ontbreken echter. Uit hoofde van met name de onder het OBW gewezen rechtspraak kunnen we daarentegen met zekerheid stellen dat *ontbindende* zuiver potestatieve voorwaarden in beginsel mogelijk zijn, óók voor zover het wilsrecht aan de debiteur zou toekomen.¹³² Of deze mogelijkheid van ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden in de opvattingen van de Hoge

131 M.b.t. art. 1292 OBW sprak de Hoge Raad bijv. van een ‘overbodige regel’ (HR 17 januari 1996, BNB 1996, 112c). Zoals hierna bij de bespreking van het OBW zal blijken, was de betekenis van deze wetsbepaling niet geheel onomstreden. Waarschijnlijk kunnen we er niettemin van uitgaan dat het wetsartikel uitsluitend betrekking had op de debiteur en niet tevens de crediteur. Zoals ik hierna bij het ‘oud BW’ zal bespreken, had de Hoge Raad daarnaast zelf onder het OBW vastgesteld dat art. 1292 OBW uitsluitend betrekking had op opschortende voorwaarden. Althans, in ieder geval vond art. 1292 OBW geen toepassing op ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden waarbij het intreden daarvan niet leidde tot het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen. De door de Hoge Raad in 1996 bedoelde ‘overbodigheid’ ziet daarmee waarschijnlijk op de gedachte dat de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde als wilsrecht van de debiteur niets anders is dan een gebrek aan bindingswil, waarmee de wetsbepaling inderdaad overbodig zou zijn (zie ook: Rb. Groningen (vzr.) 23 juni 2006, RN 2006, 76, waar de voorzieningenrechter de rechtsgeldigheid van de zuiver potestatieve opschortende voorwaarde eveneens afwijst). In deze is wellicht ook van belang het arrest van 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (m. nt. WMK), waar de Hoge Raad het directe bestaan van een vorderingsrecht onder een dergelijke voorwaarde afwijst. Ik kom daar in § 7.3.4.3 en 7.3.4.4 op terug. De benadering dat een wilsrecht voor de debiteur tot nietigheid leidt, vinden we in elk geval bij Rb. Utrecht 18 november 1981, LJN: AC7389 (waarbij aangetekend zij dat niet helemaal duidelijk is of sprake is van een ontbindende of een opschortende voorwaarde).

132 Ook onder het NBW vinden we daar echter redelijk duidelijk aanwijzingen voor. De overige drie voormelde varianten van de zuiver potestatieve voorwaarde zijn daarmee in de ogen van de Hoge Raad u.h.v. het voormelde arrest van 17 januari 1996 – vermoedelijk – wél mogelijk.

In HR 3 december 2004, NJ 2005, 200 vinden we ter zake de zuiver potestatieve *ontbindende* voorwaarde als wilsrecht van de debiteur waarschijnlijk een gedeeltelijke bevestiging. Dit betrof het geval van een ‘terugboekingsrecht’ na een automatische incasso. De Hoge Raad hoefde niet te oordelen over de kwalificatie noch de rechtsgeldigheid, maar lijkt niettemin geen probleem te hebben met een dergelijke voorwaarde. Zie in deze zin ook Rb. Groningen (vzr.) 23 juni 2006, RN 2006, 76, waarbij de voorzieningenrechter expliciet stelt dat een ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde rechtsgeldig is. Afwijzend echter: Rb. ‘s-Hertogenbosch (vzr.) 14 april 2008, LJN: BD0037 (de voorzieningenrechter stelde dat een opschortende of ontbindende potestatieve voorwaarde geen voorwaarde in de zin van art. 6:21 BW is. Zie hierover uitgebreid: Ruygvoorn 2009, p. 175 e.v.).

Raad echter ook geldt voor de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde waarbij ongedaanmakingsverplichtingen zullen ontstaan, is enigszins onzeker.¹³³

Het derde onderscheidende criterium – is sprake van een eenzijdige of wederkerige overeenkomst – maakt de situatie niet overzichtelijker.¹³⁴ De rechtsverhouding uit hoofde van een *eenzijdige* overeenkomst onder een *opschortende* voorwaarde afhankelijk van de wil van de debiteur leidt uit hoofde van het vorenstaande niet tot een (direct) bestaande rechtsverhouding. Met een *ontbindende* zuiver potestatieve voorwaarde afhankelijk van de wil van de debiteur is een dergelijke rechtsverhouding door de Hoge Raad onder het OBW daarentegen aanvaard, zij het voor situaties waarbij het intreden van de voorwaarde niet tot ongedaanmakingsverplichtingen leidde.¹³⁵ Ten aanzien van de eenzijdige overeenkomst afhankelijk van de wil van de crediteur als opschortende of ontbindende voorwaarde heb ik geen enkele opinie kunnen vinden. Niettemin mogen we er – gezien de vorenbeschreven mogelijkheid van een dergelijk wilsrecht ten behoeve van de crediteur – van uitgaan dat deze variant leidt tot een direct bestaande rechtsverhouding.

Voor het Nederlands geldend recht is dan ook met name de vraag óf het feit dat sprake is van een *wederkerige* overeenkomst wijziging brengt in hetgeen ik hiervoor stelde ten aanzien van de eventuele onmogelijkheid van ontbindende en opschortende zuiver potestatieve voorwaarden. Dit betreft derhalve de situatie waarin beide partijen zowel crediteur als debiteur zijn. In de hierna besproken literatuur onder het OBW en het Duitse recht werd respectievelijk

133 Zie hierna bij de bespreking van het OBW. Uit het arrest van HR 17 januari 1996 (BNB 1996, 112c) ter zake een ouderlijke boedelverdeling onder een zuiver potestatieve voorwaarde kunnen we wellicht afleiden dat de Hoge Raad (ook) die mogelijkheid aanvaardt. De voorwaardelijk tot stand gebrachte ouderlijke boedelverdeling werd t.g.v. het intreden van de voorwaarde i.i.g. weer ongedaan gemaakt. Enige twijfel vloeit op de eerste plaats daaruit voort, dat de voorwaarde bestond uit een nadere wilsovereenstemming tussen alle erfgenamen. Het hof had in dat verband vastgesteld dat daarmee geen sprake was van een zuiver potestatieve voorwaarde, omdat de vervulling niet uitsluitend in de macht lag van een individuele erfgenaam. De Hoge Raad lijkt dat standpunt, gezien de verwijzing naar art. 1292 OBW, echter niet te onderschrijven. Op de tweede plaats kunnen we er aan twijfelen of de door mij in § 7.3.3.2 omschreven problematiek van ongedaanmaking en het m.i. daaruit voortvloeiende ontbreken van gebondenheid ingeval van een ouderlijke boedelverdeling wel speelt. De ouderlijke boedelverdeling was immers een figuur waar geen sprake was van een door partijen in het leven geroepen onderlinge gebondenheid. Overigens komt ook De Coninck voor het Nederlandse (en Belgische) recht tot de conclusie dat de aanvaarding in literatuur en rechtspraak van de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde ziet op de situatie van het ontbreken van ongedaanmakingsverplichtingen (De Coninck 2007, p. 352).

134 Hartkamp en Sieburgh stellen i.e.g. dat uitsluitend bij eenzijdige overeenkomsten 'van belang' is of deze (als opschortende voorwaarde) afhankelijk zijn van de wil van de schuldenaar (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 137, 138).

135 HR 28 mei 1952, NJ 1953, 394; HR 16 november 1949, NJ 1950, 73.

wordt inderdaad wel verdedigd dat de wederkerigheid van de rechtsverhouding van belang is. In de moderne Nederlandse literatuur lijkt die gedachte echter veelal te worden afgewezen of, voor zover dit anders is, blijft enigszins onduidelijk hoe we een en ander moeten zien.¹³⁶ Ook de koers van de Hoge Raad ter zake de vraag of een *opschortende* zuiver potestatieve voorwaarde afhankelijk van een van partijen (uit hoofde van de wederkerigheid derhalve zowel crediteur als debiteur) mogelijk is, is enigszins onduidelijk.¹³⁷ Andere rechtspraak wijst die mogelijkheid echter af.¹³⁸

136 Afwijzend: Kersten 2013, p. 28 e.v.; Valk in: Hijma e.a. 2013, p. 44, 45; Heyman & Bartels 2012, p. 140, 141 (althans, de overeenkomst onder opschortende voorwaarde dat deze door partijen nog schriftelijk zal worden aangegaan achten zij nietig o.g.v. de gedachte dat deze voorwaarde zuiver potestatief is); Breedveld-de Voogd 2007, p. 249, nt. 126 (zij lijkt althans een koopovereenkomst onder een zuiver potestatieve opschortende voorwaarde t.b.v. de verkoper als niet geldig te beschouwen); Pitlo/Cahen 2002, p. 37 (althans impliciet m.b.t. een koopovereenkomst); Den Tonkelaar 1994, p. 53 (die vermoedelijk ook de *ontbindende* zuiver potestatief voorwaardelijke overeenkomst afwijst); Kleijn 1993, p. 4 (m.b.t. de koopovereenkomst waarbij een koper een wilsrecht uitoefent d.m.v. een 'beroep' als opschortende zuiver potestatieve voorwaarde. Als ontbindende voorwaarde acht Kleijn deze figuur daarentegen mogelijk).

Hartkamp en Sieburgh aanvaarden daarentegen de wederkerige overeenkomst onder opschortende zuiver potestatieve voorwaarde in de macht van de debiteur, maar laten deze overeenkomst niettemin niet eerder tot stand komen voordat de debiteur zich positief verklaart (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 137).

Zie voor het Belgisch recht De Coninck, die stelt dat in ieder geval contractuele gebondenheid bestaat, maar dat voor de achterliggende juridische systematiek verscheidene mogelijkheden bestaan (De Coninck 2007, p. 381, 382).

137 Het arrest van HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569 (Beliën/Provincie) wijst vrij duidelijk op aanvaarding van die mogelijkheid door de Hoge Raad. Het hof had vastgesteld (daarin gevolgd door wnd. A-G Bloembergen) dat de betreffende (tweede) overeenkomst tot stand was gekomen onder de (zuiver potestatieve) voorwaarde van goedkeuring door GS, handelend als orgaan van de contracterende partij (Provincie). De Hoge Raad stelt: 'De maatstaven welke [] zijn ontwikkeld ter beantwoording van de vraag wanneer het afbreken van onderhandelingen jegens de wederpartij onaanvaardbaar is, komen in een geval als het onderhavige voor *overeenkomstige toepassing* [cursivering HS] in aanmerking'. Brunner stelt in zijn noot dat het zuiver potestatieve karakter aan de totstandkoming van de overeenkomst in de weg stond en deze derhalve in het precontractuele stadium was blijven steken. De afwijzing door de Hoge Raad van het eerdere oordeel van het hof heeft naar alle waarschijnlijkheid echter slechts betrekking op het niet toepassen van de maatstaven ter zake het precontractuele stadium, juist *gezien* de voorwaardelijkheid van de bestaande overeenkomst. Brunner interpreteert dit oordeel aldus dat de bedoelde maatstaven ook moeten worden toegepast als de overeenkomst nog niet tot stand is gekomen t.g.v. een zuiver potestatieve voorwaarde. Deze interpretatie is m.i. echter twijfelachtig. De Hoge Raad spreekt immers van 'overeenkomstige toepassing' – er is dus een overeenkomst – terwijl in Brunners visie – er is nog géén overeenkomst – die maatstaven gewoon rechtstreekse toepassing zouden kunnen vinden. Ook overigens blijkt uit niets dat de Hoge Raad het directe bestaan van de overeenkomst en daarmee het oordeel van het hof op dit punt in twijfel trekt. Daarmee is de resterende vraag hoe we de voorwaarde 'van goedkeuring door GS' moeten kwalificeren. In mijn optiek is daarmee beoogd de vereiste wilsverklaring van de Provincie op te schorten, waarmee inderdaad sprake zou zijn van een zuiver potestatieve voorwaarde.

Ten aanzien van het thans als separaat in de wet geregelde figuur vervallen recht van wederinkoop wordt in de TM gesteld dat deze – in de vorm van een *ontbindende* voorwaarde in de oorspronkelijke koopovereenkomst – nog steeds door partijen overeengekomen kan worden.¹³⁹ Derhalve een ontbindende voorwaarde bij een wederkerige overeenkomst die uitsluitend bestaat uit de toekomstige wil van de oorspronkelijke verkoper.¹⁴⁰ De beperkte moderne literatuur onderschrijft het (voort)bestaan van die mogelijkheid ten dele ook.¹⁴¹ Het aanvaarden van die mogelijkheid zou in elk geval voor ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden betekenen, dat deze bij wederkerige overeenkomsten inderdaad geldig overeengekomen kunnen worden. Zoals immers ook uit de vorenbedoelde TM volgt, is deze juridische structuur van een wederkerige overeenkomst onder ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde geenszins beperkt tot de figuur van het recht van wederinkoop. Bovendien zou daaruit volgen dat zuiver potestatieve voorwaarden wel degelijk tot het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen kunnen leiden, in ieder geval bij wederkerige overeenkomsten.¹⁴² Echter, juist vanwege het feit dat de voorwaarde een zuiver potestatief karakter heeft, wordt deze figuur

-
- Daarentegen heeft de Hoge Raad in een eerder arrest (HR 3 mei 1989, NJ 1990, 103) juist vastgesteld dat het (eventuele toekomstige) afleggen van een wilsverklaring door een partij bij een tweezijdige rechtshandeling bestaande uit de aanvaarding van een aanbod géén opschortende voorwaarde is waarvan de werking van een bestaande overeenkomst afhangt.
- 138 Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 14 april 2008, LJN: BD0037, r.o. 4.5.1 (waarbij de Rb. aan de wederkerigheid van de beoogde overeenkomst – blijkbaar – geen waarde hecht en bovendien evenmin onderscheid maakt tussen opschortende en ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden); Rb. Groningen (vzr.) 23 juni 2006, RN 2006, 76 (die een dergelijke voorwaarde in een koopovereenkomst als niet rechtsgeldig beschouwd); Rb. Breda 21 juli 1998, Gst. 1998-7085, 3. Zie ook A-G Wissink in zijn conclusie bij HR 1 juni 2012, NJ 2012, 471, r.o. 4.8.1 (althans, Wissink maakt in zijn conclusie geen onderscheid tussen debiteur en crediteur).
- 139 PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), TM, p. 15. Let wel, zoals we hiervoor zagen ging Meijers er in zijn algemeenheid van uit dat ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden mogelijk waren. Het voormelde standpunt t.a.v. wederkerige overeenkomsten vormt dan ook geen uitzondering op hetgeen Meijers al betoogde.
- 140 In Frankrijk werd in de literatuur wel gesteld dat de voorwaarde méér zou omvatten dan uitsluitend de wilsuitoefening door de verkoper, zoals het tevens aanbieden van de verschuldigde tegenprestatie. Daarmee zou eventueel sprake zijn van een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde i.p.v. een zuivere. De Nederlandse literatuur gaat er echter van uit dat de voorwaarde uitsluitend bestaat uit de uitoefening van het wilsrecht (Asser/Hijma 7-I* 2013, p. 128; Asser/Kamphuisen 1960, p. 128).
- 141 Asser/Hijma 7-I* 2013, p. 129 (al stelt Hijma wel dat het verkieslijk is om – duidelijke partijwil daargelaten – het recht van wederinkoop niet te benaderen als een voorwaardelijke rechtsfiguur); Scheltema 2003, p. 384; Kleijn in: Louwman & Kleijn 1998, p. 6 (eerder was Kleijn dienaangaande enigszins terughoudender: Kleijn 1995, p. 10).
- 142 De vraag naar de eventuele goederenrechtelijke werking van een zuiver potestatieve voorwaarde respectievelijk bij het recht van wederinkoop bespreek ik in § 7.3.4.4.

in de moderne literatuur ook wel kritisch benaderd.¹⁴³ In hoeverre we aan het vorenstaande de conclusie mogen verbinden dat ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden bij wederkerige overeenkomsten inderdaad mogelijk zijn, blijft dan ook de vraag. Ten aanzien van opschortende zuiver potestatieve voorwaarden bij wederkerige overeenkomsten is de TM in elk geval duidelijk: alsdan ontstaat (nog) geen overeenkomst.¹⁴⁴

Of deze benadering van het recht van wederinkoop als mogelijk voorbeeld van een wederkerige overeenkomst onder zuiver potestatieve voorwaarde eventueel ook toepassing kan vinden bij de figuur van de 'koop op proef' is reeds om andere redenen onzeker. De koop op proef kent namelijk aanzienlijk meer mogelijke varianten ten aanzien van de achterliggende juridische structuur.¹⁴⁵ Bij het in art. 7:45 BW neergelegde uitgangspunt dat sprake is van een opschortende voorwaarde 'dat de zaak de koper voldoet' is het bovendien de vraag in hoeverre sprake is van een daadwerkelijk zuiver potestatieve voorwaarde.¹⁴⁶ Om die redenen laat ik de koop op proef in deze verder onbesproken.

In literatuur en rechtspraak vinden we veelal drie redenen waarom zuiver potestatieve voorwaarden niet mogelijk zouden zijn. Dit betreft het gebrek aan bindingswil respectievelijk gebondenheid,¹⁴⁷ de niet toegestane willekeur die zou voortvloeien uit het wilsrecht¹⁴⁸ en de gedachte dat een wilsrecht geen objectieve onzekerheid vormt respectievelijk daarbij geen sprake is van

143 Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 184. Bartels en Van Mierlo stellen dat het recht van wederinkoop, gebruikt als zekerheidsrecht, in strijd zou komen met het gesloten stelsel van zekerheidsrechten (Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 219). Van Velten noemt (mede) als reden waarom het recht van wederinkoop niet langer in het BW zou zijn opgenomen het feit dat uitoefening van dit recht goederenrechtelijke werking zou hebben (Van Velten 2012, p. 130). Daar lijkt uit te volgen dat Van Velten buiten het geval van een obligatoir terugkooprecht ook de t.o.v. het recht van wederinkoop algemenere mogelijkheid van een ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde bij een wederkerige overeenkomst afwijst. In lagere rechtspraak is het recht van wederinkoop mét goederenrechtelijke werking overigens als mogelijkheid aanvaard (Rb. Leeuwarden 17 oktober 2006, LJN: AZ0604, r.o. 2.9).

144 PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), TM, p. 293.

145 Hijma 7-I* 2007, p. 114 e.v.; PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), TM, p. 293.

146 De TM ontkent i.e.g. die mogelijkheid (PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), TM, p. 293).

147 De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 56, 57; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 136, 137; (vermoedelijk) Heyman & Bartels 2012, p. 143; (vermoedelijk) Ruygvoorn 2010, p. 170 (en eerder: Ruygvoorn 2009, p. 170); (vermoedelijk) Van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18 (in het iets andere verband van de levering van een goed en niet de totstandkoming van een obligatoire verhouding); Brunner & De Jong 2004, p. 55, 56; Zwemmer 1997, p. 26; Den Tonkelaar 1994, p. 49, 50. Ook: Rb. Breda 21 juli 1998, Gst. 1998-7085, 3.

148 De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 56, 57; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 137; Heyman & Bartels 2012, p. 141; Brunner & De Jong 2004, p. 56; Pitlo/Cahen 2002, p. 37; Den Tonkelaar 1994, p. 49, 50; (impliciet) Kleijn 1993, p. 4.

een voorwaarde.¹⁴⁹ Deze bedenkingen, waaronder de vraag of inderdaad wel sprake is van separate redenen alsmede de vraag of de wederkerigheid van een overeenkomst in deze verschil maakt, bespreek ik in § 7.3.3.2. Daarnaast vinden we incidenteel ook nog de opvatting dat een (met name opschortende) zuiver potestatieve voorwaarde in strijd zou zijn met de *aard* of het *wezen* van de verbintenis. Waarschijnlijk wordt met dit laatste bedoeld op het ontbreken van binding of het bestaan van niet toegestane willekeur, maar heel duidelijk is dit meestal niet. Tot slot wordt – met name in het kader van het doen van ‘beroep’ door een partij als constitutief element voor het intreden van een voorwaarde – door een enkele auteur gesteld dat voorwaarden van rechtswege en derhalve niet uit hoofde van een nadere wilsverklaring werking hebben.¹⁵⁰

Met het vorenstaande blijft het voor het Nederlands geldend recht met name de vraag in hoeverre de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde als wilsrecht van de crediteur en de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde als wilsrecht van de debiteur mét ongedaanmakingsverplichtingen tot de mogelijkheden behoren. Het geldend recht ten aanzien van deze beide varianten is op basis van de literatuur immers in zekere mate omstreden. Dat laat onverlet dat de Hoge Raad in elk geval met de eerste variant geen probleem lijkt te hebben en de wetgever met geen van beide varianten. Mijn eigen analyse in deze zal ik bespreken in § 7.3.3.2. Wat daar echter van zij, ook indien en voor zover we de mogelijkheid van zuiver potestatieve voorwaarden willen erkennen, doen zich voor het geldend recht een aantal materiële vraagstukken van uiteenlopende aard voor. Leiden dergelijke voorwaarden in relatie tot vorderingsrechten tot de kwalificatie van het *toekomstig* zijn van die rechten, hebben deze voorwaarden goederenrechtelijke werking en kan art. 6:23 BW eventueel toepassing vinden? Al deze kwesties behandel ik eveneens separaat.¹⁵¹

149 Koops 2011, p. 53 (waarbij overigens niet is uit te sluiten dat Koops tévens doelt op de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde); (vermoedelijk en met enige voorzichtigheid) Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 82, 83; Van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 204; (vermoedelijk) Hennekens in zijn nt. bij Rb. Breda 21 juli 1998, Gst. 1998-7085, 3; (wellicht) A-G Moltmaker in zijn conclusie bij HR 17 januari 1996, BNB 1996, 112c (Moltmaker verwijst i.e.g. naar Marres 1993); Brunner in zijn noot bij 24 maart 1995, NJ 1997, 569 (Beliën/Provincie); Boom 1993, p. 721, 722; Marres 1993, p. 455 (Marres spreekt van een ‘*contradictio in terminis*’). Ook: Rb. ‘s-Hertogenbosch (vzr.) 14 april 2008, LJN: BD0037, r.o. 4.5.1; Rb. Breda 21 juli 1998, Gst. 1998-7085, 3.

Deze gedachte echter afwijzend: Schoordijk/Schoordijk 2009, p. 780.

150 Dit argument behandel ik in het kader van de bespreking van een dergelijk beroep in § 7.3.4.2.

151 Zie v.w.b. de voormelde kwesties § 7.3.4.3, 7.3.4.4 en 7.4.2.

Oud BW

Zoals ik eerder besprak bevatte het OBW met art. 1292 een specifieke bepaling ten aanzien van potestatieve voorwaarden. Deze wetsbepaling bevatte een door de wetgever 'verbeterde' bepaling van de artt. 1170 en 1174 CC.¹⁵² De strekking van dit wetsartikel was volgens de literatuur in zijn algemeenheid het nietig verklaren van die voorwaardelijke verbintenissen, waarvan het intreden uitsluitend afhankelijk was van de wil van de *debiteur*.¹⁵³ Een verbod derhalve op de zuiver potestatief voorwaardelijke verbintenis, waarvan het wilsrecht in de macht van de *debiteur* stond, maar niet voor zover dit wilsrecht de crediteur toekwam.¹⁵⁴ Of ook de Hoge Raad dit onderscheid tussen debiteur en crediteur zo zag, blijft in beperkte mate een vraag, maar is wel waarschijnlijk.¹⁵⁵

Een twistpunt was de vraag of art. 1292 OBW uitsluitend de zuiver potestatieve *opschortende* voorwaarde afhankelijk van de wil van de debiteur zou verbieden of tevens de *ontbindende* voorwaarde.¹⁵⁶ Uit de algemene redactie

152 Aldus: Asser/Rutten 1958, p. 146; Asser/Van Goudoever 1913, p. 52; Opzoomer 1879a, p. 134 e.v.

153 Mellema-Kranenburg 2004, p. 39; Den Tonkelaar 1983, p. 57, 58; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 371, 377; Asser/Rutten 1973, p. 134 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p.146); Pitlo 1964, p. 76; Kalma 1940, p. 222; Hofmann 1937, p. 90, 91; Van Brakel 1935a, p. 20, 21; Losecaat Vermeer 1925, p. 466, nt. 1; Veegens/Oppenheim 1917, p. 36; Veth 1911, p. 114; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 52; Diephuis 1885, p. 110, 111; Everts 1883, p. 34, 35; Opzoomer 1879a, p.136. Zie in gelijke zin ook PG Noyon in zijn conclusie bij HR 24 januari 1924, NJ 1924, 365.

154 Pitlo zag de mogelijkheid dat geen sprake was van een nietige verbintenis, maar – voor het geval de debiteur in de toekomst zijn positieve wil zou uiten – het ontstaan van een natuurlijke verbintenis: Pitlo 1964, p. 76.

155 Uiteindelijk gaf de Hoge Raad waarschijnlijk te kennen dat inderdaad uitsluitend de debiteur bedoeld was: 'Art. 1292, eerste zin, (oud) BW kan aan deze bevoegdheid niet afdoen, nu deze in het huidige BW niet teruggekeerde bepaling slechts een (overbodige) regel betreffende de rechtspositie van een *schuldenaar* [cursivering HS] gaf' (HR 17 januari 1996, BNB 1996/112c). Waarschijnlijk had de Hoge Raad dit reeds veel eerder bepaald in HR 6 februari 1936, NJ 1936, 524 (de Hoge Raad noemt i.v.m. art. 1292 OBW i.e.g. de wil van de schuldenaar en niet die van partijen).

Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad in andere arresten ter zake art. 1292 OBW wel degelijk over 'partijen' sprak en niet specifiek over 'schuldenaar' (HR 28 mei 1952, NJ 1953, 394; HR 16 november 1949, NJ 1950, 73; HR 6 februari 1925, NJ 1925, 377). Ook bij het voormelde arrest van 17 januari 1996 kunnen we in die zin enigszins twijfelen dat de Hoge Raad de geciteerde opmerking maakt ter onderscheiding van de voorliggende situatie van een ouderlijke boedelverdeling. Bij deze is geen sprake van een schuldenaar of schuldeiser, zodat reeds daarmee rechtstreekse toepasselijkheid van art. 1292 OBW toch al uitgesloten lijkt.

156 Uitsluitend t.a.v. opschortende voorwaarden: Den Tonkelaar 1983, p. 57 (althans als weergave van de door Den Tonkelaar veronderstelde meerderheid van auteurs); Asser/Rutten 1981, p. 135, 136 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 146 e.v.); Pitlo 1964, p. 77; Melis 1944, p. 79 (en eerder: Melis 1938, p. 516); Hofmann 1937, p. 90, 91 (Melis gaat daarentegen in zijn boekbespreking van een andere visie van Hofmann uit (Melis 1938, p. 516)). Zie ook de Minister van Justitie die in 2000 stelde dat (ook) onder het OBW uitsluitend de *opschortende* zuiver potestatieve voorwaarde afhankelijk van de wil van de schuldenaar niet mogelijk

van de wettekst leek in ieder geval te volgen dat de bepaling op beide typen voorwaarden afhankelijk van de wil van de debiteur betrekking had. Wat daar ook van zij, in een aantal arresten bepaalde de Hoge Raad dat een ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde in tegenstelling tot een opschortende wél mogelijk was en daarmee niet onder het bereik van art. 1292 OBW viel.¹⁵⁷ Daarbij zij echter opgemerkt dat in geen van de aan de Hoge Raad voorgelegde gevallen door het intreden van de ontbindende voorwaarde ongedaanmakingsverplichtingen ontstonden ten aanzien van reeds verrichte prestaties. De door de Hoge Raad aanvaarde gevallen van ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden hadden derhalve alle voor wat betreft de gevolgen van het intreden van de voorwaarde uitsluitend betrekking 'op de toekomst'.¹⁵⁸ Er zijn geen

was (Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 6 p. 7). Ook Meijers ging er in de TM waarschijnlijk van uit dat de bepaling uitsluitend betrekking had op opschortende voorwaarden. Hij legt in de TM i.e.g. het verband met § 138 van het eerste ontwerp van het BGB, welke bepaling later geschrapt werd (PG, Boek 6, TM, p. 147 nt. 1). Het bewuste § 138 had eveneens uitsluitend betrekking op de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde, zie hierna bij de bespreking van het Duitse recht.

Tévens m.b.t. ontbindende voorwaarden: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 371; Losecaat Vermeer 1925, p. 468; Veth 1911, p. 114; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 52 nt 2; Diephuis 1885, p. 112; Everts 1883, p. 40 e.v.

Ook Van Soest verbond aan de ontbindende potestatieve voorwaarde niet het gevolg van een direct rechtsgeldige overeenkomst (zie zijn noot bij HR 13 november 1968, BNB 1969, 7). Houwing wenste – als uitgangspunt – evenmin een onderscheid te maken tussen de ongeldigheid van opschortende en ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden. In zijn visie werd dit onderscheid slechts gemaakt om het veelal sterk bekritiseerde art. 1292 OBW zoveel mogelijk in zijn bereik te beperken. Dat was z.i. echter anders t.a.v. de ontbindende voorwaarde zonder terugwerkende kracht, derhalve zonder het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen, welke voorwaarde alsdan niet meer zou zijn dan een opzeggingsmogelijkheid (zie zijn noot bij HR 16 november 1949, NJ 1950, 73). Kraan sprak in 1989 ter zake deze kwestie nog steeds van een 'controverse' (Kraan 1989, p. 428, 429).

157 HR 28 mei 1952, NJ 1953, 394; HR 16 november 1949, NJ 1950, 73; HR 6 februari 1925, NJ 1925, 377. Overigens lijkt bij het arrest van 16 november 1949 inhoudelijk inderdaad sprake te zijn van een zuiver potestatieve voorwaarde (en wordt deze ook door annotator Houwing en anderen als zodanig geïnterpreteerd), maar de Hoge Raad spreekt van een opzeggingsrecht. Bij het arrest uit 1925 kunnen we niet met zekerheid afleiden of de Hoge Raad inderdaad doelt op uitsluitende toepassing van de wetsbepaling op opschortende voorwaarden, dan wel deze in casu niet van toepassing acht op een ontbindende voorwaarde omdat deze – t.g.v. de beperkte termijn van de onzekerheid – niet afhankelijk is van volledige willekeur. Advocaat-Generaal Tak lijkt dit bij het arrest te betogen n.a.v. het eerdere vonnis van het hof waartegen cassatie was ingesteld.

De Rb. Rotterdam had in 1920 overigens nog bepaald dat art. 1292 OBW wél toepassing vond op ontbindende voorwaarden (Rb. Rotterdam 3 november 1920, NJ 1921, p. 1096 (het beding 'ten allen tijde vrij' t.b.v. in elk geval de koper – gezien de in het vonnis gestelde feiten te interpreteren als een ontbindende voorwaarde – leidde tot nietigheid).

158 Bij het in de vorige noot vermelde arrest van 16 november 1949 was sprake van een 'voorwaarde' zonder terugwerkende kracht respectievelijk ongedaanmakingsverplichtingen t.a.v. hetgeen gepresteerd was. Het eventuele zuiver potestatieve karakter had derhalve uitsluitend betrekking op de toekomst, hetgeen naar opvatting van annotator Houwing minder aan bedenkingen onderhevig is. Dat gold ook voor het arrest van 28 mei 1952. In het geval dat leidde tot het arrest van 6 februari 1925 wilde de verkoper d.m.v. levering

aanwijzingen dat de Hoge Raad in het geval wél verplichtingen tot ongedaanmaking zouden ontstaan anders zou hebben geoordeeld, maar evenmin aanwijzingen voor het tegendeel. Overigens kunnen we in het recht van wederinkoop van art. 1555 OBW – in de meeste opinies vormgegeven als een ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde – de erkenning door de wetgever van het OBW zien, dat dergelijke voorwaarden ook mét ongedaanmakingsverplichtingen respectievelijk goederenrechtelijke werking mogelijk zouden zijn.

Ten aanzien van het OBW kunnen we derhalve het volgende vaststellen. De literatuur onder het OBW was eensgezind in de opvatting dat het ‘verbod’ van zuiver potestatieve voorwaarden uitsluitend betrekking had op de varianten waarbij het wilsrecht de *debiteur* toe kwam, met discussie over de vraag of dat óók gold voor de *ontbindende* zuiver potestatieve voorwaarde. Voor zover een dergelijke zuiver potestatieve voorwaarde *opschortend* voorwaardelijk van aard was, werd de daarvan afhankelijk verbintenis in elk geval ook door de Hoge Raad als nietig beschouwd. Uit hoofde van voormelde arresten van de Hoge Raad moet daarentegen een *ontbindende* zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de debiteur in ieder geval vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw voor het OBW als geldig worden beschouwd. Althans, in ieder geval voor zover door het intreden van de voorwaarde geen ongedaanmakingsverplichtingen ontstonden. Waarschijnlijk achtte de Hoge Raad ook de zuiver potestatieve voorwaarde afhankelijk van de wil van de *crediteur* als geldig. Met de voormelde slagen om de arm kunnen we derhalve vaststellen dat uitsluitend de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de debiteur niet mogelijk was, terwijl de overige varianten dat (waarschijnlijk) wel waren. Voor de variant van de zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht van de debiteur én waarbij het intreden van die voorwaarde zou leiden tot het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen is het echter toch weer de vraag of deze al dan niet mogelijk was.

Onder het OBW vormde de eventuele mogelijkheid van zuiver potestatieve *opschortende* voorwaarden bij (verbintenissen uit) *wederkerige* overeenkomsten een omstrede kwestie.¹⁵⁹ In de door mij bestudeerde rechtspraak gewezen onder het OBW ben ik het vraagstuk van wederkerigheid bij zuiver potestatieve voorwaarden niet als zodanig tegengekomen, zodat we uitsluitend kunnen afgaan op de in de literatuur verwoorde opvattingen. Anders dan in de moderne Nederlandse literatuur was daarbij sprake van vrij uitgebreid beargumenteerde standpunten. Diephuis meende bijvoorbeeld dat een dergelijke voorwaardelijke overeenkomst geldig was, omdat partijen wel degelijk in een

presteren, maar de koper weigerde. Ook in dit geval ontstond derhalve geen ongedaanmakingsverplichting.

159 In gelijke zin: Asser/Rutten 1981, p. 135 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 148).

bepaalde mate zouden zijn gebonden.¹⁶⁰ Weliswaar kon een partij al dan niet een beroep doen op de voorwaarde, maar de rechten en plichten uit hoofde van de overeenkomst stonden vast indien deze onvoorwaardelijk zou worden, zo was de gedachte. Ook Pitlo erkende de geldigheid van een dergelijke voorwaardelijke overeenkomst, maar onderbouwde deze opvatting met het argument dat daarbij slechts zelden sprake zou zijn van willekeur.¹⁶¹ Bij Van Opstall vinden we nog een ander argument voor de rechtsgeldigheid bij wederkerige overeenkomsten. In Van Opstalls opvatting – die ook de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde onder het bereik van art. 1292 OBW bracht – zou alsdan namelijk helemaal geen sprake zijn van een zuiver potestatieve voorwaarde bij de debiteur, omdat het intreden van de voorwaarde uit méér zou bestaan dan uitsluitend diens wilsuiking. Met die wilsuiking verliest deze debiteur, die tevens crediteur is, namelijk ook zijn rechten jegens de wederpartij.¹⁶² Van Opstall zocht daarmee voor wat betreft de *gevolgen* van het intreden van de voorwaarde aansluiting bij de tweede zin van art. 1292 OBW dat de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde uitdrukkelijk toestond.¹⁶³

Tegenstand was er ook. Everts wees deze mogelijkheid in elk geval resoluut af, zich daarbij baserend op het Romeinse recht.¹⁶⁴ Hofmann en Veth beschouwden een zuiver wilsafhankelijke voorwaarde ook bij wederkerige verbintenissen als een uiting van een gebrek aan bindingswil.¹⁶⁵ Rutten lijkt in eerste instantie een gevarieerder standpunt te huldigen waarbij van geval tot geval beoordeeld zou moeten worden of de gehele overeenkomst nietig is op grond van de voorwaarde.¹⁶⁶ Echter, indien sprake zou zijn van een voorwaardelijke hoofdverplichting en niet zozeer van een bijkomend beding, dan zou dit in Ruttens visie wel degelijk de geldigheid van de overeenkomst in haar geheel kunnen aantasten omdat sprake zou kunnen zijn van een overeenkomst 'zonder oorzaak'. Van Goudoever ging ervan uit dat een zuiver potestatieve voorwaarde *kán* inhouden dat partijen nog steeds geheel ongebonden zijn.¹⁶⁷ Zijns inziens is dit echter afhankelijk van hetgeen partijen beoogden en – naar we derhalve moeten aannemen – niet het gevolg van enige

160 Diephuis 1885, p. 111 e.v. Ook De Savornin Lohman ging uit van de rechtsgeldigheid van de overeenkomst, maar hij geeft daarvoor geen argument (Land/De Savornin Lohman 1907, p. 52 nt 2).

161 Pitlo 1964, p. 77.

162 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 371, 372. O.b.v. deze argumentatie komt Van Opstall t.a.v. de koop op proef (alsmede het beding van wederinkoop) tot de conclusie, dat deze geen uitzondering vormen op het wettelijke verbod op een zuiver potestatieve voorwaarden t.b.v. de schuldenaar als bedoeld in art. 1292 OBW.

163 Hetgeen echter afweek van de gangbare visie op de geobjectiveerde potestatieve voorwaarde, zie § 7.1.2.3.

164 Everts 1883, p. 35.

165 Hofmann 1937, p. 90, 91; Veth 1911, p. 114.

166 Asser/Rutten 1973, p. 137 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 148).

167 Asser/Van Goudoever p. 53.

dwingende systematiek uit hoofde van bijvoorbeeld een gebrek aan bindingswil. We moeten dan ook vaststellen dat ter zake dit punt van de wederkerigheid geen sprake was van ook maar enigszins breder aanvaarde opvattingen.

In § 7.1.2.3 besprak ik reeds dat het door art. 1292 OBW bedoelde verschil tussen *wil* en *daad* niet de waterscheiding vormde tussen een wél mogelijke geobjectievere potestatieve voorwaarde en een niet mogelijke zuiver potestatieve. In ieder geval werd ten aanzien van de zuiver potestatieve voorwaarde vaak de nuancering aangebracht of bij de uitoefening van het daarin gelegen wilsrecht al dan niet sprake was van willekeur.¹⁶⁸ In het laatste geval zou de door deze wetsbepaling opgelegde nietigheid geen toepassing vinden indien een dergelijke willekeur ontbrak. Door een belangrijk deel van de literatuur werd de door art. 1292 OBW bedoelde nietigheid inderdaad uitdrukkelijk geplaatst in het licht van de aanwezigheid van willekeur.¹⁶⁹ Indien toetsbaar was óf deze wil in redelijkheid zou zijn gevormd – welke toetsbaarheid diende te volgen uit de gebeurtenis die de voorwaarde vormde – bestond ten aanzien van een dergelijke voorwaarde geen probleem, zo was de gedachte. De rechtspraak sloot zich bij deze opvatting aan.¹⁷⁰

Ook werd het argument gehanteerd dat in de moderne Nederlandse literatuur eveneens naar voren wordt gebracht: het veronderstelde gebrek aan bindingswil, met name bij opschortende voorwaardelijkheid in het geval het

168 In Pitlo's visie diende die toetsing overigens óók plaats te vinden t.a.v. het verrichten van een 'daad' waarop de geobjectievere potestatieve voorwaarde betrekking had, maar in die visie stond Pitlo alleen (zie § 7.1.2.3).

169 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 134 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 147); Hofmann/Van Opstall 1976, p. 371 e.v.; Veegens/Oppenheim 1917, p. 36; Meijers 1916, p. 239; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 52, 53.
Zie ook de noot van Houwing bij HR 16 november 1949, NJ 1950, 73. Houwing noemt de mogelijkheid dat willekeur ontbreekt en daarmee de potestatieve voorwaarde niet tot nietigheid leidt als de debiteur slechts op redelijke wijze van het wilsrecht gebruik mag maken.

Veel andere auteurs leggen de nadruk op de gebeurtenis bestaande *uitsluitend uit den wil*, waar we wellicht impliciet de bedoelde willekeur in kunnen zien. Het blijft echter een open vraag of die interpretatie juist zou zijn.

170 HR 3 januari 1924, NJ 1924, 377 (n.a.v. het hierna vermelde vonnis van Hof Amsterdam van 5 december 1922); HR 9 februari 1923, NJ 1923, p. 676 (welk arrest op zich geen betrekking heeft op art. 1292 OBW, maar waar wel uit volgt dat een door een (orgaan van een) partij te nemen beslissing toetsbaar is aan de goede trouw); Hof Amsterdam 5 december 1922, NJ 1923, p. 540.

Zie ook: Rb. Amsterdam 8 februari 1935, W. 12887; Ktg. Amsterdam 23 januari 1925, W. 11484 (waarbij de potestatieve voorwaarde dat betaling mocht geschieden wanneer het de schuldenaar 'het best gelegen kwam' als niet mogelijk werd beoordeeld, met als klaarblijkelijk gevolg het verval van de *voorwaarde*); Rb. Rotterdam 3 november 1920, NJ 1921, p. 1096 (beding 'ten allen tijde vrij' t.b.v. in elk geval de koper – gezien de in het vonnis gestelde feiten te interpreteren als een ontbindende voorwaarde – leidde tot nietigheid); Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 1918, NJ 1919, 29.

wilsrecht kon worden uitgeoefend door de debiteur.¹⁷¹ De wezenlijke vraag daarbij was of de bepaling steeds toepassing vond als de voorwaarde bestond uit het kenbaar maken van de eigen wil, dan wel art. 1292 OBW met deze wil uitsluitend doelde op de onmogelijkheid van willekeur bij de wilsgerechtigde partij. Art. 1292 OBW bood ook zeker de mogelijkheid om de daarin genoemde 'wil' te lezen als de (vooralsnog) ontbrekende wil tot binding jegens de wederpartij. Daarmee zou ook in de visies onder het OBW überhaupt geen verbintenis tot stand komen, waarmee overigens tevens de overbodigheid van art. 1292 OBW zou zijn gegeven. Enigszins merkwaardig is dat het bij de verschillende auteurs onduidelijk blijft hoe de beide interpretaties van art. 1292 OBW – het verbod op willekeur en het ontbreken van bindingswil – zich tot elkaar zouden verhouden. Mede daarom is het de vraag of wel (steeds) sprake is van te onderscheiden argumenten voor de door de wetsbepaling bedoelde nietigheid. Ik ga daar in de hierna volgende paragraaf verder op in.

Duits recht

In het eerste ontwerp van het BGB waren nog twee uitdrukkelijke wetsbepalingen opgenomen, waaruit volgde dat een potestatieve voorwaarde geldig was. Dit was blijkens deze ontwerp-bepalingen uitsluitend anders indien sprake was van een opschortende voorwaarde die uitsluitend was gelegen in de wil van de *debiteur*; een opschortende zuiver potestatieve voorwaarde ten behoeve van de schuldenaar derhalve.¹⁷² Het vervallen van deze beide ontwerp-bepalingen leidt in elk geval in het grootste deel van de hedendaagse literatuur niet tot andere opvattingen; de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde voor de debiteur is in de heersende opvattingen onmogelijk.¹⁷³ Hét daarvoor

171 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 371 (tévens m.b.t. ontbindende voorwaarden); Asser/Rutten 1958, p. 147; Melis 1944, p. 79 (en eerder ook: Melis 1938, p. 516); Hofmann 1937, p. 90; Wery 1930, p. 177; Asser/Van Goudoever 1913, p. 52, 53.

Zie ook Hof Amsterdam 3 maart 1913, W. 9582. De gestelde 'voorwaarde' zou inhouden dat de langstlevende van partijen zijn wil om een koopovereenkomst tot stand te brengen binnen zekere tijd zou uiten. Een dergelijke (niet als zodanig door het hof benoemde) zuiver potestatieve opschortende voorwaarde kwalificeerde volgens het hof als een gebrek aan wilsovereenstemming.

172 Dit betrof de §§ 79 en 138 van het eerste ontwerp van het BGB. Zie verder: MüKo/Westermann 2012, p. 1691; Staudinger/Bork 2010, p. 313; HKK/Finkenauer 2003, p. 908. Volgens Finkenauer was met het uiteindelijke vervallen van deze ontwerp-bepalingen ook geen inhoudelijke wijziging beoogd.

173 Erman/Armbrüster 2014, p. 458 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 473); Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 614; MüKo/Westermann 2012, p. 1697, 1698; Wolf/Neuner 2012, p. 646, 647; Bork 2011, p. 498, 499; Medicus 2010, p. 341; Staudinger/Bork 2010, p. 314; Hübner 1996, p. 471, 472; Flume 1992, p. 686.

Anders echter Brinkmann die stelt dat de partijautonomie wel degelijk de mogelijk biedt dat partijen zelf bepalen van welke voorwaarden de werking van een overeenkomst afhankelijk is (PWW/Brinkmann 2014, p. 218). Ook Wolf gaat er vanuit dat een *Wollensbedingung* wel degelijk geldig kan zijn (Wolf 1999, p. 506). Opvallend is de visie van Schellhammer die stelt dat deze voorwaarde als 'innerlijke wil' niet mogelijk is, maar als toekomstige

gehanteerde argument is gelegen in het veronderstelde ontbreken van bindingswil bij de debiteur,¹⁷⁴ hetgeen overigens onverlet laat dat een deel van de Duitse literatuur aan een opschortende zuiver potestatieve voorwaarde wél goederenrechtelijke werking toekent.¹⁷⁵ Een deel van de literatuur legt daarbij het verband met de onmogelijkheid van een willekeurig te nemen besluit door de debiteur.¹⁷⁶ Als deze willekeur daarentegen ontbreekt, wordt de *Wollensbedingung* – althans voor zover daar begripsmatig alsdan nog sprake van zou zijn¹⁷⁷ – door deze auteurs veelal aanvaard. Ten aanzien van de varianten van zuiver potestatieve voorwaarden *buiten* de opschortende voorwaarde met een wilsrecht voor de debiteur wordt dit argument niet toepasselijk geacht en die varianten worden dan ook als mogelijk beschouwd. Als tweede argument tegen de mogelijkheid van een dergelijke *Wollensbedingung* wordt in de literatuur incidenteel gewezen op de begripsmatige kwalificatieproblemen die een dergelijke opschortende of ontbindende voorwaarde met zich mee brengt.¹⁷⁸

Op grond van de gedachte dat bij wederzijdse overeenkomsten ieder van partijen zowel rechten als verplichtingen heeft – en de debiteur onder opschortende *Wollensbedingung* derhalve tegelijkertijd ook crediteur is – werd in de rechtspraak echter reeds vroeg de mogelijkheid aanvaard van een dergelijke *Wollensbedingung* bij wederkerige overeenkomsten. Deze acceptatie in de redelijk uitgebreide Duitse jurisprudentie (waaronder die van het Bundesgerichtshof) is vrijwel steeds overeind gebleven.¹⁷⁹ De literatuur is de recht-

wilsverklaring wél (Schellhammer 2014, p. 1061). Een dergelijke benadering raakt m.i. toch niet de werkelijke problematiek rond de zuiver potestatieve voorwaarde. Mansel tenslotte stelt dat de afwijzing van een dergelijke *Wollensbedingung* thans nog slechts door een minderheid van de auteurs wordt onderschreven (Jauernig/Mansel 2014, p. 124), waar we o.g.v. de voormelde auteurs de nodige vraagtekens bij kunnen zetten. Eerder wees Jauernig die mogelijkheid overigens nog af (Jauernig/Jauernig 2009, p. 118). In oudere literatuur lijkt de opschortende *Wollensbedingung* overigens vaker te worden aanvaard (in afwijking van hetgeen Mansel lijkt te stellen). Zie de door Flume vermelde literatuur (Flume 1992, p. 685), w.o. Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 844.

174 Erman/Armbrüster 2014, p. 458 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 473); Jauernig/Mansel 2014, p. 124, 125; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 614; Hk-BGB/Dörner 2014, p. 164; MüKo/Westermann 2012, p. 1697, 1698; Bork 2011, p. 499; Staudinger/Bork 2010, p. 314; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122; Hübner 1996, p. 472.

175 Zie § 7.3.4.4.

176 MüKo/Westermann 2012, p. 1697; Wolf/Neuner 2012, p. 646; Bork 2011, p. 498, 499; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122.

177 Bijv. Wolf stelt dat in dat geval sprake is van een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde (Wolf 1999, p. 505).

178 MüKo/Westermann 2012, p. 1697. Voor het Zwitsers recht wijst ook Staehelin op dit argument, maar verwijst daarbij uitsluitend naar Duitse auteurs. De door Staehelin genoemde Zwitserse auteurs wijzen dit argument juist af (Staehelin 1993, p. 18).

179 Zie voor een uitgebreid overzicht van deze rechtspraak: Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 614; Bork 2011, p. 498; HKK/Finkenauer 2003, p. 909, 910.

Westermann stelt overigens t.a.v. deze rechtspraak – in afwijking van de veelal in de literatuur verwoorde visie – dat deze niet eenduidig is en bovendien v.w.b. de oudere

spraak in deze merendeels niet gevolgd, wederom uit hoofde van de opvatting dat tussen partijen geen te aanvaarden binding bestaat.¹⁸⁰ In dat verband wordt vaak gewezen op alternatieve figuren als optie- en voorovereenkomsten, waarbij het voormelde probleem van afwezigheid van de bindingswil ontbreekt.¹⁸¹ Daarnaast wordt de opschortende *Wollensbedingung* ook wel uitgelegd als aanbod met verlengde aanvaardingstermijn en derhalve evenmin als een voorwaardelijke rechtsverhouding.¹⁸² Wat er van dergelijke kwalificaties moge zijn, voor de figuur van de koop op proef vinden deze blijkens de literatuur geen toepassing. Dit leidt bij de verschillende auteurs dan ook tot een aanzienlijke worsteling met deze figuur, die enerzijds als een opschortende zuiver potestatieve rechtsfiguur wordt beschouwd, maar waarvan anderzijds de mogelijkheid reeds uit hoofde van § 454 BGB in de literatuur onomstreden is.¹⁸³ Anders dan bij de vorenbesproken opschortende *Wollensbedingung* wordt een wederzijdse overeenkomst onder *ontbindende Wollensbedingung* – derhalve een zuiver potestatieve voorwaarde die in de literatuur toch al wordt aanvaard – in de literatuur breed geaccepteerd, mede gezien de overeenstemming met een opzeggingsrecht of terugtrekingsrecht.¹⁸⁴

rechtspraak gewezen is t.a.v. thans nauwelijks meer inzichtelijke fiscale vraagstukken (MüKo/Westermann 2012, p. 1698).

180 Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 614; Bork 2011, p. 498; Staudinger/Bork 2010, p. 314; HKK/Finkenauer 2003, p. 910; Hübner 1996, p. 472.

Anders echter: Reinicke & Tiedtke 2004, p. 434 (u.h.v. rechtspraak van het BGH m.b.t. koopovereenkomst). Volgens Flume was het in de literatuur de wettelijke figuur van de koop op proef die aanvankelijk in de literatuur en in afwijking van de meeste moderne auteurs tot dezelfde inzichten als in de rechtspraak leidde (Flume 1992, p. 685, 686).

181 MüKo/Westermann 2012, p. 1698; Staudinger/Bork 2010, p. 315; HKK/Finkenauer 2003, p. 909; Hübner 1996, p. 472; Flume 1992, p. 686.

Flume stelt het wilsrecht dat uit een wederkerige overeenkomst met een *Wollensbedingung* voortvloeit zelfs zonder meer gelijk aan een optierecht. Finkenauer stelt daarentegen dat de rechtspraak tot op heden wel degelijk het onderscheid is blijven hanteren tussen de overeenkomst onder *Wollensbedingung* en optie-overeenkomsten (HKK/Finkenauer 2003, p. 909). De lastige afgrenzing tussen voorwaardelijke overeenkomsten en optie- en voorovereenkomsten moge echter meteen daaruit blijken, dat in de Duitse rechtspraak optie-overeenkomsten ook wel zijn behandeld als overeenkomsten onder *Wollensbedingung* (BGH 21 april 1967, NJW 1967, 1605; BGH 28 september 1962, WM 1962, 1399; RGZ 22 februari 1922, band 104, p. 98).

182 Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 614. Let wel, in deze constellatie is niet de aanbieder de bedoelde schuldenaar, maar diens wederpartij. Deze laatste neemt bij de eventuele aanvaarding van het aanbod blijkbaar zelf ook verbintenissen op zich en wordt derhalve alsdan eveneens schuldenaar. Een dergelijke uitleg van de opschortende *Wollensbedingung* in een afzonderlijk geval is natuurlijk slechts mogelijk, indien het eerdere aanbod ook de bedoelde verlengde aanvaardingstermijn omvatte.

183 PWW/Brinkmann 2014, p. 219; Medicus 2010, p. 341.

184 Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; PWW/Brinkmann 2014, p. 219; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 614; MüKo/Westermann 2012, p. 1698 (waarbij Westermann overigens stelt dat alsdan sprake is van een opzeggingsrecht en niet van een *Wollensbedingung*); Bork 2011, p. 498, 499; Staudinger/Bork 2010, p. 314; Jauernig/Jauernig 2009, p. 118 (bij Jauernig/Mansel 2014 vinden we dit niet meer expliciet, hetgeen er mee zal samenhangen dat Mansel

Ten aanzien van de zuiver potestatieve voorwaarde worden dezelfde bedenkingen geuit als in de literatuur van het Nederlandse geldend recht en het OBW. Met name het veronderstelde gebrek aan bindingswil van een debiteur wordt bij deze laatste 'voorwaarden' veelal beschouwd als reden voor het vooralsnog ontbreken van een voorwaardelijke rechtsverhouding.¹⁸⁵ Een duidelijke relatie met de afwijzing van willekeur bij de wilsgerechtigde partij wordt slechts door een bescheiden aantal auteurs gelegd.¹⁸⁶ Waar deze willekeur ondanks het zuiver potestatieve karakter van de voorwaarde ontbreekt, met name in het geval toetsbaar is of deze wil in redelijkheid is gevormd, wordt echter wel degelijk bindingswil bij partijen aangenomen.¹⁸⁷

Zwitsers recht

Ook de ontwerpen voor het Zwitserse OR omvatten aanvankelijk bepalingen waaruit de onmogelijkheid van zuiver potestatieve voorwaarden volgde.¹⁸⁸ Interessant genoeg wordt het uiteindelijke vervallen van die ontwerpbevestigingen in de Zwitserse literatuur in een geheel ander licht geplaatst dan in de Duitse literatuur ten aanzien van een zelfde verval van dergelijke bepalingen voor het BGB. Terwijl dit verval in de Duitse literatuur veelal nog steeds wordt onderschreven uit hoofde van de overbodigheid van dergelijke bepalingen – met andere woorden, het niet opnemen in het BGB van deze bepalingen leidde niet tot materieel ander recht – wordt dit verval voor het Zwitsers recht juist geïnterpreteerd als een bevestiging van de mogelijkheid van zuiver potestatieve voorwaarden.¹⁸⁹ Datzelfde geldt voor de wettelijke figuren van de in art. 223 OR geregelde koop op proef en de in art. 216 II OR bedoelde *Kaufrechtsverträge*. Ook deze worden niet gezien als een uitzondering op, maar juist een bevestiging van de mogelijkheid van (opschortende) *Wollensbedingungen*.¹⁹⁰ De mogelijkheid van *Wollensbedingungen* wordt dan ook sinds lange tijd (ook) ten aanzien van de opschortende variant met een wilsrecht voor de debiteur

ook de figuur van de opschortende *Wollensbedingung* in zekere zin mogelijk acht, zie p. 125); Wolf 1999, p. 505; Hübner 1996, p. 472; Flume 1992, p. 687.

Dörner lijkt echter ook deze mogelijkheid af te wijzen (HK-BGB/Dörner 2014, p. 164).

185 Erman/Armbrüster 2014, p. 458 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 473); HK-BGB/Dörner 2014, p. 164; PWW/Brinkmann 2014, p. 219; Schellhammer 2014, p. 1061, 933 (waarbij Schellhammer overigens de toekomstige wilsverklaring wel degelijk als een mogelijke voorwaarde beschouwt); MüKo/Westermann 2012, p. 1698; Wolf/Neuner 2012, p. 645, 646; Bork 2011, p. 498, 499; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122; Jauernig/Jauernig 2009, p. 118 (bij Jauernig/Mansel 2014, p. 124, 125 vinden we deze benadering niet meer); Wolf 1999, p. 505, 506.

186 MüKo/Westermann 2012, p. 1697, 1698; Bork 2011, p. 498, 499; Staudinger/Bork 2010, p. 314.

187 Wolf/Neuner 2012, p. 645, 646; Wolf 1999, p. 505.

188 Koller 2009, p. 1280.

189 Koller 2009, p. 1280 (eerder echter anders: Guhl/Koller 2000, p. 58).

190 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 376; Schwenger 2012, p. 66; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 852; Koller 2009, p. 1280; Honsell 2008, p. 611; Huguenin e.a. 2008, p. 197; Gutmans 1995, p. 13; Merz 1984, p. 155; Guhl 1944, p. 55.

breed aanvaard.¹⁹¹ Over het algemeen worden deze *Wollensbedingungen* dan ook als 'echte' voorwaarden beschouwd.¹⁹² Een verschil met de situatie bij specifiek wederkerige overeenkomsten, zoals dat in de overige onderzochte rechtsstelsels wel wordt gemaakt, is er in de Zwitsers opvattingen dan ook veelal niet.¹⁹³ Dat alles laat onverlet dat de figuur van (met name de opschortende) *Wollensbedingungen* ook weer niet helemaal onomstreden is.¹⁹⁴

PECL, DCFR

De (gelijkluidende) toelichtingen bij de PECL en het DCFR wijzen de mogelijkheid van opschortende zuiver potestatieve voorwaarden af. Dit volgt reeds uit een in beide toelichtingen gegeven voorbeeld.¹⁹⁵ Of ook een zuiver potestatieve ontbindende voorwaarde niet mogelijk zou zijn, is onduidelijk. De tekst van de toelichting spreekt op dit punt uitsluitend van 'voorwaarden' zonder onderscheid tussen ontbindende en opschortende. Het in de toelichtingen gehanteerde argument voor de onmogelijkheid van zuiver potestatieve voorwaarden – het gebrek aan bindingswil – wordt echter in de literatuur van de bestudeerde stelsels meestal gehanteerd voor uitsluitend opschortende voorwaarden. Daarmee zou ook de toelichting bij de PECL en de DCFR in die richting kunnen wijzen. De voorwaarde die bestaat uit een wilsuiking van een derde, dus niet van partijen, is volgens de toelichtingen als een daadwerkelijke voorwaarde te beschouwen.

191 Zie ook de oudere literatuur: Guhl 1944, p. 55; Oser 1929, p. 685 (mits de inhoud van de verplichting afdoende vast staat. Uit het betoog van Oser blijkt slechts impliciet dat hij ter zake op de opschortende voorwaarde doelt); Stiefel 1918, p. 87, 88.

192 BSK OR I-Ehrat 2011, p. 852 (althans, Ehrat stelt dat aan het onderscheid tussen casuele, gemengde en potestatieve (w.o. mede begrepen de *Wollensbedingungen*) uitsluitend descriptieve betekenis toekomt); Honsell 2008, p. 611; Huguenin e.a. 2008, p. 197; Gutmans 1995, p. 12, 13; Stiefel 1918, p. 88.

193 Incidenteel vinden we echter de gedachte dat een (vermoedelijk als opschortend bedoelde) tweezijdige overeenkomst met een wilsrecht voor de debiteur in feite een 'tweetrapsraket' vormt. In eerste instantie bepalen partijen de inhoud van de overeenkomst, die vervolgens met die inhoud werking verkrijgt indien en per het moment dat de betreffende partij haar instemmende wilsrecht uitoefent (Guhl/Koller 2000, p. 58; Merz 1984, p. 155). Naar we moeten aannemen heeft Koller zijn opvatting in deze echter later gewijzigd (Koller 2009, p. 1280).

194 Staehelin beschouwt de opschortende *Wollensbedingung* met een wilsrecht voor de debiteur – bij gebrek aan binding – inderdaad niet als een voorwaarde (Staehelin 1993, p. 18). De *koop op proef* is z.i. dan ook geen reeds bestaande overeenkomst (Staehelin 1993, p. 26, 27). Ook Becker beschouwde een dergelijke *Wollensbedingung* als onmogelijk, omdat 'damit das Wesen der Obligation verneint wird' (Becker 1941, p. 715, 728). Dit was in de visie van Becker echter anders indien het besluit van de schuldenaar gebaseerd is op objectieveerbare gronden en derhalve niet op algehele willekeur. Met een figuur als de koop op proef had Becker systematisch geen probleem, omdat deze door hem werd beschouwd als een *ontbindend* voorwaardelijke rechtsverhouding (p. 728).

195 Von Bar & Zimmerman 2005, p. 818; Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 691.

7.3.3.2 Bedenkingen tegen zuiver potestatieve voorwaarden

Inleiding

In § 7.3.3.1 zagen we dat in alle vier de onderzochte stelsels de eerste variant van zuiver potestatieve voorwaarden – de *ontbindende* zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de *crediteur* – vrijwel steeds als mogelijk wordt beschouwd. Ten aanzien van de tweede en derde variant – de *ontbindende* zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de *debiteur* en de *opschortende* zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de *crediteur* – lijken in de moderne Nederlandse literatuur enige twijfels te leven. In de literatuur onder het OBW gold dat eveneens voor de *ontbindende* zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de *debiteur* maar niet ten aanzien van de derde variant. De rechtspraak van de Hoge Raad en de visie van de Nederlandse wetgever wijzen echter op de mogelijkheid van beide varianten. Ook het Duitse en Zwitserse recht onderschrijven de geldigheid van deze varianten. De vierde variant – de *opschortende* zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de *debiteur* – wordt daarentegen, met uitzondering van het Zwitserse recht, vrijwel steeds als onmogelijk beschouwd.

De thans te bespreken vraag is wat de bedenkingen tegen zuiver potestatieve voorwaarden zijn. Bij de beantwoording van die vraag wil ik in deze paragraaf nader ingaan op deze bedenkingen in relatie tot het ontbindende of opschortende karakter van de zuiver potestatieve voorwaarde. Tegelijkertijd zal ik daarbij echter zoveel mogelijk abstraheren van het vaak veronderstelde verschil tussen een wilsrecht voor de debiteur en dat voor de crediteur. Het doel daarvan is om ten behoeve van de overzichtelijkheid het aantal te bespreken varianten aanvankelijk te beperken tot twee (de ontbindende en de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde). Aldus is het eenvoudiger deze bedenkingen in kaart te brengen en waar nodig uit te werken. In § 7.3.3.3 zal ik deze bedenkingen verder uitwerken door de overige varianten – is sprake van een wilsrecht voor de debiteur of de crediteur en maakt het verschil of sprake is van een eenzijdige of wederkerige verhouding – te bespreken.¹⁹⁶ Met het vorenstaande is overigens reeds gegeven dat deze en de volgende paragraaf anders zijn opgebouwd dan gebruikelijk. De weg wijst zich echter vanzelf.

Een overzicht van de verschillende bedenkingen

In § 7.3.3.1 noemde ik bij de bespreking van de verschillende stelsels reeds de te onderscheiden bedenkingen tegen zuiver potestatieve voorwaarden. Als verreweg het grootste probleem wordt het gebrek aan binding respectievelijk

¹⁹⁶ Juist omdat bij wederkerige rechtsverhoudingen de dubbele hoedanigheid van de debiteur – hij is immers ook crediteur – het argument vormt waarom bij dergelijke verhoudingen een (opschortende) zuiver potestatieve voorwaarde wél mogelijk zou zijn, ligt het ook in die zin voor de hand deze vier varianten gezamenlijk te bespreken.

bindingswil tussen partijen beschouwd. Dit wordt meestal aldus verwoord dat bij de voorwaarde 'als ik in de toekomst (nog) wil' ik in elk geval *thans* – blijkbaar – nog geen binding wil.¹⁹⁷ Een probleem dat ook bij de figuur van de bedenktijden speelt, maar dat ik in dat specifieke verband laat voor wat het is. Een tweede vaak genoemde argument bestaat uit de afwijzing van *willekeur* die inherent zou zijn aan zuiver potestatieve voorwaarden. Als het een partij geheel vrijstaat al dan niet gebonden te zijn, bijvoorbeeld doordat hij zelf de inhoud van zijn verplichting zal vaststellen, dan zou geen sprake zijn van een werkelijke binding, zo is de gedachte. Een derde bedenking bestaat uit de afwijzing van de gedachte dat bij een nadere wilsuiting sprake is van objectieve zekerheid respectievelijk deze wilsuiting een voorwaarde *kán* zijn. Van een daadwerkelijk toekomstige en (objectief) onzekere gebeurtenis zou derhalve bij zuiver potestatieve voorwaarden geen sprake zijn. Tot slot vinden we in de Duitse en Zwitserse literatuur nog het incidenteel gehanteerde argument dat zuiver potestatieve voorwaarden aanzienlijke kwalificatieproblemen met zich mee brengen. Dat argument is echter uitsluitend juist voor zover de overige bedenkingen wellicht doel treffen, maar vormt geen bedenking als zodanig. Ik laat het daarom verder rusten.

Met betrekking tot de drie eerstvermelde argumenten – het ontbreken van gebondenheid, niet toegestane willekeur, geen voorwaarde – wil ik op de volgende twee punten wijzen. Ten eerste is het bij de verschillende auteurs nogal eens de vraag of inderdaad verschillende bedenkingen zijn bedoeld. Met name het gebrek aan bindingswil en de willekeur lijken nogal eens als eenzelfde argument te worden gehanteerd. Daarmee komen we meteen bij mijn tweede punt: vooral de argumenten van de niet toegestane willekeur en het niet kwalificeren als voorwaarde zijn in de literatuur slechts op bescheiden niveau uitgewerkt. Dat maakt het lastig om vast te stellen wat precies bedoeld is, maar ook voor wat betreft alle drie de bedenkingen moeilijk om vast te stellen of sprake is van al dan niet verschillende argumenten. Ik loop deze argumenten niettemin separaat langs.

Bedenking 1: het ontbreken van bindingswil

Zoals ik reeds stelde is het meest gehanteerde argument tegen de mogelijkheid van zuiver potestatieve voorwaarden het ontbreken van bindingswil bij de wilsgerechtigde partij. Een argument dat naar zijn aard betrekking heeft op die rechtsverhoudingen waarbij inderdaad sprake dient te zijn van gebondenheid. Blijkens de in de vorige paragraaf vermelde literatuur, rechtspraak en PG vindt dit argument met name toepassing bij (beoogde) *opschortende* voorwaardelijkheid. Als een partij pas in de toekomst eventueel zal aangeven zich te willen binden, dan ontbreekt deze wil in ieder geval op dit moment, zo

197 Hetgeen reeds voor het Romeinse recht reden was een dergelijke zuiver potestatieve voorwaarde als onmogelijk te beschouwen (aldus: Jörs e.a./Honsell e.a. 1987, p. 92; Everts 1883, p. 34 e.v.).

is de gedachte.¹⁹⁸ Op zich is dit argument inzichtelijk en is ook in mijn optiek alleszins verdedigbaar. We kunnen immers constateren dat het zich in de systematiek van het vermogensrecht op een ander niveau bevindt dan voorwaardelijkheid als zodanig. Thans onweersproken is namelijk dat een voorwaardelijke rechtsverhouding een bestaande rechtsverhouding is.¹⁹⁹ De ontkenning van het bestaan van de rechtsverhouding bij gebrek aan binding raakt de mogelijkheid van een zuiver potestatieve (naar zijn aard wél bestaande) voorwaardelijke rechtsverhouding dan ook midscheeps.

Onverlet de kracht van het argument zijn er niettemin enkele vraagtekens bij te plaatsen. Verreweg de voornaamste daarvan is of het inderdaad wel zo voor de hand ligt het gebrek aan binding uitsluitend te erkennen bij opschortende voorwaardelijkheid en niet tevens bij ontbindende. Met andere woorden, het argument tegen de mogelijkheid van zuiver potestatieve voorwaarden wordt daarbij als zodanig niet betwist, maar de – beperkte – toepassing daarvan op uitsluitend de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde wél.²⁰⁰ De aanvaarding van de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde wordt vaak onderbouwd met het argument dat zolang de rechtsverhouding niet is beëindigd door de wilsgerechtigde partij, deze ‘dus’ gebonden is en derhalve de ontbindende zuiver potestatief voorwaardelijke rechtsverhouding wel degelijk ‘werking’ heeft.²⁰¹ Of iets korter door de bocht gezegd, van de ontbindende zuiver potestatieve rechtsverhouding kan tót het moment van uitoefening van het wilsrecht wel degelijk nakoming gevorderd worden en derhalve is ook sprake van een bestaande rechtsverhouding.²⁰²

198 Ook de Hoge Raad lijkt i.e.g. onder het OBW in deze richting te denken. In het arrest van 28 mei 1952, NJ 1953, 394) stelt de Hoge Raad dat art. 1292 OBW ziet op de situatie van het *ontstaan* van verbintenissen u.h.v. de (toekomstige) wil van een der partijen. In dat verband is van belang dat de binding tussen partijen onder het OBW veelal werd geplaatst op het niveau van de verbintenis en niet op dat van de overeenkomst (zie § 3.1.3.1). Ook daarmee ligt de gedachte voor de hand dat t.g.v. het ontbreken van de partijwil de daarmee eveneens ontbrekende binding tussen partijen leidt tot het (nog) niet ontstaan van de verbintenis.

199 Zie § 3.1.3.1.

200 Dit onderscheid heeft bovendien nogal eens iets gekunstelds. Zie de door Breedveld-de Voogd gestelde situatie waarin voor de verkoper van een woning een contractuele bedenktijd wordt gecreëerd naast de wettelijke bedenktijd van de koper (Breedveld-de Voogd 2007, p. 249). Als niet-opschortende (ik neem aan dat bedoeld is een ontbindende) voorwaarde zou deze volgens Breedveld-de Voogd mogelijk zijn, als opschortende voorwaarde i.v.m. het potestatieve karakter van de aldus gecreëerde bedenktijd niet. Als gezegd in mijn optiek een nogal gekunstelde opzet, zeker omdat gedurende de wettelijke bedenktijd (van gelijke duur) van de koper partijen toch al niet geacht worden te zullen nakomen.

201 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 137, 138; Mellema-Kranenburg 2004, p. 40. De Hoge Raad zei dit in het arrest van HR 28 mei 1952, NJ 1953, 394 niet met zoveel woorden, maar gaat wel duidelijk uit van een bestaande verbintenis. Nogmaals opgemerkt zei echter dat het intreden van de ontbindende voorwaarde uitsluitend betrekking had op de toekomst en er derhalve geen ongedaanmakingsverplichtingen zouden ontstaan.

202 In deze zin: Asser/Rutten 1973, p. 137.

Deze argumentatie gaat echter mank. Het is namelijk juist de te beantwoorden vraag óf sprake is van een in rechte te aanvaarden binding tussen partijen en zodoende óf nakoming gevorderd kan worden. In die zin is bij voormelde argumentatie sprake van een cirkelredenering. Door aan te knopen bij de materiële gevolgen die worden toegeschreven aan de ontbindende werking is reeds het uitgangspunt dat sprake is van gebondenheid respectievelijk een bestaande rechtsverhouding. De aan het vorenstaande argument ten grondslag liggende presumptie – er *is* een bestaande rechtsverhouding – zou echter ook kunnen worden betwist.²⁰³ Als gezegd bevindt het argument van het ontbreken van gebondenheid zich immers in de vermogensrechtelijke systematiek op een ander niveau dan dat van de (bestaande) voorwaardelijke rechtsverhouding. Zonder een nadere onderbouwing heeft het argument dat partijen bij ontbindende zuiver potestatieve voorwaardelijkheid gebonden zouden zijn en nakoming gevorderd zou kunnen worden derhalve weinig om het lijf. Een dergelijke nadere onderbouwing ontbreekt echter.

In de literatuur vinden we dan ook argumenten tégen de mogelijkheid van (ook) ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden. Op de eerste plaats wordt inderdaad wel gesteld dat een dergelijke vrijblijvende rechtsverhouding geen rechtsverhouding is respectievelijk niet leidt tot binding.²⁰⁴ Van Opstall stelt het aldus: Een 'gebondenheid waarvan men zich door het afleggen van een korte verklaring kan bevrijden, is in wezen geen gebondenheid'.²⁰⁵ Of anders gezegd, de door sommige auteurs veronderstelde mogelijkheid van het vorderen van nakoming zou in de visie van onder meer Van Opstall door de debiteur ogenblikkelijk gepareerd kunnen worden met een ontbinding van de rechtsverhouding. Van een daadwerkelijke gebondenheid respectievelijk bestaande rechtsverhouding is in dat geval echter geen sprake, zo is de gedachte. Meer dan de vorenbedoelde ontkenning van de door de voorstanders aangenomen binding respectievelijk bestaande rechtsverhouding is dit argument echter niet en daarmee legt het evenmin gewicht in de schaal.

Bij Van Opstall en ook bij Houwing vinden we hetzelfde argument echter nog iets verder uitgewerkt. In Houwings opvatting is juist eerder bij ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden reden tot terughoudendheid dan bij

203 De tegenstanders zouden deze redenering – eveneens zonder kracht van argument – immers ook kunnen omdraaien: er ontstaat van aanvang aan géén rechtsverhouding, van deze kan derhalve ook geen nakoming gevorderd worden en bij gebreke daaraan is er 'dus' geen verbintenis.

204 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 371. Zie in deze zin ook: Veth 1911, p. 114; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 52; Diephuis 1885, p. 112.

Ook Losecaat Vermeer twijfelde aan het bestaan van gebondenheid (Losecaat Vermeer 1925, p. 468). Duidelijke stellingname ging hij in het betreffende artikel echter uit de weg, omdat in het door hem besproken geval geen sprake zou zijn van een uitsluitend van de wil van een partij afhankelijke voorwaarde.

205 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 371. Van Opstall beschouwt niettemin wél mogelijk de zuiver potestatieve voorwaarde met slechts gevolgen voor de toekomst.

opschortende. De bedoeling van de debiteur om geheel vrij te zijn bij een reeds bestaande en (deels) nagekomen verbintenis ligt zijns inziens minder voor de hand, dan bij de bevoegdheid om een rechtsverhouding alsnog te laten ontstaan.²⁰⁶ Daarbij vormde het ongedaan moeten maken van hetgeen reeds is gepresteerd bij het intreden van de ontbindende voorwaarde voor Houwing de verhoogde drempel. Van Opstall is in deze wellicht nog stilliger, waar hij bij de mogelijkheid van het ontstaan van een dergelijke verplichting tot ongedaanmaking het aanvankelijke ontstaan van de verbintenis ontkent.²⁰⁷

Ik zou menen dat Van Opstall en Houwing hier een sterk argument hebben. Een beëindiging voor uitsluitend de toekomst – derhalve zónder ongedaanmaking voor hetgeen reeds gepresteerd is – laat de (gevolgen van de) gebondenheid uit het verleden in stand. Of anders gezegd, zodra gepresteerd is heeft de gebondenheid respectievelijk het bestaan van de rechtsverhouding in juridisch opzicht hoe dan ook betekenis, ongeacht de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde. Daarmee is een dergelijke zuiver potestatieve voorwaarde inderdaad te vergelijken met een opzeggingsrecht, waarmee de aanvaarding van de ontbindende *Wollensbedingung* in de Duitse literatuur wordt onderbouwd.²⁰⁸ Tevens is daarmee gegeven dat ik ten aanzien van de gebondenheid op zich geen probleem kan zien in een ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde. Zelfs al heeft de debiteur de mogelijkheid zich door middel van zijn wilsrecht te bevrijden van zijn verplichtingen, nog steeds heeft de rechtsverhouding blijvende betekenis indien hij wél zou presteren. Een dergelijke systematiek kennen we in zekere zin van de natuurlijke verbintenis, waar het ontbreken van afdwingbaarheid van de nakoming – in deze te vergelijken met de mogelijkheid van beroep op de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde door de debiteur – er niet aan in de weg staat dat deze kwalificeert als een bestaande rechtsverhouding. In deze zin is er dan ook wel degelijk een verschil met de vorenbesproken onmogelijke *opschortende* zuiver potestatieve ‘voorwaarde’.

Dan echter de situatie waarbij ten gevolge van het intreden van de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde wél ongedaan gemaakt zou moeten worden. Mijns inziens kunnen we bij die situatie sterke vraagtekens zetten bij de stelling dat tót het intreden van de ontbindende voorwaarde de *debiteur* daadwerkelijk gebonden is.²⁰⁹ Niet alleen óf gepresteerd zal moeten worden

206 Zie Houwings noot bij HR 16 november 1949, NJ 1950, 73.

207 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 372, 373.

208 Uiteraard heeft deze benadering uitsluitend betekenis voor rechtsverhoudingen als duur-overeenkomsten of waarbij periodiek gepresteerd moet worden. Van Opstall noemt dergelijke verhoudingen in dit verband dan ook expliciet (Hofmann/Van Opstall 1976, p. 373). Waar daarentegen eenmalig gepresteerd moet worden, wordt de rechtsverhouding – bij gebrek aan eventuele ongedaanmaking – door het presteren immers in feite onvoorwaardelijk.

209 In de volgende paragraaf bespreek ik waarom bij een dergelijk wilsrecht t.b.v. de crediteur wél sprake is van gebondenheid.

ligt alsdan in zijn macht, maar tevens de gevolgen van zijn (eventuele) eigen presteren. Ook dit presteren blijft in de toekomst dus afhankelijk van de wil van de debiteur.²¹⁰ De 'gebondenheid' van de debiteur bestaat derhalve op geen enkel moment uit méér dan een geheel van zijn wil afhankelijke verhouding. Uiteraard zouden we kunnen stellen dat tótdat de debiteur de rechtsverhouding alsnog beëindigt, door deze wel degelijk gepresteerd is. In feitelijke zin is dat natuurlijk ook zo. De te beantwoorden vraag is echter of het enkele feit dát gepresteerd wordt inderdaad de stelling rechtvaardigt dat sprake is van gebondenheid aan de zijde van de debiteur. Of geheel anders verwoord, staat een blijvende algehele vrijheid ten aanzien van het eerdere eigen presteren niet aan 'gebondenheid' en daarmee aan een bestaande rechtsverhouding in de weg?

Het antwoord op deze laatste vraag is vanuit de figuur van de zuiver potestatieve voorwaarde niet goed te beredeneren, omdat deze vraag niets anders behelst dan de verdere invulling van het begrip 'gebondenheid'. Een andere invulling van dit begrip leidt tot een ander antwoord op de vraag of een ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde na het eigen presteren aan deze gebondenheid in de weg staat. In mijn optiek vindt gebondenheid echter zijn grens waar ook de blijvendheid van de gevolgen van het eigen presteren afhankelijk zijn van de eigen wil. Ik wil verdedigen dat 'gebondenheid' betekent dat voor wat betreft het (voort)bestaan van de rechtsverhouding wel enige onafhankelijkheid van de eigen wil moet bestaan. Dat is precies de reden dat in het geval de hierna besproken willekeur ten aanzien van het uitoefenen van het wilsrecht ontbreekt, wel degelijk sprake is van 'gebondenheid'. Als echter zelfs de essentie van de rechtsverhouding – het daadwerkelijk gepresteerd hebben – alsnog geheel afhankelijk blijft van de eigen wil, zou ik niet weten waaruit de bedoelde gebondenheid nog zou moeten bestaan.²¹¹

Het vorenstaande roept onder meer de systematische vraag op hoe deze door mij verdedigde onmogelijkheid van ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden met (beoogde) ongedaanmakingsverplichtingen zich verhoudt tot de wél mogelijke herroepelijke schenking.²¹² Sinds de invoering van het

210 Althans, voor zover partijen het presteren gedurende de periode van onzekerheid niet als een prestatie als zodanig zouden beschouwen, bijv. v.w.b. het feitelijke gebruik van een zaak door de crediteur.

211 T.a.v. de herroepelijkheid van schenkingen vinden we bij Schelhaas een dergelijke gedachte. Zij stelt: 'als de schenking [nadat daaraan uitvoering is gegeven, HS] op elk moment kan worden teruggetrokken, is van een reële schenking geen sprake meer' (Schelhaas in: Wessels & Verheij 2013, p. 128).

212 Een zelfde vraag zouden we kunnen stellen t.a.v. het thans in de wet vervallen recht van wederinkoop van art. 1555 OBW. De Toelichting Meijers gaat ervan uit dat deze figuur als gebaseerd op een ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde in de oorspronkelijke koopovereenkomst nog steeds door partijen opgenomen kan worden, ondanks dat deze in het NBW niet langer geregeld is (PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), TM, p. 15). Een bespreking daarvan voegt echter niets toe aan de wel door mij besproken figuur van de herroepelijke schenking.

nieuwe schenkingsrecht in 2003 lijdt het weinig twijfel dat een dergelijke herroepelijkheid gebaseerd op de geheel vrije wil van de schenker mogelijk is.²¹³ Een groot deel van de literatuur kwalificeert deze herroepelijkheid als een ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde,²¹⁴ welke voorwaarde zelfs goederenrechtelijke werking zou hebben.²¹⁵ Interessant genoeg bestaat in de literatuur over deze herroepelijkheid in de vorm van een ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde niet al te veel belangstelling ter zake de vraag of het algemene vermogensrecht een dergelijke figuur wel kent, laat staan over de vraag of deze ook mét ongedaanmakingsverplichting mogelijk is. Voor zover daaraan wel aandacht is besteed, wordt eenvoudigweg gesteld dat het algemene vermogensrecht de figuur van de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde aanvaardt. Daarbij wordt er impliciet van uitgegaan dat dat ook geldt voor zover met de herroeping ongedaanmakingsverplichtingen zouden ontstaan. Ook de Minister nam ter zake de mogelijkheid van ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden in het vermogensrecht dit betwistbare standpunt in en ging er – impliciet en zonder verdere onderbouwing – van uit dat dergelijke voorwaarden inderdaad ongedaanmakingsverplichtingen in het leven konden roepen.²¹⁶ Met andere woorden, de mogelijkheid van ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden met ongedaanmakingsverplichtingen ter zake schenkingen wordt veelal aanvaard, maar voor een belangrijk deel op basis van de aanname dat het algemene vermogensrecht deze figuur eveneens zou aanvaarden.²¹⁷ Zoals we in § 7.3.3.1 zagen, is het echter voor zowel het geldend recht als het OBW juist de vraag óf deze figuur in het algemene vermogensrecht mogelijk is.

De onderbouwing van de herroepelijkheid van schenkingen door middel van ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden uit hoofde van het algemene vermogensrecht is dan ook niet sterk. Wat er verder ook van die mogelijkheid van herroeping zij, we kunnen er derhalve nauwelijks een argument aan ontleen dat het algemene vermogensrecht de figuur van de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde met ongedaanmakingsverplichting zou kennen.

213 Ook al is die mogelijkheid buiten het geval van de schenking ter zake des doods van art. 7:177 lid 2 BW ook weer niet geheel onomstreden.

214 Asser/Perrick 4 2013, p. 311, 312; Schols 2011, p. 42; Houwer & Bruggink 2009, p. 178 e.v.; Blokland 2007, p. 14; Mellema-Kranenburg 2004, p. 39, 40, 42; Verstappen in: Van Mourik e.a. 2011, p. 656.

215 Dit laatste in afwijking van hetgeen t.a.v. ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden in het algemene vermogensrecht in de verschillende onderzochte stelsels vrijwel steeds wordt aangenomen.

216 De Minister stelde dat (zuiver) potestatieve voorwaarden in het vermogensrecht steeds mogelijk zijn, m.u.v. de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de debiteur (Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 6 p. 7). Zoals we in de vorige paragraaf zagen is die stelling echter ook t.a.v. ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden omstreden voor zowel het OBW als het NBW.

217 De mogelijkheid van een dergelijke herroepelijkheid wordt echter ook wel betwist, zie bijv.: Schelhaas in: Wessels & Verheij 2013, p. 127, 128.

Uiteraard heeft het de voorkeur de herroeping te zien als een algemeen vermogensrechtelijke figuur, maar de zaken moeten niet worden omgedraaid; het feit dat het schenkingsrecht (waarschijnlijk) de mogelijkheid van herroeping uit hoofde van een geheel vrije wil kent, wil niet zeggen dat deze inderdaad de vorm heeft van de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde met ongedaanmakingsverplichting.

Het vorenstaande leidt tot mijn volgende tussenconclusie. De ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde is in het algemene vermogensrecht mogelijk, mits het eventuele intreden daarvan niet leidt tot (een verplichting tot) ongedaanmaking van hetgeen reeds gepresteerd is. Zou wel sprake zijn van een dergelijke ongedaanmaking, dan ontbreekt van aanvang af iedere vorm van daadwerkelijke gebondenheid en is derhalve evenmin sprake van een bestaande rechtsverhouding. Wat er verder van de figuur van de herroepelijke schenking moge zijn, als veronderstelde toepassing van de zuiver potestatieve voorwaarde zie ik er niets in.

Naast de vorenbesproken kwestie ter zake het ontbreken van gebondenheid bij ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden vinden we in met name de buitenlandse literatuur incidenteel ook argumenten tegen de veronderstelling dat zuiver potestatieve voorwaarden (derhalve ook van opschortende aard) blijk geven van het ontbreken van bindingswil. Met andere woorden, anders dan ik hiervoor ten aanzien van opschortende én ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden heb betoogd, zouden dergelijke voorwaarden helemaal niet aan gebondenheid in de weg staan. De eerste van deze argumenten betreft de op overeenkomsten betrekking hebbende gedachte dat de wilsgerechtigde partij nog niet (definitief) gebonden moge zijn, maar dat de wederpartij dat wél is.²¹⁸ Het argument is in die zin echter zwak dat een dergelijke eenzijdige 'binding' zich ook voordoet bij een onherroepelijk aanbod, waarvan onweersproken is dat tót de aanvaarding daarvan tussen partijen geen binding bestaat. Dat de aanbiedende partij vooralsnog zijn aanbod niet kan herroepen, doet niets af aan dit gebrek aan binding tussen partijen. Ware dit anders, dan zou het onherroepelijke aanbod een binding doen ontstaan alsof de overeenkomst reeds tot stand zijn gekomen.

Een tweede argument bestaat daaruit dat aan de overige vereisten van totstandkoming (met name vormvereisten) van de rechtsverhouding reeds voldaan zou moeten zijn, zodat de latere wilsuiting van de wilsgerechtigde partij (die de inhoud van de opschortende voorwaarde is) daar zelf niet aan behoeft te voldoen.²¹⁹ De gedachte is derhalve dat de rechtsverhouding tussen partijen onder een zuiver potestatieve voorwaarde wel degelijk tot op zekere hoogte betekenis heeft, wat er verder van het veronderstelde gebrek aan bindingswil moge zijn. Ook van dit argument, voor zover al inhoudelijk juist,

218 Wolf 1999, p. 506.

219 Wolf 1999, p. 506. Echter ten dele bestreden door Flume (Flume 1992, p. 687).

kan ik niet inzien waarom dit afbreuk zou doen aan de gedachte dat tussen partijen vooralsnog binding ontbreekt. Ook als partijen hun rechtsverhouding tot op zekere hoogte 'oplijnen' kan moeilijk worden gesteld dat daarmee een gebrek aan bindingswil zonder betekenis zou zijn. Beide vorenstaande argumenten tegen de opvatting van het ontbreken van gebondenheid kunnen dan ook niet overtuigen.

Samengevat: de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde houdt naar zijn aard in dat de wilsgerechtigde partij zich (nog) niet heeft willen binden. Dat geldt ook voor de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde met ongedaanmakingsverplichtingen ten aanzien van hetgeen reeds gepresteerd is. Indien bij deze laatste de (verplichting tot) ongedaanmaking daarentegen ontbreekt, is wel sprake van een afdoende mate van binding. De ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde zonder ongedaanmakingsverplichtingen is dan ook mogelijk, althans in elk geval beschouwd vanuit de binding tussen partijen.

Bedenking 2: niet-toegestane willekeur

Bij de bespreking van de onderzochte rechtsstelsels kwam naar voren dat veel auteurs in de mogelijke *willekeur* van de wilsgerechtigde partij een argument zien tegen de mogelijkheid van zuiver potestatieve voorwaarden. Voor het begrip *willekeur* verwijs ik naar § 7.1.2.6. Ik stelde in dat verband reeds dat het soms onduidelijk is of met dit argument al dan niet bedoeld wordt op het (vooralsnog) ontbreken van bindingswil als hiervoor besproken. Bij de opvatting dat partijen bij het bestaan van willekeur 'dus' niet gebonden zijn, bestaat dit verband uiteraard duidelijk.²²⁰ Door veel auteurs wordt dit verband echter niet expliciet gesteld, zodat de vraag blijft bestaan of deze willekeur eventueel een separaat argument vormt.

De essentie van de voorliggende vraag is wat we moeten verstaan onder de bedoelde willekeur. De betekenis daarvan wordt buiten het specifieke verband van de figuur van voorwaarden begrijpelijkerwijs veelal benaderd vanuit de invalshoek of al dan niet bepaalbaar is wat de *inhoud* van een verbintenis is.²²¹ Het ontbreken van een vaststelbare inhoud kan tot geen andere conclusie leiden dan dat geen sprake is van een verbintenis. Iemand kan immers moeilijk gehouden zijn te voldoen aan een verplichting zonder dat vaststelbaar is waartoe deze debiteur überhaupt verplicht is. Iets abstracter zouden we kunnen zeggen dat bij het bestaan van een dergelijke willekeur

²²⁰ Zie in deze zin: De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 56; Brunner & De Jong 2004, p. 56; Den Tonkelaar 1994, p. 50; Kleijn 1993, p. 4 (althans, dit mogen we uit het betoog van Kleijn afleiden). Voor het Duitse recht: Wolf/Neuner 2012, p. 646; Bork 2011, p. 498, 499; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122. Voor het Zwitserse recht: Becker 1941, p. 715, 728.

²²¹ Zie bijv. Bauduin 2011, p. 942 e.v. (in het verband van de geoorloofdheid van wilsdelegatie bij erfrechtelijke beschikkingen). Zie verder ook de door Bauduin genoemde erfrechtelijke literatuur (Bauduin 2011, p. 948).

ten aanzien van de inhoud van de verbintenis, nog niet voldaan is aan de essentialia voor het totstandbrengen van de rechtsverhouding. Het in de vorm van een voorwaarde gieten van deze willekeur wijzigt niets aan de onderliggende problematiek; de 'voorwaarde' voorkomt niet dat nog niet voldaan is aan de essentialia voor het tot stand brengen van de rechtsverhouding.

Als daarentegen uit de voorwaarde voortvloeit dat wel degelijk vaststelbaar is wat de prestatie van de verbintenis precies zal zijn, in welke gevallen deze opeisbaar is dan wel óf toetsbaar is of een door een partij ter zake genomen besluit in de gegeven omstandigheden redelijk is, dan ontbreekt deze willekeur.²²² Hijma spreekt in dit verband van een maatstaf die 'een zekere normering' mogelijk maakt.²²³ Alsdan is sprake van een geldige en direct bestaande (voorwaardelijke) rechtsverhouding en daarmee ook van gebondenheid tussen partijen.²²⁴ Of de gevallen van het ontbreken van een dergelijke willekeur

222 In een geheel ander verband – delegatie van de eigen testeerbevoegdheid aan een ander – stelt Perrick dat van 'willekeur' geen sprake is, indien deze derde een wettelijke bevoegdheid uitoefent of een eigen belang nastreeft (Asser/Perrick 4 2013, p. 172). In dezelfde zin Asser/Meijers-Van der Ploeg 1980, p. 65 (zie ook p. 405 ter zake de voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling, waar het ontbreken van willekeur eveneens onderbouwd wordt met het bestaan van een eigen belang van de langstlevende echtgenoot). Dat bij het nastreven van een eigen belang in zijn algemeenheid geen sprake zou zijn van willekeur gaat mij echter veel te ver. Ieder 'willekeurig' genomen besluit van een partij vormt immers de weergave van het eigen belang, waaruit dat belang verder ook moge bestaan.

In mijn visie eveneens weinig overtuigend is Kraan v.w.b. zijn stelling dat de voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling (art. 1167 OBW) met een (zuiver potestatieve) voorwaarde niet uitsluitend afhankelijk was van de wil van de langstlevende echtgenoot en daarmee geen sprake was van willekeur. Z.i. ontbreekt deze willekeur omdat tót het moment dat de langstlevende echtgenoot gebruik maakt van zijn wilsrecht de omvang van de rechten en verplichtingen van alle betrokkenen vaststaat, hetgeen eveneens geldt nádat de langstlevende van zijn wilsrecht gebruik heeft gemaakt (Kraan 1989, p. 429). Kraan heeft gelijk als hij stelt dat de inhoud van de verplichtingen op ieder moment vaststelbaar is. Hij gaat er echter aan voorbij dat willekeur ook betrekking kan hebben op de hierna besproken kwestie of een partij überhaupt wel gebonden is aan vaststelbare verplichtingen.

Ik wijs hier ten overvloede nogmaals op de reeds in § 7.1.2.3 besproken visie van Pitlo, die m.i. juist (te) zware eisen stelde aan het ontbreken van willekeur.

223 Ook voor zover de normen waaraan getoetst wordt niet geobjectiveerd zijn maar uitsluitend een subjectieve maatstaf zouden behelzen, dan nog ziet Hijma de mogelijkheid van toetsing aan de redelijkheid en billijkheid (Hijma 7-I* 2007, p. 117). Ook de Toelichting Meijers onderkende t.a.v. de figuur van de koop op proef dat de gehanteerde maatstaf subjectief van aard kan zijn (PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), TM, p. 293). De TM verbond daar echter de conclusie aan dat vooralsnog geen sprake was van een bestaande overeenkomst.

224 Dit wordt en werd ook breed onderschreven: De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 57; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 137; Brunner & De Jong 2004, p. 56; Pitlo/Cahen 2002, p. 37; Den Tonkelaar 1994, p. 49; Slot in zijn noot bij HR 23 januari 1985, BNB 1985, 144 (m.b.t. een opschortende voorwaarde); Hofmann/Van Opstall 1976, p. 371; Pitlo 1964, p. 76; Meijers 1916, p. 239; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 53 nt. 2.

Wellicht echter anders HR 13 november 1968, BNB 1969, 7. Ondanks dat de koopprijs door een derde (accountant) in de toekomst zou worden vastgesteld o.b.v. (naar we moeten aannemen) geobjectiveerde normen, wilde de Hoge Raad bij gebrek aan een tot stand gekomen koopprijs nog geen koopovereenkomst aannemen. Misschien dat we de uitkomst

al dan niet kwalificeren als zuiver potestatieve voorwaarde is uitsluitend een kwestie van definiëring, waaruit dan ook geen materiële gevolgen kunnen worden afgeleid.²²⁵

Bij voorwaarden kunnen we echter ook een andere vorm van willekeur onderscheiden. De rechtsverhouding kan inhoudelijk volkomen uitgekristalliseerd zijn – er bestaat bijvoorbeeld geen enkele onduidelijkheid ten aanzien van de (beoogde) rechten en verplichtingen uit hoofde van de verbintenissen – maar de willekeur heeft louter betrekking op het *bestaan* respectievelijk *voortbestaan* van die rechtsverhouding.²²⁶ Er is bijvoorbeeld sprake van een door partijen geheel uitgewerkte overeenkomst, die zij ‘aangaan’ onder de opschortende voorwaarde dat een van beiden in de toekomst naar eigen goeddunken beslist deze inderdaad te willen. De problematiek van deze laatstbedoelde vorm van willekeur kunnen we rechtstreeks plaatsen in het licht van de hiervoor besproken kwestie van het al dan niet bestaan van bindingswil. De willekeur die is gelegen in de algehele vrijheid om gebonden te worden of te blijven, betreft uiteraard niets anders dan het vraagstuk van gebondenheid. Hetgeen ik hiervoor stelde ten aanzien van deze gebondenheid bij zowel opschortende als ontbindende zuiver potestatieve voorwaardelijkheid vindt bij deze vorm van willekeur dan ook toepassing.

Daarentegen heeft de eerstbesproken vorm van willekeur ter zake de niet-vaststelbare inhoud van de rechtsverhouding weliswaar eveneens betrekking op die gebondenheid, maar de reden voor het ontbreken van die gebondenheid

van dit arrest echter anders moeten plaatsen, nl. óf in het licht van de discussie onder het OBW of een rechtsverhouding onder opschortende voorwaarde vóór het intreden van de voorwaarde als ‘bestaand’ kwalificeerde (zie § 3.1.3.1) óf in de enigszins omstreden betekenis van art. 1501 OBW.

Duits recht: MüKo/Westermann 2012, p. 1698; Wolf/Neuner 2012, p. 646; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122; Wolf 1999, p. 505; Johannsen e.a. 1982, Vor § 158 nr. 7.

225 Het is nl. uitsluitend de vraag of we ervan uit willen gaan dat de zekere mate van objectivering die vereist is om willekeur te voorkomen het wilsafhankelijke karakter aan de voorwaarde ontnemt. Als we dit wilsafhankelijke karakter beschouwen als een volledige vrijheid van de wilsgerechtigde partij, dan is vanzelfsprekend niet langer sprake van een zuiver potestatieve voorwaarde. We kunnen er daarentegen ook van uitgaan dat een zekere grens aan die wilsvrijheid – derhalve nog steeds met behoud van een (ruime) vrijheid om zelf te beslissen – nog steeds als zuiver potestatief is te beschouwen. Als gezegd is dit geen principiële keuze ter zake het begrip van de zuiver potestatieve voorwaarde, omdat er u.h.v. dit verschil in kwalificatie geen verschil in gevolgen ontstaat.

226 In dezelfde zin: Bauduin 2011, p. 948, 949. Echter, desondanks plaatst Bauduin (mede u.h.v. hetgeen zij afleidt uit Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, p. 132, 133) ook deze vorm van willekeur in het licht van de vraag of u.h.v. de inhoud van de voorwaarde kan worden afgeleid of moet worden nagekomen. Die gedachtengang is niet juist. Aan de vraag óf moet worden nagekomen is inherent dat bepaalbaar moet zijn wat de inhoud van de verbintenis is. Op die vraag heeft de door Bauduin geciteerde tekst van Hartkamp en Sieburgh betrekking. Zoals ik thans echter bespreek, moet die vraag v.w.b. de bedoelde willekeur worden onderscheiden – zoals Bauduin nota bene in eerste instantie ook doet – van de vraag of een partij naar eigen goeddunken (derhalve zónder enig geobjectiveerd criterium) het (voort)bestaan van de verbintenis in zijn macht heeft.

is een geheel andere. De inhoud waartoe partijen zich zouden willen verbinden is niet bepaalbaar en partijen zijn derhalve bij gebrek aan bepaalbare rechten en verplichtingen ook niet gebonden. Het verschil tussen deze beide grondslagen voor het ontbreken van gebondenheid kunnen we ook als volgt verwoorden. Bij het ontbreken van bepaalbare rechten en verplichtingen *kunnen* partijen niet gebonden zijn, *zélfs* al zouden partijen anders beogen. Bij willekeur ten aanzien van het bestaan van de rechtsverhouding *willen* partijen in feite niet gebonden zijn.

Dit verschil in grondslag voor het ontbreken van gebondenheid maakt voor de materiële consequenties van (beoogde) *opschortende* 'voorwaarden' echter geen verschil. Óf partijen de inhoud van een eventuele rechtverhouding later willen vaststellen dan wel later eventueel gebonden willen worden aan een reeds thans inhoudelijk uitgewerkte verhouding, maakt voor het vooralsnog niet bestaan van de rechtsverhouding immers geen verschil.²²⁷ Voor een (beoogde) *ontbindende* 'voorwaarde' ligt dit ingewikkelder. In ieder geval kunnen we constateren dat als uitgangspunt ook hier geen verschil lijkt te bestaan tussen willekeur ten aanzien van de inhoud en ten aanzien van het (voort)bestaan van de rechtsverhouding. Óf een partij het voortbestaan uit hoofde van zijn (ontbindende) wilsrecht beëindigd, dan wel – zeer theoretisch²²⁸ – uitsluitend de inhoud van die rechtsverhouding zou laten vervallen, leidt tot dezelfde conclusie: de rechtsverhouding eindigt.

De vraag is dan ook of het argument van de willekeur ook betekenis heeft voor de periode van onzekerheid, derhalve vóórdat de uitoefening van het wilsrecht de rechtsverhouding beëindigd. Voor wat betreft de willekeur ten aanzien van het voortbestaan van rechtsverhouding geldt in elk geval niets anders dan ik hiervoor stelde ten aanzien van de gebondenheid bij ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden. Dat is in zekere zin ook logisch: van het van aanvang af ontbreken van gebondenheid bij een dergelijke voorwaarde – zoals ik hiervoor beschreef in mijn optiek in het geval bij het intreden van de voorwaarde ongedaanmakingsverplichtingen zouden ontstaan – is uitslui-

227 Dit ontbreken van materiële gevolgen geldt ook t.a.v. de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde zonder ongedaanmakingsverplichtingen. Daarvan heb ik hiervoor verdedigd dat deze *niet* aan gebondenheid in de weg staat. Op het eerste gezicht zouden we t.a.v. die figuur in het geval van een niet vaststelbare inhoud van de rechtsverhouding anders kunnen menen. Waar de rechtsverhouding bij gebrek aan een vaststelbare inhoud immers afwezig is, *kán* geen sprake zijn van gebondenheid, ook niet onder een dergelijke ontbindende voorwaarde. Bij de 'voorwaarde' van het alsnog vaststellen of vaststelbaar maken van de inhoud van de rechtsverhouding is echter naar zijn aard sprake van (beoogde) opschortende 'voorwaardelijkheid'. De gedachte dat partijen een rechtsverhouding beogen onder de ontbindende 'voorwaarde' dat zij de inhoud daarvan in de toekomst *niet* alsnog vaststellen, is geen serieus te nemen mogelijkheid.

228 Als beoogde opschortende 'voorwaarde' van het in de toekomst nader vaststellen van de inhoud van de rechtsverhouding kunnen we ons uiteraard nog iets voorstellen. De spiegelbeeldige situatie van een dergelijke ontbindende voorwaarde is daarentegen niets meer dan een gedachtenexperiment.

tend sprake bij aanwezigheid van willekeur. Zodra de keuzevrijheid van de wilsgerechtigde partij door geobjectiveerde maatstaven wordt beperkt, ontbreekt ook deze willekeur en is dus sprake van gebondenheid.

De (nogmaals: zeer theoretische) mogelijkheid dat de willekeur van de ontbindende voorwaarde gericht is op de inhoud van de rechtsverhouding maakt echter evenmin verschil ten opzichte van hetgeen ik hiervoor stelde ten aanzien van de gebondenheid. Indien die inhoud uitsluitend voor de toekomst komt te vervallen, blijft de rechtsverhouding in stand tot het intreden van de ontbindende voorwaarde. Zou de inhoud van de rechtsverhouding daarentegen komen te vervallen vanaf het ontstaan van de rechtsverhouding, dan zouden tevens ongedaanmakingsverplichtingen ontstaan en is daarmee naar mijn opvatting nooit sprake geweest van enige gebondenheid.

Ten aanzien van de thans besproken bedenking tegen zuiver potestatieve voorwaarden zien we derhalve het volgende. Het gebrek aan gebondenheid en het bestaan van willekeur zijn niet daadwerkelijk verschillende bedenkingen. Zoals we hiervoor zagen, leidt willekeur zowel met betrekking tot de inhoud van de rechtsverhouding als met betrekking tot het (voort)bestaan van de rechtsverhouding tot het ontbreken van gebondenheid. De in de literatuur vaak nogal impliciet aangenomen opvatting dat het ontbreken van gebondenheid en willekeur hand in hand gaan, is dan ook terecht.

Bedenking 3: ontbreken van objectieve onzekerheid respectievelijk een voorwaarde
Een laatste bedenking tegen de mogelijkheid van zuiver potestatieve voorwaarden die we in de literatuur en rechtspraak vinden, is gelegen in de gedachte dat de toekomstige wilsverklaring die de inhoud van een dergelijke voorwaarde vormt geen *toekomstige onzekere gebeurtenis* in de zin van art. 6:21 BW is.²²⁹ Daarmee zou per definitie geen sprake zijn van een voorwaarde in de zin van deze wetsbepaling. De reikwijdte van dit argument lijkt dan ook betrekking te hebben op *alle* varianten van zuiver potestatieve voorwaarden en derhalve van een potentieel aanzienlijk groter gewicht te zijn dan de beide vorenbesproken bedenkingen.

²²⁹ Koops 2011, p. 53 (waarbij overigens niet is uit te sluiten dat Koops tévens doelt op de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde); (vermoedelijk en met enige voorzichtigheid) Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 82, 83; Van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 204; (vermoedelijk) Hennekens in zijn nt. bij Rb. Breda 21 juli 1998, Gst. 1998-7085, 3; (wellicht) A-G Moltmaker in zijn conclusie bij HR 17 januari 1996, BNB 1996, 112c (Moltmaker verwijst i.e.g. naar Marres 1993); Brunner in zijn noot bij 24 maart 1995, NJ 1997, 569 (Beliën/Provincie); Boom 1993, p. 721, 722; Marres 1993, p. 455 (Marres spreekt van een 'contradictio in terminis'). Ook: Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 14 april 2008, LJN: BD0037, r.o. 4.5.1; Rb. Breda 21 juli 1998, Gst. 1998-7085, 3.

Deze gedachte echter afwijzend: Schoordijk/Schoordijk 2009, p. 780.

Dit argument wordt in de literatuur echter weinig uitgewerkt, zodat het enigszins de vraag blijft waartegen het precies is gericht. In elk geval lijkt het argument niet te doelen op het ontbreken van subjectieve onzekerheid.²³⁰ Juist het feit dat een partij zich een dergelijke wilsrecht – hoe dat verder ook exact moge kwalificeren – voorbehoudt, duidt er toch op dat deze partij wel degelijk twijfelt en daarmee in subjectieve onzekerheid verkeert. Het ontbreken van een toekomstige onzekere gebeurtenis zou derhalve moeten duiden op de andere vorm van onzekerheid, namelijk het ontbreken van objectieve onzekerheid.²³¹ De Staatssecretaris van Financiën denkt inderdaad in deze richting: de uitoefening van een wilsrecht zou niet te beschouwen zijn als een voorwaarde, omdat het element van de voor voorwaarden vereiste objectieve onzekerheid – op te vatten als ‘naar algemeen menselijke ervaringen, onzeker’ – ontbreekt.²³² Met andere woorden, bij de mogelijkheid van een toekomstige uitoefening van een wilsrecht zou thans geen sprake zijn van objectieve onzekerheid.

Een dergelijke benadering onderschrijf ik niet. Op de eerste plaats verkeren alle anderen dan de wilsgerechtigde partij onbetwist wel degelijk in objectieve onzekerheid. Zij kunnen immers objectief niet weten hoe de wilsgerechtigde partij in de toekomst zal besluiten, noch staat de uitkomst van dat besluit reeds thans vast. Maar ook de wilsgerechtigde partij zélf zal dat thans niet met zekerheid weten. Die partij maakt (nog) geen gebruik van het wilsrecht, juist omdat er twijfels bestaan. Hoe het uiteindelijke besluit van de wilsgerechtigde partij uitpakt is daarmee ook objectief onzeker. Daarmee vloeien subjectieve en objectieve onzekerheid in zekere zin in elkaar over, maar dat doet geen afbreuk aan het feit dat óók de wilsgerechtigde partij wel degelijk objectief in onzekerheid verkeert. Met andere woorden, de bedenking dat zuiver potestatieve voorwaarden geen voorwaarde kunnen zijn doordat objectieve onzekerheid zou ontbreken, is onjuist.

Het ontbreken van een voorwaarde indien de inhoud daarvan bestaat uit een wilsrecht kunnen we echter wellicht óók afleiden uit de jurisprudentie van de Hoge Raad, waaronder de bekende arresten ‘Staal-bankiers’ en ‘Visserijfonds’.²³³ In § 6.2.5 bespreek ik deze jurisprudentie waarin door de Hoge Raad het onderscheid wordt gemaakt tussen (bestaande) voorwaardelijke vorderingen en toekomstige vorderingen. Naar aanleiding van deze jurisprudentie werd met name door Kleijn een criterium ontwikkeld voor het onderscheid tussen opschortend voorwaardelijke en toekomstige vorderingen. In

230 Zie over deze subjectieve onzekerheid § 2.4.3 en § 4.1.3.

231 Zie § 2.4.3.

232 Besluit Staatssecretaris van Financiën van 3 mei 2005, nr. CPP2005/370M, V-N 2005/25.16 (zie verder: Dijk 2005, p. 83).

233 HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (Staal Bankiers/Ambags q.q.); HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 (Visserijfonds).

essentie gaat het daarbij om de vraag of al dan niet van de zijde van de debiteur of crediteur nog 'iets' moet gebeuren. Is dat het geval – er is sprake van een *intern element* – dan zou een vordering als toekomstig kwalificeren. Is daarentegen sprake van een gebeurtenis buiten partijen – een *extern element* derhalve – dan is sprake van een voorwaardelijke vordering.

De gedachte ligt sterk voor de hand dat de uitoefening door een van partijen van een wilsrecht, zoals dit voortvloeit uit een zuiver potestatieve voorwaarde, is te beschouwen als een *intern element*. Daarmee zou in elk geval een vordering onder een zuiver potestatieve voorwaarde niet als voorwaardelijk kwalificeren en de zuiver potestatieve voorwaarde – wellicht – evenmin als een voorwaarde.²³⁴ Deze moeilijke kwestie heeft echter niet uitsluitend betrekking op zuiver potestatieve voorwaarden, maar tevens op geobjectiveerd potestatieve voorwaarden. Weliswaar bevat het 'criterium-Kleijn' veel onduidelijkheden, maar het bewust laten plaatsvinden van een objectief vaststelbare gebeurtenis door een partij zal waarschijnlijk eveneens als een *intern element* kwalificeren. Om deze reden bespreek ik deze kwestie verder in § 7.3.4.3.

We kunnen het in de literatuur en rechtspraak gehanteerde argument dat een toekomstige wilsverklaring geen toekomstige onzekere gebeurtenis vormt echter ook anders opvatten. Zoals ook hiervoor ter sprake kwam, kan een voorwaarde het ontbreken van *essentialia* voor het ontstaan van een rechtsverhouding niet helen. Het ontbreken van een overeenkomst bij gebreke van aanvaarding van een aanbod kan bijvoorbeeld niet worden ondervangen door de 'voorwaarde' dat eventueel in de toekomst zal worden aanvaard. Een dergelijke toekomstige wilsverklaring inhoudende het alsnog aanvaarden van het aanbod is dan ook geen toekomstige onzekere gebeurtenis in de zin van art. 6:21 BW. Daarmee bevinden we ons wederom bij het vraagstuk van de gebondenheid tussen partijen en geldt hetgeen ik hiervoor reeds stelde. Ook een in andere zin (nog) niet voldoen aan een essentieel vereiste voor de totstandkoming van rechtshandeling kan daarmee geen voorwaarde vormen, omdat de rechtshandeling als zodanig (nog) niet tot stand komt. De reikwijdte van het argument dat een wilsverklaring geen toekomstige onzekere gebeurtenis kan vormen, is daarmee echter eveneens beperkt tot de reeds beschreven gevallen.

7.3.3.3 *De (on)mogelijkheid van de overige varianten van zuiver potestatieve voorwaarden*

Inleiding

In § 7.3.3.2 heb ik de bestaansmogelijkheid van de zuiver potestatieve voorwaarde bestudeerd uitsluitend op basis van het onderscheid tussen de ontbin-

²³⁴ Zie ook: Kleijn 1993, p. 4, waar Kleijn het vorenstaande t.a.v. de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde redelijk duidelijk lijkt te stellen.

dende en opschortende variant daarvan. Op grond van hetgeen ik aldaar besprak met betrekking tot de drie voornaamste bedenkingen tegen zuiver potestatieve voorwaarden kunnen we stellen, dat al deze bedenkingen betrekking hebben op het vooralsnog ontbreken van gebondenheid tussen partijen. Bij de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde ontbreekt deze gebondenheid naar zijn aard, althans in elk geval waar het betreft een wilsrecht van de debiteur. Bij de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde mét beoogde ongedaanmakingsverplichtingen is deze 'gebondenheid' ook ná een presteren niet van steeds blijvende aard, althans niet uitsluitend afhankelijk van geobjectiverde omstandigheden. Bij een dergelijke ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde met ongedaanmakingsverplichtingen ontbreekt deze gebondenheid in mijn opvatting mitsdien eveneens. Voor zover deze drie bedenkingen op méér zouden doelen dan het ontbreken van gebondenheid zijn deze onjuist, zo verdedigde ik in de vorige paragraaf. Dat geldt met name ook voor het soms gehanteerde argument dat bij zuiver potestatieve voorwaarden geen sprake zou zijn van een toekomstige onzekere gebeurtenis.

De thans te bespreken vraag is of naast dit onderscheid tussen opschortende en ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden de beide andere varianten – is sprake van een wilsrecht voor de crediteur of de debiteur en is sprake van een eenzijdige of een wederkerige verhouding – verschil maken voor deze conclusies.

Nadere uitwerking

Willen de beide vorenbedoelde varianten verschil maken ten aanzien van de conclusies in de vorige paragraaf, dan zou daarvoor nodig zijn dat deze varianten leiden tot de vaststelling dat alsnog sprake is van gebondenheid. We beginnen daarbij met de variant van het onderscheid tussen een wilsrecht voor de crediteur en de debiteur. In § 7.3.3.1 zagen we dat alle vier de onderzochte stelsels de variant van de *ontbindende* zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de *crediteur* aanvaardden. Ten aanzien van de *opschortende* zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de *crediteur* lijken uitsluitend bij een beperkt aantal moderne Nederlandse auteurs bezwaren te bestaan, maar die zijn door deze auteurs niet verder uitgewerkt.²³⁵ Voor het overige wordt in alle onderzochte stelsels ook deze laatste variant breed aanvaard. Ten aanzien van de *ontbindende* zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de *debiteur* bestaan in de moderne Nederlandse literatuur enige twijfels, hetgeen eveneens gold voor het OBW. Het Duitse en Zwitserse recht aanvaardden deze variant daarentegen algemeen. De laatste variant van de *opschortende* zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de *debiteur* wordt daarentegen weer breed afgewezen, met uitzondering van het Zwitserse recht.

²³⁵ Valk in: Hijma e.a. 2013, p. 44, 45 (althans, Valk maakt bij zijn afwijzing geen onderscheid tussen debiteur en crediteur); Van Rijssen 2006, p. 38.

Grofweg kunnen we derhalve stellen dat een zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de *crediteur* op brede aanvaarding mag rekenen. De varianten met een wilsrecht voor de debiteur liggen genuanceerder: als opschortende voorwaarde wordt deze algemeen niet mogelijk geacht, als ontbindende voorwaarde bestaat binnen het Nederlandse recht enige terughoudendheid, zeker in vergelijking tot het Duitse en Zwitserse. De beide aanvaarde mogelijkheden waarbij de crediteur een wilsrecht uitoefent zijn in die zin begrijpelijk, dat in het kader van gebondenheid tussen partijen de nadruk sterk ligt op de verplichtingen tussen hen. Het feit dat de crediteur daarmee tevens een vorderingsrecht heeft, is niet de essentie van deze gebondenheid. Het gegeven dat op een partij in diens hoedanigheid van crediteur geen verplichtingen rusten, lijkt in die zin dus geen afbreuk te doen aan de gebondenheid. Voor de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde is dat zeker juist; er is sprake van gebondenheid en er kan ook nagekomen worden totdat de crediteur gebruik maakt van zijn (ontbindende) wilsrecht. Zélf al zouden met het intreden van de zuiver potestatieve voorwaarde ongedaanmakingsverplichtingen ten laste van de (aanvankelijke) crediteur ontstaan, dan nog is in eerste instantie sprake van gebondenheid van de debiteur. Dit laatste is derhalve een nuancering ten opzichte van hetgeen ik hiervoor stelde ten aanzien van de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde met ongedaanmakingsverplichtingen. Aan het slot van deze paragraaf zal ik echter bespreken waarom deze nuancering uitsluitend toepassing vindt bij eenzijdige overeenkomsten.

Onverminderd de terechte focus op de verplichtingen van de debiteur moeten we in mijn optiek echter ook bij de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de *crediteur* sterk twijfelen aan de gebondenheid tussen partijen. Dit derhalve in afwijking van hetgeen vrijwel steeds in de onderzochte stelsels wordt aangenomen. De reden daarvoor is dat deze gebondenheid niet 'zomaar' ontstaat; ook een crediteur moet de gebondenheid van de debiteur tot het nakomen van de beoogde verplichtingen wel aanvaarden.²³⁶ Een schenkingsovereenkomst komt bijvoorbeeld niet tot stand zonder dat de begiftigde als crediteur het aanbod van de schenking aanvaardt.²³⁷ Niemand kan immers een overeenkomst opgedrongen krijgen, zelfs al zou men bij die overeenkomst uitsluitend crediteur zijn. Het door middel van het wilsrecht vooralsnog opschorten van het besluit tot eventuele aanvaarding door de crediteur doet dan ook nog geen overeenkomst ontstaan. De debiteur kan derhalve ook nog niet verschuldigd nakomen bij gebrek aan een rechtsgrond voor die nakoming. De focus op de gebondenheid van de debiteur en

236 Een gedachte die in dit verband ook in de Belgische literatuur naar voren wordt gebracht, zie: De Coninck 2007, p. 340.

237 Art. 7:175 lid 2 BW doet geen afbreuk aan dit beginsel. De begiftigde die, geconfronteerd met het schenkingsaanbod, aangeeft 'daar nog even over te moeten denken', ziet o.g.v. deze wetsbepaling nog geen schenking tot stand komen.

de daaruit voortvloeiende aanname dat een opschortende zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de crediteur mogelijk is, gaan derhalve voorbij aan het feit dat de veronderstelde gebondenheid het gevolg is van een tweezijdige rechtshandeling. Een rechtshandeling die juist ten gevolge van de opschortende zuiver potestatieve 'voorwaarde' nog helemaal niet tot stand is gekomen. Een dergelijke 'voorwaarde' voorkomt derhalve ook dat direct gebondenheid ontstaat, ook al is het wilsrecht gelegen aan de zijde van de crediteur en niet bij de debiteur.²³⁸

Dan de beide varianten met een wilsrecht voor de debiteur. Als *opschortende* zuiver potestatieve voorwaarde leidt deze zeker niet tot gebondenheid, zo zagen we reeds in de vorige paragraaf. Juist het nog niet gebonden willen zijn aan de beoogde verplichting door de debiteur is het klassieke geval van het inderdaad nog ontbreken van gebondenheid. Deze in alle onderzochte rechtsstelsels aanvaarde opvatting is dan ook terecht en behoeft hier geen verdere onderbouwing. Als *ontbindende* zuiver potestatieve voorwaarde is het, zoals hiervoor reeds ter sprake kwam, de vraag of sprake is van gebondenheid. Het Duitse en Zwitserse recht gaan daar wel van uit, maar uit de literatuur lijkt te volgen dat men met name het oog heeft op een beëindiging voor uitsluitend de toekomst, derhalve zonder ongedaanmaking van hetgeen reeds is gepresteerd. Een opvatting ten aanzien van de situatie waarbij expliciet wél ongedaanmaking is beoogd, heb ik in beide rechtsstelsels niet gevonden. Voor het Nederlands geldend recht wil ik vasthouden aan hetgeen ik hiervoor stelde: de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de debiteur leidt wel degelijk tot gebondenheid, tenzij mét het intreden van de voorwaarde beoogd zou zijn dat tevens ongedaanmakingsverplichtingen zouden ontstaan.

Met het vorenstaande resteert de laatste variant ter zake zuiver potestatieve voorwaarde, namelijk of het verschil maakt dat tussen partijen een eenzijdige dan wel een wederkerige rechtsverhouding bestaat. De gedachte daarbij is dat bij een wederkerige verhouding ieder van partijen zowel crediteur als debiteur is. De hiervoor genoemde focus op de gebondenheid van de debiteur zou daarbij zonder belang zijn, omdat dezelfde partij immers tevens de hoedanigheid van crediteur heeft waarbij diens wil om gebonden te zijn of in de toekomst te blijven eveneens zonder belang zou zijn.²³⁹

238 Iets anders is dat – voor zover het aanvankelijke aanbod die ruimte bood – de debiteur 'gebonden' kan zijn aan zijn aanbod totdat de crediteur heeft beslist.

239 In de moderne Nederlandse literatuur vinden we deze gedachte eigenlijk niet meer (al suggereert De Coninck 2007, p. 347 t.a.v. Asser/Hartkamp 4-1 1996, p. 126 onterecht anders). Ruygvoorn gaat er i.e.g. impliciet van uit dat de wederkerigheid geen verschil maakt v.w.b. de onmogelijkheid van een dergelijke voorwaarde (Ruygvoorn 2009, p. 172 e.v.). Onder het OBW werd deze opvatting daarentegen door een aantal auteurs verdedigd (zie § 7.3.3.1).

Aan dit standpunt liggen twee uitgangspunten ten grondslag. Ten eerste is het feit dat een crediteur het betreffende wilsrecht kan uitoefenen voor wat betreft de vraag óf sprake is van gebondenheid blijkbaar van een groter gewicht, dan dat een debiteur ditzelfde wilsrecht kan uitoefenen. Zonder dit uitgangspunt valt immers niet in te zien waarom het verschil zou maken dat een partij het wilsrecht niet slechts als debiteur maar tévens als crediteur zou uitoefenen. Deze nadruk op de positie van de crediteur is echter niet goed begrijpelijk. Het hele 'probleem' van het ontbreken van gebondenheid aan de zijde van de debiteur bij met name opschortende voorwaardelijkheid vloeit voort uit de vorenbedoelde focus op de verplichtingen van de debiteur. Het feit dat diezelfde partij in zijn hoedanigheid van crediteur ten aanzien van zijn wederpartij ook vorderingsrechten heeft, doet helemaal niets af aan het gegeven dat deze partij zich als debiteur bij zijn (beoogde) verplichtingen nog niet verbonden heeft. Het is derhalve niet zo dat het crediteurschap van deze partij op enigerlei wijze meer gewicht in de schaal zou kunnen leggen.

Het tweede inherente uitgangspunt aan voormelde opvatting is dat een overeenkomst als rechtshandeling kan ontstaan ook al heeft de crediteur zijn besluit daartoe in de vorm van een opschortende zuiver potestatieve voorwaarde opgeschort. Zoals ik hiervoor echter reeds stelde, staat het tweezijdige karakter van een overeenkomst hieraan in de weg. De thans besproken wederkerigheid van een overeenkomst verandert immers niets aan de totstandkoming van de overeenkomst als tweezijdige rechtshandeling.

Mijn conclusie is dan ook als volgt. De *opschortende* zuiver potestatieve voorwaarde laat nog geen rechtsverhouding tot stand komen, ongeacht of het betreffende wilsrecht aan de debiteur of aan de crediteur toekomt en ongeacht of sprake is van een eenzijdige of wederkerige overeenkomst. De *ontbindende* zuiver potestatieve voorwaarde is daarentegen als voorwaarde wel mogelijk en laat dan ook een rechtsverhouding tot stand komen, tenzij het daaruit voortvloeiende wilsrecht aan de debiteur toekomt én met het intreden van de voorwaarde beoogd is dat ongedaanmakingsverplichtingen ontstaan. In dit laatste geval ontbreekt in mijn opvatting iedere vorm van daadwerkelijke gebondenheid van de debiteur en is derhalve geen sprake van een bestaande rechtsverhouding.

Het vorenstaande geldt ook bij een wederkerige overeenkomst; onder een opschortende zuiver potestatieve voorwaarde komt deze nog niet tot stand, onder een ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde is deze in beginsel mogelijk, tenzij bij het intreden van de ontbindende voorwaarde beoogd is het eventueel reeds gepresteerde weer ongedaan te maken. Dit laatste geldt derhalve tevens als het wilsrecht aan de crediteur toekomt, die bij wederkerigheid van de overeenkomst immers tegelijkertijd debiteur is. De hiervoor

De moderne Duitse literatuur wijst deze daarentegen merendeels af, in afwijking van de Duitse rechtspraak.

besproken wel bestaande mogelijkheid van ongedaanmakingsverplichtingen uit hoofde van de uitoefening van het wilsrecht door de *crediteur* vindt dan ook uitsluitend toepassing bij *eenzijdige* overeenkomsten en vormt daarmee voor de praktijk een zeldzame uitzondering.

Bij de vorenstaande conclusie dat nogal wat van de varianten van zuiver potestatieve voorwaarden niet mogelijk zijn, past tot slot een enkel woord van relativering. De Coninck en andere auteurs wijzen er terecht op dat de juridische systematiek op verbintenisrechtelijke terrein verschillende mogelijkheden kent om een zuiver potestatief element van een rechtsverhouding vorm te geven.²⁴⁰ Alternatieven voor de ontbindende en opschortende zuiver potestatieve voorwaarde kunnen bijvoorbeeld bestaan uit een opzeggings- of annuleringsrecht, aanbod met verlengde aanvaardingstermijn of optie.²⁴¹ Weliswaar zijn de gevolgen van dergelijke alternatieven niet in ieder opzicht gelijk aan een voorwaardelijke rechtsverhouding – er ontstaat geen periode van onzekerheid en deze alternatieven hebben in elk geval geen goederenrechtelijke werking – maar globaal gesproken zal de praktijk er zich goed mee kunnen redden. Dergelijke alternatieven beperken dan ook in redelijke mate de relevantie van de thans besproken vraag of zuiver potestatieve voorwaarden mogelijk zijn.

7.3.4 Een aantal kwesties met betrekking tot potestatieve voorwaarden

7.3.4.1 Het onderscheid tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden

Inleiding

In § 7.1.2.3 kwam voor de verschillende bestudeerde stelsels het onderscheid ter sprake tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden. Terwijl de laatste uit niets anders bestaan dan de in de toekomst geuite partijwil, worden geobjectiveerd potestatieve voorwaarden gevormd door een toekomstige objectief vaststelbare gebeurtenis waar een partij een doorslaggevende invloed op heeft en die juist uit iets anders bestaat dan een loutere wilsverklaring. In voormelde paragraaf stelde ik dat het onderscheid tussen beide soorten van potestatieve voorwaarden in de meeste gevallen duidelijk zal zijn. Niette-

240 De Coninck 2007, p. 381-384. Hartkamp en Sieburgh stellen dat zuiver potestatieve voorwaarden in duurovereenkomsten vaak zijn te beschouwen als een contractueel vastgelegd opzeggingsrecht (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 133). Kleijn beschouwt het doen van beroep op een ontbindende voorwaarde die 'nagenoeg' ter vrije beschikking staat van een van partijen als een annuleringsrecht (Kleijn 1993, p. 4). Kleijn geeft helaas geen toelichting bij de term *nagenoeg*, noch op de nadere inhoud of bestaansmogelijkheid van een dergelijk annuleringsrecht.

241 Waarbij ik aantekenen dat voor de figuur van de opschortende voorwaarde duidelijk moeilijker alternatieven zijn te bedenken dan voor de ontbindende voorwaarde. Zie ook § 2.4.3.2.

min zijn er twijfelgevallen denkbaar die met name voortvloeien uit het feit, dat de redenen voor dit onderscheid niet altijd even helder lijken. In deze paragraaf zal ik die redenen verder uitwerken om daarmee de grens tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden nauwkeuriger te kunnen trekken.

Nadere uitwerking

Enigszins verwarrend aan de begrippen van de geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarde is, dat de in § 7.3.3.2 besproken discussies over de (on)geldigheid van zuiver potestatieve voorwaarden niet steeds lopen langs de scheidslijn met het begrip van de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde. Zo zagen we bij de bespreking van het OBW in § 7.1.2.3 dat art. 1292 het uitdrukkelijke onderscheid tussen *daad* en *wil* maakte, daarmee doelend op het thans besproken onderscheid tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden. De vraag echter of sprake was van een geldige voorwaardelijke rechtsverhouding werd met name bij zuiver potestatieve voorwaarden beantwoord op basis van het criterium of sprake was van bindingswil respectievelijk het ontbreken van willekeur. Een zuiver potestatieve voorwaarde kon daarmee (ook) voor het OBW wel degelijk geldig zijn,²⁴² terwijl daartegenover de geldigheid van geobjectiveerd potestatieve voorwaarden bij mogelijke willekeur incidenteel juist weer in twijfel werd getrokken.²⁴³ In het Duitse recht zien we ten aanzien van zuiver potestatieve voorwaarden hetzelfde en – voor zover althans in de literatuur bedenkingen bestaan – in het Zwitsers recht eveneens. Met andere woorden, de (on)geldigheid van een potestatieve voorwaardelijke rechtsverhouding is in de verschillende opvattingen niet zonder meer terug te voeren op het feitelijke onderscheid tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden.

Ook in ander opzicht kan het onderscheid tussen beide soorten van potestatieve voorwaarden enigszins verwarrend zijn. Niet iedere daad of feitelijke gebeurtenis die plaatsvindt uit hoofde van uitsluitend de partijwil wordt als een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde beschouwd. Bijvoorbeeld het feitelijke opsteken van een hand door de wilsgerechtigde partij wordt – uiteraard terecht – als een zuiver potestatieve voorwaarde beschouwd. Maar ook de voorwaarde van het aangaan van een schriftelijke overeenkomst tussen partijen, een vormvereiste derhalve, wordt als zuiver potestatief beschouwd.²⁴⁴ Bij een strikt doorgevoerde scheiding tussen beide soorten van

242 V.z.v. het element van algehele wilsvrijheid ontbrak, derhalve in afwijking van het begrip van de zuiver potestatieve voorwaarde zoals ik dit hanteer.

243 Zie de onder het 'oud BW' van voormelde paragraaf besproken opvattingen van Pitlo.

244 Heyman & Bartels 2012, p. 140. Heyman en Bartels stellen dit in het verband van de voorwaarde van *subject to contract*. In dat verband lijkt deze kwalificatie mij juist. Lastiger is de kwalificatie bij het nog moeten aangaan van een schriftelijke arbeidsovereenkomst ná een eerdere mondelinge wilsovereenstemming (voorbeeld ontleend aan HR 9 december 2011, NJ 2012, 5). Betreft dit laatste een geobjectiveerd of een zuiver potestatieve voorwaarde?

potestatieve voorwaarden zouden we over dit laatste kunnen twijfelen. Dat een feitelijk handelen soms toch niet als geobjectiveerd potestatieve voorwaarde kwalificeert lijkt echter geen twijfel. Het criterium voor het onderscheid tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden bestaat dan ook uit méér dan uitsluitend de vaststelling of de voorwaarde een feitelijke handeling omvat, dan wel slechts een nadere wilsuiting is.

Om dat laatste te kunnen onderbouwen, moeten we ons afvragen wat de reden is voor het onderscheid tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden. Deze reden bestaat in mijn optiek daaruit dat doorslaggevende partij-invloed op het al dan niet intreden van een voorwaarde uitsluitend dan 'verdacht' is, indien deze partij-invloed rechtstreeks betrekking heeft op de (beoogde) rechtsverhouding. Of iets minder abstract gezegd, de in § 7.3.3 beschreven afwijzingen van een aantal varianten van zuiver potestatieve voorwaarden zijn met name daarvan het gevolg, dat de doorslaggevende partij-invloed op die rechtsverhouding voorkomt dat tussen partijen direct gebondenheid ontstaat. De aanvaarding onder de opschortende voorwaarde 'als ik in de toekomst wil' heeft bijvoorbeeld rechtstreeks betrekking op die (beoogde) rechtsverhouding en als zuiver potestatieve voorwaarde voorkomt deze 'voorwaarde' dan ook dat direct gebondenheid ontstaat.

In dit laatste ligt, in elk geval als duidelijk uitgangspunt, het verschil met de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde. De feitelijke gebeurtenis heeft als zodanig geen betrekking op de voorwaardelijke rechtsverhouding. Ook al heb ik doorslaggevende invloed op tal van gebeurtenissen – het boeken van een reis, het kopen van 'een' ander huis, het schenken aan een goed doel – dan nog is die invloed niet rechtstreeks gericht op de rechtsverhouding waar deze gebeurtenissen om welke reden dan ook een voorwaarde bij vormen. Hierin moeten we waarschijnlijk ook de reden zien dat de Duitse literatuur aanneemt, dat óók bij het ontbreken van een op het intreden van de voorwaarde gerichte wil het plaatsvinden van de feitelijke gebeurtenis de voorwaarde niettemin in vervulling laat gaan.²⁴⁵ De wil heeft immers niet rechtstreeks betrekking op de voorwaardelijke rechtsverhouding, maar op het wel of niet intreden van de gebeurtenis.

Het door art. 1292 OBW matig verwoorde onderscheid tussen daad en wil als criterium voor het onderscheid tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden doelt dan ook eigenlijk op iets anders. Het gaat om de vraag of de doorslaggevende partij-invloed gericht is op het intreden van een gebeurtenis buiten de voorwaardelijke rechtsverhouding, dan wel juist is gericht op die rechtsverhouding. Bij de voorbeelden van het opsteken van een hand of de ondertekening van een schriftelijk contract zien we meteen dat deze weliswaar feitelijk van aard zijn, maar tevens wel degelijk rechtstreeks zijn gericht op de rechtsverhouding waar deze gebeurtenissen een voorwaarde bij vormen.

²⁴⁵ Zie § 7.1.2.3.

Daarmee is, ondanks het feitelijke karakter, tóch sprake van zuiver potestatieve voorwaarden.

Bij dit laatste moeten we echter voor ogen houden dat ook bij geobjectiveerd potestatieve voorwaarden eigenlijk steeds een functioneel verband bestaat tussen de feitelijke gebeurtenis en de rechtsverhouding waar deze de voorwaarde bij vormt.²⁴⁶ Het is dit verband waarom partijen een voorwaardelijke en dus niet onvoorwaardelijke rechtsverhouding aangaan. Of anders gezegd, zónder een dergelijk functioneel verband zouden partijen ook nooit door middel van de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde een juridisch verband hebben gelegd tussen de gebeurtenis en de rechtsverhouding. Dat betekent tevens dat voor het onderscheid tussen geobjectiveerd en zuiver potestatieve voorwaarden het de vraag is of de gebeurtenis slechts in een functionele relatie tot de rechtsverhouding staat, dan wel op die rechtsverhouding zélf is gericht. Het antwoord op die vraag kent zonder meer twijfelgevallen. Mijns inziens mag echter relatief snel aangenomen worden dat een gebeurtenis of daad als inhoud van een voorwaarde deze als geobjectiveerd potestatief laat kwalificeren. Volgens Pitlo – overigens door hem gesteld in het iets andere verband of sprake is van ‘willekeur’ – diende het belang van de daad voor de debiteur daarentegen zo groot te zijn, dat voor de debiteur het verband tussen deze daad en het al dan niet intreden van de voorwaarde geheel ontbrak.²⁴⁷ Dit reeds door mij besproken criterium is echter veel te strikt. In verband met het vorenbesproken functionele verband tussen gebeurtenis en voorwaardelijke rechtsverhouding zou een dergelijk criterium slechts in een zeer beperkt aantal gevallen leiden tot een kwalificatie als geobjectiveerd potestatief.

Waar het in mijn optiek bij de afgrenzing met de zuiver potestatieve voorwaarde om gaat is, of de feitelijke gebeurtenis ook op zich zelf enige feitelijke of juridische betekenis heeft. Met andere woorden, komt aan die gebeurtenis ook betekenis toe buiten het verband van de voorwaardelijke rechtsverhouding? Is daarvan sprake dan kwalificeert de voorwaarde als geobjectiveerd potestatief, zelfs al is het belang van die gebeurtenis ten opzichte van het belang van de voorwaardelijke rechtsverhouding relatief klein. Een duidelijk ‘misbruik’ door de handelende partij – het bedoelde relatief kleine belang van de gebeurtenis leidt bijvoorbeeld naar een situatie van ongewenste willekeur – moet in dat verband niet ondervangen worden door de voorwaarde alsnog als zuiver potestatief te kwalificeren, maar door toepassing van art. 6:23 BW. Is daarentegen géén sprake van een gebeurtenis met betekenis buiten het verband van de voorwaardelijke rechtsverhouding, dan kwalificeert de voorwaarde als zuiver potestatief. De feitelijke gebeurtenis is alsdan inhoudelijk immers niets anders dan een wilsuiting van de desbetreffende partij.

246 Bijzondere situaties als een weddenschap daargelaten.

247 Pitlo 1964, p. 76 en mijn bespreking in § 7.1.2.3.

7.3.4.2 'Beroep' door een partij en de kwalificatie als potestatief

Inleiding

In § 7.1.2.2 kwam kort de situatie ter sprake waarbij een scheiding in de tijd bestaat tussen het eerdere plaatsvinden van de casuele gebeurtenis en de latere doorslaggevende invloed van partijen op het uiteindelijke intreden van de voorwaarde. Verreweg de bekendste figuur met een dergelijke systematiek is de voorwaarde waarbij ná het intreden van een aanvankelijk onzekere gebeurtenis door een van partijen 'beroep' moet worden gedaan op dat intreden om de voorwaarde in vervulling te laten gaan. Daarmee onderscheidt deze figuur zich van de gebruikelijke systematiek van voorwaarden waarbij het plaatsvinden van de gebeurtenis tot gevolg heeft, dat van rechtswege de voorwaarde met al haar gevolgen intreedt. In § 8.1.3 bespreek ik deze figuur van 'beroep' in een enigszins breder verband en met name in het verband van de mogelijkheid voor het Nederlands geldend recht om überhaupt een dergelijk beroep als constitutief vereiste overeen te komen. Samengevat is daarvan de uitkomst dat een dergelijke mogelijkheid weliswaar vaak wordt onderschreven – en zeker ook alleszins gerechtvaardigde functies kan vervullen – maar ook niet onbetwist is. In deze paragraaf beperk ik me in het kader van het thans besproken onderwerp van de doorslaggevende partij-invloed tot de vraag in hoeverre de voorwaarde waarop 'beroep' moet worden gedaan kwalificeert als zuiver potestatief.

Nadere uitwerking

Zoals ik in § 7.1.2.2 stelde, bestaat bij de voorwaarde waarop 'beroep' moet worden gedaan een situatie waarbij het uiteindelijke intreden van de voorwaarde afhankelijk is van zowel een casueel (of gemengd) als een potestatief element.²⁴⁸ De objectief onzekere gebeurtenis is casueel van aard, het beroep ná het intreden van die gebeurtenis potestatief, althans voor zover bij de betreffende partij ook wilsvrijheid met betrekking tot dat beroep bestaat.²⁴⁹ Zolang de invloed van partijen aan een casueel element vooraf gaat, dan wel op geen enkel moment van doorslaggevende betekenis is voor het intreden van de voorwaarde, kwalificeert een voorwaarde als gemengd, zo zagen we in voormelde paragraaf. Als daarentegen het potestatieve element uiteindelijk

248 Weinig verhelderend spreken Heyman en Bartels in dit verband van twee voorwaarden: de eerste daarvan zou objectief zijn, de tweede wilsafhankelijk (Heyman & Bartels 2012, p. 518). Het effect van deze voorwaarden zou vervolgens pas intreden als beide voorwaarden (derhalve cumulatief) in vervulling zijn gegaan. Wat de verdere functie van deze 'dubbele' voorwaardelijkheid zou moeten zijn – i.p.v. één voorwaarde bestaande uit een objectieve gebeurtenis waar ná het intreden van die gebeurtenis beroep op kan worden gedaan – blijkt niet. Ik krijg de indruk dat Heyman en Bartels hier de cumulatie van gebeurtenissen als inhoud van een voorwaarde verwarren met het begrip van de voorwaarde zélf.

249 Zie over die wilsvrijheid § 7.1.2.6.

de doorslag geeft óf de voorwaarde intreedt, zoals in het geval van het thans besproken 'beroep', moeten we een onderscheid aanbrengen tussen opschortende en ontbindende voorwaarden. Voor de opschortende voorwaarde wil ik verdedigen dat deze voor wat betreft de materiële gevolgen op geen enkel moment kwalificeert als gemengd. Een dergelijke voorwaarde is van aanvang af als zuiver potestatief te beschouwen. De ontbindende voorwaarde kwalificeert daarentegen aanvankelijk wel degelijk als gemengd. Dat verandert per het moment dat duidelijk wordt of het casuele element wel of niet plaatsvindt. Zo niet, is de rechtsverhouding uiteraard onvoorwaardelijk geworden – de voorwaarde kan immers niet meer intreden. Indien wél, wijzigt het karakter van de voorwaarde van *gemengd* in *zuiver potestatief*. Ik werk deze stelling onderstaand verder uit voor het doen van 'beroep', maar een en ander vindt overeenkomstige toepassing op de in de inleiding bedoelde andersoortige situaties met een soortgelijke systematiek.

Bij de figuur waarin het casuele element van een voorwaarde vooraf gaat aan het doen van beroep ten behoeve van het intreden van die voorwaarde lijkt in eerste instantie geen sprake te zijn van een zuiver potestatieve voorwaarde. Het casuele deel van de voorwaarde voorkomt immers dat een partij van aanvang af een doorslaggevende invloed heeft op het al dan niet intreden van de voorwaarde. Op basis van het begrip van de gemengde voorwaarde zouden we zelfs kunnen stellen dat aanvankelijk sprake is van een gemengde voorwaarde. Deze laatste vaststelling vloeit echter uitsluitend voort uit de omschrijving van hetgeen een gemengde voorwaarde onder meer is: een voorwaarde die zowel een casueel element omvat als een element waarop partij-invloed bestaat.

Wat verder van die omschrijving moge zijn, voor de materiële consequenties van die voorwaarde moeten we een *opschortende* voorwaarde steeds als potestatief beschouwen. Willen de voorwaardelijk beoogde gevolgen van de rechtsverhouding immers kunnen intreden – 'werking' verkrijgen – dan zal nádat de casuele gebeurtenis is ingetreden door een partij beroep moeten worden gedaan. Voordat de voorwaarde eventueel intreedt respectievelijk de rechtsverhouding daarmee werking verkrijgt, zal derhalve *altijd* eerst een situatie bestaan waarbij dat intreden uitsluitend nog afhankelijk is van het beroep. De voorwaarde kwalificeert alsdan als zuiver potestatief, ongeacht hoe de kwalificatie vóór het moment van intreden van de casuele gebeurtenis verder ook moge uitvallen.²⁵⁰ Er is derhalve geen ontkomen aan dat, wil de opschortende voorwaarde op enig moment (kunnen) intreden, de voorwaarde eerst een zuiver potestatief karakter heeft verkregen. Ieder argument ontbreekt om dit uiteindelijke zuiver potestatieve karakter in zijn materiële gevol-

250 Voor zover het potestatieve element niet bestaat uit een wilsrecht, maar bijv. het verrichten van een nadere handeling, kwalificeert de voorwaarde alsdan als een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde, zie § 7.1.2.3.

gen anders te beoordelen omdat de voorwaarde aanvankelijk ook een casueel element omvatte.²⁵¹

Daarmee ontbreekt tevens ieder argument om andere implicaties aan deze opschortende voorwaarde te verbinden dan in zijn algemeenheid van toepassing zijn op zuiver potestatieve voorwaarden. Met andere woorden, het feit dat de voorwaarde in eerste instantie ook een casueel element omvat, maakt voor de verdere gevolgen niets uit omdat de voorwaarde vóór het moment van intreden hoe dan ook een 'echte' zuiver potestatieve voorwaarde is geworden. Of anders gezegd, het casuele deel van de voorwaardelijkheid heeft in feite betrekking op de vraag of het wilsrecht al dan niet kan worden uitgeoefend. Dit laat uiteraard onverlet dat deze kwalificatie van de voorwaarde alsnog wijzigt in een casuele voorwaarde indien de wilsgerechtigde partij reeds vóór het eventuele plaatsvinden van de onzekere gebeurtenis verklaart haar wilsrecht uit te oefenen voor het geval die gebeurtenis zou intreden.

Ten aanzien van *ontbindende* voorwaarden is de situatie anders. De gevolgen van de voorwaardelijke rechtsverhouding zijn immers aanvankelijk wel degelijk afhankelijk van het casuele element dat in de voorwaarde ligt besloten. Dat blijkt reeds voor de situatie dat het casuele element definitief niet plaatsvindt; de voorwaarde komt daarmee te vervallen en de rechtsverhouding wordt onvoorwaardelijk. Anders dan bij een dergelijke opschortende voorwaarde is het verkrijgen dan wel behouden van 'werking' van de rechtsverhouding niet hoe dan ook afhankelijk van de partijwil die in de uitoefening van het beroep is gelegen. Dat is voor wat betreft de materiële gevolgen een essentieel verschil. Dit laat onverlet dat als het casuele element op enig moment plaatsvindt, het al dan niet intreden van de voorwaarde uitsluitend nog afhankelijk is van het doen van beroep. Daarmee kwalificeert de voorwaarde vanaf dat moment alsnog als zuiver potestatief, met alle gevolgen van dien.²⁵²

In het vorenstaande verband wil ik wederom enige relativering aanbrengen ten aanzien van het belang van het vorenbesprokene. Voor zover het uitoefenen van een wilsrecht geobjectiveerd toetsbaar is – er is derhalve geen sprake van de mogelijkheid van een *willekeurige* uitoefening door die partij – is een dergelijk wilsrecht respectievelijk de voorwaarde niet zuiver potestatief van aard. Dit laatste wordt in alle onderzochte stelsels en ook door mij onderschreven.²⁵³ Dat is met name van belang, omdat ik zou menen dat bij erg veel

251 Kleijn spreekt daarentegen van een 'semi-potestatieve' voorwaarde, waarbij hij echter niet toelicht wat met deze terminologie bedoeld zou zijn (Kleijn in: Louwman & Kleijn 1998, p. 6).

252 Indien bijv. beoogd is dat mét het intreden van de voorwaarde – lees: het doen van beroep – ongedaanmakingsverplichtingen ontstaan, ontbreekt in mijn optiek iedere bindingswil (zie § 7.3.3.2) reeds per het moment van het plaatsvinden van het casuele element. Daarmee eindigt de rechtsverhouding derhalve niet door het eventuele latere 'beroep', maar direct per het moment dat het casuele element plaatsvindt.

253 Zie § 7.3.3.1 en 7.3.3.2.

voorwaarden waar 'beroep' op het intreden van de (aanvankelijk) onzekere gebeurtenis moet worden gedaan een dergelijke toetsing mogelijk is. De gebeurtenis waar beroep op moet worden gedaan zal immers voor de wilsgerechtigde partij in het verband van de rechtsverhouding een specifieke betekenis hebben. Het feit dat die gebeurtenis in het verband van de voorwaarde geen werking van rechtswege kent, betekent immers dat partijen (of in elk geval de wilsgerechtigde partij) die voorwaarde niet hoe dan ook wilden laten intreden.²⁵⁴ Daarin ligt besloten dat beoogd is, dat er omstandigheden zijn waarin de wilsgerechtigde partij geen beroep ten behoeve van het intreden van de voorwaarde wil of zal doen. Met andere woorden, het feit dat partijen een voorwaarde niet van rechtswege laten intreden, vormt als zodanig reeds een aanwijzing dat het eventuele uitoefenen van het wilsrecht niet geheel willekeurig zal kunnen plaatsvinden. Voor zover van dit laatste sprake is, is de voorwaarde waarop 'beroep' moet worden gedaan derhalve ook niet (zuiver) potestatief.

7.3.4.3 Potestatieve voorwaarden en de toekomstigheid van vorderingen

In § 6.2.5 bespreek ik voor het Nederlandse recht het moeilijke onderscheid tussen voorwaardelijke en toekomstige vorderingen. Voor het Duitse en (waarschijnlijk) het Zwitserse recht bestaat dit onderscheid niet, zodat ik behandeling van deze rechtsstelsels in het thans te bespreken verband achterwege laat.²⁵⁵ Dit onderscheid is voor het Nederlands recht in zijn huidige vorm terug te voeren op de jurisprudentie van de Hoge Raad en in de literatuur met name door Kleijn voorzien van een criterium op basis waarvan dit onderscheid zou zijn te maken. In § 7.3.3.2 verdedig ik in het kader van de bestaande bedenkingen tegen de mogelijkheid van zuiver potestatieve voorwaarden het volgende. Het 'criterium-Kleijn' zou bij zuiver potestatieve voorwaarden tot de conclusie leiden dat een afhankelijkheid van een zuiver potestatieve voorwaarde een vordering niet als voorwaardelijk maar als toekomstig zou laten kwalificeren. Immers, bij het door Kleijn aangebrachte en door een aanzienlijk deel van de literatuur aanvaarde onderscheid tussen een *intern* en een *extern element* bestaat nauwelijks twijfel, dat de uitoefening van een wilsrecht door een partij is te beschouwen als een intern element.²⁵⁶

254 Al is dat laatste wel mogelijk, bijv. in het geval het 'beroep' uitsluitend de functie heeft om vast te stellen per welk moment de voorwaarde exact intreedt (zie § 8.1.3).

255 Beide stelsels kwalificeren opschortend voorwaardelijke vorderingen als *toekomstig*. Daarmee is logischerwijs gegeven dat in de literatuur van beide rechtskringen de vraag naar een eventuele relatie tussen de potestatieve aard van een (opschortende) voorwaarde en de kwalificatie van vorderingen niet wordt gesteld; *alle* opschortend voorwaardelijke vorderingen zijn immers toekomstig.

256 Sterker, eigenlijk bestaat daarover geen enkele twijfel, althans als we inderdaad uitgaan van het 'criterium-Kleijn'. Dé reden dat in de visie van Kleijn de Hoge Raad in het arrest van 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (Staal Bankiers / Ambags q.q.) de desbetreffende vordering

Zoals ik in voormelde paragraaf echter eveneens stel, lijkt deze kwalificatie als intern element wellicht tevens toepassing te kunnen vinden op geobjectiveerd potestatieve voorwaarden. Weliswaar vormt de gebeurtenis van een dergelijke voorwaarde – het kopen van een auto, een verhuizing naar een andere plaats of de ontbinding van een huwelijk door echtscheiding – op zich geen essentieel vereiste voor de totstandkoming van de rechtsverhouding, maar het eventuele intreden van die gebeurtenis is wél geheel afhankelijk van de partijwil. De vraag is derhalve of een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde is te beschouwen als een intern of een extern element.

Lastig aan deze vraag is dat Kleijn het door hem aangenomen criterium nauwelijks heeft uitgewerkt. Het is derhalve niet zeker of Kleijn een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde al dan niet als een intern element zag. Voor de in de literatuur verdedigde varianten op en uitwerkingen van het 'criterium-Kleijn' geldt eveneens, dat enigszins onduidelijk blijft óf een dergelijke voorwaarde als een intern element kwalificeert. In de literatuur worden bijvoorbeeld niet uitsluitend totstandkomingsvereisten voor de rechtsverhouding als 'intern' beschouwd. Zo kwalificeert het daadwerkelijk verrichten van de tegenprestatie – derhalve een 'element' nadat de rechtsverhouding reeds tot stand is gekomen – volgens sommige auteurs als intern.²⁵⁷ Daaruit vloeit niet zonder meer voort dat geobjectiveerd potestatieve voorwaarden inderdaad als een intern element zouden moeten worden beschouwd. Wél kunnen we uit het vorenstaande afleiden dat het feit, dat dergelijke voorwaarden geen totstandkomingsvereiste voor de rechtsverhouding omvatten, blijkbaar niet afdoet aan de *mogelijkheid* dat deze als intern element kwalificeren. Als we het begrip intern element derhalve inderdaad niet beperken tot totstandkomingsvereisten voor de rechtsverhouding, maar beschouwen als de doorslaggevende partij-invloed, dan vormt de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde zonder meer een intern element.

Toch wringt dit laatste. Zoals we bij de verschillende rechtsstelsels zagen, is de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde 'onverdacht'; er bestaat vrijwel geen twijfel over dat een dergelijke voorwaarde een daadwerkelijke voorwaarde is en een geldige voorwaardelijke rechtsverhouding laat ontstaan.²⁵⁸ Dat geldt met name ook voor zover deze opschortend van aard is. Dit laatste in

als toekomstig kwalificeerde, bestond daaruit dat de betreffende debiteuren nog moesten verklaren of zij gebruik wensten te maken van hun wilsrecht (zie ook Kleijn 1993, p. 4). Daarmee ligt de kwalificatie van dit wilsrecht als (zuiver) potestatieve voorwaarde sterk voor de hand. Zie in deze zin ook: Steneker 2005, p. 26; Out 2003, p. 92. Van Mierlo en Van Velten plaatsen het arrest eveneens tegen het licht van de zuiver potestatieve voorwaarde, gezien hun verwijzing naar art. 1292 OBW (Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 83).

257 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 81; Out 2003, p. 89; Van Boom 1993, p. 109. Een opvatting waar ik mij overigens in het geheel niet mee kan verenigen, zie § 6.2.5.3 e.v.

258 Zie § 7.3.3.1 en 7.3.4.1.

tegenstelling tot opschortende zuiver potestatieve voorwaarden, die juist geen daadwerkelijke voorwaarden zijn.²⁵⁹ Bij gebreke aan een theoretisch kader bij het 'criterium-Kleijn' valt echter niet goed te beargumenteren waarom geobjectiveerd potestatieve voorwaarden geen intern element zouden vormen. Niettemin wil ik, gezien het feit dat geobjectiveerd potestatieve voorwaarden in alle andere opzichten volledig tot dezelfde gevolgen leiden als andere 'echte' voorwaarden, verdedigen dat de afhankelijkheid van een vordering van een dergelijke voorwaarde tot de kwalificatie van die vordering als *bestaand* leidt.

Als gezegd zullen zuiver potestatieve voorwaarden als een intern element kwalificeren, terwijl voor geobjectiveerd potestatieve voorwaarden wellicht – of misschien zelfs waarschijnlijk – hetzelfde geldt. Daaraan zou de conclusie zijn verbonden dat daarvan afhankelijke vorderingen als toekomstig moeten worden beschouwd, althans voor zover sprake is van een opschortende voorwaarde.²⁶⁰ Het interessante aan die vaststelling is dat de variant van opschortende zuiver potestatieve voorwaarden met een wilsrecht voor de crediteur door een deel van de moderne Nederlandse literatuur, door de gehele literatuur onder het OBW alsmede vermoedelijk door de Hoge Raad wel degelijk als een voorwaarde wordt gezien.²⁶¹ De opschortende *geobjectiveerd* potestatieve voorwaarde vormt als gezegd in de bestaande opinies vrijwel zeker een daadwerkelijke voorwaarde.²⁶² Tegelijkertijd wordt in de literatuur uit hoofde van de jurisprudentie van de Hoge Raad er veelal van uitgegaan dat een vordering onder een voorwaarde niet toekomstig kan zijn.²⁶³ Hier lijkt derhalve frictie te bestaan tussen de vorenbedoelde kwalificatie van potestatieve voorwaarden als daadwerkelijke voorwaarden en de kwalificatie van vorderingen onder een dergelijke voorwaarde als toekomstig.

Bij deze kwestie is wederom lastig dat in de jurisprudentie en literatuur weliswaar het onderscheid wordt gemaakt tussen voorwaardelijke en toekomstige vorderingen, maar dat – als we daarbij wederom uitgaan van het 'criterium-Kleijn' en de in de literatuur verwoorde varianten daarop – vanuit de theorie helemaal niet duidelijk is wáárom een kwalificatie als intern element zou leiden tot de vaststelling dat geen sprake is van een voorwaardelijke vordering. Voor zover de wil als inhoud van een *opschortende* zuiver potestatieve 'voorwaarde' betrekking heeft op een totstandkomingsvereiste – aanvaarding van een aanbod, verlenen van medewerking aan een levering – is die

259 Althans i.e.g. niet v.z.v. het wilsrecht aan de debiteur toekomt. Zelf verdedigde ik in § 7.3.3.3 dat ook een wilsrecht voor de *crediteur* u.h.v. een zuiver potestatieve opschortende voorwaarde niet mogelijk is.

260 Een ontbindende voorwaarde zou het directe bestaan van een vordering in de heersende opinies daarentegen waarschijnlijk niet beïnvloeden. Ik verdedig zelf dienaangaande een enigszins genuanceerder standpunt, zie § 7.3.3.2.

261 Zie § 7.3.3.1.

262 Zie § 7.3.2.

263 Zie § 6.2.5.

gedachte begrijpelijk, gewoonweg omdat geen sprake is van een daadwerkelijke voorwaarde.²⁶⁴ Buiten dat geval is het echter onduidelijk waarom een wilsrecht niet de inhoud van een voorwaarde zou kunnen vormen. Het ontbreken van een theoretisch kader bij het 'criterium-Kleijn' leidt derhalve tot moeilijk te beantwoorden vragen, zodra we dit criterium proberen toe te passen op zuiver potestatieve maar ook bij toepassing op geobjectiveerd potestatieve voorwaarden.

Niettemin valt het onderscheid tussen voorwaardelijke en toekomstige vorderingsrechten in relatie tot (ook) potestatieve voorwaarden wel degelijk in een theoretisch kader te plaatsen. Daarvoor moeten we echter een aantal stellingen aanvaarden die ik – deels in afwijking van hetgeen meestal in de literatuur wordt aangenomen – in § 6.2.5 heb verdedigd. De eerste daarvan is dat vorderingen onder voorwaarde wel degelijk kunnen kwalificeren als toekomstig. Ten aanzien van opschortende voorwaarden maakt die vaststelling voor zuiver potestatieve voorwaarden in deze geen verschil, omdat ik verdedig dat bij dergelijke voorwaarden hoe dan ook nog geen gebondenheid bestaat en derhalve evenmin sprake kan zijn van een bestaand (voorwaardelijk) vorderingsrecht.²⁶⁵ Voor ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden is deze vaststelling daarentegen wel van belang. Zoals we zagen worden dergelijke ontbindende voorwaarden veelal in de literatuur en ook door mij (met de in § 7.3.3.2 omschreven nuancerings van het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen en het dientengevolge geheel ontbreken van gebondenheid) als daadwerkelijke voorwaarden beschouwd. Dat laat onverlet dat een dergelijke voorwaarde er toe kan leiden dat een daarvan afhankelijk vorderingsrecht als toekomstig kwalificeert. Dit laatste is een gevolg van het door mij verdedigde criterium of het wilsrecht van de debiteur er toe strekt om desgewenst eenzijdig zijn gebondenheid te beëindigen. De van deze ontbindende voorwaarde afhankelijke vorderingsrechten kwalificeren derhalve in mijn visie als toekomstig.²⁶⁶

Daarmee zijn we tevens bij een tweede door mij verdedigde stelling aangeland. Het criterium voor het onderscheid tussen bestaand voorwaardelijke en toekomstige vorderingen is niet gelegen in het onduidelijke onderscheid tussen *interne* en *externe* elementen, maar in het criterium of de debiteur het in de hand heeft de gebeurtenis al dan niet te laten intreden, zónder dat gezegd kan worden dat hij daarmee eventueel tekortschiet jegens zijn wederpartij. Met andere woorden, het gaat ook in dit verband om de vraag of sprake is van een daadwerkelijke gebondenheid van de debiteur. Dat geldt overeenkomstig het vorenstaande niet uitsluitend voor ontbindende voorwaarden, maar ook voor opschortende. Is de debiteur (of zoals ik in § 7.3.3.3 verdedig ook de crediteur) geheel vrij om de opschortende voorwaarde al dan niet te laten

264 Zie § 7.3.3.2.

265 Zie § 7.3.3.2.

266 Zie § 6.2.5.6 en 7.3.4.3.

intreden, dan ontbreekt de gebondenheid en is derhalve geen sprake van een bestaande rechtsverhouding noch een bestaande voorwaardelijke vordering. Is de vordering daarentegen afhankelijk van het plaatsvinden van een gebeurtenis waarbij geen sprake is van willekeur bij de debiteur (of crediteur) – op deze partij rust bijvoorbeeld een inspanningsverplichting om die gebeurtenis te laten plaatsvinden – dan kwalificeert de vordering als opschortend voorwaardelijk. Tussen de ontbindende en de opschortende voorwaarde zonder de bedoelde ‘gebondenheid’ bestaat slechts in die zin verschil, dat de ontbindende voorwaarde het directe bestaan van de rechtsverhouding in beginsel onverlet laat,²⁶⁷ terwijl de opschortende voorwaarde bij gebrek aan die gebondenheid de rechtsverhouding in het geheel nog niet laat ontstaan. De eerste leidt derhalve tot een toekomstige vordering uit een bestaande rechtsverhouding, de tweede tot een toekomstige vordering uit een nog niet bestaande rechtsverhouding.

In verband met het vorenstaande resteert nog een laatste vraag. Een bescheiden aantal auteurs gaat ervan uit dat het door de Hoge Raad aangebrachte onderscheid tussen bestaande voorwaardelijke vorderingen en toekomstige vorderingen ook betekenis heeft buiten het verband van de kwalificatie van vorderingen. Van Straaten noemt het arrest van 25 maart 1988 ter zake het bij gebrek aan een wilsverklaring nog niet tot stand gekomen zijn van een levering.²⁶⁸ Mijnssen en De Haan spreken uit hoofde van voormeld arrest hun twijfels uit of het recht van wederinkoop (art. 1555 OBW) wel is te beschouwen als een recht onder ontbindende voorwaarde, omdat de Hoge Raad in voormeld arrest het afleggen van een wilsverklaring niet als een (opschortende) voorwaarde aanmerkte.²⁶⁹

Deze opvattingen onderschrijf ik voor wat betreft de vorenbesproken kwestie van het ontbreken van gebondenheid ter zake de rechtsverhouding respectievelijk het nog niet voldaan zijn aan een totstandkomingsvereiste voor die rechtsverhouding. Derhalve met name in het verband van de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde. Het ontbreken van een dergelijke gebondenheid of het anderszins nog niet voldaan zijn aan een totstandkomingsvereiste heeft immers ook gevolgen buiten het vraagstuk van de kwalificatie van vorderingen. Echter, of we ook in zijn algemeenheid aan deze jurisprudentie van de Hoge Raad gevolgen mogen verbinden, wil ik betwijfelen. Uit het voormelde arrest wil ik met name niet afleiden dat een wilsverklaring als zodanig geen voorwaarde zou kunnen vormen, zoals Mijnssen en De Haan lijken te doen. Weliswaar zal een dergelijke wilsverklaring vooral bij (beoogde) opschortende voorwaardelijkheid inderdaad niet als een voorwaarde kwalifice-

267 Nogmaals, in mijn optiek tenzij het intreden van de voorwaarde zou leiden tot het ongedaan moeten maken van hetgeen reeds gepresteerd is.

268 Zie zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18.

269 Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 184.

ren, maar dat is een specifiek gevolg van het nog niet tot stand komen van de rechtsverhouding. De in § 7.3.3.1 besproken jurisprudentie van de Hoge Raad laat ook geen twijfel bestaan over mogelijkheid van een wilsverklaring als inhoud van een voorwaarde.

7.3.4.4 Potestatieve voorwaarden en goederenrechtelijke werking

Inleiding

Aan het slot van § 7.3.3 stelde ik dat het verbintenissenrecht uiteenlopende alternatieven biedt, indien en voor zover we (zuiver) potestatieve voorwaarden als onmogelijk beschouwen. Ten aanzien van een beschikken onder voorwaarde ontbreken daarentegen dergelijke alternatieven. Uitsluitend de figuur van de voorwaarde kent immers de mogelijkheid waarbij partijen zelf invulling geven aan een gebeurtenis die leidt tot een goederenrechtelijke (retro-)overgang van een goed. De thans te bespreken vraag naar mogelijke goederenrechtelijke werking van potestatieve voorwaarden is derhalve in die zin wezenlijk, dat eventuele alternatieve figuren dit gevolg niet kunnen bieden.

Geldend recht, OBW

Het mag opvallend heten dat in de Nederlandse literatuur sinds lange tijd brede aandacht bestaat voor zuiver potestatieve voorwaarden, maar dat buiten de hierna besproken kwestie van de herroepelijkheid van schenkingen de goederenrechtelijke werking van dergelijke voorwaarden nauwelijks aandacht krijgt. Ik zou namelijk verwachten dat met name van faillissementsrechtelijke zijde bedenkingen zouden bestaan tegen goederenrechtelijke werkende voorwaarden die bestaan uit een wilsrecht. Wat daar van zij, in verband met het onbetwiste uitgangspunt dat voorwaarden in zijn algemeenheid goederenrechtelijke werking hebben, kunnen we uit dit gebrek aan aandacht wellicht afleiden dat een dergelijke goederenrechtelijke werking ook bij zuiver potestatieve voorwaarden voor het geldend recht veelal wordt aanvaard. Het vraagstuk kan vanzelfsprekend ook gewoonweg aan de aandacht zijn ontsnapt.

Voor een dergelijke goederenrechtelijke werking is uiteraard vereist dat de betreffende variant van de zuiver potestatieve voorwaarde ook inderdaad als een daadwerkelijke voorwaarde kwalificeert. Zoals ik bij de inleiding reeds stelde, kennen figuren die een eventueel verbintenisrechtelijk alternatief voor onmogelijke voorwaarden vormen immers naar hun aard geen goederenrechtelijke werking. In § 7.3.3.1 besprak ik de zuiver potestatieve voorwaarde voor het geldend recht en het OBW, waaruit volgde dat in ieder geval de opschortende voorwaarde met een wilsrecht voor de debiteur als mogelijke voorwaarde in beide stelsels breed wordt afgewezen. Daaruit volgt derhalve dat een dergelijke 'voorwaarde' – uiteraard – ook geen goederenrechtelijke werking kan hebben. Bij een deel van de andere varianten van zuiver potestatieve

voorwaarden bestaan voor het geldend recht echter ook bedenkingen.²⁷⁰ Per saldo mag uitsluitend de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de crediteur voor het geldend recht op brede aanvaarding rekenen. Voor het OBW kwam daar nog de *opschortende* zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de crediteur bij. Daaruit volgt dat de mogelijke goederenrechtelijke werking van de resterende varianten eveneens aan diezelfde bedenkingen is onderworpen. Maar ook voor zover we ervan uitgaan dat een bepaalde zuiver potestatieve voorwaarde inderdaad een voorwaarde vormt, blijven voor het geldend recht bij die goederenrechtelijke werking in zekere mate twijfels bestaan, waar ik onderstaand op terugkom.

Bij verscheidene auteurs vinden we in ieder geval uitdrukkelijke aanvaarding van de goederenrechtelijke werking van zuiver potestatieve voorwaarden. De literatuur ter zake het schenkingsrecht gaat bijvoorbeeld sinds de invoering in het NBW van titel 7.3 in het verband van de mogelijke herroepelijkheid van schenkingen merendeels uit van goederenrechtelijke werking.²⁷¹ Dit laatste in navolging van de opvatting van de wetgever dienaangaande.²⁷² De redenering ter onderbouwing van dat standpunt is recht-toe-recht-aan: herroepelijkheid wordt vormgegeven door middel van ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden met een wilsrecht voor de schenker en voorwaarden in de zin van art. 3:38 en 6:21 BW hebben goederenrechtelijke werking. Enige twijfel uit hoofde van het gegeven dat verschillende varianten van zuiver potestatieve voorwaarden in de algemeen vermogensrechtelijke literatuur wel degelijk zijn betwist – waaronder de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de debiteur (in casu de schenker) – worden in de vorenbedoelde schenkingsrechtelijke literatuur niet geuit.²⁷³ Ook het feit dat de uitoefening van een wilsrecht sec goederenrechtelijke gevolgen in het leven roept, leidt evenmin tot twijfels. Zie in dit laatste verband ook de opvatting van Castrop

270 In § 7.3.3.3 besprak ik dat in mijn eigen opvatting zelfs geen enkele variant van opschorten-de zuiver potestatieve voorwaarden een daadwerkelijke voorwaarde kan zijn. De ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde is daarentegen ook naar mijn opvatting mogelijk, echter met uitzondering van de ontbindende voorwaarde uit hoofde waarvan ook het reeds gepresteerde weer ongedaan gemaakt zou moeten worden.

271 Asser/Perrick 4 2013, p. 312; Schols 2011, p. 42; Houwer & Bruggink 2009, p. 179; Vegter 2008-I, p. 169, 170; Van Vijfeijken 2008, p. 173; Blokland 2007, p. 15; Maasland 2007, p. 7; Dijk 2005, p. 84; Mellema-Kranenburg 2004, p. 40; Burgerhart & Schols 2003, p. 117; Verstappen in: Van Mourik e.a. 2011, p. 657, 658 (waarbij Verstappen overigens onterecht wijst op HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506. In dit arrest was weliswaar sprake van een opschortend voorwaardelijke schenking, maar de voorwaarde werd gevormd door een toekomstige huwelijkssluiting en niet door het toekomstige uitoefenen van een wilsrecht als zodanig).

272 Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 6, p. 7.

273 Een beperkt aantal auteurs wijst een dergelijke herroepelijkheid als volledig vrij wilsrecht overigens wel degelijk af, zie bijv. Schelhaas in: Wessels & Verheij 2013, p. 127, 128.

ter zake de door hem onderschreven goederenrechtelijke werking van een opschortende zuiver potestatieve voorwaarde.²⁷⁴

In lagere rechtspraak gewezen onder het NBW is de mogelijkheid van zuiver potestatieve voorwaarden met goederenrechtelijke werking ook buiten herroepelijkheid van schenkingen aanvaard, met name in het kader van het (thans als wettelijke figuur vervallen) recht van wederinkoop.²⁷⁵ Dit recht van wederinkoop kwalificeerde onder het OBW zonder veel twijfel als een ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde met een wilsrecht voor de verkoper. De goederenrechtelijke werking van deze figuur werd onder het OBW ook aanvaard.²⁷⁶ Het blijft echter onduidelijk of daarmee voor het OBW tevens gezegd kon worden dat zuiver potestatieve voorwaarden in zijn algemeenheid goederenrechtelijke werking kenden. Meijers sprak zich niet expliciet uit over deze mogelijkheid van goederenrechtelijke werking. Het heeft er echter wel de schijn van dat deze in het verband van het recht van wederinkoop – ook voor het NBW als een nog steeds door partijen contractueel in het leven te roepen figuur – in de TM aanvaard is.²⁷⁷ Tenminste een deel van de moderne literatuur is daarin gevolgd.²⁷⁸ Naast dit recht van wederinkoop is ook de goederenrechtelijke werking van een ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde ter zake een ouderlijke boedelverdeling in de zin van art. 1167 OBW in de literatuur en – waarschijnlijk – door de Hoge Raad aanvaard.²⁷⁹ In dit laatste verband blijft het echter de vraag of de aanvaarding van goederenrechtelijke werking in het specifieke verband van een ouderlijke boedelverdeling wel betekenis heeft voor het algemene vermogensrecht.²⁸⁰

274 Castrop bespreekt de figuur van een verkoop en levering onder opschortende voorwaarde van 'afroep' door de (beoogde) koper (Castrop 2003, p. 301). Castrop noemt niet dat sprake zou zijn van een zuiver potestatieve voorwaarde, maar dat lijkt weinig twijfel. Weliswaar is de bedoeling dat een dergelijke afroep pas plaatsvindt na een objectieve gebeurtenis (vastlopen van een boorkop), maar de voorwaarde lijkt toch uitsluitend te bestaan uit deze afroep (zie p. 302). Echter ook voor zover dat laatste door Castrop anders bedoeld is, vormt een dergelijke afroep als zodanig nog steeds een zuiver potestatieve voorwaarde (zie § 7.3.4.2).

275 Rb. Leeuwarden 17 oktober 2006, LJN: AZ0604, r.o. 2.9.

276 Asser/Kamphuisen 1960, p. 124 (met overzicht van literatuur). Zie ook: Van Velten 2012, p. 130; Scheltema 2003, p. 384.

277 Althans, de TM lijkt i.e.g. van die mogelijkheid uit te gaan (PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), TM, p. 15).

278 Asser/Hijma 7-I* 2013, p. 129 (al is Hijma wel terughoudend v.w.b. de wenselijkheid daarvan); Scheltema 2003, p. 384; Kleijn in: Louwman & Kleijn 1998, p. 6 (eerder was Kleijn echter terughoudender: Kleijn 1995, p. 9, 10. Daarbij beschouwde Kleijn de ontbindende voorwaarde waar door een partij 'beroep' op moest worden gedaan – te kwalificeren als een zuiver potestatieve voorwaarde, zie § 7.3.4.2 – uitdrukkelijk niet als een voorwaarde, maar als een obligatoir annuleringsrecht).

279 Perrick 1992, p. 790, 791; HR 17 januari 1996, BNB 1996, 112c.

280 In voormeld arrest concludeert de Hoge Raad dat een voorwaardelijk tot stand gebrachte ouderlijke boedelverdeling t.g.v. het intreden van de zuiver potestatieve voorwaarde weer ongedaan is gemaakt (zie ter zake dit arrest ook § 7.1.2.3 onder 'geldend recht'). De Hoge Raad stelt t.a.v. het intreden van die voorwaarde dat 'de verdeling niet geldt', hetgeen

In de meer algemeen vermogensrechtelijke moderne literatuur vinden we op beperkte schaal echter ook weerstand tegen goederenrechtelijke werking bij zuiver potestatieve voorwaarden. Van Velten stelt bijvoorbeeld dat het recht van wederinkoop niet in het NBW is opgenomen, juist mede omdat uitoefening daarvan goederenrechtelijke werking zou hebben.²⁸¹ In een breder verband vinden we de – voor het geldend recht terechte en hiervoor reeds genoemde – betwisting van de gedachte dat zuiver potestatieve voorwaarden (steeds) een daadwerkelijke voorwaarde vormen. Van Straaten bijvoorbeeld beschouwt de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde niet als een voorwaarde, maar als een vooralsnog ontbrekende wilsverklaring.²⁸² Omdat Van Straaten de goederenrechtelijke werking van voorwaarden plaatst in het licht van de voorwaardelijkheid van de levering, komt zijns inziens bij een zuiver potestatieve opschortende voorwaarde derhalve ook (nog) geen levering tot stand en ontbreekt diensgevolge ook goederenrechtelijke werking.

Maar ook voor zover sprake zou zijn van een *ontbindende* zuiver potestatieve voorwaarde wordt in de literatuur wel betwist dat de daarin gelegen wilsverklaring een voorwaarde kan vormen.²⁸³ Deze gedachte wordt in de literatuur mede gebaseerd op het arrest van 25 maart 1988, waarin de Hoge Raad lijkt vast te stellen dat de uitoefening van een wilsrecht in elk geval in het kader van het ontstaan van een vorderingsrecht niet als een voorwaarde kwalificeert.²⁸⁴ Zoals ik echter aan het slot van de vorige paragraaf reeds stelde, laat de in § 7.3.3.1 besproken jurisprudentie er weinig twijfel over bestaan dat een ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde op zich mogelijk is, óók voor zover het wilsrecht aan de debiteur toekomt. De te beantwoorden vraag is in mijn eigen optiek dan ook meer, of een dergelijke voorwaarde bestaanbaar is indien deze tot ongedaanmaking – thans door middel van goederenrechtelijke werking – zou leiden van hetgeen reeds gepresteerd is. Deze vraag bespreek ik bij de ‘nadere uitwerking’.

nauwelijks anders opgevat kan worden dan dat de aanvankelijke verdeling weer met goederenrechtelijke effect ongedaan is gemaakt. Een zekere mate van twijfel v.w.b. de strekking van dit arrest is daarin gelegen, of de door mij in § 7.3.3.2 omschreven problematiek van ongedaanmaking en het m.i. daaruit voortvloeiende ontbreken van gebondenheid ingeval van een ouderlijke boedelverdeling wel toepassing vindt. Van een door partijen (de erfgenamen) in het leven geroepen onderlinge gebondenheid is bij die figuur geen sprake, zodat het de vraag is of de uit de voorwaarde voortvloeiende ongedaanmaking d.m.v. goederenrechtelijke werking van de voorwaarde ook buiten deze specifieke figuur betekenis heeft.

281 Van Velten 2012, p. 130. Overigens geeft Van Velten niet aan waar deze stelling op is gebaseerd.

282 Van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18.

283 Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 184.

284 HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (Staal Bankiers/Ambags q.q.). Naar dit arrest verwijzend: Van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 184. Zie verder § 7.3.4.3.

Op grond van het vorenstaande kunnen we concluderen dat de eventuele goederenrechtelijke werking van zuiver potestatieve voorwaarden in zekere mate omstreden is. Met de nodige slagen om de arm kunnen we stellen dat er voor het geldend recht op basis van de literatuur iets meer te zeggen valt vóór aanvaarding van die mogelijkheid. Het hele vraagstuk is echter nauwelijks uitgewerkt en in die zin zou ik niet goed durven voorspellen hoe de Hoge Raad daar wellicht ooit over zal oordelen.

In § 7.3.2 zagen we dat de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde onder het geldend recht als zelfstandige figuur nauwelijks of geen aandacht krijgt. Dit laatste in tegenstelling tot het OBW, waar deze in het verband van art. 1292 OBW juist volop in de belangstelling stond. Er bestaat geen enkele twijfel over dat de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde onder het OBW algemeen als daadwerkelijke voorwaarde werd aanvaard. Uit niets blijkt dat met de invoering van het NBW enige wijziging aangaande die aanvaarding is ingetreden, zodat we er naar alle waarschijnlijkheid van uit kunnen gaan dat de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde ook voor het geldend recht nog steeds als voorwaarde mogelijk is.

We zagen echter tevens dat noch onder het NBW noch onder het OBW uitdrukkelijk gesteld wordt dat mét de aanvaarding van geobjectiveerd potestatieve voorwaarden ook alle materiële gevolgen van de figuur van voorwaarden intreden. Ook al ligt dat laatste met de aanvaarding van de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde als daadwerkelijke voorwaarde voor de hand, enige uitdrukkelijke bevestiging ook ten aanzien van de goederenrechtelijke werking ontbreekt. Voorop zij gesteld dat twijfels ten aanzien van die goederenrechtelijke werking uitsluitend zouden kunnen bestaan, indien en voor zover we de zuiver potestatieve voorwaarde géén goederenrechtelijke werking toekennen. Ieder argument ontbreekt namelijk om goederenrechtelijke werking bij varianten van zuiver potestatieve voorwaarden te aanvaarden en deze werking bij diezelfde varianten als geobjectiveerd potestatieve voorwaarde af te wijzen. Maar ook voor zover we aan (een variant van) een zuiver potestatieve voorwaarde geen goederenrechtelijke werking toekennen, dan nog kunnen we er voor het geldend recht en in overeenstemming met het Duitse en Zwitserse recht waarschijnlijk van uitgaan dat geobjectiveerd potestatieve voorwaarden wel degelijk goederenrechtelijke werking kennen. Dit laatste dus niet uit hoofde van enige erkenning in bijvoorbeeld de literatuur, maar omdat de argumenten voor het ontbreken van goederenrechtelijke werking bij zuiver potestatieve voorwaarden nauwelijks of geen toepassing vinden op geobjectiveerd potestatieve voorwaarden. Ik kom daar bij de 'nadere uitwerking' op terug.

Duits recht

De mogelijkheid van goederenrechtelijke werking van zuiver potestatieve voorwaarden is voor het Duitse recht explicieter omstreden dan voor het Nederlandse recht. Ten aanzien van beschikkingen wordt in verband met de

rechtszekerheid de mogelijkheid van zowel opschortende als van ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden (*Wollensbedingungen*) door een deel van de auteurs afgewezen.²⁸⁵ Naar we moeten aannemen wordt met dit argument bedoeld op het feit dat het intreden van de voorwaarde niet objectief vaststelbaar is, maar helemaal duidelijk is dit niet. Een ander deel van de literatuur wijst bij beschikkingen echter uitsluitend de *ontbindende Wollensbedingung* af, maar staat deze als *opschortende* voorwaarde weer toe.²⁸⁶ De afwijzing van de ontbindende *Wollensbedingung* bij beschikkingen wordt door deze auteurs niet zozeer gebaseerd op vorenvermeld argument van onvoldoende rechtszekerheid (dat immers ook toepassing zou vinden op de door hen wel aanvaarde opschortende *Wollensbedingung*), maar op de gelijkenis van een dergelijke ontbindende *Wollensbedingung* met een terugtrekings- of opzeggingsrecht. Deze beide wijzen van beëindiging kunnen op grond van de wettelijke regeling in het BGB uitsluitend betrekking hebben op obligatoire verhoudingen en derhalve niet op beschikkingen.²⁸⁷

Voor zover de mogelijkheid van een beschikking onder een *Wollensbedingung* in de literatuur wél wordt aanvaard, worden met name door Flume daaraan toch niet alle gebruikelijke rechtsgevolgen verbonden. Zo verkrijgt de verwachter uitsluitend een Anwartschaftsrecht indien het wilsrecht voortvloeiend uit de *Wollensbedingung* door deze verwachter zelf kan worden uitgeoefend.²⁸⁸ Daarnaast zou § 161 BGB ter zake het verval van tussenbeschikkingen door de bezwaarde bij het intreden van de voorwaarde geen toepassing vinden, zodat de verwachter niet tegen dergelijke beschikkingen is beschermd in goederenrechtelijke zin.²⁸⁹ Daaruit vloeit tevens voort dat het goed door schuldeisers van de bezwaarde ook kan worden uitgewonnen zonder goederenrechtelijke bescherming van de verwachter. Tot slot is normaal gesproken het moment van de (voorwaardelijke) totstandkoming van de beschikking het toetsingsmoment voor de goede trouw van de verkrijger. Bij

285 (vermoedelijk) PWW/Brinkmann 2014, p. 219; Staudinger/Bork 2010, p. 314; Jauernig/Jauernig 2009, p. 118; Hübner 1996, p. 472.

286 Wolf 1999, p. 505, 506 (althans, de mogelijkheid als opschortende voorwaarde moeten we daaruit afleiden dat Wolf § 161 BGB ter zake het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde 'niet zonder meer' toepasbaar acht); Flume 1992, p. 687. Bij Schellhammer (Schellhammer 2014, p. 1062) treffen we een passage met dit standpunt thans niet meer aan, i.t.t. de druk uit 2005 op p. 933). V.w.b. deze laatste mogelijkheid moeten we overigens voor ogen houden dat het Duitse recht op grond van het *Abstraktionsprinzip* de mogelijkheid kent van een geldige beschikking, zelfs al zou de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde tot de conclusie leiden dat tussen partijen een rechtsgrond voor die beschikking ontbreekt.

287 Flume 1992, p. 687. Zie ook de druk van Schellhammer 2014 uit 2005 op p. 933.

288 Hetgeen op zich geheel in lijn is met het vereiste van een geseceureerde positie van de verwachter, zoals dat in het kader van het bestaan van een Anwartschaftsrecht steeds wordt geëist. Zie verder § 11.3.2.2.

289 Flume 1992, p. 687.

de *Wollensbedingung* geldt volgens Flume daarentegen het moment van uitoefening van het wilsrecht, derhalve het intreden van de voorwaarde.

Ook al wordt het uitsluitend door Flume expliciet gesteld, niettemin kunnen we er voor het Duitse recht van uitgaan dat de *geobjectiveerd* potestatieve voorwaarde goederenrechtelijke werking heeft.²⁹⁰ Dit volgt niet alleen daaruit dat dergelijke voorwaarden uitdrukkelijk als normale voorwaarden worden beschouwd,²⁹¹ maar tevens dat de vorenbesproken niet-toepasselijkheid van de goederenrechtelijke werking uitsluitend naar voren wordt gebracht in het kader van de *Wollensbedingung*. Met andere woorden, de *Wollensbedingung* vormt ook ten opzichte van de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde de uitzondering op het uitgangspunt van goederenrechtelijke werking.

Zwitsers recht

Zoals ik eerder vaststelde mag uit de Zwitserse literatuur worden afgeleid dat geobjectiveerd potestatieve voorwaarden als 'echte' voorwaarden worden beschouwd.²⁹² Mede gezien het feit dat geen enkele bestudeerde auteur de goederenrechtelijke werking bij geobjectiveerd potestatieve voorwaarden ontkent, mag daaraan waarschijnlijk de conclusie worden verbonden dat beschikkingen onder een dergelijke voorwaarde breed zijn aanvaard.²⁹³ Gutmans en Stiefel stellen in overeenstemming daarmee ook expliciet dat geobjectiveerd potestatieve voorwaarden aan een beschikking kunnen worden verbonden.²⁹⁴

In de literatuur worden echter ook de *Wollensbedingungen* als daadwerkelijke voorwaarden beschouwd.²⁹⁵ Daar zou alsdan waarschijnlijk uit volgen dat ook aan een dergelijke voorwaarde goederenrechtelijke werking wordt toegekend. Gutmans aanvaardt deze laatste mogelijkheid waarschijnlijk en Stiefel met zekerheid.²⁹⁶ Daarmee hebben potestatieve voorwaarden in alle varianten voor het Zwitsers recht waarschijnlijk goederenrechtelijke werking.

290 Flume 1992, p. 705. Let wel, Flume hanteert de term *Potestativbedingung* uitsluitend voor de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde (Flume 1992, p. 683, 684).

291 PWW/Brinkmann 2014, p. 218; Staudinger/Eckpfeiler 2014, p. 269; Wolf/Neuner 2012, p. 645; Staudinger/Bork 2010, p. 313, 314; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122; (impliciet) Flume 1992, p. 683.

292 Zie § 7.3.2. Enige twijfel vinden we bij Staehelin, die weliswaar de aanvaarding van zuiver potestatieve voorwaarde onderschrijft, maar tegelijkertijd vraagtekens plaatst bij de kwalificatie als echte voorwaarde (Staehelin 1993, p. 18).

293 Althans, de mogelijkheid van beschikkingen onder welke voorwaarde dan ook ter is zake de te onderscheiden goederen voor het Zwitsers recht deels omstreden. Zie § 11.1.4 en 11.2.5.3.

294 Gutmans 1995, p. 12, 13; Stiefel 1918, p. 87, 88.

295 Zie § 7.3.3.1.

296 Gutmans 1995, p. 12, 13; Stiefel 1918, p. 87, 88.

Nadere uitwerking

Uit hoofde van de vorenstaande bespreking van de verschillende stelsels ter zake de goederenrechtelijke werking van de *geobjectiveerd* potestatieve voorwaarde mag worden geconstateerd, dat het verbinden van een dergelijke voorwaarde aan een beschikkingshandeling op brede aanvaarding mag rekenen. Dat is ook terecht in die zin dat geobjectiveerd potestatieve voorwaarden als 'echte' voorwaarden kwalificeren en derhalve in dat opzicht geen reden bestaat een goederenrechtelijk effect aan dergelijke voorwaarden te onthouden. Bovendien vinden de hierna besproken bedenkingen ten aanzien van goederenrechtelijk werkende zuiver potestatieve voorwaarden geen toepassing op geobjectiveerd potestatieve voorwaarden. Geobjectiveerd potestatieve voorwaarden kunnen derhalve aan een beschikken worden verbonden en hebben alsdan ook goederenrechtelijke werking.

Zoals we bij de vorenstaande bespreking echter eveneens zagen, komt met betrekking tot de mogelijkheid van *zuiver* potestatieve voorwaarden verbonden aan een beschikking bij de verschillende stelsels een nogal diffuus beeld naar voren. Het Zwitsers recht aanvaardt die mogelijkheid waarschijnlijk, hetgeen – in elk geval op basis van de figuur van het recht van wederinkoop – vermoedelijk ook gold voor het OBW. In het huidige Nederlandse recht wordt hier enigszins verschillend over gedacht, terwijl voor het Duitse recht de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde bij beschikkingen wordt afgewezen, maar als opschortende voorwaarde weer omstreden is. Bij dat alles moeten we echter voor ogen houden dat dit vraagstuk veelal door slechts een bescheiden aantal auteurs ter sprake wordt gebracht en dat de uitwerking daarvan bovendien vrijwel steeds nogal marginaal is.

Wat er van dit alles zij, in mijn optiek zijn er nogal wat argumenten tegen de aanvaarding van *zuiver* potestatieve voorwaarden verbonden aan een beschikking. Onomstreden is in ieder geval dat, wil die mogelijkheid bestaan, een dergelijke voorwaarde ook daadwerkelijk als voorwaarde kwalificeert. Zoals ik immers eerder stelde hebben verbintenisrechtelijke alternatieven voor een voorwaarde hoe dan ook geen goederenrechtelijke werking, waarmee een dergelijk alternatief derhalve ook niet aan de beschikking kan zijn verbonden. Dat betekent tevens dat een *opschortende* zuiver potestatieve voorwaarde niet in de weg mag staan aan de (beoogde) beschikkingshandeling. Het bijvoorbeeld nog niet aanvaarden van de levering door de 'wilsgerechtigde' partij uit hoofde van een opschortende zuiver potestatieve voorwaarde voorkomt echter juist dat de overdracht tot stand komt. Althans, in ieder geval voor zover we de levering (of de handeling van vestiging van een beperkt recht) niet uitsluitend als een feitelijke kwestie willen zien. Het vooralsnog ontbreken van een totstandkomingsvereiste voor de beoogde rechtshandeling brengt immers – als

een van de vormen van een *wettelijke voorwaarde*²⁹⁷ – geen voorwaardelijke rechtsverhouding tot stand.

Maar ook als we de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde buiten het verband van de levering zouden willen plaatsen – de juridische systematiek van de voorwaardelijke beschikking en de verklaring van het goederenrechtelijke effect van de voorwaarde zijn voor het Nederlandse geldend recht immers omstreden²⁹⁸ – dan nog leidt dit niet tot een andere conclusie. De vervreemder of verkrijger als wilsgerechtigde partij geeft immers door middel van die voorwaarde aan de overdracht juist nog niet te willen bewerkstelligen. Een partij kan binnen partijverhoudingen uiteraard niet ‘zomaar’ de eigendom van een zaak verliezen of verkrijgen; aan de uiteindelijke overdracht door middel van de levering ligt altijd de partijwil ten grondslag. Dat is niet anders als we bij een levering geen betekenis willen toekennen aan de figuur van de goederenrechtelijke overeenkomst. Aan de alsdan ‘feitelijke’ levering is immers nog steeds inherent dat partijen die handeling inderdaad als levering bedoelen en daarmee ook *willen* dat sprake is van een eigendomsovergang. Met andere woorden, aan de afwijzing van de eigendomsovergang door partijen uit hoofde van de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde is inherent dat (bijvoorbeeld) de feitelijke overhandiging van een zaak door partijen nog niet als levering in de zin van art. 3:90 BW wordt beschouwd. De conclusie is dan ook dat een opschortende zuiver potestatieve voorwaarde hoe dan ook voorkomt dat überhaupt sprake is van een levering en ontbeert – bij gebrek aan een ontstane voorwaardelijke rechtsverhouding – dus ook goederenrechtelijke werking.

Buiten het vorenstaande punt van het ontbreken van een levering bestaat er bij een opschortende zuiver potestatieve voorwaarde ook nog een probleem met het toetsingsmoment voor de geldigheid van een beschikking. Vereisten als beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder of goede trouw bij de verkrijger worden getoetst per het moment van de levering, ongeacht of de beschikking onvoorwaardelijk of voorwaardelijk is.²⁹⁹ Dit toetsingsmoment is geobjectiveerd in die zin, dat het steeds samenvalt met de levering. Het moment van toetsing staat daarmee geheel buiten de partijwil, uiteraard met inachtneming van het feit dat partijen wél bepalen wat het moment van de levering is. Partijen kunnen dit toetsingsmoment dus ook niet vervroegen, zodat bijvoorbeeld een eerder aanwezige maar ten tijde van de levering alsnog ontbrekende beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder een overdracht in de weg staat.

Bij een opschortende zuiver potestatieve voorwaarde met goederenrechtelijke werking is echter in feite sprake van een dergelijke vervroeging. Ook bij een dergelijke voorwaarde zou het toetsingsmoment zijn gelegen op het

297 Zie § 4.1.4.3.

298 Zie hoofdstuk 11.

299 Zie § 11.1.3.

moment van de levering. De daadwerkelijke rechtsovergang is echter afhankelijk van de nog uit te oefenen wil. Bij een *onvoorwaardelijke* beschikking is de rechtsovergang eveneens afhankelijk van de partijwil, met dien verstande dat uit die partijwil voortvloeit op welk moment de levering plaatsvindt en daarmee tevens per welk moment getoetst wordt. Bij de thans besproken opschortende zuiver potestatieve voorwaarde is dat laatste echter anders. Partijen leveren 'alvast', terwijl de eventuele toekomstige rechtsovergang afhankelijk blijft van de toekomstige wilsuiking.

De partijwil gericht op een vroegtijdige levering zorgt er derhalve voor dat het toetsingsmoment gelegen is op een eerder moment dan de (eventuele toekomstige) partijwil als gericht op de uiteindelijke rechtsovergang. Met andere woorden, partijen zouden een eerder toetsingsmoment creëren dan het moment waarop de wilsgerechtigde partij de beschikking effect laat verkrijgen. Bij de bespreking van het Duitse recht zagen we, dat Flume in deze kwestie een uitweg zoekt door niet alle normale (goederenrechtelijke) gevolgen aan een zuiver potestatieve voorwaarde te verbinden. Ik zou echter menen dat ook uit het vorenstaande volgt, dat de opschortende zuiver potestatieve voorwaarde zich als figuur gewoon slecht leent voor goederenrechtelijke werking.

De vorenstaande argumenten tegen goederenrechtelijke werking hebben geen betrekking op *ontbindende* zuiver potestatieve voorwaarden. Dat laat onverlet dat ook deze ontbindende voorwaarden in mijn optiek en daarmee in afwijking van met name de Nederlandse schenkingsrechtelijke literatuur geen voorwaarde kunnen vormen bij een beschikking. Ook daarvoor bestaan uiteenlopende argumenten. De 'lichtste' daarvan bestaat uit een a contrario benadering van een van de argumenten voor juist de aanvaarding van de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde in zijn algemeenheid. Deze aanvaarding wordt soms onderbouwd op basis van de gedachte dat de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde in feite niets anders is dan een annulerings- of opzeggingsrecht.³⁰⁰ De uitoefening van een annulerings- of opzeggingsrecht heeft echter (uitgezonderd de in art. 3:81 lid 2 BW bedoelde opzegging van beperkte rechten) geen goederenrechtelijk effect. Daarmee vormt derhalve een van de argumenten om de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde als zodanig te aanvaarden tevens een argument tegen goederenrechtelijke werking van diezelfde voorwaarde. Zie in deze ook het hiervoor beschreven Duitse recht.

Een tweede argument is gelegen in de door mij verdedigde afwijzing van de mogelijkheid van ontbindende zuiver potestatieve voorwaarden waarvan het intreden zou moeten leiden tot ongedaanmaking van hetgeen reeds is gepresteerd. Zoals ik in § 7.3.3.2 stelde, ontbreekt bij een dergelijke verplichting tot ongedaanmaking van aanvang af iedere gebondenheid tussen partijen. Dat

300 Zie § 7.3.3.1, alwaar ik verwijs naar: Kleijn 1993, p. 4.

is bij de van rechtswege werkende goederenrechtelijke ongedaanmaking uit hoofde van het intreden van de voorwaarde uiteraard niet anders. Ook dan is immers sprake van een ongedaanmaking van hetgeen gepresteerd is. Voor zover we de juistheid van deze benadering van het ontbreken van gebondenheid onderschrijven, leidt een beoogde ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde met goederenrechtelijke werking tot het van aanvang af ontbreken van de beoogde voorwaardelijke rechtsverhouding als geheel. Met dat laatste kan vanzelfsprekend evenmin nog sprake zijn van enige goederenrechtelijke werking.

Een laatste argument is daarin gelegen dat de individuele partijwil vanzelfsprekend op obligatoir gebied betekenis kan hebben, maar deze op het terrein van een goederenrechtelijke rechtsovergang slechts in zeer zeldzame gevallen betekenis heeft.³⁰¹ Dit onderwerp van de betekenis van de individuele partijwil in goederenrechtelijk verband ligt buiten mijn eigenlijke onderzoeksterrein. Ik wil niettemin de vraag stellen wat de reden zou moeten zijn, waarom de figuur van de zuiver potestatieve voorwaarde tot de bedoelde zeldzame uitzonderingen zou moeten behoren. Of meer concreet, waarom zou bijvoorbeeld een in de toekomst geuite partijwil van de wederpartij van een gefailleerde in goederenrechtelijke zin tegen de boedel werking hebben? Iedere inhoudelijke reden daarvoor ontbreekt. De enige reden die daarvoor zou bestaan, is gelegen in de systematiek van de vrijheid van partijen om zelf de 'gebeurtenis' van de voorwaarde te bepalen in combinatie met de goederenrechtelijke werking die voorwaarden normaal gesproken hebben. Dat deze systematiek zou leiden tot een individuele partijwil waaraan een goederenrechtelijke rechtsovergang is verbonden, vraagt naar mijn opvatting echter toch om betere argumenten.

Mijn conclusie is dan ook dat noch de opschortende, noch de ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde goederenrechtelijke werking heeft.

7.4 ARTIKEL 6:23 BW

7.4.1 Inleiding

Art. 6:23 BW wordt veelal gezien als een nadere uitwerking of toepassing van de redelijkheid en billijkheid van de artt. 6:2 en 6:248 BW. Een uitwerking voor het specifieke geval waarbij een partij belang had bij het wel of juist niet intreden van een voorwaarde en deze daarom teweeg heeft gebracht respectie-

³⁰¹ Een dergelijk geval vinden we in de reeds genoemde opzegging (als eenzijdig gerichte rechtshandeling) van een beperkt recht.

velijk het intreden daarvan heeft belet.³⁰² Veelal zal op een dergelijk handelen van een partij niets zijn aan te merken. Het is echter ook denkbaar dat een dergelijk handelen weliswaar in feitelijke zin leidt tot het plaatsvinden van de gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde vormt, maar dat het recht in verband met dat handelen daaraan toch niet de consequentie wil verbinden van het al dan niet intreden van de voorwaarde. De reden om art. 6:23 BW in het onderhavige hoofdstuk te bespreken is dan ook, dat deze wetsbepaling grenzen stelt aan de invloed van partijen op het al dan niet intreden van een voorwaarde.

De aan art. 6:23 BW ten grondslag liggende norm voor de toepassing van de redelijkheid en billijkheid bestaat – in ieder geval voor het huidige recht – daaruit, dat niemand voordeel mag behalen uit een eigen handelen in strijd met de gerechtvaardigde belangen van de ander. Althans voor zover deze handelende partij met die belangen rekening dient te houden.³⁰³ Onverminderd de verdedigbaarheid van een dergelijke norm kunnen we reeds thans constateren dat de wettelijke invulling daarvan in de redactie van art. 6:23 BW redelijk inhoudsloos is gebleven. De wetgever voelde zich genooddaakt de in het artikel bedoelde beperking aan het intreden of niet-intreden van een voorwaarde afhankelijk te stellen van het criterium '[] indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen'.³⁰⁴ Het is echter juist de te beantwoorden vraag *wanneer* redelijkheid en billijkheid dit ingrijpen verlangen. De vaststelling van de grens tussen enerzijds een aanvaardbaar handelen of nalaten en anderzijds een handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid is de essentie van het voorliggende vraagstuk.³⁰⁵ Daarbij helpt de redactie van art. 6:23 BW ons echter niets verder.³⁰⁶ We moeten de wetgever echter nageven dat het ook

302 Overeenkomstige rechtsregels vinden we niet uitsluitend in het Duitse en Zwitserse recht, maar bijv. ook in de Franse, Italiaanse en Oostenrijkse rechtsstelsels (Gutmans 1995, p. 1, 2). Deze brede aanvaarding is terug te voeren op het Romeinse recht, dat eveneens dergelijke rechtsregels kende (in deze zin: Honsell 2008, p. 625; HKK/Finkenauer 2003, p. 885; Gutmans 1995, p. 41 e.v.; Jörs e.a./Honsell e.a. 1987, p. 93).

303 In min of meer gelijke zin: Schoordijk/Schoordijk 2009, p. 781. In soortgelijke zin m.b.t. § 162 BGB: Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 623; Wolf/Neuner 2012, p. 650; Bork 2011, p. 499, 500; Staudinger/Bork 2010, p. 351, 352; Wolf 1999, p. 523. Overigens wordt § 162 BGB respectievelijk de onderhavige norm in de Duitse jurisprudentie ruimschoots analoog toegepast op gevallen buiten het gebied van voorwaarden. Zie voor een overzicht voor het Duitse recht: Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 625 en voor een algehele bespreking voor Duits en Zwitsers recht: Gutmans 1995, p. 231 e.v.

304 Zie ook de artt. 4:133 en 4:139 BW die eveneens expliciet aanknopen bij de redelijkheid en billijkheid. Den Tonkelaar noemt de redelijkheid en billijkheid van art. 6:23 BW een 'veiligheidsklep' (Den Tonkelaar 1994, p. 67; Den Tonkelaar 1983, p. 76). Dat is echter een misvatting: de redelijkheid en billijkheid zijn – in zekere zin 'helaas' – de essentie van het artikel, hetgeen de inherente zwakte van de bepaling bloot legt.

305 In gelijke zin voor het Duitse recht: Medicus 2010, p. 342.

306 Dat deze afgrenzing tussen een aanvaardbare en een niet acceptabele gedraging van een partij zeer lastig is, blijkt reeds uit de dissertatie van Gutmans die aan § 162 BGB en art. 156 OR is gewijd. Gutmans besteedt dan ook een groot deel van zijn dissertatie aan deze

lastig is de strekking van de beoogde regeling bondig weer te geven zonder een rechtstreekse koppeling aan de redelijkheid en billijkheid.³⁰⁷ Dat blijkt mede uit het feit dat ook de Duitse en Zwitserse wetgever terug moesten grijpen op de 'Treu und Glauben'.³⁰⁸ Datzelfde geldt voor de opstellers van de PECL en het DCFR.

In § 7.4.2 zal ik een aantal knelpunten bespreken bij de beantwoording van de vraag in welke gevallen art. 6:23 BW toepassing dient te vinden. De voorname daarvan betreft uiteraard de vraag wanneer de redelijkheid en billijkheid tot toepassing van art. 6:23 BW leiden. Voor de in § 7.1.2 omschreven drie groepen van voorwaarden kunnen we in dat verband reeds thans vaststellen dat de bepaling normaalgesproken uitsluitend toegepast kan worden bij de groep van gemengde voorwaarden. Bij de casuele voorwaarde ontbreekt naar de aard van deze voorwaarde de mogelijkheid van beïnvloeding veelal, zodat art. 6:23 BW daarmee logischerwijs meestal zonder betekenis is. Bij potestatieve voorwaarden is dat op zich anders, maar zoals ik zal bespreken wordt ten aanzien van die voorwaarden vrijwel onweersproken gesteld dat het wetsartikel daarbij geen of slechts in zeldzame gevallen toepassing kan vinden. Resteren derhalve de gemengde voorwaarden. Een met de vraag naar de toepasselijkheid samenhangende kwestie betreft welk causaal verband dient te bestaan tussen een schending van de door art. 6:23 BW beschermde norm en het gevolg van deze schending. Dient dit gevolg te bestaan uit een wijziging van de *kans* dat een voorwaarde al dan niet intreedt, dan wel uit de *zekerheid* dat de voorwaarde al dan niet intreedt? Zoals zal blijken, zijn dit geen eenvoudige vragen. Dat laat onverlet dat het te bespreken geldend recht niettemin voor een redelijk deel de antwoorden op deze vragen bevat.

Een opmerking die ik ook bij andere deelonderwerpen van dit onderzoek heb gemaakt, betreft het volgende. Art. 6:23 BW omvat een uitgebreid en complex onderwerp. Reeds de bespreking van de bestaande literatuur en rechtspraak in de onderzochte stelsels zou moeiteloos kunnen uitmonden in een veelvoud van het aantal pagina's dat ik thans aan dit onderwerp besteed. De Zwitserse dissertatie van Gutmans is met ruim 250 pagina's zelfs geheel

vraag. Onder het OBW werd eveneens reeds gesteld dat het moeilijk is een (t.o.v. art. 1296 OBW) betere formulering te vinden (Van Brakel 1935a, p. 24). Overigens zijn er ook auteurs die duidelijk minder moeite hebben met (toepassing van) deze rechtsregel. Peter spreekt bijv. m.b.t. art. 156 OR van 'eine knapp und klar formulierte Regel' (Peter 1994, p. 240). Een enthousiasme dat ik niet deel.

307 Den Tonkelaar doet wel een poging: 'degene wie een onvoorziene gebeurtenis kan worden toegerekend draagt het risico van die gebeurtenis die anders ten nadele van zijn wederpartij zou werken evenals degene die bij een onzekere gebeurtenis belang heeft en haar doet plaatsvinden het nadeel te dragen krijgt dat anders zijn wederpartij getroffen zou hebben' (Den Tonkelaar 1994, p. 32). De vraag blijft echter in welke gevallen een dergelijke 'toerekening' dient te geschieden.

308 Zie § 162 BGB en art. 156 OR. In de Duitse literatuur is deze koppeling aan de *Treu und Glauben*, onder andere o.b.v. de wetsgeschiedenis, incidenteel bekritiseerd, zie § 7.4.2.3.

gewijd aan de met art. 6:23 BW overeenstemmende § 162 BGB en art. 156 OR.³⁰⁹ In de brede opzet van mijn onderzoek is een dergelijke diepgang teveel van het goede. Bij de bespreking in § 7.4.2.1 van het recht van de verschillende stelsels heb ik nog gestreefd naar een zekere mate van volledigheid, hetgeen in verband met het grote aantal deelaspecten van deze wetsbepalingen tot een omvangrijke paragraaf heeft geleid. In de verdere uitwerking van het onderwerp in de beide opvolgende paragrafen heb ik mij noodgedwongen beperkt tot de aldaar genoemde twee deelaspecten.³¹⁰

7.4.2 De toepassing van art. 6:23 BW

7.4.2.1 Toepassing van de regel van art. 6:23 BW in de verschillende stelsels

Geldend recht

Zoals ik in § 7.4.1 reeds stelde, wordt art. 6:23 BW in de literatuur onweersproken beschouwd als een nadere uitwerking of toepassing van de redelijkheid en billijkheid van de artt. 6:2 en 6:248 BW.³¹¹ Dat laat onverlet dat ook bij niet-toepasselijkheid van art. 6:23 BW een voorwaarde nog steeds op grond van het algemene leerstuk van de redelijkheid en billijkheid wel of juist niet als ingetreden kan gelden respectievelijk een partij zich niet kan beroepen op het ingetreden zijn van een voorwaarde.³¹² Zoals hierna ter sprake zal komen, is het toepassingsbereik van art. 6:23 BW namelijk enigszins beperkter dan van het algemene leerstuk van de redelijkheid en billijkheid, bijvoorbeeld omdat het artikel bij een van partijen een bepaald gedrag veronderstelt. Dat laat onverlet dat toepassing van de artt. 6:2 en 6:248 BW enerzijds en art. 6:23 BW

309 Gutmans 1995.

310 Kwesties die ik niet bespreek zijn o.m. in welke situaties redelijkheid en billijkheid toepassing van art. 6:23 BW mogelijk maken, de eventuele analoge toepassing van art. 6:23 BW buiten het terrein van voorwaarden en óf het vereiste van subjectieve schuld gesteld moet worden voor toepasselijkheid van art. 6:23 BW.

311 Schoordijk/Schoordijk 2009, p. 781 (die echter nog spreken van de 'goede trouw'); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 132, 141 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 120, 129); Pitlo/Cahen 2002, p. 38; Den Tonkelaar 1994, p. 65, 72; Kleijn 1993, p. 4; Van Buchem-Spapens 1982, p. 64; Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 139; Schoordijk 1979, p. 112.

A-G Wissink in zijn conclusie bij HR 1 juni 2012, NJ 2012, 471; Hof Arnhem 20 maart 2007, NJF 2007, 377; P-G Langemeijer in zijn conclusie bij HR 3 februari 2006, LJN: AU6516.

312 PG Boek 6, Eindverslag I, p. 148; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 142, 143. Zie ook: Rb. Amsterdam 12 maart 2008, LJN: BD5699, waar art. 6:23 BW niet kon voorkomen dat een ontbindende voorwaarde als ingetreden gold, maar de algemene redelijkheid en billijkheid wél. Zie ook: Rb. Dordrecht 3 november 2010, LJN: BO4062. Uit het arrest van 24 oktober 2008, NJ 2008, 558 blijkt overigens dat ook in de opvatting van de Hoge Raad de redelijkheid en billijkheid van de artt. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW het intreden van een voorwaarde kunnen voorkomen. Zie verder § 8.1.4.

als nadere uitwerking daarvan anderzijds voor het geldend recht lang niet altijd strikt van elkaar worden onderscheiden.³¹³

De werking van art. 6:23 BW wordt als een fictie beschouwd.³¹⁴ Dat lijkt ook een onontkombare vaststelling. De gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde vormt is feitelijk niet of juist wel ingetreden, waarna art. 6:23 BW dit feit negeert en de voorwaarde in tegenstelling daarmee als vervuld of niet vervuld laat gelden. Dit laatste met alle daaraan verbonden materiële gevolgen, al lijkt dit laatste in de literatuur soms ook te worden betwijfeld.³¹⁵ In de hierna besproken Duitse en Zwitserse rechtskring wordt over deze kwalificatie als uitwerking van de redelijkheid en billijkheid alsmede als 'fictie' in het kader van § 162 BGB en art. 156 OR echter soms anders gedacht. De daarbij gehanteerde benadering zou ook op het Nederlandse recht toepassing kunnen vinden, zodat ik deze kwalificatie als fictie in § 7.4.2.3 verder bespreek. Mede deze kwalificatie als fictie leidt er overigens toe dat art. 6:23 BW geen toepassing kan vinden op de zogeheten wettelijke voorwaarden.³¹⁶ Het gevolg van toepasselijkheid van art. 6:23 BW – het fictief wel of niet ingetreden zijn van een voorwaarde – wordt in de literatuur als een onweerlegbaar wettelijk vermoeden beschouwd, waarmee dit gevolg dwingend van aard zou zijn.³¹⁷ Met andere woorden, andere consequenties kunnen uit deze wetsbepaling niet worden afgeleid.

Het als *niet* vervuld gelden van de voorwaarde uit hoofde van art. 6:23 lid 2 BW leidt blijkens de literatuur tot twee mogelijke uitkomsten: óf de voorwaarde vervalt (waarmee de rechtsverhouding onvoorwaardelijk wordt of wordt beëindigd), óf de aanvankelijke voorwaardelijkheid duurt voort in afwachting van het alsnog intreden of vervallen van de voorwaarde.³¹⁸ Deze

313 Zie in deze zin A-G Hartkamp in zijn conclusie bij HR 30 juni 2000, NJ 2000, 675. In § 7.4.2.3 zal ik verdedigen dat wel degelijk een wezenlijk verschil tussen deze bepalingen bestaat.

314 (Impliciet) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 140, 141; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 347; Van Buchem-Spapens 1982, p. 64.

315 Van Wechem en Drion stellen althans in het verband van de artt. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW dat het buiten toepassing laten van de rechtsgevolgen van een (feitelijk) ingetreden voorwaarde uitsluitend werking zou moeten hebben tussen partijen (Van Wechem & Drion 2009, p. 846). Goederenrechtelijke gevolgen zouden daar i.v.m. de eventuele positie van derden niet aan moeten zijn verbonden. Dat standpunt lijkt in dezelfde zin te kunnen gelden t.a.v. art. 6:23 BW, ook al noemen Van Wechem en Drion dat niet.

316 Zie voor dit begrip § 4.1.4.3. De gedachte achter deze opvatting is dat art. 6:23 BW het niet voldoen aan een wettelijk vereiste, bijv. de levering van een goed, niet kan fingeren (zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 326, 327). Er heeft gewoon geen levering plaatsgevonden, waaraan ook art. 6:23 BW niets kan wijzigen. Dat deze bepaling geen betrekking kan hebben op wettelijke voorwaarden, werd overigens reeds onder het OBW aangenomen (Houwing 1949, p. 31).

317 Asser 2004, p. 90. Overigens stelt Asser dat art. 1290 OBW, als voorloper van het huidige 6:23 BW, nog een *weerlegbaar* vermoeden behelsde.

318 Zie voor dit laatste: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 271. Hartkamp geeft o.m. het voorbeeld van de (wettelijk) vereiste vergunning die tevens als (ontbindende) voorwaarde tussen partijen is overeengekomen. De betreffende partij vraagt de vergunning niet tijdig aan.

beide mogelijkheden vallen ook binnen de redactie van dit lid 2, dat immers slechts stelt dat de in feitelijk opzicht ingetreden voorwaarde desondanks als 'niet vervuld' heeft te gelden. Ten opzichte van art. 6:23 lid 1 BW zou daarmee echter een opvallend verschil bestaan, waar naar de letterlijke tekst de voorwaarde uitsluitend als vervuld kan gelden. De vorenbedoelde mogelijkheid van het voortduren van de voorwaardelijkheid zou daarmee niet onder de letterlijke redactie van dit lid 1 kunnen worden gebracht, maar als gezegd wel onder lid 2. In § 7.4.2.2 ga ik hier verder op in. Voor zover een voorwaarde als ingetreden of vervallen heeft te gelden, doet zich de vraag voor per welk (fictieve) moment dat het geval is. In de Nederlandse rechtskring ontbreekt iedere aandacht voor deze vraag, terwijl voor het hierna besproken Duitse en Zwitserse recht het antwoord omstreden is.

Dé vraag bij art. 6:23 BW is vanzelfsprekend in welke gevallen de bepaling toepassing vindt. Ook al vormt de bepaling deel van het verbintenissenrecht, de (strekking van de) bepaling kan ook worden toegepast bij voorwaarden op andere terreinen, zoals het goederenrecht.³¹⁹ Een vaak in de Duitse literatuur genoemd voorbeeld van dat laatste is de weigering door een verkoper van de voldoening van de verschuldigde koopprijs voor een onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak. Ondanks dat de gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde vormt – voldoening van de koopprijs – feitelijk niet heeft plaatsgevonden, verkrijgt de koper uit hoofde van art. 6:23 BW de onvoorwaardelijke eigendom.

Voor de toepassing van art. 6:23 BW kunnen we in elk geval vooropstellen dat, anders dan het wetsartikel suggereert, de bepaling niet van rechtswege ingrijpt. Uitsluitend een beroep op toepassing van (de strekking van) art. 6:23 BW kan tot het bedoelde alsnog wel of niet ingetreden zijn van de voorwaarde leiden.³²⁰ Bij de vraag wie een dergelijk beroep kan doen, de *passieve* zijde bij art. 6:23 BW, vinden we in afwijking van de Duitse en Zwitserse literatuur vrijwel geen opinies. Voor zover dat laatste anders is, stelt de Nederlandse literatuur dat – vanzelfsprekend – een *partij* bij de rechtsverhouding zich op art. 6:23 BW kan beroepen.³²¹ De voor het Duitse en Zwitserse recht wel

In de opvatting van Hartkamp kan deze partij zich niet op de voorwaarde beroepen in die zin, dat de overeenkomst door het intreden van de voorwaarde eindigt. In zijn visie blijft de overeenkomst onder diezelfde voorwaarde voortbestaan (Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 271). De 'sanctie' op het handelen i.s.m. art. 6:23 BW is in dit voorbeeld derhalve niet het onvoorwaardelijk worden van de overeenkomst, maar het vooralsnog voortbestaan van deze voorwaardelijkheid.

319 Den Tonkelaar 1994, p. 73. Zie voor het OBW reeds: Wiarda 1943, m.n. p. 307. Zie echter de voormelde visie van Van Wechem en Drion, waar wellicht het tegendeel uit zou voortvloeien.

320 Dit laatste is vermoedelijk zo'n open deur dat geen auteur dit noemt.

321 In deze zin: Zwemmer 1997, p. 26, 27, 36, 37 (althans v.w.b. de fiscus als 'derde'); Hofmann/Van Opstall 1976, p. 383.

verdedigde opvatting dat onder omstandigheden ook een derde een dergelijk beroep toekomt, wordt voor het Nederlandse recht aangenomen noch afgewezen. Voor de *actieve* zijde bij art. 6:23 BW, de partij die wél of niet (dan wel anders) zou hebben moeten handelen derhalve, lijdt het geen twijfel dat het wetsartikel zowel ziet op een (niet) handelen door de crediteur als door de debiteur.³²² Terecht wijzen Hartkamp en Sieburgh op de in art. 6:23 BW neergelegde omschrijving van 'de partij die bij de (niet-)vervulling belang had', waaruit juist geen beperking tot de debiteur volgt.³²³ Voor zover de daadwerkelijk handelende persoon niet al gelijk te stellen zou zijn aan de (niet) handelende partij, dan nog kan in verband met art. 6:23 BW diens gedraging soms aan de bewuste partij worden toegerekend.³²⁴ Gedragingen van werkelijke derden kunnen reeds blijkens de redactie van art. 6:23 BW niet onder de werking van dit artikel worden gebracht.³²⁵

Een andere kwestie betreft de vraag wat het gevolg moet zijn van de gedraging, wil art. 6:23 BW toepassing kunnen vinden. In ieder geval zal er een causaal verband moeten bestaan tussen de gedraging en het al dan niet intreden van de voorwaarde.³²⁶ Waar die gedraging immers als zodanig zonder enig gevolg is gebleven voor het al dan niet intreden van de voorwaarde, bestaat geen enkele reden art. 6:23 BW toe te passen. Het inhuren van een

322 Uiteraard zal v.w.b. opschortende voorwaarden art. 6:23 BW met lid 1 m.n. betrekking hebben op de debiteur die belet dat de voorwaarde intreedt en met lid 2 op de crediteur die het intreden van een de voorwaarde bewerkstelligt. V.w.b. ontbindende voorwaarden is dit spiegelbeeldig.

323 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 140, 141 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 129). Zie ook PG Boek 6, Eindverslag I, p. 149, waar in het genoemde voorbeeld de crediteur (verzekerde) een voorwaarde laat intreden. Weliswaar acht de wetgever in het gegeven voorbeeld art. 6:23 BW niet van toepassing, maar die conclusie is niet het gevolg van de hoedanigheid van crediteur.

324 Te denken valt aan de gedraging van een ondergeschikte (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 143 en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 131). Zie ook: Rb. Zwolle 9 augustus 2005, LJN AU0933, waarbij de Rb. in dat verband stelde dat het handelen van een directeur in het maatschappelijk verkeer aangemerkt moest worden als een gedraging van de vennootschap zelf.

325 Zie ook PG Boek 4, MvA II, p. 276, waar uitdrukkelijk is opgenomen dat de (gewijzigde) artt. 4:133 en 139 BW uitsluitend betrekking hebben op een 'onmiddelijk betrokkene'. Dat neemt niet weg dat derden wel degelijk een belang kunnen hebben als bedoeld in art. 6:23 BW, bijv. omdat zij een goed geleverd hebben gekregen door een partij die zelf in goederenrechtelijke zin slechts voorwaardelijk rechthebbende was.

326 Dit vereiste van een causaal verband volgt reeds uit de redactie van art. 6:23 BW. De woorden *heeft belet* respectievelijk *heeft teweegebracht* brengen dit tot uitdrukking. In gelijke zin werd door het Zwitserse Bundesgericht beslist t.a.v. de term 'verhindert' van art. 156 OR (zie verder Gutmans 1995, p. 195). Voor het Nederlandse recht vinden we dit vereiste van een causaal verband niet heel expliciet genoemd, maar enigszins impliciet vinden we dit wel, zie A-G Hartkamp in zijn conclusie bij HR 21 juni 1996, NJ 1996, 698 (Tomlow/Zwietering) onder sub 8 en de door Hartkamp genoemde arresten. Zie over het causale verband verder § 7.4.2.2.

sjamaan om het alsnog te laten regenen, leidt bijvoorbeeld niet tot toepasselijkheid van de wetbepaling, ook al zou een dergelijk handelen wellicht in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid.³²⁷ Het vorenstaande kan anders zijn indien bij het van aanvang af ontbreken van objectieve onzekerheid een partij – bekend zijnde met het ontbreken van die onzekerheid – desondanks een ‘voorwaarde’ overeengekomen is.³²⁸ Het bedoelde causale verband ontbreekt alsdan, maar redelijkheid en billijkheid kunnen niettemin dwingen tot een afwijkende uitkomst (al ligt toepassing van de in § 8.1.4 besproken ‘algemene’ redelijkheid en billijkheid en niet via art. 6:23 BW waarschijnlijk meer voor de hand). Voor zover de gedraging daarentegen daadwerkelijk de vervulling van de voorwaarde heeft belet of teweegebracht – aan het causale verband kan derhalve niet worden getwijfeld – kan art. 6:23 BW overeenkomstig de letterlijke tekst vanzelfsprekend toepassing vinden.

Vaak zal echter sprake zijn van een situatie waarin de gedraging het *eventuele* (niet-)intreden van de voorwaarde belet. Het mogelijke intreden van een voorwaarde wordt voorkomen, bijvoorbeeld doordat een aanvraag voor een benodigde vergunning niet wordt ingediend. Met andere woorden, de *kans* op het überhaupt kunnen intreden van de voorwaarde ontstaat door het betreffende niet-handelen niet. De betreffende partij-invloed bestaat in dit geval uit het in § 7.1.2.2 ten aanzien van gemengde voorwaarden beschreven ontstaan of voortbestaan van kansen, maar niet op de omvang van die kansen als zodanig. In het kader van de vraag naar het vereiste causale verband is echter ook denkbaar, dat het (niet-)handelen slechts leidt tot een vergroting of verkleining van de overigens wel bestaande kans dat de voorwaarde al dan niet alsnog intreedt; de andere in voormelde paragraaf omschreven vorm van partij-invloed bij gemengde voorwaarden derhalve. Of het uiteindelijke in vervulling gaan of vervallen van de voorwaarde inderdaad valt toe te schrijven aan een dergelijke vergroting of verkleining van deze kans, zal meestal onbewijsbaar zijn. Met andere woorden, het bestaan of ontbreken van een causaal verband tussen de gedraging en het uiteindelijke intreden of vervallen van de voorwaarde kan bij deze vorm van beïnvloeding door een partij veelal niet worden bewezen.

Het vorenbedoelde voorkomen dat de kans op intreden van een voorwaarde überhaupt ontstaat, is vooral in bewijsrechtelijke zin van belang. Moet de wederpartij slechts het causale verband aantonen dat de voorwaarde door die gedraging niet meer kon intreden (de gedraging leidde tot het vervallen van de kans derhalve) óf moet ook worden aangetoond dat bij een juist gedrag de voorwaarde zou zijn ingetreden (de gedraging leidde tot het daadwerkelijk

327 Anders dan incidenteel in de literatuur wordt gesteld (zie § 7.4.2.2), is art. 6:23 BW immers geen sanctiebepaling t.a.v. afkeurenswaardig gedrag van een partij, maar strekt uitsluitend tot herstel van een onterecht ingetreden of vervallen voorwaarde.

328 In deze zin A-G Hartkamp in zijn conclusie bij HR 21 juni 1996, NJ 1996, 698 onder 8 (Tomlow/Zwietering).

uitblijven van de anders ingetreden kans)? Ik kom daar bij het slot van deze bespreking op terug. Op de vraag of een wijziging van de kans op intreden of vervallen van de voorwaarde ook onder de werking van art. 6:23 BW valt, vinden we in afwijking van de Duitse en Zwitserse literatuur geen opvattingen. Dat geldt overigens ook voor de vraag of de wetsbepaling toepassing kan vinden op een uitsluitend vertragen of vervroegen van het uiteindelijke moment van intreden van de voorwaarde.

Geen vereiste is dat de gedraging een toerekenbaar tekortschieten jegens de wederpartij inhoudt. De Hoge Raad heeft althans in het arrest Schilperoort/De Nijs vastgesteld dat toepasselijkheid van art. 6:23 BW niet betekent dat als gevolg daarvan sprake is van wanprestatie.³²⁹ Het zou niet goed begrijpelijk zijn als wanprestatie niettemin wél een vereiste zou zijn voor die toepasselijkheid. Afgezien daarvan omvatten veel voorwaarden helemaal geen afdwingbare verplichtingen, zodat ook in die zin geen sprake kan zijn van een toerekenbaar tekortschieten. Iets anders is dat een niet-nakoming van een wel bestaande verplichting er eventueel toe kan leiden dat art. 6:23 BW toepassing vindt.³³⁰

Ten aanzien van de inhoudelijke criteria voor toepasselijkheid van de wetsbepaling bestaat voor het geldend recht deels duidelijkheid. Ook al suggereren de woorden *beletten* en *teweegbrengen* in enige mate dat uitsluitend een actief handelen onder de werking van art. 6:23 BW is begrepen, niettemin laat deze redactie onverlet dat ook bij een niet-handelen de bepaling toepassing kan vinden.³³¹ Op grond van het voormelde arrest Schilperoort/De Nijs hoeft het bedoelde 'niet-handelen' als gezegd geen betrekking te hebben op een afdwingbare verplichting om wél te handelen.³³² Met andere woorden, van enig tekortschieten in een verplichting hoeft geen sprake te zijn. Dit sluit aan op de hierna besproken opvatting in de moderne literatuur dat ook bij het ontbreken van enig verwijt art. 6:23 BW toepassing kan vinden. Dat laat onverlet dat in de jurisprudentie in het kader van toepassing van deze wetsbepaling toch vaak een vorm van (niet afdwingbare) verplichting wordt aangenomen, bijvoorbeeld in de vorm van voldoende aanvragen voor het verkrijgen van externe financiering. De grondslag voor een dergelijke verplichting tot

329 HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 80 (Schilperoort/De Nijs).

330 In deze zin ook: Van Hooijdonk & Tjittes 2008, p. 54.

331 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 141 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 129); Den Tonkelaar 1994, p. 69. Zie reeds HR 27 februari 1953, NJ 1953, 586.

Voorbeelden van een dergelijk niet-handelen vinden we bij: HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 80 (Schilperoort/De Nijs); Rb. Middelburg 20 augustus 1947, NJ 1948, 325 (al betrof dit overigens een analoge toepassing van art. 1296 OBW op een ontbindend voorwaardelijke tijdsbepaling). Bij Rb. Amsterdam 20 december 2006, LJN: AZ6128 is enigszins twijfelachtig of sprake is van een handelen of juist een niet-handelen. De rechtbank omzeilt deze discussie handig door van 'betrokken' te spreken.

332 HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 80, r.o. 3.2 (Schilperoort/De Nijs).

handelen wordt daarbij in de literatuur soms gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid.³³³

Bij het (niet-)handelen is volgens literatuur, rechtspraak en PG geen opzet bij de betreffende partij vereist ten aanzien van het laten intreden of vervallen van de voorwaarde.³³⁴ Zoals reeds gezegd behoeft volgens een enkele auteur ook het geheel ontbreken van enig verwijt aan de belanghebbende toepasselijkheid niet in de weg te staan.³³⁵ Deze vraag naar het eventuele vereiste van 'schuld' bij de (niet) handelende partij blijft echter in de literatuur verder onbesproken, ook al heeft de Hoge Raad reeds onder het OBW bepaald dat ook bij het ontbreken van verwijtbaarheid art. 1296 OBW toepassing kon vinden.³³⁶ Ik verwijs daarvoor naar de onderstaande bespreking van het OBW en het Duitse en Zwitserse recht. Het tegenovergestelde is evenmin juist: bij een opzettelijk of verwijtbaar handelen zal art. 6:23 BW in veel gevallen toch geen toepassing vinden.³³⁷

Als we vervolgens proberen het criterium voor toepasselijkheid van art. 6:23 BW voor het geldend recht te verfijnen, wordt het lastiger. Meijers stelde dat toepasselijkheid 'afhankelijk [is] van de omstandigheden van het betrokken geval, met name van aard en strekking, zowel van de betrokken voorwaarde als van de betrokken belettende of teweegbrengende handeling'.³³⁸ Ook uit de literatuur en rechtspraak kunnen we globaal afleiden dat het er om gaat of de (niet) handelende partij zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid en met inachtneming van aard, inhoud en strekking van de betreffende rechtsverhouding en de belangen van ieder van partijen zich op de betreffende

333 Van Hooijdonk & Tjittes 2008, p. 54 (die overigens v.w.b. dit punt onterecht verwijzen naar HR 21 juni 1996, NJ 1996, 698 (Tomlow/Zwietering)).

334 Mok in zijn noot bij HR 1 juni 2012, NJ 2012, 471 (althans, Mok spreekt van 'te kwader trouw', hetgeen uiteraard niet helemaal hetzelfde is); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 141, 142 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 130); Van Buchem-Spapens 1982, p. 65; Bolweg 1979, p. 106; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 383.

Uit de PG is dit uitsluitend in indirecte zin af te leiden, waar verwezen wordt naar de onder OBW gewezen rechtspraak bij art. 1296 OBW (PG Boek 6, Eindverslag I, p. 148). Deze hierna bij het 'oud BW' vermelde rechtspraak stelde in elk geval t.t.v. het opstellen van het OM niet (langer) het vereiste van 'opzet' voor toepasselijkheid van art. 1296 OBW.

335 Van Buchem-Spapens 1982, p. 65 (zij verwijst overigens naar PG Boek 6, p. 149, waar ik echter geen onderbouwing voor dit standpunt vind).

336 HR 27 februari 1953, NJ 1953, 586.

337 Zie in deze zin: PG Boek 6, Eindverslag I, p. 148. Ook in deze zin: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 141, 142 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 130); Van Buchem-Spapens 1982, p. 65.

Ook: Rb. Rotterdam 25 februari 2009, LJN: BH5649, waar het enkele feit dat het intreden van de voorwaarde door een partij bewust was veroorzaakt, volgens de rechtbank nog geen toepasselijkheid van art. 6:23 BW met zich brengt. Dit werd overigens reeds incidenteel verdedigd vóór HR 11 december 1942, zie: Diephuis 1885, p. 139.

338 PG Boek 6, TM, p. 147.

wijze had mogen gedragen.³³⁹ Deze toetsing aan de redelijkheid en billijkheid heeft een brede strekking en is derhalve niet beperkt tot het beletten of teweegbrengen respectievelijk de gedraging als zodanig.³⁴⁰ Ik zal niettemin in § 7.4.2.2 verdedigen dat de wetsbepaling vooral toepassing zal dienen te vinden indien uit de gedraging voortvloeit, dat iedere kans op het (niet) plaatsvinden van de gebeurtenis ontbreekt respectievelijk komt te ontbreken. Derhalve bij de in § 7.1.2.2 omschreven groep van gemengde voorwaarden waar de partij-invloed bestaat uit het laten ontstaan of beëindigen van deze kans.

In 2011 hanteerde de Hoge Raad in overeenstemming met het vorenstaande een zeer ruim criterium voor de beoordeling of art. 6:23 BW toepassing kon vinden. Volgens de Hoge Raad dienden namelijk 'alle daarvoor van belang zijnde omstandigheden in aanmerking genomen te worden'.³⁴¹ Blijkens dit arrest zijn daarbij tevens van belang omstandigheden die buiten de rechtsrelatie tussen partijen zijn gelegen, zoals in casu het door een van partijen rekening dienen te houden met de belangen van een derde (debiteur van de betreffende partij). Dit zeer ruime criterium voor deze beoordeling vinden we echter niet altijd expliciet genoemd. In het arrest van 1 juni 2012 lijkt ook de Hoge Raad van een enigszins beperkter criterium uit te gaan, waar de Hoge Raad met name beoordeelt wat de strekking is van de specifieke voorwaarde.³⁴² Niettemin is ook dit arrest niet in strijd met het vorenbedoelde ruime criterium in zijn algemeenheid. Het gaat immers om de vraag welke elementen van het ruime criterium uiteindelijk van belang zijn in het individuele te beoordelen

339 Bij de verschillende auteurs zijn dit althans de elementen die veelal worden vermeld als criterium om toepasselijkheid van art. 6:23 BW vast te stellen: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 142 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 130); Hockx 2003, p. 204.

Het Hof Arnhem concretiseerde de redelijkheid en billijkheid van art. 6:23 lid 1 BW als volgt: de redelijkheid en billijkheid verlangen de bedoelde toepassing 'indien de schuldenaar zich naar de aard van de overeenkomst, gelet op de belangen van beide partijen, in redelijkheid van de handeling die de vervulling heeft verhinderd had moeten onthouden' (Hof Arnhem 20 maart 2007, NJF 2007, 377).

340 PG Boek 6, TM, p. 147. Zie ook: PG Boek 4, MvA II, p. 276, waar wordt gesteld: '[]'; ook wanneer met die gedraging een redelijk belang werd gediend, kan het zijn dat de redelijkheid en billijkheid verlangen dat de wederpartij hiervan niet het nadeel draagt, dat voor haar uit het vervuld zijn van de voorwaarde zou voortspruiten'.

341 HR 10 juni 2011, NJ 2011, 423.

342 HR 1 juni 2012, NJ 2012, 471, r.o. 3.5.4.4. De Hoge Raad stelde daarbij dat een opschortende voorwaarde van goedkeuring door een orgaan er toe strekt 'dit orgaan de mogelijkheid te geven de overeenkomst zelfstandig te beoordelen en daaraan zou worden tekortgedaan wanneer de desbetreffende partij ondanks het uitblijven van goedkeuring toch aan de overeenkomst gebonden zou zijn'.

Zie ook: Rb. Amsterdam 20 december 2006, LJN: AZ6128. De Rb. constateerde dat het doel van de voorliggende ontbindende voorwaarde was dat de wederpartij uitsluitend verplicht zou zijn de overeengekomen investering te doen, indien deze partij via een commissariaat ook zeggenschap zou verkrijgen. In de visie van de Rb. wordt die ontbindende voorwaarde vervolgens echter ingeroepen, omdat deze partij twijfels kreeg over de commerciële levensvatbaarheid van het project. Een geheel ander doel derhalve dan waarvoor de voorwaarde aanvankelijk bestemd was.

geval. Blijkbaar was (ook) de Hoge Raad in het arrest uit 2012 van oordeel dat in het voorliggende geval niet aan de gehele rechtsverhouding behoefde te worden getoetst. Daarmee is de wezenlijke vraag welke elementen van het ruime criterium in individuele gevallen van belang zijn. In abstracto is die vraag echter niet te beantwoorden, hetgeen ook in de TM wordt onderschreven: 'Nadere bepaling hieromtrent in de wet is niet mogelijk'.³⁴³ In § 8.1.4 bespreek ik niettemin een aantal gezichtspunten die voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van de artt. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW van belang kunnen zijn. Deze kunnen deels analoog worden toegepast op art. 6:23 BW.

Hoe streng is de norm die ligt besloten in het 'indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen'? De literatuur spreekt zich hier niet over uit. Ook in de PG of jurisprudentie dienaangaande vinden we vrijwel geen expliciete aanwijzingen. Wél heeft Hartkamp in zijn conclusie bij HR 30 juni 2000 gesteld dat het criterium van art. 6:23 BW zijns inziens zou moeten prevaleren boven de terughoudende maatstaf van art. 6:248 BW (de *onaanvaardbaarheid* van de gevolgen).³⁴⁴ Met andere woorden, de norm voor toepassing van art. 6:23 BW zou minder strikt zijn dan die van art. 6:248 lid 2 BW. Die opvatting vinden we ook bij A-G Spier, die overigens niettemin stelt dat de bepaling 'niet al te spoedig soelaas zal bieden'.³⁴⁵ De redactie van art. 6:23 BW rept ook niet van de bedoelde *onaanvaardbaarheid*, zodat in die zin deze opvatting onderbouwing vindt.

Tegelijkertijd valt er mijns inziens nauwelijks over te twijfelen dat als we art. 6:23 BW inderdaad als een nadere uitwerking van de artt. 6:2 en 6:248 BW beschouwen,³⁴⁶ bij art. 6:23 BW sprake is van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.³⁴⁷ De gebeurtenis heeft immers feitelijk wel of niet plaatsgevonden overeenkomstig de inhoud van de overeengekomen voorwaarde, zodat de spiegelbeeldige fictie van art. 6:23 BW een buiten toepas-

343 PG Boek 6, TM, p. 147. Zie in gelijke zin voor het Duitse recht: Bork 2011, p. 499, 500. Gutmans doet in zijn dissertatie niettemin een diepgravende poging om deze toepasselijkheid nader uit te werken (Gutmans 1995, p. 138 e.v.). Gutmans onderscheidt daarbij – als ik goed geteld heb – acht verschillende hoofdgroepen van gevallen met maar liefst veertien subgroepen waar § 162 BGB en art. 156 OR toepassing zouden kunnen vinden. Dit aantal (sub)groepen ligt daarmee echter nauwelijks lager dan het aantal individuele gevallen in de jurisprudentie waar Gutmans zich op baseert. De resultaten Van Gutmans onderzoek blijven m.i. dan ook steken in een complexe en bovendien nauwelijks te concretiseren systematiek.

344 HR 30 juni 2000, NJ 2000, 675. Hartkamp lijkt het minder strikt zijn van de norm van art. 6:23 BW als een gegeven te beschouwen. De argumentatie in zijn voormelde conclusie is er slechts op gericht dat bij twijfel over toepasselijkheid van art. 6:23 of art. 6:248 BW de maatstaf van art. 6:23 BW gehanteerd dient te worden.

345 A-G Spier in zijn conclusie bij: HR 20 maart 2009, RvdW 2009, 449. De A-G verwijst v.w.b. dit laatste naar de PG (PG Boek 6, p. 148). De daarmee bedoelde onderbouwing kan ik echter niet uit deze vindplaats noch anderszins uit de PG afleiden.

346 In § 7.4.2.3 zal ik bespreken waarom we hieraan zouden moeten twijfelen.

347 Vermoedelijk ook in deze zin: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 143.

sing laten betreft van een uit hoofde van een overeenkomst tussen partijen geldende regel als bedoeld in dit lid 2. Daarmee is de vraag waarom voor art. 6:23 BW een minder strenge norm zou gelden dan volgt uit art. 6:248 lid 2 BW. Enig inhoudelijk argument – derhalve buiten het gegeven dat art. 6:23 BW inderdaad niet spreekt van een onaanvaardbaar zijn van de gevolgen – heb ik niet gevonden. Bovendien valt de grens tussen het bereik van art. 6:23 enerzijds en de artt. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW anderzijds vaak niet scherp te trekken, zodat ook in die zin een verschil in norm tussen deze bepalingen tot onbedoelde verschillen in uitkomst kan leiden. Ik neig er dan ook naar dat voor toepassing van art. 6:23 BW wel degelijk de strikte norm van de artt. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW geldt. Althans voor zover we de in § 7.4.2.3 door mij verdedigde benadering van art. 6:23 BW niet willen aanvaarden.

Bij het hiervoor reeds genoemde element van de 'belangen van partijen' moeten we nog het volgende voor ogen houden. Het in art. 6:23 BW bedoelde *belang* van de (niet) handelende partij is een constitutief vereiste voor toepasselijkheid van de bepaling. Met andere woorden, het ontbreken van een dergelijk belang respectievelijk het niet door de wederpartij (die zich op art. 6:23 BW beroept) kunnen aantonen van het bestaan van een dergelijk belang bij de (niet) handelende partij, staat aan toepasselijkheid in de weg.³⁴⁸ Onverminderd het vorenstaande blijft onbesproken de vraag *waarom* het vereiste van een dergelijk belang bij de (niet) handelende partij überhaupt wordt gesteld. Partijen in het rechtsverkeer doen soms immers gewoon dingen, die objectief beschouwd voor hen helemaal niet voordelig zijn. Het is niet goed te begrijpen waarom bij een dergelijk handelen zonder eigen belang de wederpartij een beroep op art. 6:23 BW zou moeten worden ontzegd.

Iets anders is dat de exacte strekking van de term *belang* van de (niet) handelende partij niet geheel duidelijk is. Of daarmee bijvoorbeeld uitsluitend wordt gedoeld op het voorkomen van nadeel of het behalen van voordeel – het criterium bij § 162 BGB – is derhalve enigszins onzeker, maar minder waarschijnlijk. Voor toepassing van art. 6:23 BW is – overeenkomstig het Zwitserse en waarschijnlijk het Duitse recht – in ieder geval niet vereist dat de (weder)partij die *beroep doet* op deze wetsbepaling per saldo zelf nadeel heeft van het (niet) handelen van de andere partij en het dientengevolge (niet) intreden van de voorwaarde. Uit de PG volgt duidelijk dat het vereiste belang van deze partij om zich op art. 6:23 BW te kunnen beroepen meeromvattend

348 In deze zin: A-G Spier in zijn conclusie bij: HR 20 maart 2009, RvdW 2009, 449; Hof Arnhem 20 februari 2007, LJN: BA6109. Zie ook: Rb. Rotterdam 25 februari 2009, LJN: BH5649 (waar het bestaan van een (financieel) belang bij de handelende partij werd aangevoerd); Rb. Amsterdam 12 maart 2008, LJN: BD5699; Rb. Amsterdam 20 december 2006, LJN: AZ6128 (waar de Rb. mede u.h.v. het bestaan van een dergelijk belang toepassing van art. 6:23 BW aannam).

Ook: Schoordijk/Schoordijk 2009, p. 781.

is dan het ontbreken van eigen nadeel.³⁴⁹ Daarbij gaat het blijkens de PG om het 'belang bij de prestatie waarop de betreffende verbintenis betrekking heeft'. Of anders verwoord met betrekking tot de situatie waarin door toepassing van art. 6:23 BW de verbintenis (alsnog) in stand zou blijven en derhalve (alsnog) nagekomen zou moeten worden: het is zónder betekenis of ieder nadeel zou ontbreken als de verbintenis zónder toepassing van art. 6:23 BW zou eindigen. Het gaat namelijk uitsluitend om de vraag óf de vorderende partij een belang heeft bij nakoming van de betreffende verbintenis.³⁵⁰ 'Belang' is in de visie van de wetgever derhalve een ruimer begrip dan uitsluitend het ontbreken van nadeel. Dat maakt het tevens aannemelijk dat de term *belang* ten aanzien van de (niet) handelende partij als bedoeld in art. 6:23 BW eveneens ruimer is op te vatten dan het voorkomen van nadeel of het behalen van voordeel.³⁵¹

Evenmin geldt met betrekking tot het ontstaan van nadeel het tegenovergestelde: het enkele feit dat een partij de vervulling van een voorwaarde ten nadele van de wederpartij beïnvloedt, leidt nog niet tot toepassing van art. 6:23 BW. In de literatuur wordt weliswaar incidenteel gefocust op een dergelijk nadeel van de wederpartij,³⁵² maar dat is onterecht. Uit de rechtsverhouding kan namelijk wel degelijk voortvloeien dat een partij een hoge mate van

349 PG Boek 6, Eindverslag I, p. 148, 149. Let wel, in het vermelde voorbeeld gaat het om een crediteur (verzekerde) die een opschortende voorwaarde laat intreden (het veroorzaken van een schadeveroorzakend feit). M.a.w., het betreft hier *niet* de situatie waarin de wederpartij van de (niet-)handelende partij schade lijdt. Wél blijkt uit deze passage expliciet in de PG dat 'belang' en 'nadeel' van elkaar moeten worden onderscheiden.

350 Let wel, ook bij het ontbreken van nadeel bij de crediteur ingeval van een niet-nakoming door de debiteur kan deze crediteur in een situatie van *onvoorwaardelijkheid* nog steeds nakoming vorderen. In het kader van die vordering blijkt ook in de situatie van voorwaardelijkheid het voordeel van de ruimere strekking van het vereiste van een 'belang' t.o.v. 'nadeel'. Voor een vordering tot nakoming is namelijk vereist dat voor de debiteur ook daadwerkelijk een verplichting tot nakoming bestaat. Bij gebreke daaraan ontbreekt ook de vordering tot nakoming en staat de crediteur met lege handen. Indien een verbintenis echter niet van kracht blijft of niet van kracht wordt door het intreden van een voorwaarde – art. 6:23 BW zal meestal toepassing vinden bij het intreden van een ontbindende voorwaarde of het vervallen van een opschortende voorwaarde – bestaat die verplichting tot nakoming niet (respectievelijk niet langer). Door het intreden of vervallen van de voorwaarde is er immers geen verbintenis meer, waardoor geen nakoming meer gevorderd zou kunnen worden. Toepassing van art. 6:23 BW – met het oog op behoud van een verplichting tot nakoming – mag alsdan niet door de debiteur worden gedwarsboomd door een beroep op gebrek aan nadeel, zo moeten we de PG interpreteren.

351 Het Hof 's-Hertogenbosch lijkt overigens anders te oordelen, waar het Hof een beroep op art. 6:23 BW afwees met de argumentatie dat de partij die zich op de bepaling beriep niet in zijn belangen zou zijn geschaad (Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:603).

352 De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 53, 54; Brunner & De Jong 2004, p. 53.

vrijheid heeft om een voorwaarde al dan niet te laten intreden, ongeacht of de wederpartij daardoor nadeel leidt.³⁵³

In dit laatste verband komt ook de specifieke vraag naar voren of art. 6:23 BW toepassing kan vinden bij *zuiver* potestatieve voorwaarden. In de weinige literatuur wordt die vraag ontkennend beantwoord. Voor zover het zuiver potestatieve karakter van de (met name opschortende) voorwaarde zou leiden tot het geheel ontbreken van een verbintenis, is dit ook een logische opvatting.³⁵⁴ Waar in het geheel nog geen verbintenis bestaat, brengt art. 6:23 BW daarin uiteraard geen wijziging. Ook overigens wordt echter toepasselijkheid van de wetsbepaling bij zuiver potestatieve voorwaarden uitgesloten geacht.³⁵⁵ Dit mede uit hoofde van de gedachte dat anders – blijkbaar – geen sprake zou zijn van algehele wilsvrijheid en daarmee evenmin van een zuiver potestatieve voorwaarde. Deze gedachtengang is in ieder geval in overeenstemming met de in § 7.3.3.2 besproken opvatting, dat het ontbreken van de mogelijkheid van willekeur aan de zijde van de wilsgerechtigde partij er toe leidt dat geen sprake is van een zuiver potestatieve voorwaarde. De mogelijkheid van toetsing aan art. 6:23 BW zou er derhalve toe leiden dat naar zijn aard geen sprake is van een zuiver potestatieve voorwaarde. Of andersom benaderd, onder de voor het geldend recht aanvaarde presumpties dat de figuur van de zuiver potestatieve voorwaarde (in een aantal in § 7.3.3.1 beschreven varianten) mogelijk is én deze inderdaad een algehele wilsvrijheid omvat, kan de zuiver potestatieve voorwaarde niet worden getoetst aan art. 6:23 BW. Deze conclusie laat onverlet dat we bij de Hoge Raad beperkte aanwijzingen vinden, dat ook een zuiver potestatieve voorwaarde getoetst kan worden.³⁵⁶ Met

353 Zo komt de verkoper van een auto geen beroep op art. 6:23 BW toe, indien deze een koopovereenkomst aan gaat onder de ontbindende voorwaarde dat de koper binnen een week toch besluit een andere auto te kopen.

354 Zie in deze zin A-G Wissink in zijn conclusie bij HR 1 juni 2012, NJ 2012, 471, r.o. 4.8.1. Zie over het ontbreken van de rechtsverhouding t.g.v. de zuiver potestatieve voorwaarde § 7.3.

355 Kleijn 1993, p. 4 (Kleijn stelt in de door hem besproken situatie dat geen sprake is van een zuiver potestatieve voorwaarde, mede omdat het beginsel van art. 6:23 BW in het betreffende geval toepassing vindt); Perrick 1992, p. 789. Wellicht anders: Den Tonkelaar 1994, p. 74. Den Tonkelaar hanteert het begrip *potestatieve voorwaarde* in dezelfde zin als ik, derhalve voor de geobjectiveerd en de zuiver potestatieve voorwaarde tezamen (p. 49). Zie verder bij de bespreking van het 'oud BW'. M.b.t. het erfrechtelijke equivalent in art. 4:139 BW is Reinhartz van mening dat die wetsbepaling geen toepassing dient te vinden waarin het vervullen van de voorwaarde afhankelijk is van het handelen van de betrokken persoon (Reinhartz 2002, p. 5). Dit laatste is ook in overeenstemming met Meijers' opvatting, althans v.w.b. het andersluidende art. 4.3.1.7 OM (PG Boek 4, TM, p. 276).

356 HR 9 december 2011, NJ 2012, 5 waarbij als middel werd gesteld dat art. 6:23 BW niet geldt voor de vervulling van potestatieve voorwaarden in de macht van de debiteur. De Hoge Raad (en ook de A-G) wijzen de klacht af, maar bespreken niet expliciet de in het middel verwoorde stelling. Het blijft daarmee onduidelijk of de Hoge Raad wel degelijk toetsing

betrekking tot *geobjectiveerd* potestatieve voorwaarden vinden we in de moderne literatuur vrijwel geen opvattingen. Uitsluitend Hartkamp en Sieburgh stellen dat art. 6:23 BW bij een dergelijke voorwaarde geen toepassing kan vinden.³⁵⁷ Deze opvatting wijkt overigens zonder verdere onderbouwing af van hetgeen voor het OBW waarschijnlijk als het geldend recht kan worden beschouwd.

Een laatste kwestie betreft de vraag wie van partijen welk bewijs draagt ter zake de toepasselijkheid van art. 6:23 BW. Het belang van die vraag is met name groot, omdat voorwaarden naar hun aard een onzekere gebeurtenis omvatten. Deze onzekerheid heeft als gevolg dat de bewijslevering van hetgeen gebeurd zou zijn bij een juist gedrag vaak uiterst lastig zal zijn.

Als uitgangspunt ten aanzien van de bewijslastverdeling is het geldend recht duidelijk: de partij die zich op art. 6:23 BW beroept, draagt de bewijslast van het door de andere partij beletten dan wel teweegbrengen van het in vervulling *kunnen* gaan van de voorwaarde. Met het leveren van dat bewijs is veelal echter nog niet gegeven, dat de voorwaarde wél zou zijn ingetreden respectievelijk vervallen indien de (niet-)handelende partij juist zou hebben gehandeld respectievelijk géén invloed zou hebben uitgeoefend op het intreden van de voorwaarde (of vice versa). Zoals hiervoor reeds ter sprake kwam, heeft de (niet-)handelende partij immers vaak uitsluitend de *kans* op het intreden of vervallen van de voorwaarde uitgesloten.³⁵⁸ De vraag is derhalve wat daarvan de consequentie is voor de bewijspositie van partijen, althans voor zover toepassing van art. 6:23 BW niet zou leiden tot het voortbestaan van de voorwaardelijkheid.³⁵⁹ Daarvoor bestaan in theorie twee mogelijkheden. Op de eerste plaats zou de bewijspositie van de partij die zich op art. 6:23 BW

aan art. 6:23 BW mogelijk acht. Daarnaast is niet helemaal zeker of in het voorliggende geval inderdaad sprake is van een zuiver potestatieve voorwaarde (de ondertekening van een schriftelijke arbeidsovereenkomst na een eerdere mondelinge overeenstemming), dan wel een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde.

357 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, p. 137 (in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 142 vinden we dit voorbeeld niet meer). De bij wijze van voorbeeld door hen genoemde voorwaarde betreft een zich bedrinken, hetgeen een 'handelen' en daarmee een geobjectiveerde voorwaarde is. Hartkamp en Sieburgh noemen in dit verband onterecht het hierna bij het 'oud BW' besproken arrest van de Hoge Raad van 11 december 1942, NJ 1943, 36. In dit arrest werd weliswaar beslist dat i.c. niet zonder meer mocht worden aangenomen dat art. 1296 OBW toepassing vond, maar dat een toetsing van een (geobjectiveerd) potestatieve voorwaarde aan die wetsbepaling op zich mogelijk was.

358 T.a.v. potestatieve voorwaarden is dit uiteraard anders, waar de wilsgerechtigde partij immers een doorslaggevende invloed op het wel of niet intreden van de voorwaarde heeft. Zoals ik echter beschreef, wordt art. 6:23 BW niet van toepassing geacht op zuiver potestatieve voorwaarden.

359 Zoals we hiervoor zagen, wordt voor het geldend recht de mogelijkheid van het voortbestaan van de voorwaardelijkheid soms wel aangenomen. Voor zover dat het geval is, ontbreekt logischerwijs de noodzaak van het leveren van bewijs wat de situatie zou zijn geweest als de (niet-)handelende partij geen invloed zou hebben uitgeoefend.

beroept kunnen worden verzwaard. Deze partij zou namelijk tevens het bewijs opgelegd kunnen krijgen van hetgeen het uiteindelijke gevolg zou zijn geweest, indien de andere partij geen invloed op het wel of niet intreden van de voorwaarde zou hebben uitgeoefend. Deze bewijslastverdeling is in de jurisprudentie incidenteel aangenomen.³⁶⁰ Op de tweede plaats zou de bewijslast ook op de (niet) handelende partij kunnen worden gelegd in die zin, dat de eigen gedraging geen verschil heeft gemaakt voor het uiteindelijke resultaat ten aanzien van het (niet) plaatsvinden van de gebeurtenis. Voor de positie van de eisende partij betekent dit een bewijsrechtelijk vermoeden, dat met het bewijs van het (niet) handelen door de wederpartij in strijd met de redelijkheid en billijkheid tevens het causale verband is aangetoond dat zonder deze gedraging de voorwaarde juist wel of niet zou zijn ingetreden. Het door de (niet) handelende partij te leveren tegenbewijs vormt alsdan derhalve een soort van bevrijdend verweer.³⁶¹ Deze laatste bewijslastverdeling is onder meer door de Hoge Raad en veelal impliciet ook in de literatuur aangenomen, zodat deze het geldend recht vormt.³⁶²

360 Hof Arnhem 15 september 2009, LJN: BJ 7921. Het hof ging er daarbij van uit dat de eisers die zich op art. 6:23 BW beriepen zowel moesten aantonen dat de gedaagde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tekort was geschoten in zijn inspanningen om een externe financiering te verkrijgen, als dat het resultaat bij wél voldoende inspanningen positief zou zijn geweest. M.a.w., de eisers moesten tevens aantonen wat de uitkomst zou zijn geweest bij een correct handelen van de andere partij. Overigens lijkt het hof het tweede criterium te presenteren als een nadere uitwerking van het eerste ('Meer concreet is het Hof van oordeel []', maar het betreft hier wel degelijk te onderscheiden criteria voor de vraag of art. 6:23 BW toepassing dient te vinden. Wellicht ook: Hof Amsterdam 8 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX3778 (het hof noemt uitsluitend dat de partij die zich op art. 6:23 lid 2 BW beroept, daarvan ook de bewijslast draagt).

361 De Rb. Breda nam in dat verband overigens aan dat het ontbreken van het vereiste causale verband door de (niet) handelende partij is aangetoond, indien het 'niet aannemelijk' is dat de betreffende overeenkomst onvoorwaardelijk zou zijn geworden bij een norm-conform gedrag (Rb. Breda 19 april 2006, NJF 2006, 273). De door de wederpartij voorgestane maatstaf van een 'onomstotelijk aantonen' werd door de rechter verworpen.

362 HR 21 juni 1996, NJ 1996, 698 (Tomlow/Zwietering); 21 oktober 1988, NJ 1989, 80, r.o. 3.2 (Schilperoort/De Nijs). Vermoedelijk ook: HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569 (Beliën/Provincie), waarbij de Provincie zelf niet om een vereiste goedkeuring van Gedeputeerde Staten had gevraagd. Het hof had echter vastgesteld dat reeds van de zijde van GS was gebleken dat die goedkeuring niet zou worden verleend. De wnd. A-G Bloembergen oordeelt in zijn conclusie eveneens in deze zin. Zie ook: Rb. 's-Hertogenbosch 12 augustus 2009, LJN: BJ5626. Eveneens: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 142; Hockx 2003, p. 205; Pitlo/Cahen 2002, p. 38 (nogal impliciet, zie de gegeven voorbeelden). Iets terughoudender: Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 140). Voor het Belgisch recht wordt eveneens uitgegaan van een bewijslast die op de verwerende partij rust (De Coninck 2007, p. 221). Ik wijs voor het OBW echter op Hof 's-Hertogenbosch 13 mei 1913, NJ 1913, 688, waar het tegendeel uit voortvloeit. Wellicht eveneens anders: Hof Amsterdam 26 mei 1955, NJ 1955, 666. Het hof stelde vast dat ook bij een handelen i.s.m. de 'goede trouw' dat in ieder geval zou hebben geleid tot het niet in vervulling gaan van de voorwaarde, nog steeds onzeker zou zijn geweest óf die voorwaarde anders wel zou zijn ingetreden. De suggestie is duidelijk dat de bewijslast van dat laatste in de visie van het hof op de eisende partij zou rusten.

Oud BW

De rechtstreekse voorloper van art. 6:23 BW is art. 1296 OBW.³⁶³ De wortels van de rechtsregel die aan het huidige art. 6:23 BW ten grondslag liggen, reiken echter terug naar het canonieke en Romeinse recht,³⁶⁴ waarna deze via de Code Civil in het OBW terecht kwamen. De huidige redactie heeft echter veel meer weg van § 162 BGB, zoals we hierna zullen zien. Art. 6:23 BW gaat uit van een beletten of teweegbrengen door een van beide partijen, terwijl 1296 OBW – in ieder geval letterlijk beschouwd – uitsluitend ziet op een beletten door de debiteur.³⁶⁵ Van de vier mogelijke situaties waar de redactie van art. 6:23 BW betrekking op heeft,³⁶⁶ omvatte de redactie van art. 1296 OBW er derhalve maar één. Daarnaast werd in de literatuur incidenteel nog een tweede beperking ten opzichte van het huidige recht genoemd, namelijk dat art. 1296 OBW uitsluitend – in ieder geval in rechtstreekse zin – betrekking kon hebben op de opschortende voorwaarde, maar niet de ontbindende.³⁶⁷

Het redactionele uitgangspunt bij de verhindering als bedoeld in art. 1296 OBW was een handelen door de debiteur. In de literatuur en rechtspraak werd dan ook veelal gesteld dat het wetsartikel betrekking kon hebben op een teweegbrengen van het intreden van de voorwaarde.³⁶⁸ Door de Hoge Raad werd echter ook een stilzitten als mogelijkheid voor toepasselijkheid van de

363 Gezien de strekking van deze artikelen spreekt dit voor zich, maar het blijkt ook uit de TM (PG Boek 6, TM, p. 147).

364 Zie verder uitgebreid: Gutmans 1995.

365 Ook het eerste ontwerp van het BGB had in § 136 – de voorloper van de huidige § 162 BGB – dezelfde beperkte redactie. Overeenkomstig de wetgever van het NBW beschouwde de Duitse wetgever een dergelijke redactie echter als te beperkt (aldus: Flume 1992, p. 715), zodat art. 6:23 BW en § 162 BGB op dit punt thans synchroon lopen.

366 Een beletten of teweegbrengen door de debiteur, dan wel door de crediteur. Overigens zouden we ook kunnen stellen dat het hier in feite acht verschillende situaties betreft als we tevens nog onderscheid zouden aanbrengen tussen ontbindende en opschortende voorwaarden. Derhalve een beletten door de debiteur van het intreden van een ontbindende voorwaarde of een opschortende voorwaarde, enzovoorts.

367 In deze zin: Pitlo 1964, p. 79; Asser/Rutten 1958, p. 152; Veegens/Oppenheim 1917, p. 38. Dat art. 1296 OBW voornamelijk toepassing kon vinden bij opschortende voorwaarden wil ik aannemen, maar het ontgaat mij waarom de werking t.a.v. ontbindende voorwaarden per definitie zou zijn uitgesloten. Pitlo stelde dan ook terecht dat de debiteur wel degelijk belang kon hebben bij de vervulling van de (ontbindende) voorwaarde. Naar alle waarschijnlijkheid vormde deze opvatting echter niet het geldend recht. Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 1983, NJ 1984, 809, waarin het hof de werking van art. 1296 OBW (overigens zonder dit artikel te noemen) ook toepast bij een ontbindende voorwaarde. Zie ook Asser/Rutten 1958, p. 154, waar Rutten (ondanks zijn stellingname op p. 152) dezelfde rechtsregel voor de ontbindende voorwaarde afleidt uit de 'goede trouw' (redelijkheid en billijkheid).

368 Den Tonkelaar 1983, p. 75; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 378; Asser/Van Goudoever 1913, p. 56, 57. Zie ook Hof Leeuwarden 24 juni 1959, NJ 1960, 222 (waarbij een tweeebrengen van een ontbindende voorwaarde door de debiteur onder art. 1296 OBW werd geschaard).

wetsbepaling aanvaard.³⁶⁹ Daarnaast werd in de literatuur en rechtspraak wel aangenomen dat art. 1296 OBW ook analoog kon worden toegepast op de crediteur.³⁷⁰ Daarmee zou toepassing van art. 1296 OBW mogelijk zijn op alle vier de situaties waar thans art. 6:23 BW op ziet.³⁷¹ In hoeverre deze duidelijk bredere toepassing van art. 1296 OBW dan de letterlijke redactie gedurende de gehele periode waarin het OBW van kracht was als het geldend recht kon worden beschouwd, is niettemin enigszins twijfelachtig. In 1908 stelde de Hoge Raad bijvoorbeeld nog 'dat voor de toepassing van art. 1296 B.W. noodig is dat de schuldenaar zich onder eene voorwaarde verbonden heeft en daarna de vervulling dier voorwaarde zelf verhindert'.³⁷² Hoe dan ook, voor het NBW breidden Meijers en Eggens de regeling van art. 1296 OBW in ieder geval (ook) in redactioneel opzicht uit naar de huidige vier situaties die onder de werking van art. 6:23 BW vallen.³⁷³

Overeenkomstig het NBW werd ten aanzien van art. 1296 OBW algemeen aangenomen dat de bepaling een wettelijke fictie behelsde.³⁷⁴ Enige discussie over deze kwalificatie lijkt niet te hebben bestaan. Zoals we bij het thans geldend recht zagen, worden als gevolg van toepasselijkheid van art. 6:23 lid 2 BW twee mogelijke consequenties genoemd: óf de voorwaarde vervalt, óf de aanvankelijke voorwaardelijkheid duurt voort. Daarentegen werd onder het

369 21 oktober 1988, NJ 1989, 80, r.o. 3.2 (Schilperoort/De Nijs); HR 27 februari 1953, NJ 1953, 586. Zie in deze zin o.a. ook reeds: Rb. Tiel 11 mei 1908, WPNR 2060 (1909). In gelijke zin: Asser/Rutten 1958, p. 152.

370 Den Tonkelaar 1983, p. 75; Asser/Rutten 1973, p. 142 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 154). Impliciet vinden we deze opvatting vermoedelijk ook bij Pitlo en Van Goudoever (Pitlo 1964, p. 79; Asser/Van Goudoever 1913, p. 56). Zie voor een geval van analoge toepassing op een crediteur bij een ontbindende tijdsbepaling: Rb. Middelburg 20 augustus 1947, NJ 1948, 325. In de door mij bestudeerde jurisprudentie spreekt de Hoge Raad uitsluitend van de 'schuldenaar', maar gezien de situaties waarin het wetsartikel normaal gesproken toepassing vindt, ligt dat ook voor de hand. In de conclusies van de P-G's vinden we daarentegen ook anders, zie bijv. Berger in zijn conclusie bij HR 11 december 1942, NJ 1943, 36.

Overigens achtte het Hof Arnhem het wetsartikel niet van toepassing op de bijzondere ontbindende voorwaarde van wanprestatie als opgenomen in art. 1302 OBW, althans in het voorliggende geval van schuldeisersverzuim (Hof Arnhem 20 oktober 1897, W. 7053).

371 De wetgever ging er ook van uit dat art. 1296 OBW in de rechtspraak op dezelfde wijze werd opgevat als het huidige 6:23 BW (PG Boek 6, Eindverslag I, p. 148).

372 HR 14 februari 1908, W. 8665.

373 PG Boek 6, TM, p. 147. Florijn heeft daarbij vastgesteld dat lid 2 van art. 6:23 BW door Eggens en derhalve niet door Meijers is aangebracht (Florijn 1995, p. 259).

374 Houwing in zijn noot bij HR 27 februari 1953, NJ 1953, 586; Asser/Van Goudoever 1913, p. 55, 56; Opzoomer 1879a, p. 146; Diephuis 1885, p. 138; Everts 1883, p. 30. In deze zin ook: HR 11 december 1942, NJ 1943, 36; Hof 's-Gravenhage 7 mei 1906, W. 8411. Enigszins anders: Hof Leeuwarden 24 juni 1959, NJ 1960, 222 (waar het hof stelt dat de inhoud van de gebeurtenis niet geacht moet worden rechtens te hebben plaatsgevonden, maar u.h.v. art. 1296 OBW uitsluitend de mogelijkheid van een beroep op het ingetreden zijn van de voorwaarde is komen te vervallen).

OBW voor de situatie van het teweegbrengen van het intreden van een voorwaarde als consequentie slechts genoemd dat de voorwaarde vervalt. Of daarmee inderdaad bedoeld werd dat het alsnog voortduren van de voorwaardelijkheid door toepassing van art. 1296 OBW geen mogelijkheid was, blijft in enige mate onduidelijk. De discussie richtte zich met name op de vorenbesproken kwestie of art. 1296 OBW überhaupt toepassing kon vinden op het teweegbrengen van het intreden van een voorwaarde. Dat zou kunnen verklaren dat de vraag of het voortduren van voorwaardelijkheid eventueel een tweede mogelijke consequentie zou kunnen zijn, onder het OBW buiten het blikveld en daarmee onbeantwoord bleef.

Iedere aanwijzing ontbreekt dat art. 1296 OBW van rechtswege en derhalve niet pas door middel van een beroep door een partij werking zou hebben gehad, zodat in die zin het huidige BW niet afwijkt van het OBW. Aan wie een dergelijk beroep toekwam – buiten de voor de hand liggende wederpartij – bleef in de literatuur onbesproken. Ook in een ander opzicht wekt het OBW niet af van art. 6:23 BW: art. 1296 OBW kon uitsluitend toepassing vinden bij een handelen of niet-handelen door de wederpartij en niet dat van een derde.³⁷⁵ Het vereiste van een causaal verband tussen het (niet) handelen en het intreden of vervallen van de voorwaarde wordt door geen enkele door mij bestudeerde auteur genoemd. Niettemin lijkt over het bestaan van dit vereiste geen twijfel te bestaan, al was het maar uit hoofde van de redactie van art. 1296 OBW.

Anders dan art. 6:23 BW noemde art. 1296 OBW niet dat de (niet) handelende partij een belang moest hebben bij het verhinderen (of eventueel teweegbrengen) van de voorwaarde, wilde de bepaling toepassing kunnen vinden. In de literatuur werd dit belang zeer incidenteel wel genoemd.³⁷⁶ Uit de voorbeelden die de verschillende auteurs hanteren, kunnen we afleiden dat het bestaan van een dergelijk belang ook veelal het impliciete uitgangspunt vormde. Of in de heersende opinies dat belang echter ook een *vereiste* voor toepasselijkheid van art. 1296 OBW vormde, is daarmee uiteraard nog niet gegeven.

Overeenkomstig het huidige recht werd onder het OBW reeds lang aangenomen dat ook bij een opzettelijk handelen de wetsbepaling niet altijd toepassing zou moeten vinden.³⁷⁷ Dat gold zeker voor die gevallen, waarin opzettelijk maar wel rechtmatig sprake was van een verhindering van het intreden van

375 Diephuis 1885, p. 140, 141. Zie ook: Rb. 's-Gravenhage 13 mei 1941, NJ 1942, 111. Zie tevens: HR 14 februari 1908, W. 8665, waarin de Hoge Raad stelt dat uitsluitend een handelen van de debiteur zelf tot toepasselijkheid kan leiden. Zie ook: Hof 's-Hertogenbosch 13 mei 1913, NJ 1913, 688, waarbij een besluit van aandeelhouders van een partij door het hof wellicht als een besluit van een derde werd beschouwd.

376 Opzoomer 1879a, p. 145, 146.

377 Pitlo 1964, p. 79; Wiarda 1943, p. 299 (Wiarda noemt het voorbeeld van de verzekeringsagent, die opzettelijk voorkomt dat het verzekerde huis door brand tenietgaat en daarmee tevens dat een verplichting tot uitkering van voorwaardelijk verschuldigde verzekeringspenningen zou ontstaan); Hofmann 1937, p. 92.

de voorwaarde.³⁷⁸ Daarentegen was aanvankelijk omstreden of aanwezigheid van opzet bij een partij een vereiste vormde voor eventuele toepasselijkheid van art. 1296 OBW.³⁷⁹ In de negentiende en begin twintigste eeuw werd dit vereiste in ieder geval verdedigd, in navolging van art. 2240 van het Ontwerp 1820 dat het vereiste van opzet uitdrukkelijk stelde.³⁸⁰ Daarbij werd deze vraag naar het eventuele vereiste van opzet soms genuanceerd met de vraag, waarop deze eventuele opzet gericht diende te zijn: opzet op een (niet) handelen dat weliswaar de voorwaarde al dan niet liet intreden, maar waarbij het doel van dit (niet) handelen in feite op iets anders was gericht, dan wel de beperktere strekking waarbij de opzet gericht was op het ontkomen aan de voorwaardelijke verplichting.³⁸¹

Wat daar van zij, in de eerste helft van de vorige eeuw wijzigde mede onder invloed van de rechtspraak de opvatting van het (eventueel) vereiste zijn van opzet in een vereiste van schuld.³⁸² Daarbij lijkt uit de rechtspraak bovendien een beeld naar voren te komen dat relatief snel sprake was van een dergelijke schuld.³⁸³ Sterker, reeds vroeg in de twintigste eeuw werd incidenteel gesteld dat de wetsbepaling zelfs bij het geheel ontbreken van

378 Everts 1883, p. 30.

379 In deze zin ook: Den Tonkelaar 1994, p. 65; Wiarda 1943, p. 297; Hofmann 1937, p. 91.

380 Veegens/Oppenheim 1917, p. 38; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 56 (Wiarda interpreteert De Savornin Lohman op dit punt overigens onjuist, zie Wiarda 1943, p. 298); Opzoomer 1879a, p. 145 e.v. (Wiarda interpreteert ook Opzoomer op dit punt onjuist, zie Wiarda 1943, p. 297).

Ook: Rb. 's-Gravenhage 31 mei 1921, W. 10873; Hof 's-Hertogenbosch 13 mei 1913, NJ 1913, 688; Hof 's-Gravenhage 7 mei 1906, W. 8411. Wellicht ook Hof 's-Gravenhage 21 december 1922 (NJ 1923, 821), waar het hof duidelijk uitgaat van opzet bij de betreffende partij en zodoende toepasselijkheid van art. 1296 OBW, maar tegelijk niet is uitgesloten dat het oordeel eventueel gelijk was uitgevallen bij het ontbreken van die opzet.

381 Asser/Van Goudoever 1913, p. 56. Het Hof Amsterdam had reeds in 1894 vastgesteld dat voor toepasselijkheid van art. 1296 OBW i.i.g. niet vereist was, dat de debiteur het intreden van de voorwaarde had verhinderd met het oog op een daarmee te verkrijgen voordeel (Hof Amsterdam 26 januari 1894, W. 6491). Ook bij ktg. Amsterdam 17 december 1928, NJ 1929, 85 wordt uitdrukkelijk overwogen dat het doel van het handelen niet behoefde te zijn gericht op de verhindering van de vervulling van de voorwaarde.

382 Den Tonkelaar 1983, p. 72 e.v.; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 379; Pitlo 1964, p. 79; Hofmann 1937, p. 91; Asser/Van Goudoever 1913, p. 56; Diephuis 1885, p. 139.

Ook: Hof Amsterdam 20 oktober 1932, W. 12548; Hof 's-Gravenhage 7 mei 1906, W. 8411. Het Hof 's-Gravenhage is i.i.g. terughoudend v.w.b. het vereiste van opzet en beperkt dit vereiste in die zin, dat de handeling 'niet bij vergissing' en 'niet door dwang' mag zijn verricht voor toepasselijkheid van art. 1296 OBW. Opzet gericht op de niet-ervulling van de voorwaarde is daarentegen niet vereist. Dat laatste vinden we ook terug in voormeld arrest van het Hof Amsterdam. Enigszins twijfelachtig ter zake het vereiste van opzet is Hof Amsterdam 26 mei 1955, NJ 1955, 666, waar het hof spreekt van handelingen die op het beletten van het intreden 'gericht waren of er naar zij behoorde te begrijpen praktisch toe moesten leiden'.

383 Zie: Rb. Utrecht 23 maart 1932, NJ 1159, waar het vereiste werd gesteld van 'enig verzuim' aan de zijde van de schuldenaar.

schuld wellicht toepassing zou kunnen vinden.³⁸⁴ De eerste ontknoping volgde bij het arrest van 11 december 1942, waarbij de Hoge Raad het vereiste van opzet afwees, maar tegelijkertijd wel het vereiste van een vorm van schuld (in de vorm van een handelen zonder de vereiste zorg) stelde.³⁸⁵ De Hoge Raad noemde in dat verband het vereiste van een handeling 'in strijd met de goede trouw, dat is indien naar den aard der overeenkomst de schuldenaar in redelijkheid zich van die handeling had moeten onthouden'. Onder meer Wiarda interpreteerde dit arrest echter zo, dat het criterium voor toepasselijkheid van art. 1296 OBW uitsluitend was gelegen in een handelen in strijd met de – objectieve – goede trouw, derhalve ook in het geval van het ontbreken van schuld.³⁸⁶ Dat laatste is mijns inziens echter niet hetgeen de Hoge Raad in voormeld arrest stelde. De tweede ontknoping volgde in 1953, waar de Hoge Raad wél duidelijk stelde dat art. 1296 OBW ondanks het ontbreken van enig verwijt eventueel toepassing zou kunnen vinden.³⁸⁷ Vanaf de jaren vijftig vinden we dan genuanceerde opvattingen, waarbij met inachtneming van doel en strekking van de overeenkomst alsmede de goede trouw bepaald diende te worden of opzet of überhaupt enigerlei vorm van schuld bij de handelende partij vereist was.³⁸⁸

Bij de vorenbesproken discussie zien we derhalve dat het aanvankelijk veelal aangenomen criterium van verwijtbaarheid – in de vorm van opzet of schuld bij de (niet) handelende partij – werd aangevuld met of wellicht zelfs plaats maakte voor het criterium van een (niet) handelen in strijd met de goede trouw. Dat is in die zin opvallend dat, anders dan het huidige art. 6:23 BW, art. 1296 OBW geen verwijzing naar de goede trouw bevatte. Niettemin was de Hoge Raad in het voormelde arrest uit 1942 en ook reeds in een arrest van een jaar eerder expliciet in de opvatting, dat art 1296 OBW slechts een uitwerking vormde van de artt. 1374 OBW en 1375 OBW.³⁸⁹ Deze opvatting werd

384 Asser/Van Goudoever 1913, p. 56. De onderbouwing daarvoor bij Van Goudoever is mij echter niet geheel duidelijk: 'Wellicht zal men nog een stap verder kunnen gaan en de voorwaarde soms voor vervuld mogen houden, als de oorzaak van de verhinderings harer vervulling ligt bij den voorwaardelijk verplichte [de debiteur dus, HS], ook al had hij aan de verhinderings geene 'schuld'. Als de voorwaarde voor hem een voordeel beoogt, dat hij nu niet kan benutten, is er gelijkenis met het verzuim van den schuldeischer'.

385 HR 11 december 1942, NJ 1943, 36.

386 Wiarda 1943, p. 297, 299. Ook Houwing maakte in dit verband het onderscheid tussen het vereiste van schuld en dat van strijd met de goede trouw (zie zijn noot bij HR 27 februari 1953, NJ 1953, 586).

387 HR 27 februari 1953, NJ 1953, 586.

388 Asser/Rutten 1973, p. 141 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 153).

389 HR 11 december 1942, NJ 1943, 36; HR 31 oktober 1941, NJ 1942, 198.

Wiarda beschouwde deze interpretatie door de Hoge Raad overigens als weinig gelukkig (Wiarda 1943, m.n. p. 307). Samengevat baseerde hij deze opvatting op de gedachte dat de artt. 1374 en 1375 OBW uitsluitend betrekking hadden op verbintenisscheppende overeenkomsten, terwijl art. 1296 OBW een bredere – bijv. ook zakenrechtelijke – strekking zou hebben. Daarentegen beschouwt Wiarda art. 1296 OBW wél als uitwerking van het

in de literatuur onderschreven.³⁹⁰ Daarmee was enerzijds gegeven dat art. 1296 OBW uitsluitend toepassing kon vinden indien de betreffende partij inderdaad handelde in strijd met de goede trouw. Anderzijds maakte de koppeling aan de goede trouw het ook eenvoudiger de wetsebepaling een ruimere toepassing te geven dan de letterlijke redactie leek toe te staan.³⁹¹ Als nadere uitwerking van de goede trouw bestond immers geen reden de schijnbaar door art. 1296 OBW gestelde grenzen te laten gelden voor situaties waar de bepaling naar de letter niet op zag. Daarbij zij nogmaals aangetekend dat deze grenzen reeds gedurende lange tijd omstreden waren, derhalve ook voordat de Hoge Raad uitdrukkelijk het verband legde met de goede trouw.

De vraag of geobjectiveerd en/of zuiver potestatieve voorwaarden toetsbaar waren aan art. 1296 OBW is niet eenvoudig te beantwoorden. In een belangrijk deel van de literatuur vinden we in elk geval de gedachte, dat specifiek de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde waarvan de uitoefening in de macht van de debiteur lag niet toetsbaar was.³⁹² De onderbouwing voor die opvatting bestond daaruit dat anders in feite steeds sprake zou zijn van een onvoorwaardelijke verbintenis, terwijl de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde als figuur juist breed aanvaard was.³⁹³ Immers, óf de debiteur laat de voorwaarde intreden, óf het intreden daarvan zou – ten gevolge van de veronderstelde ‘verhinderings’ door de debiteur – worden gefingeerd door art. 1296 OBW. Een redenering die we voor het NBW nog bij Hartkamp en Sieburgh vinden.³⁹⁴ De gedachte dat deze redenering slechts juist is indien art. 1296 OBW bij een dergelijke voorwaarde *altijd* toepassing zou vinden – en bijvoorbeeld niet uitsluitend als de goede trouw dat zou eisen – vinden we echter bij geen enkele auteur. Wat van dit laatste zij, of op basis van deze literatuur tevens a contrario gesteld kan worden dat de overige varianten van potestatieve voorwaarden

algemeen geldende rechtsbeginsel van goede trouw en billijkheid. V.w.b. dit laatste in gelijke zin: Asser/Rutten 1958, p. 152, 153.

390 Den Tonkelaar 1983, p. 73; Asser/Rutten 1973, p. 140. Zie ook reeds Van Brakel en De Savornin Lohman, die i.e.g. een verband legden tussen de goede trouw en art. 1296 OBW (Van Brakel 1935a, p. 24; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 56 en p. 57 nt. 6). Meijers ging er eveneens van uit dat voor toepasselijkheid van art. 1296 OBW sprake moest zijn van strijd met de goede trouw (PG Boek 6, TM, p. 147). Den Tonkelaar stelt (zonder bronvermelding) dat deze ontwikkeling reeds bij Diephuis begon (Den Tonkelaar 1994, p. 66), maar daarvan is mij niet gebleken.

391 In deze zin ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 142; Den Tonkelaar 1994, p. 66.

392 Pitlo 1964, p. 80; Wiarda 1943, p. 309; Hofmann 1937, p. 92; Veegens/Oppenheim 1917, p. 39; Asser/Van Goudoever 1913, p. 56, 57.

Zie ook: Asser/Rutten 1973, p. 141 (en eerder: Asser/Rutten 1958, p. 153). Rutten gaat er o.g.v. van het door hem gegeven voorbeeld van uit dat in voormelde situatie geen sprake kan zijn van strijd met de goede trouw.

393 Zie § 7.3.2.

394 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, p. 137 (in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 142 vinden we deze gedachte niet meer verwoord).

(zuiver potestatief of in de macht van de crediteur) wél getoetst zouden kunnen worden aan art. 1296 OBW, blijft twijfelachtig.³⁹⁵

Andere opvattingen ten aanzien van de mogelijkheid van toetsing van potestatieve voorwaarden aan art. 1296 OBW vinden we onder het OBW ook. Van Opstall achtte een dergelijke toetsing op zich mogelijk, maar constateerde dat 'in het algemeen' bij dergelijke voorwaarden geen sprake was van strijd met de goede trouw.³⁹⁶ Losecaat Vermeer sprak eveneens zijn bedenkingen uit ten aanzien van een vrijheid die tevens willekeur zou toestaan en ook Van Brakel achtte de toetsing aan art. 1296 OBW mogelijk.³⁹⁷ Van Goudoever aanvaardde toetsing weer bij een handelen van de crediteur.³⁹⁸ De Savornin Lohmann stelde daarentegen dat art. 1296 OBW, gezien de (beoogde) vrijheid van de debiteur bij een dergelijke voorwaarde, hoe dan ook geen toepassing kon vinden op potestatieve voorwaarden.³⁹⁹ We mogen dan ook constateren dat het in de literatuur van het OBW omstreden was of potestatieve voorwaarden konden worden getoetst aan art. 1296 OBW.

In 1942 liet ook de Hoge Raad zich uit over deze mogelijkheid van toetsing.⁴⁰⁰ Volgens de Hoge Raad kon art. 1296 OBW toepassing vinden bij verhinderend van het intreden van een potestatieve voorwaarde. Een *algehele* onmogelijkheid van toetsing aan art. 1296 OBW vormde met dit arrest in ieder geval niet het geldend recht van het OBW. De vraag was echter wat de Hoge Raad met de term *potestatieve voorwaarde* bedoelde. A-G Berger maakte in zijn conclusie nog uitdrukkelijk het onderscheid tussen de zuiver potestatieve voorwaarde (waar art. 1296 OBW zijns inziens geen toepassing op kon vinden) en een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde (waar het artikel in zijn opvat-

395 De afwijzing van toepassing op specifiek de *geobjectiveerd* potestatieve voorwaarde waarvan de uitoefening in de macht van de *debiteur* ligt suggereert uiteraard, dat toepassing op andere vormen van potestatieve voorwaarden wel mogelijk zou zijn. Echter, de bestaansmogelijkheid van de zuiver potestatieve voorwaarde was onder het OBW sterk omstreden (§ 7.3.3). Uit de eventuele afwijzing van die voorwaarde vloeit voort dat ook art. 1296 OBW geen toepassing zou kunnen vinden. Het in voormelde literatuur ontbreken van aandacht voor de relatie tussen art. 1296 OBW en zuiver potestatieve voorwaarden zou daar wellicht uit verklaard kunnen worden.

Iets anders is dat het voormelde argument dat wordt gehanteerd voor afwijzing van art. 1296 OBW bij geobjectiveerde voorwaarden in de macht van de debiteur op andere vormen van potestatieve voorwaarden eveneens van toepassing zou zijn. Ook daaruit zou volgen dat art. 1296 OBW op geen enkele vorm van potestatieve voorwaarden toepassing zou vinden.

396 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 380 (vermoedelijk doelt Van Opstall inderdaad zowel op de geobjectiveerd als de zuiver potestatieve voorwaarde).

397 Van Brakel 1935a, p. 24; Losecaat Vermeer 1925, p. 467, 468 (wél achtte hij een ruime vrijheid ter zake het eigen handelen gerechtvaardigd).

398 Asser/Van Goudoever 1913, p. 56.

399 Land/De Savornin Lohman 1907, p. 57 nt. 6.

400 HR 11 december 1942, NJ 1943, 36.

ting wel toepassing op kon vinden).⁴⁰¹ In het aan de Hoge Raad voorgelegde geval is ook sprake van een opschortende geobjectiveerd potestatieve voorwaarde.⁴⁰² Daar komt bij dat het hier een opschortende voorwaarde in de macht van de debiteur betrof. Als *zuiver* potestatieve voorwaarde zou deze voor het OBW eigenlijk onweersproken leiden tot nietigheid van de verbintenissen,⁴⁰³ waarmee ook iedere toetsing aan art. 1296 OBW onmogelijk zou zijn geweest. Met andere woorden, de Hoge Raad heeft in voormeld arrest uitsluitend beslist dat *geobjectiveerd* potestatieve voorwaarden getoetst konden worden aan art. 1296 OBW. Voor zover Den Tonkelaar bedoelt dat de Hoge Raad met dit arrest ook een toetsing van *zuiver* potestatieve voorwaarden zou hebben aanvaard, is dit derhalve onjuist.⁴⁰⁴

De onmogelijkheid van toetsing van zuiver potestatieve voorwaarden lijkt ook door de Hoge Raad te zijn aanvaard. In het arrest van 28 mei 1952 stelde de Hoge Raad namelijk dat het de te beantwoorden vraag is 'of naar de bedoeling van pp. en met het oog op het bepaalde bij art. 1374 B.W. de werkgever *onder alle omstandigheden* [cursivering HS] de vrijheid heeft van het door hem gemaakte voorbehoud gebruik te maken'.⁴⁰⁵ Met andere woorden, de Hoge Raad lijkt hier te onderkennen dat uit de partijwil kan voortvloeien dat het bedoelde voorbehoud (in casu te kwalificeren als een zuiver potestatieve voorwaarde) niet toetsbaar is aan de goede trouw. Dit laatste was ook de interpretatie van Houwing.⁴⁰⁶ Daarmee zou tevens een toetsing aan art. 1296 OBW, als nadere uitwerking van de goede trouw, zijn uitgesloten. Een bevestiging van die opvatting kunnen we vinden in het arrest van 10 maart 1961, waar de Hoge Raad eveneens vaststelde dat uit de goede trouw geen verplichtingen tot het (pogen te) bewerkstelligen van het intreden van een voorwaarde kunnen worden afgeleid, waar partijen juist zijn overeengekomen dat dergelijke verplichtingen ontbreken.⁴⁰⁷

Ten aanzien van de bewijslastverdeling heb ik voor het OBW slechts (deels zeer) impliciete aanwijzingen kunnen vinden. Ik laat dit onderwerp derhalve voor het OBW rusten.

401 Wiarda legt daarentegen – m.i. onterecht – bij dit arrest de nadruk op de vraag wie van partijen (crediteur of debiteur) de potestatieve voorwaarde kon laten intreden (Wiarda 1943, p. 309).

402 Zie ook onderdeel 2 van het middel en de conclusie van de A-G.

403 Zie § 7.3.3.1. Zie in het specifieke verband van art. 1296 OBW: Pitlo 1964, p. 79, 80.

404 Den Tonkelaar 1994, p. 74. Den Tonkelaar hanteert het begrip *potestatieve voorwaarde* voor de geobjectiveerd en de zuiver potestatieve voorwaarde gezamenlijk (zie p. 49).

405 HR 28 mei 1952, NJ 1953, 394.

406 Zie zijn noot bij dit arrest alsmede zijn noot bij HR 16 november 1949, NJ 1950, 73.

407 HR 10 maart 1961, NJ 1961, 251. Overigens wordt ook in dit arrest niet expliciet verwezen naar art. 1296 OBW, maar uitsluitend naar de 'algemene' goede trouw.

Duits en Zwitsers recht

Zowel het Duitse als het Zwitserse recht kennen met § 162 BGB respectievelijk art. 156 OR wettelijke regelingen, die materieel sterk lijken op art. 6:23 BW.⁴⁰⁸ Beide wetsbepalingen worden overeenkomstig art. 6:23 BW veelal beschouwd als nadere uitwerkingen van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁰⁹ Dit met name vanuit de gedachte dat niemand voordeel zou mogen hebben uit een eigen handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid.⁴¹⁰ Beide wetsbepalingen worden eveneens meestal beschouwd als ficties.⁴¹¹ In dit laatste wordt ook wel de specifieke functie van deze bepalingen gezien, waar een onterecht beroep door de (niet) handelende partij op het wel of niet ingetreden zijn van een voorwaarde reeds op de algemeen toepasselijke 'Treu und Glauben' zou kunnen worden afgewezen.⁴¹² Onbetwist zijn deze opvattingen ter zake de wetsbepalingen als uitwerking van de redelijkheid en billijkheid alsmede de

408 H.C.F. Schoordijk en F.C.E. Schoordijk beschouwen de Duitse en Zwitserse wetsvarianten op art. 6:23 BW als de betere versies (Schoordijk/Schoordijk 2009, p. 781). De onderbouwing van die stelling is mij echter niet duidelijk en ik zie zelf weinig qua werking inhoudelijk verschil. Sterker, art. 156 OR omvat naar de redactie niet de situatie van het *bewerkstelligen* van het intreden van een voorwaarde, hetgeen op zich zelf reeds behoorlijk afbreuk doet aan de stellingname van de beide auteurs.

409 Duits recht: Erman/Armbrüster 2014, p. 467 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 478); Jauernig/Mansel 2014, p. 128; Schellhammer 2014, p. 1067, 1068; MüKo/Westermann 2012, p. 1729; Staudinger/Bork 2010, p. 351; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1072; Johannsen e.a. 1982, § 162 nr. 1; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 851.

Wolf beschouwt het artikel daarentegen uitsluitend als een herhaling van hetgeen op grond van § 242 BGB (*Leistung nach Treu und Glauben*) toch reeds tussen partijen zou hebben gegolden (Wolf 1999, p. 523).

Zwitsers recht: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 384; Berger 2012, p. 265; Schwenzer 2012, p. 70; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 868; Koller 2009, p. 1284; Merz 1984, p. 164.

Zie ook: BGE 16 juli 2007 133 III 527.

Enigszins anders Gutmans, die naast voormelde duiding van art. 156 OR deze tevens beschrijft als wijze van aanvullende contractsuitlegging u.h.v. de *Treu und Glauben* (Gutmans 1995, p. 67 e.v.).

410 BGH 30 januari 2003, NJW 2003, 1459.

Duits recht: Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 623; Wolf/Neuner 2012, p. 650; Bork 2011, p. 499; Staudinger/Bork 2010, p. 351; Wolf 1999, p. 523; Hübner 1996, p. 477.

Zwitsers recht: Merz 1984, p. 164.

411 Duits recht: Erman/Armbrüster 2014, p. 467 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 478); Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; Jauernig/Mansel 2014, p. 128; Palandt/Ellenberger 2014, p. 182; PWW/Brinkmann 2014, p. 225; Schellhammer 2014, p. 1067; MüKo/Westermann 2012, p. 1729; Staudinger/Bork 2010, p. 336, 351; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 124; Hübner 1996, p. 477; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 849.

Zwitsers recht: Berger 2012, p. 265; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 870; Honsell 2008, p. 625; Koller 2009, p. 1284; Guhl/Koller 2000, p. 59; Gutmans 1995, p. 218; Peter 1994, p. 238; Merz 1984, p. 165; Oser 1929, p. 694.

412 Erman/Armbrüster 2014, p. 467 (geheel anders verwoord ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 478). M.a.w., een subjectieve schuld bij de (niet) handelende partij zou in die zin geen vereiste vormen voor eventuele toepasselijkheid.

kwalificatie als fictie echter niet.⁴¹³ Ik bespreek deze opvattingen in § 7.4.2.3. Het gevolg van de toepasselijkheid van § 162 BGB bestaande uit het (fictief) wel of niet ingetreden zijn van de voorwaarde wordt in de Duitse literatuur als dwingend beschouwd.⁴¹⁴ In de Zwitserse literatuur wordt daar wel anders over gedacht, waaruit zou volgen dat aan de toepasselijkheid van art. 156 OR ook andere gevolgen zouden kunnen worden verbonden.⁴¹⁵

Uit de vaak onderschreven opvatting dat § 162 BGB een fictie betreft, wordt ook voor het Duitse afgeleid dat de bepaling geen toepassing kan vinden op wettelijke voorwaarden (*Rechtsbedingungen*).⁴¹⁶ Uit het wetsartikel kan immers niet voortvloeien dat alsnog (fictief) aan wettelijke vereisten voor de totstandkoming van een rechtverhouding wordt voldaan.⁴¹⁷ In de Zwitserse literatuur wordt daarentegen door een deel van de literatuur aangenomen dat art. 156 OR wel degelijk (analoog) toepassing kan vinden op *Rechtsbedingungen*.⁴¹⁸ Van een fictief alsnog voldoen aan de ontbrekende wettelijke geldigheidsvereisten voor de rechtverhouding is echter geen sprake; de eventuele analoge toepasselijkheid kan uitsluitend leiden tot een verplichting tot vergoeding van schade.⁴¹⁹

413 Flume en Medicus stellen v.w.b. § 162 BGB dat de bepaling in feite slechts een invulling geeft aan de betekenis die de voorwaarde t.o.v. de rechtverhouding heeft (Flume 1992, p. 715; Medicus 2010, p. 342, 343). Gutmans verdedigt voor zowel het Duitse als het Zwitsers recht een genuanceerd standpunt (Gutmans 1995, p. 72 e.v.). Voor zover uit deze nadere invulling volgt dat de voorwaarde (alsnog) wel of niet is ingetreden, is dan ook geen sprake van een fictie, zo is de gedachte.

414 Staudinger/Bork 2010, p. 351, 355; Herberger/Armgarth 2009, p. 1075; Wolf 1999, p. 523, 526. Anders: PWW/Brinkmann 2014, p. 225.

415 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 384; Honsell 2008, p. 627. Emmenegger en Honsell onderbouwen deze opvatting met de gedachte dat art. 156 OR een uitwerking is van de algemene redelijkheid en billijkheid (art. 2 ZGB), waaruit volgt dat andere consequenties passender kunnen zijn.

416 BGH 25 september 1996, NJW 1996, 3338. Overigens zónder dat verwezen naar dit argument van de fictie, maar in beginsel wél afwijzend v.w.b. de *Rechtsbedingung*. Erman/Armbrüster 2014, p. 467 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 478); Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; Jauernig/Mansel 2014, p. 127; Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; PWW/Brinkmann 2014, p. 224; Schellhammer 2014, p. 1068; MüKo/Westermann 2012, p. 1729; Staudinger/Bork 2010, p. 356; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 124; Wolf 1999, p. 524 (enigszins genuanceerd); Flume 1992, p. 721; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 850.

417 MüKo/Westermann 2012, p. 1729; Medicus 2010, p. 343.

418 Koller 2009, p. 1301; Merz 1984, p. 166; Becker 1941, p. 713.

De conclusie van Koller vloeit overigens vermoedelijk daaruit voort, dat hij een enigszins andere dan gebruikelijke betekenis hecht aan de term *Rechtsbedingung*. Daardoor is het bij Koller mogelijk dat ondanks de *Rechtsbedingung* wel degelijk een rechtsgeldige (opschortend voorwaardelijke) verbintenis tot stand komt en dús art. 156 OR toepassing zou kunnen vinden.

Onweersproken is deze analoge toepassing in de Zwitserse literatuur niet: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 384; Honsell 2008, p. 625 (die analoge toepassing i.i.g. 'in de regel' niet mogelijk acht).

419 Merz 1984, p. 166.

Ter zake het moment waarop een voorwaarde geacht wordt fictief te zijn ingetreden, bestaat in de Duitse en Zwitserse literatuur verschil van inzicht.⁴²⁰ De meest verdedigde visie is dat de voorwaarde ingeval van een verhindering geacht wordt te zijn ingetreden per het moment, waarop deze bij een redelijk handelen vermoedelijk zou zijn ingetreden.⁴²¹ Deze opvatting vinden we min of meer ook in de Zwitserse literatuur. Althans, als fictief moment waarop de voorwaarde vermoedelijk zou zijn ingetreden wordt uitgegaan van een normconform gedrag van de betreffende partij en overeenkomstig een normaal verloop van de omstandigheden.⁴²² Is dit moment niet vast te stellen of is nakoming van de nog te verrichten prestatie intussen onmogelijk, dan geldt – althans volgens een deel van de Duitse auteurs – het moment waarop de gedraging werd voltooid die tot toepasselijkheid van § 162 BGB leidde.⁴²³

Andere Duitse en Zwitserse auteurs nemen bij de verhindering van het intreden van een voorwaarde weer als uitgangspunt het moment waarop deze verhindering daadwerkelijk plaatsvond, waarmee bedoeld zal zijn het voormelde moment waarop de betreffende gedraging werd voltooid.⁴²⁴ Deze vaststelling heeft soms het voordeel dat geen hypothetisch moment behoeft te worden bepaald waarop de voorwaarde zou zijn ingetreden, althans voor zover de gedraging uit een handelen bestaat. Voor de voorwaarde waarvan het intreden in strijd met § 162 BGB respectievelijk § 156 OR is bewerkstelligd, is de vaststelling van het moment daarentegen zonder betekenis en dan ook onomstreden: de voorwaarde geldt gewoon als niet-ingetreden. In dit laatste geval kan hooguit nog de vraag gesteld worden – afhankelijk van wat het gevolg van dit niet-intreden van de voorwaarde voor de rechtsverhouding is – per welk moment de voorwaardelijke rechtsverhouding onvoorwaardelijk is geworden dan wel is beëindigd.⁴²⁵

Overeenkomstig de Nederlandse literatuur wordt door geen enkele Duitse of Zwitserse auteur gesteld dat § 162 BGB en art. 156 OR niet van rechtswege toepassing vinden. Ik zou niettemin menen dat het geen twijfel lijdt dat ook

420 Zie uitgebreider hierover: MüKo/Westermann 2012, p. 1735.

421 Palandt/Ellenberger 2014, p. 182; PWW/Brinkmann 2014, p. 225; Staudinger/Bork 2010, p. 355; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1075; Wolf 1999, p. 52; Flume 1992, p. 717, 718; Johannsen e.a. 1982, § 162 nr. 5.

Zie ook: Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 625, waar uitsluitend de situaties worden besproken van het fictief intreden van een opschortende voorwaarde en het niet-intreden van een ontbindende.

422 BSK OR I-Ehrt 2011, p. 870; Honsell 2008, p. 627; Peter 1994, p. 238; Becker 1941, p. 733. In deze zin ook: Gutmans 1995, p. 222, 223 (met uitgebreid overzicht van de literatuur).

423 Staudinger/Bork 2010, p. 355; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1075; Flume 1992, p. 718.

424 Duits recht: Erman/Armbrüster 2014, p. 468 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 479); Jauernig/Mansel 2014, p. 128; MüKo/Westermann 2012, p. 1735. Ook: BGH 15 november 1974, NJW 1975, 205.

Zwitsers recht: zie het literatuuroverzicht bij Gutmans (Gutmans 1995, p. 222, 223).

425 Bij het andere mogelijke gevolg – de voorwaardelijkheid duurt voort – speelt deze vraag uiteraard niet.

in deze beide rechtstelsels de wederpartij van de partij die handelt in strijd met de gegeven norm zich dient te beroepen op (de strekking van) deze wetsbepalingen. Bij de voor het Nederlandse recht onbesproken vraag of de wetsbepalingen van dwingend dan wel regelend recht zijn, beantwoordt het Duitse recht deze in de eerste zin en het Zwitserse recht veelal in de tweede.⁴²⁶

Het uitgangspunt bij het gevolg van toepasselijkheid van § 162 BGB en art. 156 OR is dat de voorwaardelijkheid eindigt; óf de voorwaarde geldt bij een beletten van het intreden alsnog als vervuld, óf bij een bewerkstelligen van dat intreden alsnog als vervallen. In de Duitse en Zwitserse literatuur wordt – overeenkomstig de opvatting van Hartkamp voor het Nederlandse recht – soms echter ook gesteld dat bij een bewerkstelligen van het intreden van de voorwaarde het gevolg van beide wetsartikelen kan bestaan uit een voortduren van de aanvankelijke voorwaardelijkheid.⁴²⁷ In welke gevallen dit laatste het geval is, is in de Duitse literatuur echter niet uitgewerkt. Het al dan niet voortduren van de voorwaardelijkheid zou afhankelijk zijn van ‘de omstandigheden’.⁴²⁸

Voor het Duitse recht is vanzelfsprekend onder ‘partij’ voor zowel de actieve zijde – de (niet) handelende partij – als de passieve zijde – de partij die een beroep doet op § 162 BGB – in ieder geval te verstaan ieder van partijen bij de voorwaardelijke rechtsverhouding.⁴²⁹ Overeenkomstig de zin van art. 156 OR wordt in de Zwitserse literatuur aangenomen dat bij de actieve zijde bedoeld is de partij bij de rechtsverhouding, die een belang heeft bij de (niet)-vervulling.⁴³⁰ Interessant voor wat betreft de actieve zijde is nog de Zwitserse opvatting dat, voor zover meerdere partijen bij de rechtsverhouding betrokken zijn, art. 156 OR uitsluitend toepassing vindt ten aanzien van de partij die in strijd met de achterliggende norm heeft gehandeld.⁴³¹ Volgens de Duitse literatuur kunnen in het verband van de *passieve* zijde ook derden onder het

426 Duits recht: Erman/Armbrüster 2014, p. 467 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 478); Staudinger/Bork 2010, p. 351; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 124.

Zwitserse recht: BSK OR I-Ehrat 2011, p. 870 (regelend recht); Gutmans 1995, p. 224 (regelend recht). Zie ook het literatuuroverzicht bij Gutmans met Duitse en Zwitserse auteurs die de wetsartikelen als van dwingende aard aanmerken.

Ik wijs in deze nog op de opvatting van De Coninck aangaande het Belgisch recht (De Coninck 2007, p. 226). Zij stelt dat de regel van de fictie van dwingend recht is, maar dat het rechtsgevolg van het intreden van deze fictie ter vrije bepaling van partijen staat. Ik zou denken dat daarmee ook het al dan niet bestaan van die regel – i.e.g. in materieel opzicht – alsnog van regelend recht is.

427 Duits recht: Jauernig/Mansel 2014, p. 128; PWW/Brinkmann 2014, p. 225; MüKo/Westermann 2012, p. 1735; Wolf 1999, p. 526.

Zwitserse recht: Gutmans 1995, p. 223.

428 Wolf 1999, p. 526.

429 Flume 1992, p. 717.

430 Peter 1994, p. 236.

431 BSK OR I-Ehrat 2011, p. 870; Honsell 2008, p. 627; Merz 1984, p. 166.

toepassingsbereik van de wetbepaling vallen.⁴³² Daarvoor zou wel vereist zijn dat deze derden uit hoofde van de gedraging van de (niet) handelende partij bij de voorwaardelijke rechtsverhouding benadeeld worden. Welke partijen zich op art. 156 OR kunnen beroepen (de passieve zijde derhalve), blijft in de Zwitserse literatuur onbesproken.⁴³³

Voor het Duitse geldend recht is daarentegen niet helemaal duidelijk of ook een gedraging van een derde – als *actieve* zijde – tot toepassing van § 162 BGB kan leiden.⁴³⁴ Een dergelijke *gedraging* van een derde waar een partij bij de rechtsverhouding afdoende invloed op heeft, is uiteraard voldoende voor eventuele toepasselijkheid van § 162 BGB.⁴³⁵ Dat vloeit echter reeds voort uit het feit dat de betreffende partij zélf met de door haar uitgeoefende invloed handelt in strijd met de redelijkheid en billijkheid.⁴³⁶ Echter ook voor het geval de voorwaarde bestaat uit de toekomstige *wil* van een derde (welke voorwaarde niet als potestatief kwalificeert)⁴³⁷ is in de literatuur wel gesteld dat § 162 BGB werking zou kunnen hebben.⁴³⁸ Voor zover toepasselijkheid echter überhaupt mogelijk wil zijn, moet deze derde wel een eigen belang hebben bij het (niet-)intreden van de betreffende voorwaarde.⁴³⁹ Welke groep van derden eventueel onder de actieve zijde van § 162 BGB valt, is betwist.⁴⁴⁰ Onbetwist voor het Duitse recht is in elk geval dat de fictie niet alleen tussen partijen, maar ook jegens derden werking heeft.⁴⁴¹ In tegenstelling tot de Duitse literatuur bestaat er in de Zwitserse rechtskring vrijwel geen discussie over het feit dat een (niet-)handelen van een derde *buiten* het bereik van art.

432 Palandt/Ellenberger 2014, p. 182; PWW/Brinkmann 2014, p. 225; Flume 1992, p. 717.

433 In deze zin ook: Gutmans 1995, p. 96, 97, 105.

434 Gutmans stelt dat dit in de Duitse literatuur vrijwel algemeen wordt onderschreven dat ook de gedraging van een derde onder de werking van § 162 BGB valt, echter zonder vermelding van literatuur (Gutmans 1995, p. 96). O.b.v. de door mij bestudeerde Duitse literatuur kwam ik zelf eerder tot de tegengestelde conclusie, zie: PWW/Brinkmann 2014, p. 224; Staudinger/Bork 2010, p. 352. Flume lijkt daarentegen wel een, zij het beperkte, toepasselijkheid bij derden te onderschrijven (Flume 1992, p. 717).

435 PWW/Brinkmann 2014, p. 224; MüKo/Westermann 2012, p. 1729; Staudinger/Bork 2010, p. 352.

436 Deze gedachte vinden we ook de Zwitserse literatuur. Ook een middelmatige beïnvloeding door een opdrachtgever van een door deze ingeschakelde hulppersoon valt namelijk rechtstreeks onder de werking van art. 156 OR (Gutmans 1995, p. 213).

437 Zie § 7.1.2.3.

438 MüKo/Westermann 2012, p. 1729.

439 § 162 BGB stelt immers t.a.v. de persoon als vereiste: '[] zu deren Nachteil er [de voorwaarde] gereichen würde []'. Zie ook: Gutmans 1995, p. 96.

440 Zie voor een overzicht van auteurs en visies: Gutmans 1995, p. 97 e.v.

441 Palandt/Ellenberger 2014, p. 182; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1075.

Te denken valt aan een derde met een aanspraak jegens de bezwaarde, welke laatste t.g.v. de fictie zijn recht aan de verwachter verliest.

156 OR valt.⁴⁴² Dat geldt ook voor een (niet-)handelen van (eigen) organen en hulppersonen.⁴⁴³ Enerzijds wordt voor het uitsluiten van derden de letterlijke tekst van art. 156 OR ter onderbouwing aangevoerd,⁴⁴⁴ anderzijds het argument dat partijen niet behoeven in te staan voor het gedrag van (al dan niet willekeurige) derden.⁴⁴⁵

Naar Duits en Zwitsers recht is voor toepasselijkheid van § 162 BGB respectievelijk art. 156 OR vereist, dat sprake is van een daadwerkelijke beïnvloeding van het al dan niet intreden van de voorwaarde. Met andere woorden, er moet een causaal verband bestaan tussen de gedraging en het al dan niet intreden van de voorwaarde.⁴⁴⁶ De objectieve onmogelijkheid van beïnvloeding sluit toepasselijkheid dan ook uit.⁴⁴⁷ Ook een niet-geslaagde poging tot beïnvloeding, hoe zeer ook in strijd met de redelijkheid en billijkheid, leidt bij het ontbreken van het vereiste causale verband dan ook logischerwijs niet tot toepasselijkheid.⁴⁴⁸ De omvang van dit aan te tonen verband is door Gutmans voor het Zwitsers recht omschreven als: '[] wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens an sich geeignet war, den Bedingungseintritt zu verhindern oder herbeizuführen, und daher der Eintritt dieses Erfolges durch die konkrete Tatsache allgemein als begünstigt erscheint'.⁴⁴⁹ Daarmee is tevens een indirect causaal verband of een gedeeltelijke veroorzaking afdoende voor eventuele toepasselijkheid.⁴⁵⁰ Het uitsluitend

442 Honsell 2008, p. 626; Huguenin e.a. 2008, p. 202; Gutmans 1995, p. 93; Peter 1994, p. 236, 243; Merz 1984, p. 165; Becker 1941, p. 732.

Voor kritiek daarop en enige nuancering voor het Zwitsers recht: Gutmans 1995, p. 101 e.v.

443 Gutmans 1995, p. 212. T.a.v. hulppersonen echter anders: Peter 1994, p. 242, 243.

444 Art. 156 OR: 'Eine Bedingung gilt als erfüllt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert worden ist.' Derhalve niet door een derde.

445 Gutmans 1995, p. 94.

446 Duits recht: Erman/Armbrüster 2014, p. 468 (Erman/Hefermehl 2000, p. 479); Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; PWW/Brinkmann 2014, p. 224; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 624; MüKo/Westermann 2012, p. 1732; Staudinger/Bork 2010, p. 352, 355; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 124; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1072; Wolf 1999, p. 526; Hübner 1996, p. 477; Gutmans 1995, p. 131 e.v. (met overzicht van literatuur en rechtspraak), p. 225; Flume 1992, p. 717; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 850 nt 4.

Zwitsers recht: Koller 2009, p. 1286; Honsell 2008, p. 626; Gutmans 1995, p. 131 e.v. (met overzicht van literatuur en rechtspraak), p. 195; Oser 1929, p. 695. Opvallend genoeg ontbreekt bij Peter dit vereiste van causaal verband, althans hij noemt een dergelijk vereiste bij zijn opsomming voor toepasselijkheid van art. 156 OR niet (Peter 1994, p. 231 e.v.).

447 Staudinger/Bork 2010, p. 352; Hübner 1996, p. 477.

448 Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; PWW/Brinkmann 2014, p. 224; Staudinger/Bork 2010, p. 352; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 124.

449 Gutmans 1995, p. 132.

450 Duits recht: PWW/Brinkmann 2014, p. 224; Staudinger/Bork 2010, p. 352; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1073; Wolf 1999, p. 526; Hübner 1996, p. 477. Zie v.w.b. een beïnvloeding van 'indirecte aard': BGH 17 mei 1965, BB 1965, 1052.

vergroten of verkleinen van de kans op het intreden van de voorwaarde is in de Duitse en Zwitserse heersende leer daarentegen in beginsel onvoldoende.⁴⁵¹ Dit laatste staat voor het Zwitsers recht echter op gespannen voet met de vorenstaande omschrijving van het causale verband door Gutmans. Bij de onderstaande bespreking van de bewijslastverdeling zien we dan ook een mogelijk verschil tussen het Duitse en Zwitserse recht. Of bij een uitsluitend vertragen of versnellen van het intreden van een voorwaarde de wetbepalingen toepassing kunnen vinden, is in beide stelsels in bescheiden mate omstrede, maar lijkt niettemin redelijk breed te zijn aanvaard.⁴⁵²

Reeds uit de redactie van § 162 BGB volgt dat de bepaling zowel bij een beletten als bij een bewerkstelligen van het intreden van de voorwaarde toepassing kan vinden. Art. 156 OR ziet daarentegen naar de letter uitsluitend op de situatie van het beletten van het intreden van een voorwaarde. Het Bundesgericht heeft dit wetsartikel echter van analoge toepassing verklaard op de tegenovergestelde situatie van het in strijd met 'Treu und Glauben' laten intreden van een voorwaarde, welke alsdan geacht wordt niet te zijn ingetreden.⁴⁵³ In art. 212 lid 2 van het OR 2020 is dit hiaat van art. 156 OR ook onderzocht. Anders dan voor het Nederlandse recht wordt gesteld, is een niet-handelen van een partij voor het Duitse en Zwitserse recht uitsluitend van belang indien deze tot een handelen verplicht is.⁴⁵⁴ Daar staat tegenover dat een dergelijke verplichting tot handelen reeds kan voortvloeien uit de tussen

451 Duits recht: Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; MüKo/Westermann 2012, p. 1734; Staudinger/Bork 2010, p. 353; Wolf 1999, p. 526.

Zwitsers recht: Gutmans 1995, p. 129.

452 In bevestigende zin voor het Duitse recht i.i.g.: PWW/Brinkmann 2014, p. 224; Schellhammer 2014, p. 1067; MüKo/Westermann 2012, p. 1734; Staudinger/Bork 2010, p. 353; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1073 (Armgarth spreekt van de heersende leer); Wolf 1999, p. 526. Zie verder ook voor het Duitse recht: Gutmans 1995, p. 130, 131 (met overzicht van literatuur en jurisprudentie).

Zwitsers recht: Gutmans 1995, p. 130, 131. Ook Peter is de mening toegedaan dat een vertraging onder de werking van art. 156 OR gebracht kan worden. Zijn argumentatie bestaat daaruit dat de wetbepaling een uitwerking is van de redelijkheid en billijkheid en derhalve ook bredere toepassing zou moeten kunnen vinden dan de redactie van art. 156 OR letterlijk toestaat. Daarnaast beschouwt Peter een vertraging als een tijdelijke verhoging, waarmee in zekere zin toch weer aansluiting wordt gevonden bij de wettelijke (Peter 1994, p. 245).

453 BGE 1 maart 1983 109 II 20.

Deze analoge toepassing is ook heersende leer: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 383 (Emmenegger spreekt overigens van 'uitbreiding' van de werking); Koller 2009, p. 1284; Honsell 2008, p. 625; Peter 1994, p. 238; Keller & Schöbi 1988, p. 108; Merz 1984, p. 165; Guhl 1944, p. 57.

454 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; PWW/Brinkmann 2014, p. 224; Staudinger/Bork 2010, p. 352, 353; Wolf 1999, p. 524; Hübner 1996, p. 477; Johannsen e.a. 1982, § 162 nr. 2.

Zwitsers recht: Gutmans 1995, p. 116, 117 (met nadere literatuur en rechtspraak).

partijen geldende *Treu und Glauben*.⁴⁵⁵ Dat suggereert op z'n minst dat er materieel beschouwd geen verschil bestaat met het Nederlandse recht. Wat daar van zij, het enkele feit dat een partij een dergelijke verplichting tot handelen niet nakomt – ongeacht of dit een verplichting tot een doen of een laten betreft – leidt (ook) voor het Zwitserse recht nog niet zonder meer tot toepassing van art. 156 OR.⁴⁵⁶

De vraag of 'schuld' bij de (niet) handelende partij vereist is voor toepassing van § 162 BGB en art. 156 OR, is in zowel het Duitse als het Zwitserse recht sinds lange tijd omstreden. Opzet ter zake het (niet-)handelen is in beide stelsels in ieder geval geen vereiste meer.⁴⁵⁷ Voor het Zwitsers recht wordt dit onderbouwd met de vaststelling dat art. 156 OR de 'concretisering' is van de *Treu und Glauben* van art. 2 II ZGB en deze bepaling op ieder gedrag in strijd met redelijkheid en billijkheid toepassing kan vinden.⁴⁵⁸ Andersom is ook in het geval wél sprake is van opzet evenmin gegeven, dat daarmee sprake is van strijd met de *Treu und Glauben*.⁴⁵⁹

Als gezegd bestaat in de Duitse en Zwitserse literatuur verschil van mening over de vraag of überhaupt wel enige vorm van schuld – in de zin van verwijtbaarheid – vereist is.⁴⁶⁰ Vanuit materieel perspectief is die vraag minder interessant, omdat in de praktijk vrijwel steeds sprake is van verwijtbaarheid,

455 Duits recht: Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 624; Hübner 1996, p. 477; Gutmans 1995, p. 116 (met nadere literatuur en rechtspraak); Johannsen e.a. 1982, § 162 nr. 2. Echter afwijzend: Staudinger/Bork 2010, p. 353; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1073.

Zwitsers recht: Gutmans 1995, p. 116, 117.

456 BGE 23 november 1918, 44 II 494 (499).

457 Duits recht: Erman/Armbrüster 2014, p. 467 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 478); Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; Schellhammer 2014, p. 1067; Wolf/Neuner 2012, p. 250; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1073; Hübner 1996, p. 477; Johannsen e.a. 1982, § 162 nr. 3; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 850. BGH 13 februari 1989, NJW-RR 1989, 802. In oudere jurisprudentie werd – overeenkomstig de oorspronkelijke visie van de Duitse wetgever – nog wel uitgegaan van een vereiste van opzet (Flume 1992, p. 716, 720).

Zwitsers recht: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 383; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 870 (met overzicht van rechtspraak en literatuur); Koller 2009, p. 1285; Honsell 2008, p. 626; Guhl/Koller 2000, p. 59; Gutmans 1995, p. 196; Peter 1994, p. 233; Keller & Schöbi 1988, p. 109; Merz 1984, p. 164.

Koller stelt dat het vereiste van opzet naar Zwitsers recht nog steeds omstreden zou zijn, maar onderschrijft zelf het ontbreken daarvan (Koller 2009, p. 1285). Emmenegger en Gutmans stellen daarentegen dat het vereiste van 'opzet' de vroegere leer was (zie bijv. Becker 1941, p. 732; Oser 1929, p. 695), waarbij Gutmans voor het nieuwere recht nog slechts één afwijkende opinie heeft gevonden (Gutmans 1995, p. 194 e.v.). Zie in deze zin ook: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 383. Ook het Bundesgerichtshof heeft het vereiste van opzet afgewezen: BGE 21 april 1987, 113 II 31; BGE 1 maart 1983 109 II 20.

458 Koller 2009, p. 1285.

459 Erman/Armbrüster 2014, p. 467 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 478); Wolf 1999, p. 525; Gutmans 1995, p. 201.

460 In deze zin ook: Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 624; MüKo/Westermann 2012, p. 1732; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1073; Gutmans 1995, p. 195 e.v., 201.

onverminderd het feit dat de omvang daarvan sterk zal variëren.⁴⁶¹ Vanuit een theoretisch perspectief is deze vraag naar het eventuele vereiste van 'schuld' echter wezenlijk, omdat het antwoord op die vraag in zekere zin de essentie van § 162 BGB en art. 156 OR – en van 6:23 BW – bevat. Wordt namelijk het vereiste van schuld gesteld, dan behelzen deze bepalingen een toetsing van de *gedraging* van de (niet) handelende partij, welke toetsing derhalve mede plaatsvindt aan de hand van subjectieve elementen. Kunnen de bepalingen daarentegen ook toepassing vinden buiten iedere verwijtbaarheid, dan is sprake van een toetsing van de *gevolgen*, waarbij de toetsing plaatsvindt op basis van uitsluitend objectieve elementen. Zonder een toetsing van subjectieve elementen ligt de focus immers niet op het handelen van een partij, maar op de uitkomst van dat handelen. De omvangrijke discussies in de Zwitserse en met name Duitse literatuur dienaangaande, waarvoor ik naar de uitgebreide bespreking door Gutmans verwijs, moeten we in dit licht zien.⁴⁶² Gutmans komt daarbij tot de conclusie dat de Zwitserse heersende leer het vereiste van schuld stelt, dit – met enige voorzichtigheid bij Gutmans – in tegenstelling tot de hedendaagse Duitse heersende leer.⁴⁶³ Of dit inderdaad juist is, wil ik op basis van de door mij bestudeerde Duitse en Zwitserse literatuur echter enigszins in twijfel trekken.⁴⁶⁴

461 Dat altijd sprake is van verwijtbaarheid, is echter niet juist. Medicus noemt het aan de jurisprudentie ontleende vb. van een ontbindende voorwaarde ter zake alimentatieverplichtingen bij een hertrouwen (Medicus 2010, p. 342). Wie vervolgens duurzaam ongehuwd samenleeft, handelt daarmee niet verwijtbaar. Ware dat anders, dan zou een (niet afdwingbare) verplichting tot een in het huwelijk treden bestaan. Dat laat onverlet dat mét dit ongehuwd samenleven de voorwaarde fictief ingetreden kan worden geacht.

462 Gutmans 1995, p. 193-211.

463 Gutmans 1995, p. 193, 201.

464 Zie de Zwitserse literatuur die het vereiste van 'schuld' wel degelijk afwijst: BSK OR I-Ehrat 2011, p. 870; Peter 1994, p. 232.

Zie de Duitse literatuur die het vereiste van 'schuld' juist stelt: PWW/Brinkmann 2014, p. 224, 225; MüKo/Westermann 2012, p. 1732 (zie echter hieronder); Flume 1992, p. 720, 721; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 850.

Ook: BGH 13 februari 1989, NJW-RR 1989, 802.

Tegen het vereiste van schuld voor het Duitse recht: Erman/Armbrüster 2014, p. 467 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 478); Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; Staudinger/Bork 2010, p. 354, 355; Wolf 1999, p. 524, 525; Johannsen e.a. 1982, § 162 nr. 3.

Overigens wijst Westermann het vereiste van 'schuld' strikt genomen af, maar stelt tegelijkertijd – overeenkomstig veel van de auteurs die een vereiste van schuld afwijzen – niettemin het vereiste van een afkeurenswaardig motief en een strijd met het doel van de rechtsverhouding (MüKo/Westermann 2012, p. 1732). Westermann noemt in dat verband zelf dat vrijwel niet valt in te zien hoe daarbij géén sprake zou kunnen zijn van tenminste een lichte vorm van schuld, zoals onachtzaamheid. In min of meer gelijke zin: Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 624; BSK OR I-Ehrat 2011, p. 869, 870.

Finkenauer komt op grond van de ontwikkeling in de rechtspraak sinds de invoering van het BGB tot de conclusie, dat thans in ieder geval dit subjectieve vereiste is vervallen ten gunste van een 'geobjectiveerd schuldvereiste'. Z.i. is dit vermoedelijk – overeenkomstig Gutmans' conclusie – ook de algemene visie (HKK/Finkenauer 2003, p. 902, 903).

Voorop gesteld zij dat de vorenbedoelde discussies deels onnavolgbaar complex zijn, zodat ik ook geen poging wil doen deze verkort weer te geven. Wél wil ik een aantal in de Duitse literatuur gehanteerde argumenten kort de revue laten passeren. Tégen het vereiste van schuld wordt onder meer aangevoerd dat § 162 BGB een uitvloeisel is van § 242 BGB. Deze bepaling stelt onder meer dat een partij verplicht is te presteren zoals de *Treu und Glauben* vereisen. Een subjectief vereiste van enigerlei vorm van schuld geldt voor toepasselijkheid van § 242 BGB op zich niet.⁴⁶⁵ Evenmin kan dit vereiste worden afgeleid uit de redactie van 162 BGB.⁴⁶⁶ Tot slot wordt aangevoerd dat subjectieve schuld geen vereiste is, omdat § 162 BGB geen sanctie is voor een gedraging in strijd met de *Treu und Glauben*.⁴⁶⁷

Een argument vóór het vereiste van subjectieve schuld is gelegen in de gedachte dat uit de toepasselijkheid van § 162 BGB uiteindelijk vaak een verplichting tot vergoeding van schade voor de (niet) handelende partij zal voortvloeien. Een schadevergoedingsplicht die bij een uitsluitend geobjectiveerde toetsing zou kunnen ontstaan zónder dat sprake is van enige vorm van verwijtbaar handelen aan de zijde van de debiteur.⁴⁶⁸ Daarnaast wordt door bijvoorbeeld Flume gesteld dat de wetsebepaling wel degelijk beoogt consequenties te verbinden aan het (niet) handelen van een partij, juist omdat die partij de eigen gedraging in de hand heeft.⁴⁶⁹ Zonder een vorm van schuld blijft toepassing van § 162 BGB in die zin betekenisloos. We zien derhalve dat de vorenstaande argumenten pro en contra in materieel opzicht – juist omdat in de praktijk vrijwel steeds sprake is van enigerlei vorm van verwijtbaarheid – nauwelijks gewicht in de schaal leggen. Tot een duidelijke uitkomst leiden ze mijns inziens evenmin. Ik laat deze ‘schuldvraag’ voor wat zij is.

Voor het materiële recht interessanter dan de vraag naar het vereiste van schuld is die naar het criterium voor toepasselijkheid van § 162 BGB en art. 156 OR. Volgens de Duitse literatuur gaat het daarbij om de vraag of de (gehele) handelwijze van de partij in wiens voor- of nadeel het intreden van de voorwaarde zou zijn, rekening houdend met aanleiding, doel en beweegredenen van de voorwaardelijke rechtsverhouding en met inachtneming van alle

465 Bamberger/Roth/Sutschet 2012, p. 856. Dat laat onverlet dat de subjectieve schuldvraag – uiteraard – wel wordt meegewogen.

466 Staudinger/Bork 2010, p. 355.

467 Staudinger/Bork 2010, p. 351, 355. Dat de bepaling inderdaad niet moet worden gezien als een sanctie, wordt breed onderschreven, zie: Erman/Armbrüster 2014, p. 468 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 478); MüKo/Westermann 2012, p. 1732; Flume 1992, p. 716. V.w.b. art. 156 OR in gelijke zin: Gutmans 1995, p. 112.

468 Deze redenering wordt overigens door Gutmans in die zin bestreden, dat de strekking van de bepaling niet zou zijn gelegen in het opheffen van nadeel bij de wederpartij, maar in het voorkomen van onrechtmatig voordeel bij de (niet) handelende partij (Gutmans 1995, p. 211).

469 Flume 1992, p. 721.

omstandigheden van het geval, als strijdig met de redelijkheid en billijkheid voorkomt.⁴⁷⁰ Voor de beoordeling van de handelwijze is dan ook met name van belang de uitleg van hetgeen partijen in het kader van de voorwaardelijke rechtsverhouding hebben bedoeld.⁴⁷¹ Bij de beoordeling of art. 156 OR toepassing vindt, dient volgens het Zwitserse Bundesgericht rekening te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, de redenen voor het betwiste (niet) handelen en het beoogde doel.⁴⁷² Volgens de literatuur volgt daarbij uit de rechtspraak van het Bundesgericht, dat de reikwijdte van art. 156 OR niet te ruim moet worden uitgelegd.⁴⁷³ Partijen hebben bijvoorbeeld uit hoofde van deze wetsbepaling niet de rechtsplicht het (niet) intreden van de voorwaarde te bevorderen of hun eigen – zwaarder wegende – belangen op te offeren ter voorkoming van een handelen in strijd met art. 156 OR.⁴⁷⁴ In verband met de inherente vaagheid van deze criteria voor toepassing van § 162 BGB en art. 156 OR zou ik niet durven zeggen of deze tot onderling verschillende uitkomsten leiden.

Bij de bespreking van het Nederlandse geldend recht kwam in dit verband tevens ter sprake dat art. 6:23 BW het vereiste stelt van een 'belang' bij de (niet) handelende partij. Zoals ik beschreef is dit belang voor het Nederlandse recht waarschijnlijk op te vatten als een ruimer begrip dan uitsluitend het ontbreken van nadeel of het verkrijgen van voordeel. § 162 BGB beperkt daarentegen de toepassing tot een van beide situaties, waar in de literatuur dan ook steeds van uit wordt gegaan.⁴⁷⁵ Gezien het feit dat de wederpartij toepasselijkheid van § 162 BGB moet bewijzen (zie hieronder), zal deze ook het bedoelde voor- of nadeel bij de (niet) handelende partij moeten bewijzen. Dit verschil met art. 6:23 BW komt daarnaast misschien mede in die gevallen tot uiting, waarin het in § 162 BGB bedoelde voor- of nadeel beoordeeld wordt in relatie tot de wederpartij. Als de (niet) handelende partij er op grond van zijn gedraging jegens zijn wederpartij per saldo niet beter van wordt – bijvoorbeeld in verband met het eveneens wegvallen van een contra-prestatie van de wederpartij –

470 Erman/Armbrüster 2014, p. 467 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 478); Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; PWW/Brinkmann 2014, p. 224; Wolf/Neuner 2012, p. 650; Bork 2011, p. 499, 500; Staudinger/Bork 2010, p. 353; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1073; Wolf 1999, p. 524. Zie ook: BGH 16 september 2005, NJW 2005, 3417.

471 Schellhammer 2014, p. 1067, 1068 (in de druk uit 2005 werd dit op p. 938 duidelijker geconstateerd); MüKo/Westermann 2012, p. 1731.

Onder de 'omstandigheden' wordt veel gewicht toegekend aan de vraag of de betreffende partij redelijke economische gronden had om het al dan niet intreden van een voorwaarde te beïnvloeden (PWW/Brinkmann 2014, p. 224; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 624, 625; Staudinger/Bork 2010, p. 354; Wolf 1999, p. 525).

472 BGE 16 juli 2007 133 III 527.

Ook: BSK OR I-Ehrat 2011, p. 869, 870.

473 BSK OR I-Ehrat 2011, p. 869; Honsell 2008, p. 626. Emmenegger spreekt zelfs van een 'eerder restrictieve' toepassing (Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 383).

474 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 383; BSK OR I-Ehrat 2011, p. 869; Honsell 2008, p. 626.

475 Wolf/Neuner 2012, p. 650; (impliciet) Flume 1992, p. 717.

dan vindt § 162 BGB in die visie geen toepassing. Art. 156 OR noemt noch het bestaan van een voor- of nadeel bij de (niet) handelende partij, noch of überhaupt een belang bij de (niet) handelende partij moet bestaan. In de Zwitserse literatuur komt een dergelijk beperkend vereiste voor toepasselijkheid evenmin ter sprake.

Of aan de zijde van de *wederpartij* die zich op § 162 BGB wil beroepen eveneens een nadeel moet bestaan, blijft onbesproken. Uitsluitend bij Medicus vinden we een voorzichtige aanwijzing voor het ontbreken van een dergelijk vereiste. Volgens Medicus stelt § 162 BGB namelijk een recht op nakoming veilig en niet (uitsluitend) een recht op vergoeding van een bepaald belang, zoals bij een onrechtmatige afbreking van onderhandelingen over een nog niet tot stand gekomen overeenkomst.⁴⁷⁶ Weliswaar is daarmee nog niet gezegd dat een vereiste van nadeel inderdaad ontbreekt, maar ook voor het Duitse recht geldt dat nakoming gevorderd kan worden zonder dat schade bij niet-nakoming behoeft te worden aangetoond. Voor het Zwitsers recht wordt expliciet gesteld dat voor de partij die zich op art. 156 beroept geen vereiste van nadeel bestaat.⁴⁷⁷

Ingeval van een zuiver potestatieve voorwaarde (*Wollensbedingung*) kunnen § 162 BGB en art. 156 OR waarschijnlijk geen of anders slechts bij hoge uitzondering toepassing vinden.⁴⁷⁸ Evenmin zou de wetsebepaling toepassing kunnen vinden in gevallen waar de wilsgerechtigde partij anderszins geheel vrij dient te zijn, zoals bijvoorbeeld de voorwaarde van in het huwelijk treden.⁴⁷⁹ Het BGH heeft niettemin vastgesteld dat uit hoofde van § 162 BGB geen beroep kan worden gedaan op een zuiver potestatieve voorwaarde, indien reeds ten tijde van het ontstaan van de voorwaardelijke rechtsverhouding voor de (wilsgerechtigde) debiteur duidelijk was dat hij de eventueel verschuldigde prestatie niet zou kunnen nakomen.⁴⁸⁰ Voor geobjectiveerd potestatieve

⁴⁷⁶ Medicus 2010, p. 342.

⁴⁷⁷ BSK OR I-Ehrt 2011, p. 870 (zie Ehrats constatering dat geen bewijs van het bestaan van schade vereist is); Gutmans 1995, p. 219.

⁴⁷⁸ Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; Jauernig/Mansel 2014, p. 127, 128; Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; PWW/Brinkmann 2014, p. 224; Schellhammer 2014, p. 1068; MüKo/Westermann 2012, p. 1730; Bork 2011, p. 499 nt. 26; Medicus 2010, p. 343; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 124; Flume 1992, p. 721. Eveneens afwijzend: BGH 25 september 1996, NJW 1996, 3338.

Zeer terughoudend met toepasselijkheid: Erman/Armbrüster 2014, p. 467 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 479); Staudinger/Bork 2010, p. 352; Wolf 1999, p. 524; Hübner 1996, p. 478; Johannsen e.a. 1982, § 162 nr. 2; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 850. Ook RGZ 115, 296, 302.

Zwitsers recht: Bucher 1988, p. 513; Merz 1984, p. 165.

⁴⁷⁹ MüKo/Westermann 2012, p. 1732.

⁴⁸⁰ BGH 13 februari 1989, NJW-RR 1989, 802.

voorwaarden is de eventuele toepasselijkheid van § 162 BGB en art. 156 OR in de literatuur omstreden,⁴⁸¹ maar in de jurisprudentie aanvaard.⁴⁸²

De bewijslastverdeling ter zake de toepasselijkheid van § 162 BGB is enigszins anders dan in het Nederlandse recht. Uiteraard zal de partij die zich op deze bepaling beroept het (niet) handelen van de wederpartij in strijd met de redelijkheid en billijkheid moeten aantonen. Op grond van § 162 BGB geldt echter uitdrukkelijk geen fictie of vermoeden van causale samenhang met het dientengevolge beletten of teweegbrengen van het intreden van de voorwaarde.⁴⁸³ De partij die zich op de werking van § 162 BGB beroept, zal dan ook tevens het vorenbedoelde causale verband moeten bewijzen.⁴⁸⁴ Of andersom gesteld, de (niet-)handelende partij behoeft bij wijze van bevrijdend verweer niet het ontbreken van dat causale verband aan te tonen.

Ook voor het Zwitsers recht dient als uitgangspunt het causale verband aangetoond te worden tussen het (niet) handelen en het intreden van de voorwaarde respectievelijk uitblijven daarvan.⁴⁸⁵ Evenmin geldt dienaangaande een fictie of vermoeden.⁴⁸⁶ Anders dan in de Duitse literatuur wordt in de Zwitserse literatuur echter soms aangenomen dat de bewijslast ter zake dit causale verband wel degelijk omgekeerd is: de (niet-)handelende partij zal ingeval van diens aangetoonde (niet) handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid ter afwending van de toepassing van art. 156 OR het *ontbreken* van dat causale verband moeten bewijzen.⁴⁸⁷ Toepassing van art. 156 OR

481 Tegen toepasselijkheid voor het Duitse recht: Jauernig/Mansel 2014, p. 127; Medicus 2010, p. 343 (wellicht echter dat Medicus hier toch de *Wollensbedingung* bedoelt); Gutmans 1995, p. 123 (met uitgebreid overzicht van literatuur en jurisprudentie).

Voor toepasselijkheid: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; Staudinger/Bork 2010, p. 352; HKK/Finkenauer 2003, p. 903.

Tegen toepasselijkheid voor het Zwitsers recht: Berger 2012, p. 262, 265; Bucher 1988, p. 513; Becker 1941, p. 732.

Voor toepasselijkheid: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 383; Schwenzer 2012, p. 71 (die stelt dat toepasselijkheid als een uitzondering moet worden beschouwd); BSK OR I-Ehrt 2011, p. 868; (vermoedelijk) Huguenin e.a. 2008, p. 202; Honsell 2008, p. 625; Peter 1994, p. 234, p. 284 nt. 11; (vermoedelijk) Merz 1984, p. 165.

482 BGH 25 september 1996, NJW 1996, 3338; BGE 13 juni 1991, 117 II 273 (waarbij een beroep op art. 156 OR overigens werd afgewezen, maar uit welk oordeel niettemin volgt dat de bepaling toepassing zou hebben kunnen vinden); BGE 21 april 1987, 113 II 31. Zie over deze uitspraak: Gutmans 1995, p. 142 e.v.

483 Erman/Armbrüster 2014, p. 468 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 479); MüKo/Westermann 2012, p. 1732; Staudinger/Bork 2010, p. 355, 358; Wolf 1999, p. 526; Hübner 1996, p. 477; Johannsen e.a. 1982, § 162 nr. 6; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 850 nt. 4.

484 Erman/Armbrüster 2014, p. 468 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 479); Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 626; MüKo/Westermann 2012, p. 1732; Staudinger/Bork 2010, p. 358; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1076; Wolf 1999, p. 526; Johannsen e.a. 1982, § 162 nr. 6; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 850 nt. 4.

485 Honsell 2008, p. 626, 627; Gutmans 1995, p. 134.

486 Gutmans 1995, p. 134.

487 Ehrt in: BSK OR I-Ehrt 2011, p. 855 (verwijzend naar rechtspraak).

wordt soms dan ook aangenomen bij twijfel over de aanwezigheid van het causale verband tussen het (niet) handelen en het al dan niet intreden van de voorwaarde.⁴⁸⁸ Deze visie wordt door een ander deel van de literatuur echter niet onderschreven. Honsell en Gutmans stellen dat de vorderende partij het causale verband wel degelijk dient aan te tonen, waarbij dit verband echter 'slechts' met een hoge mate van waarschijnlijkheid bewezen behoeft te worden.⁴⁸⁹ Het overgrote deel van de door mij bestudeerde Zwitserse auteurs spreekt zich over deze bewijslastverdeling niet uit, zodat het Zwitsers geldend recht op dit punt onduidelijk blijft.

PECL, DCFR

De artt. 16:102 PECL en III.-1:106 lid 4 DCFR vormen voor deze stelsels de met art. 6:23 BW min of meer corresponderende bepalingen. De omvang van de daaraan verbonden vraagstukken en de complexiteit daarvan, zoals ik deze hiervoor beschreven heb ten aanzien van de overige bestudeerde stelsels, komt in de uiterst bescheiden toelichtingen van het PECL en het DCFR in het geheel niet tot uitdrukking. De toegevoegde waarde van de onderhavige bespreking van deze stelsels is dan ook zeer bescheiden.

In beide stelsels vormt een (niet) handelen in strijd met redelijkheid en billijkheid de eerste grondslag voor het als wel of juist niet ingetreden gelden van een voorwaarde. Beide bepalingen hebben echter een bredere grondslag.⁴⁹⁰ Tevens gaan beide stelsels er blijkens de toelichtingen van uit dat de betreffende bepalingen een fictie bevatten.⁴⁹¹ Het DCFR stelt expliciet dat de wederpartij van degenen die handelde in strijd met de beschermde norm een *recht* heeft om de voorwaarde (fictief) als al dan niet ingetreden te beschouwen.⁴⁹² Van een werking van rechtswege is derhalve geen sprake. De redactie in de PECL suggereert overeenkomstig art. 6:23 BW enigszins anders, hetgeen onverlet laat dat we mogen aannemen dat ook de PECL niet uitgaat van toepasselijkheid van rechtswege. Zowel bij de actieve als de passieve zijde gaan de toelichtingen bij beide stelsels uitsluitend uit van de partijen bij de rechtsverhouding. Of daaruit afgeleid moet worden dat derden geheel buiten het bereik van de bepalingen vallen, is echter onduidelijk.

Zowel de PECL als het DCFR stellen het voor toepasselijkheid beperkende vereiste van een (beoogde) voorkoming van nadeel respectievelijk het verkrijgen van voordeel door de (niet-)handelende partij. Zoals we zagen is dat

488 Ehrat in: BSK OR I-Ehrat 2011, p. 855.

489 Honsell 2008, p. 627; Gutmans 1995, p. 135.

490 De PECL spreekt van een strijd met 'den Geboten van Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs oder der Zusammenarbeit' en het DCFR van 'the duty of good faith and fair dealing or the obligation to co-operate'.

491 Von Bar & Zimmerman 2005, p. 823; Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 694. Athans, de toelichting bij het DCFR spreekt van 'if the condition were deemed to be fulfilled', terwijl de PECL expliciet spreekt van een 'fingierten' vervulling van de voorwaarde.

492 Dit blijkt ook uit de toelichting: Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 694.

overeenkomstig § 162 BGB, maar in afwijking van art. 6:23 BW. Uit de toelichtingen volgt niet expliciet of voor toepasselijkheid een vorm van schuld bij de (niet-)handelende partij vereist is. De gegeven voorbeelden laten daar echter geen twijfel over bestaan, uit welke voorbeelden overigens tevens volgt dat *opzet* geen vereiste is.⁴⁹³ Daarentegen betekent het enkele feit dat een partij het al dan niet intreden van een voorwaarde beïnvloedt nog niet, dat daarmee de betreffende artikelen toepassing dienen te vinden. Of de PECL en het DCFR een causaal verband eisen tussen het (niet) handelen en het al dan niet intreden van de voorwaarde is onduidelijk. Geen van beide toelichtingen zegt in expliciete zin iets over het vereiste van een causaal verband, behalve dat er sprake moet zijn van 'beïnvloeding' van dat intreden. Een bepaalde mate van causaliteit lijkt daarmee als vereiste in elk geval gegeven. Uit de toelichting bij de PECL lijkt echter te volgen dat het daadwerkelijk bewijzen van het verband tussen de beïnvloeding en het uiteindelijke al dan niet intreden van de voorwaarde niet vereist is.⁴⁹⁴ Ten aanzien van het moment waarop de feitelijk niet ingetreden voorwaarde geacht wordt wel te zijn ingetreden, stelt de toelichting bij de PECL dat daarvoor het (vermoedelijke) moment geldt waarop de voorwaarde zou zijn ingetreden.⁴⁹⁵ Het DCFR laat zich hierover niet uit.

7.4.2.2 De verhouding tussen causaal verband, rechtsgevolgen en bewijslastverdeling

Bij de bespreking van de verschillende stelsels kwam naar voren dat de bewijslastverdeling ter zake het causale verband tussen een gedraging en het beletten of teweegbrengen van het intreden van een voorwaarde een discutabel punt is. Althans, in ieder geval wordt verschillend gedacht over deze bewijslastverdeling tussen de partij die zich op art. 6:23 BW respectievelijk 162 BGB of 156 OR beroept en de (niet-)handelende partij. In § 7.4.2.3 zal ik verdedigen dat we art. 6:23 BW moeten zien als een bepaling die strekt tot redelijke *uitleg* van de partijbedoeling ter zake een voorwaarde en – in afwijking van de opvattingen in het Nederlands geldend recht – niet als een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid. Een van de gevolgen van deze door mij voorgestane

493 Wellicht dat de toelichting bij de PECL stelt dat de minimumnorm bestaat uit een niet-handelen i.s.m. de vereiste zorgvuldigheid (Von Bar & Zimmerman 2005, p. 824). Het is mij echter niet helemaal duidelijk of de betreffende passage inderdaad ziet op toepasselijkheid van art. 16:102 PECL of een meer algemene strekking heeft.

494 De toelichting noemt het voorbeeld van de koper van een paard, waarbij een ontbindende voorwaarde wordt overeengekomen van het niet (kunnen) doorverkopen van het paard door de koper. De in feitelijke zin ingetreden ontbindende voorwaarde komt vervolgens t.g.v. het handelen van de koper alsnog te vervallen. Volgens de toelichting kunnen daarmee, anders dan bij een verplichting tot schadevergoeding van de koper jegens de verkoper, speculaties over de vraag of de doorverkoop inderdaad zou hebben plaatsgevonden worden voorkomen. Anders gezegd, blijkbaar behoeft de verkoper in het kader van zijn beroep op art. 16:102 PECL niet aan te tonen, dat bij een normconform handelen van de koper het paard wél zou zijn doorverkocht (Von Bar & Zimmerman 2005, p. 823).

495 Von Bar & Zimmerman 2005, p. 824.

benadering is dat het vorenbedoelde causale verband alsdan zonder belang blijkt te zijn. Vooralsnog laat ik die opvatting echter voor wat zij is om de problematiek van dat causale verband en de daaraan verbonden rechtsgevolgen en bewijslastverdeling te bestuderen.

De thans voorliggende kwestie laat zich het eenvoudigst bespreken aan de hand van een voorbeeld. Stel dat A en B een overeenkomst sluiten op grond waarvan B een aantal prestaties zal verrichten en A daarvoor een vergoeding verschuldigd is. Voor het verrichten van de prestaties door B is echter een vergunning vereist, zodat partijen de opschortende voorwaarde overeenkomen dat B die vergunning ook verkrijgt.⁴⁹⁶ B bedenkt zich ten aanzien van de overeenkomst en doet vervolgens niet de minste moeite om de vergunning ook te krijgen, overigens zonder dat hij daarmee een uitdrukkelijke verplichting jegens A schendt. A beroept zich op enig moment op art. 6:23 BW.

Als we art. 6:23 BW zien als een toepassing van de redelijkheid en billijkheid moet voor een beroep op art. 6:23 BW een causaal verband bestaan tussen de gedraging van B en (in dit geval) het beletten van het intreden van de voorwaarde. Immers, waar de gedraging nooit heeft geleid tot een dergelijk beletten, bestaat geen enkele reden het intreden van die voorwaarde alsnog te fingeren. In het kader van dit causale verband doen zich twee vragen voor. De eerste daarvan is wélk causaal verband precies aanwezig moet zijn. Daarvoor blijken voor het thans besproken geval twee te onderscheiden mogelijkheden te bestaan. De tweede vraag betreft die naar de bewijslastverdeling ter zake dit aan te tonen causale verband. Deze tweede vraag heeft in het kader van mogelijke toepassing van art. 6:23 BW bovengemiddeld veel gewicht. Het zal immers veelal fors moeilijker zijn om aan te tonen wat hypothetisch zou zijn gebeurd bij een 'juist' handelen, dan om aan te tonen hetgeen daadwerkelijk is gebeurd. Gezien het verband tussen beide vragen bespreek ik deze in hun onderlinge samenhang.

Als we ervan uitgaan dat het vorenbedoelde niet-handelen van B op grond van de redelijkheid en billijkheid tot toepassing van art. 6:23 lid 2 BW zou kunnen leiden, is als gezegd de vraag welk causaal verband daarvoor moet bestaan. Daarvoor hebben we – zonder rekening te houden met de redactie van art. 6:23 BW – als gezegd in theorie twee mogelijkheden. Op de eerste plaats kan het causale verband daaruit bestaan dat door B's stilzitten hij de vergunning nooit heeft *kunnen* verkrijgen; vergunningen vallen immers niet vanzelf in de brievenbus. Op de tweede plaats kan het causale verband ook daaruit bestaan dat bij een wél respectievelijk juist handelen door B de vergunning ook zou *zijn* verkregen. In dit laatste geval bestaat het causale verband derhalve uit het *daadwerkelijk beletten* van het intreden van de voorwaarde,

⁴⁹⁶ Deze vergunningverlening vormt i.c. geen geldigheidsvereiste voor de rechtshandeling tussen partijen.

terwijl in het eerste geval het causale verband uitsluitend betrekking heeft op het komen te ontbreken van de *kans* op het intreden van de voorwaarde.

Dit verschil in theoretische benadering van het vereiste van causaliteit bij art. 6:23 BW maakt wezenlijk verschil voor zowel de bewijsvoering als ook voor de rechtsgevolgen. De verschillen in bewijsvoering zijn in abstracto eenvoudig. A zal er immers zonder problemen in slagen om aan te tonen dat B nooit een vergunning kan verkrijgen als hij er geen aanvraagt. Het door A moeten aantonen dat B redelijkerwijs een vergunning zou hebben verkregen bij een juist handelen, zal daarentegen aanzienlijk moeilijker of soms zelfs onmogelijk zijn. De aan voorwaarden inherente onzekerheid vormt voor die bewijslast immers een stevig probleem.⁴⁹⁷ Op die bewijslastverdeling kom ik onderstaand terug.

De vorenbedoelde twee mogelijkheden van het aan te tonen causale verband kunnen we ook in relatie zien tot de mogelijke rechtsgevolgen van art. 6:23 BW. Bij de bespreking van de verschillende stelsels zagen we dat het duidelijke uitgangspunt daaruit bestaat dat de feitelijk wel ingetreden voorwaarde heeft te gelden als niet-ingetreden en vice versa. De rechtsverhouding wordt daarmee derhalve onvoorwaardelijk dan wel beëindigd. We vinden echter tevens de gedachte dat het rechtsgevolg soms ook kan bestaan uit een voortzetting van de aanvankelijke voorwaardelijkheid. Dit laatste is, als afhankelijk van de 'omstandigheden', als mogelijk rechtsgevolg in de literatuur niet erg uitgewerkt.⁴⁹⁸ Voor zover de bedoelde omstandigheden het voortbestaan van voorwaardelijkheid echter niet in de weg staan – de aanvankelijk onzekere gebeurtenis is bijvoorbeeld niet feitelijk onomkeerbaar ingetreden of onmogelijk geworden – kunnen we daaraan ook gevolgen verbinden voor het door A aan te tonen causale verband. Waar A immers slechts dit voortbestaan van voorwaardelijkheid zou vorderen, bestaat geen enkele reden om van A ter zake het causale verband méér bewijs te verlangen dan dat B de aanvankelijk bestaande voorwaardelijkheid door zijn gedraging heeft beëindigd. Met andere

⁴⁹⁷ Partijen zijn immers niet voor niets een voorwaarde aangegaan. Zij verkeerden t.t.v. het aangaan van de rechtsverhouding in onzekerheid, die zij d.m.v. de voorwaarde in hun rechtsverhouding hebben verdisconteerd. Voor zover de bedoelde bewijslast op A als eisende partij zou rusten, zou A derhalve moeten aantonen dat bij juist gedrag van B de voorwaarde juist wel in vervulling zou zijn gegaan. Niet langer onzekerheid derhalve, maar juist zekerheid t.a.v. het al dan niet intreden van de betreffende gebeurtenis (vergunningverlening). Waar partijen aanvankelijk uitgingen van onzekerheid, rust vervolgens op A als eisende partij de bewijslast van een met aannemelijke zekerheid intredende gebeurtenis. In dat bewijs zal A uitsluitend slagen indien de onzekere omstandigheden sinds het ontstaan van de rechtsverhouding zijn gewijzigd, reeds van aanvang af sprake was van slechts marginale onzekerheid, dan wel indien van aanvang af deze onzekerheid geheel ontbrak. Echter, in de beide laatste gevallen was bij een geslaagd bewijs – althans in de heersende leer van het vereiste van objectieve onzekerheid (zie § 2.4.3) – geen sprake van voorwaardelijkheid. Alsdan ontbrak immers de (afdoende) onzekerheid die als essentieel wordt beschouwd voor een voorwaardelijke rechtsverhouding.

⁴⁹⁸ Waarmee ik niet wil zeggen dat een dergelijke uitwerking überhaupt mogelijk zou zijn.

woorden, het door A te leveren bewijs kán er eventueel slechts uit bestaan dat de kans op intreden van de voorwaarde door B is verhinderd. Dat de redactie van art. 6:23 BW op enigszins gespannen voet kan staan met het vorenstaande – de bepaling lijkt er in lid 1 gezien het daaraan verbonden gevolg immers vanuit te gaan dat sprake is van een daadwerkelijk beletten van het intreden en niet van het eventueel slechts uitsluiten van kansen – moeten we maar met de mantel der liefde bedekken.

Dan echter de aanzienlijk complexere vraag naar het aan te tonen causale verband indien A vordert dat de opschortende voorwaarde uit hoofde van art. 6:23 BW als ingetreden heeft te gelden. We zagen dat in het Nederlandse recht er voor die situatie merendeels van uit wordt gegaan, dat A moet aantonen dat ten gevolge van B's handelen de voorwaarde niet heeft *kunnen* intreden. B heeft vervolgens bij wijze van verweer de mogelijkheid om aan te tonen dat ook bij een juist handelen de voorwaarde niet zou zijn ingetreden. Oftewel, B zal het ontbreken van het causale verband moeten aantonen, hetgeen een omkering van de bewijslast betekent.⁴⁹⁹ Verreweg het lastigste gedeelte van de bewijslastverdeling wordt daarmee bij B neergelegd, waarbij uiteraard een gereede kans bestaat dat deze op grond van de vorenbedoelde bewijsproblemen uit de aard van de onzekerheid van de voorwaarde niet in dat bewijs zal slagen.

Dit alles kan en zál derhalve veelal betekenen dat A zich in een onvoorwaardelijke overeenkomst met B mag verheugen, zonder dat duidelijk is óf de vergunning bij een juist handelen door B ook daadwerkelijk zou zijn

499 De vergelijking met de aansprakelijkheid van de pseudo-gevolmachtigde (art. 3:70 BW) dringt zich in enige mate op. Blijkens HR 20 februari 2004, NJ 2004, 254 rust de bewijslast van het causale verband tussen het ontbreken van een volmacht en de daaruit voortvloeiende schade, indien de pseudo-gevolmachtigde zich erop beroept dat door een andere oorzaak het positieve contractsbelang tóch niet had kunnen worden gerealiseerd, evenmin op de 'wederpartij' van de pseudo-gevolmachtigde respectievelijk de benadeelde. De bewijslast van het *ontbreken* van dat causale verband rust blijkens r.o. 3.5.2 in voormeld arrest op de pseudo-gevolmachtigde. De Hoge Raad baseert deze bewijslastverdeling daarop dat 'tot stand gekomen overeenkomsten plegen te worden nagekomen'. De stelling van de pseudo-gevolmachtigde is daarmee volgens de Hoge Raad geen betwisting van de door de wederpartij gestelde feiten, maar een bevrijdend verweer.

Zie voor kritiek op deze systematiek de noot van Hijma bij HR 8 oktober 2004, NJ 2006, 478. Hijma merkt in dat verband op: 'Aldus worden de stelplicht en de bewijslast inzake de vraag of de verkoper [de 'wederpartij' van de pseudo-gevolmachtigde, HS] "het positief contractsbelang [] zou hebben kunnen realiseren" fundamenteel op de schouders van de vergoedingsplichtige gelegd'. Als we de 'wederpartij' van de pseudo-gevolmachtigde vervangen door de partij die zich beroept op art. 6:23 BW en de pseudo-gevolmachtigde door de partij die i.s.m. art. 6:23 BW handelt, dan zien we dat de – bijzondere – bewijslastverdeling ter zake het causale verband in deze gevallen op zich met elkaar overeenstemt. Het wezenlijke verschil is echter dat een in zijn algemeenheid juist uitgangspunt als 'overeenkomsten plegen te worden nagekomen' bij art. 6:23 BW t.a.v. het intreden van voorwaarden ten enen male ontbreekt. De door de Hoge Raad gehanteerde argumentatie vindt daarmee i.e.g. geen toepassing op de bewijslastverdeling bij art. 6:23 BW.

verleend.⁵⁰⁰ We kunnen ons afvragen of een dergelijke uitkomst strookt met het doel van art. 6:23 BW. Dit doel zie ik in een herstel van een rechtens te beschermen uitkomst zoals deze zou zijn ingetreden bij een juist gedrag door B. Het doel van de wetbepaling bestaat daarmee niet uit een vorm van (mogelijke) bevoordeling van A ten gevolge van een (mogelijk) onterecht 'herstel' respectievelijk sanctie jegens B.⁵⁰¹ De bewijslastverdeling zoals deze voor het Duitse en deels voor het Zwitserse recht wordt aangenomen, uit hoofde waarvan A derhalve tevens zou moeten aantonen dat het handelen van B daadwerkelijk heeft belet dat de voorwaarde is ingetreden, sluit in die zin veel beter aan op dit doel.

Niettemin valt veel te zeggen voor de bedoelde omkering van bewijslast in het Nederlands geldend recht. Althans voor de situatie waarin de partij-invloed van het (niet) handelen er toe strekt dat de situatie van onzekerheid überhaupt nog zal ontstaan dan wel zal voortbestaan. Zoals ik in § 7.1.2.2 besprak is dit een van de twee vormen van gemengde voorwaarden. Bij deze vorm van gemengde voorwaarden heeft de betreffende partij in feitelijke zin een doorslaggevende invloed op óf het intreden óf het niet-intreden van de voorwaarde. Het is deze doorslaggevende partij-invloed op het ontstaan of voortbestaan van de kans op intreden van de overeengekomen voorwaarde, die naar mijn opvatting een omkering van de bewijslast rechtvaardigt. Partijen zijn immers een voorwaarde overeengekomen en daaruit vloeit voort – voor zover geen potestatief wilsrecht beoogd is – dat een partij als uitgangspunt ook gehouden is om de kans op intreden van die voorwaarde te laten (voort)bestaan. Het in het vorenomschreven voorbeeld door A te leveren bewijs behoeft dan ook uitsluitend betrekking te hebben op het feit, dat B die kans niet heeft laten ontstaan. Voor de rechtsgevolgen van art. 6:23 BW is voor B dan ook inderdaad sprake van een vorm van bevrijdend verweer, als B het ontbreken van het causale verband wil aantonen.

Dan echter de andere vorm van gemengde voorwaarden, waar de partij-invloed zich uitsluitend uitstrekt tot het vergroten of verkleinen van (voortbe-

500 Een zelfde gedachte vinden we bij Hof 's-Hertogenbosch 13 mei 1913, NJ 1913, 688. Partij A zou aan partij B een deel van een bij een derde geïnde boete verschuldigd zijn, maar A weigert alsnog de vordering tot voldoening van die boete tegen de derde in te stellen. Dit niet in rechte instellen door A werd door het hof (mede) niet in strijd geacht met art. 1292 OBW, omdat de uitkomst van die procedure onzeker was en derhalve tevens onzeker was of B wel recht zou hebben verkregen op diens deel van de boete.

501 In gelijke zin t.a.v. § 162 BGB: MüKo/Westermann 2012, p. 1732; Staudinger/Bork 2010, p. 352; Flume 1992, p. 716.

Andersluidende visies zijn relatief zeldzaam. Zie echter Pitlo, die bij art. 1296 OBW spreekt van een 'straf' voor de debiteur voor zijn ongeoorloofd ingrijpen (Pitlo 1964, p. 79). Gutmans spreekt eveneens van het 'Strafähnliche, das in der Fiktion liege, []' (Gutmans 1995, p. 94). Niettemin meent ook Gutmans dat A geen bijzonder voordeel u.h.v. art. 156 OR zou moeten toekomen en dat evenmin sprake is van een sanctiemaatregel (Gutmans 1995, p. 222, 223). Volgens De Coninck werd door de oudere Franse doctrine aan deze rechtsregel wel een 'quasi-delictuele' grondslag toegekend (De Coninck 2007, p. 214).

staande) kansen op het intreden van een voorwaarde. Bij de bespreking van het Duitse en Zwitserse recht zagen we dat de literatuur ervan uitgaat dat bij een dergelijk uitsluitend vergroten of verkleinen van de kansen § 162 BGB en art. 156 OR geen toepassing vinden. Onderbouwd wordt die opvatting echter niet en deze is in mijn optiek ook niet te verdedigen. Weliswaar bestaat dienaangaande de hierna besproken, nauwelijks te overschatten bewijsproblematiek, maar dat laat onverlet dat een ingrijpen in de omvang van de kansen door een partij volstrekt onacceptabel kan zijn. Art. 6:23 BW kan dan ook bij een dergelijke partij-invloed wel degelijk toepassing vinden.

Niettemin zal dit laatste voor de wederpartij van de (niet) handelende partij veelal een dode mus blijken te zijn. Anders dan bij de vorenbesproken doorslaggevende invloed op óf het intreden óf het niet-intreden van de voorwaarde zie ik geen reden om bij een vergroten of verkleinen van kansen de bewijslast ter zake het causale verband om te draaien. Als gezegd beschouw ik de functie van art. 6:23 BW in herstel van een rehtens te beschermen uitkomst zoals deze was ingetreden zónder de onterechte partij-invloed. We kennen die (fictieve) uitkomst echter niet, omdat we bij uitsluitend een wijziging van de kansen niet weten wat die uitkomst zou zijn geweest. Het is immers zeer goed mogelijk dat, ondanks de uitgeoefende partij-invloed op die kansen, er helemaal geen verschil bestaat in de uiteindelijke uitkomst. Het vorenbesproken argument bij doorslaggevende partij-invloed dat leidt tot de omkering van bewijslast vindt thans geen toepassing; de (niet) handelende partij tast de voorwaardelijkheid als zodanig immers niet aan. De partij die zich bij een uitsluitend wijzigen van de kansen op art. 6:23 BW beroept, zal dan ook het moeilijke bewijs moeten leveren van het causale verband bestaande uit het daadwerkelijk beletten van het intreden van de voorwaarde.

7.4.2.3 *Vormt art. 6:23 BW inderdaad een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid?*

Bij de bespreking van het Nederlands geldend recht zagen we dat art. 6:23 BW onweersproken wordt beschouwd als een uitwerking of weergave van de redelijkheid en billijkheid van de artt. 6:2 en 6:248 BW. Ook blijkens de redactie van art. 6:23 BW zelf nemen de redelijkheid en billijkheid een centrale plaats in. In verband met het feit dat in de literatuur en jurisprudentie de werking van art. 1296 OBW eveneens werd gekoppeld aan de *goede trouw*, vormt het huidige recht de voortzetting van hetgeen onder het OBW reeds werd aangenomen. Er bestaat voor het Nederlands geldend recht derhalve geen enkele twijfel over de grondslag van art. 6:23 BW als gelegen in de redelijkheid en billijkheid.

Voor wat betreft het resultaat – gerechtvaardigde consequenties van de gedragingen van partijen in het kader van de voorwaardelijkheid – wil ik aan die grondslag uiteraard niets af doen. De te beantwoorden vraag is echter of de redelijkheid en billijkheid inderdaad wel enigerlei functie hebben te vervullen. Deze twijfel aan de bedoelde grondslag van (de equivalenten van) art.

6:23 BW zagen we ook bij de bespreking van het Duitse en Zwitserse recht. In de literatuur van beide stelsels wordt de grondslag van de *Treu und Glauben* soms in twijfel getrokken ten gunste van een benaderingswijze waarbij alles draait om een (al dan niet extensieve) uitleg van de inhoud van een voorwaarde. Een benaderingswijze die, zoals ik onderstaand zal bespreken, in velerlei opzicht van ingrijpende aard is.

Een voorbeeld waar we dit verschil in grondslagen duidelijk zien.⁵⁰² Tussen ex-echtgenoten bestaat een onderhoudsverplichting van mevrouw aan mijnheer die op grond van een overeengekomen ontbindende voorwaarde zal eindigen bij hertrouwen door de laatste. De man huwt niet, maar voert wel een duurzame samenleving met een nieuwe levensgezellin als ware hij getrouwd. Moet de ontbindende voorwaarde als ingetreden gelden? Op basis van het Nederlands geldend recht zal die vraag beantwoord moeten worden met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid. Brengt deze met zich mee dat een feitelijke samenleving als ware men gehuwd de voorwaarde als ingetreden laat gelden? Met andere woorden, de voorwaarde is feitelijk niet ingetreden maar de redelijkheid en billijkheid verlangen eventueel voor dit concrete geval het als ingetreden gelden van de voorwaarde. Dit al dan niet ingetreden zijn van deze voorwaarde kunnen we als gezegd ook anders benaderen, namelijk op basis van uitleg. Bedoelden de ex-echtgenoten met een hertrouwen door de man ook een samenwonen als ware hij wederom gehuwd? Een benadering derhalve waarbij niet de redelijkheid en billijkheid centraal staan, maar uitleg van hetgeen partijen overeengekomen zijn. Een uitleg die weer gebaseerd is op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de voorwaarde respectievelijk voorwaardelijke rechtsverhouding mochten toekennen.⁵⁰³

We kunnen in ieder geval vooropstellen dat partijen de voorwaarde ook explicieter hadden kunnen formuleren in die zin, dat ook een ongehuwd samenleven als inhoud van de voorwaarde zou hebben te gelden. Gezien het ontbreken daarvan zouden we de vorenbedoelde benadering van het geldend recht op basis van de redelijkheid en billijkheid kunnen hanteren. De door partijen gebruikte bewoordingen zouden alsdan tot de vaststelling leiden dat de voorwaarde in feitelijke zin niet is ingetreden, waarna art. 6:23 BW uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid alsnog tot een ander – fictief – resultaat leidt. We kunnen echter ook de benaderingswijze hanteren waarbij uitleg van de voorwaarde tot de conclusie leidt dat ook een ongehuwd samenleven onder de voorwaarde is te begrijpen. Nadat de voorwaardelijke rechtsverhouding op deze wijze is geprecisieerd, volgt daaruit vanzelf of de specifieke gedraging van een partij – bijvoorbeeld het ongehuwd samenleven – binnen de grenzen van de voorwaarde valt. Zo ja, is daarmee de voorwaarde daadwerkelijk ingetreden en niet fictief.

502 Welk voorbeeld ik ontleend heb aan Medicus (Medicus 2010, p. 342).

503 De welbekende Haviltex-formule derhalve.

Dit verschil in benadering kunnen we ook anders insteken: uiteraard zouden partijen expliciet hebben kunnen afspreken dat een ongehuwd samenleven *niet* de inhoud van de ontbindende voorwaarde is. Voor enig ingrijpen op basis van art. 6:23 BW bestaat alsdan geen enkele reden – de partijwil staat immers voorop. Daarin zien we echter tevens dat als duidelijk is wat partijen met de voorwaarde overeen zijn gekomen, hoe dan ook geen reden bestaat om op basis van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:23 BW tot een ander resultaat te komen. Het voorliggende vraagstuk van het wel of niet ingetreden zijn van de voorwaarde vindt derhalve zijn achtergrond in de onduidelijkheid van hetgeen partijen overeen zijn gekomen of – ruimer – zouden hebben willen overeenkomen. We zien aldus dat hetgeen partijen met de voorwaarde beoogden dan ook moet worden beantwoord aan de hand van uitleg, al dan niet in extensieve vorm.⁵⁰⁴

Bij de vorenstaande benadering gebaseerd op uitleg is de vraag wat de functie van art. 6:23 BW nog zou moeten zijn. Een vraag die ook ten aanzien van § 162 BGB is gesteld. Bij Flume – die een dergelijke benadering op basis van uitleg eveneens voor staat – vinden we dienaangaande een interessant wethistorisch aandachtspunt: 'Mit Recht stellte der erste Entwurf (§ 136) darauf ab, ob der Eintritt der Bedingung "in einer dem Inhalte des Rechtsgeschäftes zuwiderlaufenden Weise" verhindert worden ist, und kommt es nach den Protokollen darauf an, ob dies in einer "dem Sinne, der Tendenz des Rechtsgeschäftes zuwiderlaufenden Weise" geschehen ist'.⁵⁰⁵ Met andere woorden, in het oorspronkelijke ontwerp van § 162 BGB werd de grondslag helemaal niet gevormd door de redelijkheid en billijkheid. Uitsluitend de uitleg van de rechtsverhouding zou tot de conclusie kunnen leiden dat de voorwaarde alsnog ingetreden zou zijn. Een uitleg die in de visie van Flume overeenkomstig de huidige § 162 BGB gebaseerd wordt op de vraag 'welches Verhalten der Beteiligten in Hinsicht auf den Eintritt oder nichteintritt der Bedingung dem nach Grundsätzen von Treu und Glauben zu bestimmenden Sinn des Rechtsgeschäft entsprochen hätte'.⁵⁰⁶ Dat is ook hoe we de redelijkheid en billijkheid van art. 6:23 BW naar mijn opvatting moeten zien. Voor zover de inhoud van de voorwaarde naar aanleiding van een gedraging van een partij

504 Zie ook het mogelijke verschil in benadering t.a.v. een door Pitlo gehanteerd voorbeeld (Pitlo 1964, p. 79). De toelage van een werknemer zal worden verhoogd indien de oplage van een nieuw te verschijnen tijdschrift in de toekomst verhoogd zal worden. De aanvankelijk gedrukte oplage moet echter t.g.v. de verkoopcijfers worden verlaagd, terwijl het *verkochte deel* van de oplage in de loop van de tijd juist stijgt. Pitlo benadert deze casus o.b.v. een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid. Deze zou echter ook benaderd kunnen worden vanuit de vraag van uitleg van de inhoud van de voorwaarde: wat bedoelden partijen met de term 'oplage'? De gedachte dat niet de gedrukte maar de *verkochte* oplage bedoeld was, is alleszins verdedigbaar. Aan een toetsing van de voorwaarde aan de redelijkheid en billijkheid komen we bij deze benadering o.b.v. uitleg helemaal niet toe.

505 Flume 1992, p. 716.

506 Flume 1992, p. 717.

twijfel laat bestaan of de voorwaarde al dan niet is ingetreden, moet dit worden vastgesteld op basis van een redelijke uitleg.

Met het vorenstaande wordt ook het verschil met de in § 8.1.4 besproken 'algemene' redelijkheid en billijkheid van de artt. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW duidelijk. Anders dan bij art. 6:23 BW zien die bepalingen inderdaad op gevallen waar redelijkheid en billijkheid een rol spelen, zoals het door een partij opgewekte vertrouwen dat een voorwaarde wel of niet zal intreden of dat door die partij afstand zal worden gedaan van de voorwaarde. Dergelijke situaties hebben niets van doen met hetgeen partijen aanvankelijk in het kader van de voorwaarde overeengekomen zijn.

Als gezegd vormt het vorenstaande niet het Nederlands geldend recht. Ook staat deze benadering op gespannen voet met de redactie van art. 6:23 BW, dat duidelijk uitgaat van een fictief gevolg en niet het daadwerkelijk intreden van de voorwaarde. Dat laat onverlet dat we voor deze benadering verspreid wel onderbouwing vinden. In ieder geval wordt deze onderschreven door een aantal invloedrijke hedendaagse Duitse auteurs.⁵⁰⁷ Voor het Nederlandse recht is deze benadering evenmin bepaald nieuw; Diephuis zocht in het kader van toepassing van art. 1296 OBW reeds uitdrukkelijk aansluiting bij de partijbedoeling.⁵⁰⁸ Ook in de Nederlandse rechtspraak vinden we vonnissen die in ieder geval in lijn liggen met deze benadering.⁵⁰⁹ Het is ook allesbehalve zo dat de door mij voorgestane benadering van de toetsing tot geheel andere

⁵⁰⁷ (waarschijnlijk) Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; Medicus 2010, p. 342, 343; Flume 1992, p. 716, 717. Zie ook Gutmans die deze benadering voor het Zwitsers recht ten dele onderschrijft (Gutmans 1995, p. 72 e.v.). De beperking van deze benadering ziet Gutmans overigens uitsluitend in de door hem besproken grenzen die het Zwitsers recht stelt t.a.v. extensieve uitleg.

Interessant in dit verband is ook de in de literatuur verwoorde vaststelling dat § 162 BGB resp. art. 156 OR de oorspronkelijke partijwil alsnog doorzet (Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 623; Staudinger/Bork 2010, p. 351, 352; Gutmans 1995, p. 219). Dat is geheel overeenkomstig hetgeen ik thans betoog, nl. dat het gaat om de partijbedoeling respectievelijk de uitleg daarvan.

Zie in deze zin ook: De Coninck 2007, p. 218 e.v., m.n. p. 234, 235.

⁵⁰⁸ Diephuis 1885, p. 140.

⁵⁰⁹ Zie bijv. het bij het 'geldend recht' reeds genoemde arrest: HR 1 juni 2012, NJ 2012, 471. Zie ook: Hof Amsterdam 14 december 2000, PRG 2002, 5931. Het hof beantwoordt de vraag of een koper heeft voldaan aan zijn inspanningsverplichting ter zake het verkrijgen van een externe financiering geheel door de uitleg van hetgeen partijen ter zake overeengekomen waren. Zo ziet het hof de ratio van het financieringsvoorbehoud mede 'in de bescherming van de koper als gevolg van een objectieve beoordeling van de financieringsaanvraag door een bankinstelling'. De vordering van de verkoper gebaseerd op de strekking van art. 6:23 BW wordt zodoende afgewezen o.b.v. hetgeen door redelijke uitleg van de rechtsverhouding tussen partijen geldt.

Zie voor het OBW: Hof Amsterdam 20 oktober 1932, W. 12548. Het hof stelde daarbij dat voor de toepasselijkheid van art. 1296 OBW de verhinderende gedragingen 'van dien aard [] zijn geweest, dat zij, naar regelen van goede trouw, onverenigbaar zijn met hetgeen partijen bij het aangaan der overeenkomst [cursivering HS] waarschijnlijk hebben gewild'.

resultaten zou leiden. Dat moge reeds daaruit blijken dat ook bij het huidige criterium voor toepassing van art. 6:23 BW ruime mogelijkheden bestaan om rekening te houden met de partijbedoeling respectievelijk de uitleg van hetgeen partijen met de voorwaardelijkheid beoogden. Deze beoordeling vindt immers mede plaats met inachtneming van aard, inhoud en strekking van de betreffende rechtsverhouding. Sterker, het is nauwelijks aan te tonen, maar ik zou menen dat de beoordeling als gebaseerd op de huidige benadering van art. 6:23 BW zelfs *met name* plaatsvindt op basis van uitleg van de rechtsverhouding.

Deze door mij voorgestane benadering heeft wel gevolgen voor een aantal andere hiervoor met betrekking tot art. 6:23 BW besproken kwesties. Zoals reeds gesteld is bij toepassing van de wetbepaling alsdan geen sprake van enigerlei fictie. Uitleg van de voorwaarde brengt met zich dat de voorwaarde daadwerkelijk wel of niet is ingetreden. Ook de met name in de Duitse literatuur gevoerde discussie over het eventuele vereiste van verwijtbaarheid voor toepassing van § 162 BGB is bij deze benadering overbodig. Het gaat immers niet langer om de beoordeling van de gedraging als zodanig, maar uitsluitend om de vraag of die gedraging op grond van de oorspronkelijke partijbedoeling al dan niet tot het intreden van de voorwaarde leidt.⁵¹⁰

Tot slot kan deze benadering van belang zijn voor de in de vorige paragraaf besproken kwestie van de causaliteit. Bij de benadering van art. 6:23 BW op basis van uitleg van de partijbedoeling is namelijk het aantonen van een oorzakelijk verband respectievelijk het ontbreken daarvan tussen de gedraging en het teweegbrengen of beletten van de voorwaarde eigenlijk zonder belang. Waar het immers om gaat is dat de bewuste gedraging moet worden geïnterpreteerd in het verband van de voorwaardelijkheid. Zo is het bij een financieringsvoorbehoud van een koper – de ontbindende of eventueel opschortende voorwaarde dat de koper geen externe financiering kan krijgen ten behoeve van voldoening van de koopprijs – de te beantwoorden vraag óf en op welke wijze in het kader van die voorwaarde de koper gehouden was te proberen financiering te krijgen. Doet de koper geen enkele poging financiering te krijgen, dan vervalt daarmee in de opvatting van de Hoge Raad de mogelijkheid van de koper zich nog op de ontbindende voorwaarde te 'beroepen'.⁵¹¹ In mijn optiek – maar waarschijnlijk bedoelt de Hoge Raad niets anders – vervalt de voorwaarde door dit niet-handelen van de koper.

Dat de koper bij een juist handelen wél financiering zou hebben kunnen krijgen, behoeft de verkoper niet aan te tonen. Anders dan veelal wordt aangenomen bij een benadering gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid,

510 Voor zover art. 6:23 BW u.h.v. toepassing van de redelijkheid en billijkheid als een sanctiebepaling wordt gezien, is deze dat – in de door mij voorgestane benaderingswijze van uitleg – bij gebreke aan een vereiste verwijtbaarheid in ieder geval niet.

511 HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 80 (Schilperoord/De Nijs). Overigens knoopt de Hoge Raad in dit arrest wel degelijk expliciet aan bij de redelijkheid en billijkheid.

is dit causale verband bij de benadering gebaseerd op uitleg immers oninteressant. Deze uitleg zal namelijk met zich meebrengen dat partijen in het kader van de voorwaardelijkheid bedoelden, dat de koper wel serieuze pogingen zou doen om financiering te krijgen, bij gebreke waarvan de voorwaarde zou vervallen. Met andere woorden, op grond van de partijbedoeling en dus *niet* uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid is de ontbindende voorwaarde in die zin geclausuleerd, dat de voorwaarde vervalt bij onvoldoende inspanning van de koper om financiering te vinden. Op dezelfde wijze moet het eventuele 'verweer' van de koper worden benaderd dat hij óók ingeval hij wel geprobeerd zou hebben financiering te krijgen deze niet zou hebben verkregen. Redelijke uitleg van de partijbedoeling brengt mee dat bijvoorbeeld de intussen failliete koper niet gehouden is volstrekt kansloze financieringsaanvragen in te dienen.⁵¹²

Samengevat: de strekking van art. 6:23 BW zou moeten zijn gelegen in een redelijke uitleg van de partijbedoeling in het kader van de voorwaarde en niet in een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid.

512 Dit volgt ook daaruit dat geen sprake meer is van de voor voorwaarden vereiste onzekerheid; het is een feit van algemene bekendheid dat geen bank een failliete koper geld zal lenen.

8 | Het einde van voorwaardelijkheid

8.1 HET INTREDEN OF VERVALLEN VAN DE VOORWAARDE

8.1.1 Inleiding

Voorwaardelijkheid van een rechtsverhouding kan op uiteenlopende wijzen eindigen. Bij een dergelijke beëindiging kunnen we twee hoofdgroepen onderscheiden. Op de eerste plaats kan voorwaardelijkheid eindigen met instandhouding van de rechtsverhouding, die derhalve onvoorwaardelijk voortbestaat. De meest voor de hand liggende voorbeelden zijn het intreden van een opschortende of het verval van een ontbindende voorwaarde. Op de tweede plaats kan voorwaardelijkheid eindigen doordat de voorwaardelijke rechtsverhouding zelf eindigt. In het verband van voorwaardelijkheid zal dat veelal het gevolg zijn van het intreden van een ontbindende of het vervallen van een opschortende voorwaarde. Een dergelijk intreden van een ontbindende of vervallen van een opschortende voorwaarde betekent niet dat de rechtsverhouding tussen partijen ook steeds per hetzelfde moment eindigt. Het is immers mogelijk dat uit de (aanvankelijk voorwaardelijke) rechtsverhouding nog verplichtingen voortvloeien, met name ongedaanmakingsverplichtingen.¹ Dat laat onverlet dat de rechtsverhouding ook dan een onvoorwaardelijk karakter heeft gekregen.

Zoals we in het volgende hoofdstuk ter zake de materiële gevolgen van beëindiging van voorwaardelijkheid zullen zien, loopt ook in dat verband de – voor de hand liggende – scheidslijn langs dit onderscheid tussen het voortbestaan of eindigen van de rechtsverhouding. In het onderhavige hoofdstuk zal ik de beëindiging van voorwaardelijkheid niettemin anders benaderen, namelijk op basis van het intreden of vervallen van een voorwaarde. Het intreden of vervallen van een voorwaarde zegt als zodanig niets over het al dan niet voortbestaan van de rechtsverhouding; dit laatste gevolg is immers afhankelijk van de vraag of sprake was van een opschortende of een ontbindende voorwaarde. Toch ligt een benadering op basis van het intreden of vervallen van een voorwaarde voor de hand, overeenkomstig de gangbare benadering

¹ Althans is dit de zienswijze die ik verdedig. Het alternatief – het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen vloeit voort uit de wet en derhalve niet uit de (aanvankelijk voorwaardelijke) rechtsverhouding – doet geen recht aan de partijbedoeling bij deze voorwaardelijke rechtsverhouding. Zie § 3.3.2.

in de literatuur. De relatief beperkte vraagstukken die in het kader van het intreden of vervallen van voorwaarden bestaan, hebben namelijk geen enkele relatie met de consequentie van het onvoorwaardelijk worden of eindigen van de rechtsverhouding. Daarentegen kunnen die vraagstukken wel worden gegroepeerd rond het onderscheid tussen het intreden of vervallen van een voorwaarde.

Dit hoofdstuk is qua omvang bescheiden. De reden daarvoor is tweërlei. Op de eerste plaats bestaat in de onderzochte stelsels relatief weinig aandacht voor het einde van de voorwaardelijkheid *sec*, hetgeen tot gevolg heeft dat ook de literatuurverwijzingen beperkt zijn. Dat is terecht gezien de overzichtelijkheid van het aantal en de complexiteit van de verschillende vraagstukken. Op de tweede plaats heb ik van de paar resterende kwesties waarvoor dit niet geldt het merendeel reeds elders besproken. In deze § 8.1 bespreek ik het intreden of vervallen van voorwaarden, mede in het kader van een beroep door een partij ten behoeve van dat intreden, alsmede de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. In § 8.2.2 en 8.2.3 ga ik vervolgens in op twee bijzondere wijzen van beëindiging van voorwaardelijkheid: verloop van een termijn alsmede de afstand van een voorwaarde.

8.1.2 Is een voorwaarde ingetreden of vervallen?

Geldend recht, OBW, Duits en Zwitsers recht

De beantwoording van de vraag of een voorwaarde is ingetreden, is in alle onderzochte stelsels op de eerste plaats een kwestie van uitleg van de inhoud van de betreffende voorwaarde en een beoordeling van de omstandigheden die de gebeurtenis in de voorwaarde vormen.² Voor de bewijsvoering dienaangaande verwijs ik naar § 4.3. Voor alle rechtssystemen geldt dat partijen er voor kunnen kiezen een uitdrukkelijke eindtermijn overeen te komen, waarbinnen de voorwaarde al dan niet in vervulling moet zijn gegaan.³ Het uitgangspunt

2 Een voorbeeld hiervan voor het Nederlands geldend recht vinden we in: Rb. Utrecht 21 maart 2007, JOR 2007, 278 m. nt. Faber. De voorliggende vraag was – enigszins kort door de bocht – of de opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs in verband met een eigendomsvoorbehoud óók was ingetreden, doordat een derde de vordering tot betaling van de koopprijs overneemt in het kader van een cessie van die vordering aan de derde. De Rb. oordeelde van niet, zodat het eigendomsvoorbehoud bleef bestaan. Een grotendeels gelijke casus vinden we in: HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462. A-G Hartkamp onderschrijft daarbij de mogelijkheid de voorwaarde aldus uit te leggen, dat deze door voldoening van de schuld door een derde toch niet intreedt.

Voor OBW: Pitlo 1964, p. 78; Diephuis 1885, p. 133, 134.

Voor Duits recht: MüKo/Westermann 2012, p. 1708; Staudinger/Bork 2010, p. 336.

Voor Zwitsers recht: Koller 2009, p. 1283; Becker 1941, p. 722; Oser 1929, p. 694.

3 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 140; Hockx 2003, p. 268; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 128; Den Tonkelaar 1983, p. 66.

zal zijn dat bij het verloop van een dergelijke termijn een opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding eindigt en bij een ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding de voorwaarde vervalt, zie bijvoorbeeld art. 4:140 BW.⁴ Dit kan echter ook anders zijn, zo volgt reeds uit de systematiek van art. 7:45 BW.⁵ Het verloop van een termijn is definitief in zijn gevolgen, ook als op een later moment de gebeurtenis die de voorwaarde vormt alsnog intreedt.⁶ Met de artt. 1294 en 1295 – de laatste ter zake de ‘negatieve’ voorwaarde bestaande uit het uitblijven van een gebeurtenis – kende het OBW dienaangaande nog relatief uitgebreide, maar tevens zeer overbodige regelingen.⁷ Het is immers de partijwil die de grondslag voor een dergelijke beëindiging van de voorwaardelijkheid vormt en niet de wet. Zie verder § 8.2.2 ter zake dit verloop van een termijn, met name ook voor de vraag of buiten wilsovereenstemming een dergelijke termijn kan bestaan.

De gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde vormt moet als uitgangspunt voor het intreden van de voorwaarde daadwerkelijk hebben plaatsgevonden. Deze open deur was onder het OBW niettemin een punt van aandacht. In de oudere literatuur werd de vraag gesteld of overeenkomstig art. 1296 OBW (de voorloper van art. 6:23 BW), maar buiten het eigenlijke toepassingsgebied van deze wetsbepaling, het intreden ook gefingeerd kon worden. Dit voor het geval de partij in wiens (gedeeltelijke) macht het intreden van de voorwaarde was gelegen – met name in het geval sprake was van een zoge-

Ook: HR 23 oktober 1998, NJ 1999, 114; Rb. Rotterdam 19 november 2008, LJN: BG5380 (waarbij de rechtbank het verval van de ontbindende voorwaarde mede aanvaardde door het verschil tussen ‘tót’ een bepaalde datum en ‘tot en mét’ een bepaalde datum); Rb. Almelo 21 oktober 2005, LJN: AU4757; Hof Amsterdam 12 januari 1944, NJ 1944/’45, 296; Rb. Breda 17 februari 1920, NJ 1920, p. 587 (m.b.t. een impliciete termijn). Een variant die enigszins het midden houdt tussen een expliciete termijn en het ontbreken van een termijn vinden we in: HR 23 oktober 1998, NJ 1999, 114. Partijen waren overeengekomen om ‘redelijke termijnen’ nader overeen te zullen komen, hetgeen echter niet was gebeurd.

Duits recht: PWW/Brinkmann 2014, p. 220 (zie ‘rechtzeitig’); Wolf 1999, p. 513.

Zwitsers recht: Peter 1994, p. 247; Merz 1984, p. 160.

4 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 140 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 128).

5 Van een situatie waarin het verlopen van de termijn leidt tot het intreden van een opschortende voorwaarde zal m.n. sprake kunnen zijn bij een negatieve voorwaarde: als ik binnen een week geen derde vindt die een hogere koopprijs wil betalen, treedt de opschortende voorwaarde ter zake de huidige koopovereenkomst in.

6 Zie bijv.: Hof ‘s-Hertogenbosch 10 januari 2006, LJN: AZ5120, waar een huurder i.v.m. de beperkte beroepstermijn t.a.v. een ontbindende voorwaarde van o.a. een vergunningverlening tijdig en rechtsgeldig een beroep op de voorwaarde deed en nadien de vergunning alsnog werd verleend. Zie voor een (vermoedelijke) uitzondering: Hof Arnhem 7 oktober 1997, NJ 1998, 842. O.g.v. de omstandigheden accepteerde het hof een beroep t.b.v. het intreden van een ontbindende voorwaarde (financieringsvoorbehoud) door de koper, ook al was de tussen partijen overeengekomen termijn daarvoor verstreken. Ik kan echter niet helemaal uitsluiten dat het hof een wijziging van de overeenkomst op grond van stilzwijgende wilsovereenstemming aannam.

7 Deze overbodigheid werd reeds onder het OBW onderkend: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 378; Everts 1883, p. 28; Opzoomer 1879a, p. 142. Zie ook: PG Boek 6, TM, p. 147.

heten geobjectiveerd potestatieve voorwaarde⁸ – bereidwillig was de gebeurtenis te laten plaatsvinden maar de gebeurtenis niettemin uitbleef. De literatuur wees een dergelijk fingeren echter af, evenals de moderne Duitse literatuur.⁹

In de literatuur van de verschillende stelsels wordt vaak gesteld dat het intreden of vervallen van een voorwaarde afhankelijk is van het al dan niet plaatsvinden van de aanvankelijk onzekere gebeurtenis. Dat is op zich uiteraard ook juist. Het is echter niet zozeer de gebeurtenis als zodanig die een voorwaarde laat intreden, maar het eindigen van de tot dat moment bestaande *objectieve onzekerheid* ten gevolge van het plaatsvinden van de gebeurtenis. Voor het Nederlands geldend recht en (met enige nuanceringsen) ook de overige bestudeerde stelsels vormt objectieve onzekerheid immers een bestaansvereiste voor voorwaardelijkheid.¹⁰ Ditzelfde geldt voor het verval van een voorwaarde. De gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde vormt moet definitief niet meer kunnen plaatsvinden, zodat de aanvankelijke objectieve onzekerheid daaromtrent daadwerkelijk is beëindigd.¹¹ Ook voor dit verval is het immers de beëindiging van de objectieve onzekerheid die een einde maakt aan de voorwaardelijkheid.

Het vorenstaande heeft vooral betekenis voor de situatie waarin de objectieve onzekerheid eindigt voordat de gebeurtenis intreedt. Bij de voorwaarde van toekomstige vergunningverlening is bijvoorbeeld het onherroepelijke besluit tot afgifte genomen, maar de vergunning moet als zodanig nog worden verleend.¹² Het komen te ontbreken van objectieve onzekerheid leidt derhalve tot beëindiging van de voorwaardelijkheid, in het vorenstaande voorbeeld derhalve tot het intreden van de voorwaarde. Of met het wegvallen van de objectieve onzekerheid en het daarmee eindigen van de voorwaardelijkheid sprake is van een tijdsbepaling, is een vraag van uitleg van de aanvankelijke

8 Zie voor dit begrip § 7.1.2.3.

9 (Impliciet) Pitlo 1964, p. 79; Asser/Van Goudoever 1913, p. 57; Land/DeSavornin/Lohman 1907, p. 57; Diephuis 1885, p. 140; Opzoomer 1879a, p. 146, 147.
Duitse recht: Staudinger/Bork 2010, p. 336.

10 Zie § 2.4.3.

11 Geldend recht: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 325 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 270, beide terecht verwijzend naar het moment waarop *zekerheid* ontstaat).
OBW: Diephuis 1885, p. 135.

Zwitsers recht: Huguenin e.a. 2008, p. 201.

Koller lijkt dit als enige auteur anders te zien, waar hij stelt: 'Dem Nichteintritt der Bedingung steht rechtlich der Fall gleich, wo mit Sicherheit angenommen werden darf, dass die bedingung nicht mehr erfüllt werden kann (Guhl/Koller 2000, p. 60). Er is echter helemaal geen sprake van enige 'gelijkstelling'; het komen te ontbreken van de onzekerheid *is* de beëindiging van de voorwaardelijkheid.

12 Zie ook § 2.4.3.

partijbedoeling. Bij goederenrechtelijke verhoudingen ontstaat in dit verband overigens een stevig theoretisch probleem.¹³

Het wegvallen van uitsluitend *subjectieve* onzekerheid – onzekerheid in de beleving van partijen – leidt daarentegen niet tot het intreden of vervallen van de voorwaarde. Subjectieve onzekerheid vervult een essentiële functie ten aanzien van het overeenkomen van een voorwaarde, maar niet langer als deze eenmaal overeengekomen is.¹⁴ Daarmee is tevens het verkrijgen van kennis door partijen omtrent het intreden of vervallen van de voorwaarde, bij gebreke waaraan de subjectieve onzekerheid nog kan voortduren, van geen belang voor het directe intreden of vervallen van de voorwaarde.¹⁵ Anders dan incidenteel in de literatuur is gesteld, is dan ook de vaststelling of een voorwaarde is ingetreden geobjectiveerd en als uitgangspunt niet afhankelijk van een subjectieve beoordeling door partijen.¹⁶

Bekendheid van partijen met het feit dat de aanvankelijk onzekere gebeurtenis heeft plaatsgevonden (of niet meer kan plaatsvinden) is evenmin van belang

13 De overdracht onder tijdsbepaling is o.g.v. art. 3:85 BW uitgesloten. De vraag is derhalve hoe we de thans bedoelde situatie moeten beoordelen waarbij geen sprake was van een overdracht onder tijdsbepaling, maar eventueel wel een tijdelijke gerechtigdheid tot een goed zou ontstaan. Zie verder § 2.4.3.5.

14 Zie § 4.1.3.2.

15 Het verkrijgen van kennis door partijen van een reeds ingetreden gebeurtenis kán in de heersende leer van het vereiste van objectieve onzekerheid voor voorwaarden dan ook logischerwijs zelfs niet van belang zijn. Uitsluitend in het sterk theoretische geval dat objectief onzeker is of partijen ooit kennis zullen krijgen van de ingetreden gebeurtenis, kan dit verkrijgen van kennis deel van de voorwaarde vormen. Overigens verdedig ik in § 2.4.3.3 anders. Althans is het in mijn optiek mogelijk dat partijen overeenkomen dat het bekend worden met een reeds ingetreden gebeurtenis de inhoud van een voorwaarde vormt v.z.v. geen sprake is van een goederenrechtelijke verhouding (§ 2.4.3.4).

Voor OBW: Opzoomer 1879a, p. 122.

Voor Zwitsers recht: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 379, 381; Gutmans 1995, p. 10; Bucher 1988, p. 513, 514.

Voor zowel het Nederlands geldend recht als het Duitse heb ik in de literatuur geen expliciete bevestiging hiervan gevonden, hetgeen de juistheid van deze stelling voor beide rechtstelsels onverlet laat.

16 In afwijking hiervan stelt Zwemmer dat het in beginsel uitsluitend partijen bij de rechtsverhouding zijn, die kunnen constateren of een voorwaarde al dan niet is vervuld (Zwemmer 1997, p. 36). Zwemmer noemt dit overigens i.v.m. de vervreemding van een aanmerkelijk belang bij aandelen en winstbewijzen in de zin van de (thans vervallen) Wet IB 1964. De opvatting van Zwemmer wringt op meerdere punten. Op de eerste plaats staat deze op gespannen voet met het vereiste van objectieve onzekerheid. Vanaf het moment van het intreden van die gebeurtenis ontbreekt de objectieve onzekerheid, wat partijen daar verder ook subjectief van zouden vinden. Ten tweede verkrijgt iedere voorwaarde een potestatief tintje als partijen zelf bepalen of een voorwaarde is ingetreden, ongeacht de objectieve situatie. Het is dan immers de gezamenlijke of individuele partijwil die in feite bepaalt of een voorwaarde als ingetreden heeft te gelden. Tot slot kan een voorwaarde ook van belang zijn voor de positie van derden, bijv. bij beschikkingen onder voorwaarde. Ook een dergelijk extern belang spreekt tegen een subjectieve vaststelling of een voorwaarde is ingetreden. Iets anders is dat de subjectieve partijbedoeling uiteraard wel van belang is t.a.v. de vraag wat de inhoud van de voorwaarde precies is.

voor het intreden van de voorwaarde. Het voortbestaan van uitsluitend subjectieve onzekerheid is voor het geldend recht immers onvoldoende om van een voorwaarde te kunnen spreken.¹⁷ Het doen van een beroep door partijen op dit intreden of vervallen door partijen is op zich evenmin van betekenis voor de materiële rechtsgevolgen. Voorwaarden treden immers van rechtswege in respectievelijk vervallen van rechtswege, zonder dat daarvoor nog enig handelen van partijen – bijvoorbeeld in de vorm van een dergelijk ‘beroep’ – vereist is.¹⁸ Inschrijving van het intreden of vervallen van een voorwaarde in de openbare registers als bedoeld in art. 3:17 lid 1 sub c BW is bijvoorbeeld geen constitutief vereiste voor dat intreden of vervallen. Wél is het op zich mogelijk dat een dergelijk beroep of dergelijke inschrijving als constitutief vereiste voor het intreden van de voorwaarde deel van die voorwaarde uit maakt.¹⁹ Dat laatste zullen partijen echter, als deel van de inhoud van de voorwaarde, overeengekomen moeten zijn. Zie voor dit beroep § 8.1.3 en voor wat betreft het daaraan verbonden potestatieve element § 7.3.4.2.

Uitsluitend het plaatsvinden van de *gehele* gebeurtenis die de inhoud van een positieve voorwaarde – bestaande uit het plaatsvinden van een gebeurtenis – vormt, leidt tot het intreden van die voorwaarde.²⁰ Voor zover dezelfde positieve voorwaarde gevormd wordt door meerdere gebeurtenissen, zullen deze derhalve cumulatief moeten plaatsvinden, wil de voorwaarde intreden.²¹ Daarentegen leidt bij een negatieve voorwaarde – het uitblijven van een bepaalde gebeurtenis – reeds het gedeeltelijk uitblijven van die gebeurtenis

17 Zie § 2.4.3. Deze situatie vinden we op een plaats in de PG genoemd: PG Boek 6, Rapport aan de Koningin, p. 152. Aldaar is in het verband van art. 6:24 BW vermeld: ‘Men denke aan het geval dat de vervulling van de voorwaarde niet terstond aan partijen bekend is en zo enige tijd verstrijkt, eer van de schuldenaar ongedaanmaking van de prestatie wordt verlangd’.

18 Zie § 2.6.1. Wellicht anders Van Rijssen, die stelt dat (in het kader van een schuldovername) de overnemende derde tijdelijk de mogelijkheid kan worden ontnomen om een beroep te doen op een bestaande voorwaarde ter zake de schuld (Van Rijssen 2006, p. 99). Daarmee ontstaat echter een situatie waarin enerzijds de onzekere gebeurtenis die de voorwaarde vormt reeds heeft plaatsgevonden, maar anderzijds een partij zich blijkbaar niet op het daaruit voortvloeiende intreden van de voorwaardelijke rechtsgevolgen kan beroepen.

19 Zie HR 24 oktober 2008, NJ 2008, 558 v.w.b. dit beroep. Zie Van Straaten t.a.v. de inschrijving in de openbare registers (Van Straaten 2003, p. 319; Van Straaten 1990, p. 46). Zie § 7.3.4.2 voor de kwalificatie van een dergelijk beroep als *zuiver potestatief* indien ter zake dit beroep sprake is van algehele wilsvrijheid.

20 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 138 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 127); Den Tonkelaar 1994, p. 59 (en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 65).
OBW: Asser/Rutten 1958, p. 150 (Rutten spreekt van de ‘ondeelbaarheid der vervulling’); Asser/Van Goudoever 1913, p. 55.

Zwitsers recht: Berger 2012, p. 264; Bucher 1988, p. 512; Becker 1941, p. 723.
Voor het Duitse recht heb ik in de literatuur hierover geen opvatting gevonden.

21 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 138 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 127).
Zwitsers recht: BSK OR I-Ehrt 2011, p. 857; Becker 1941, p. 723.

tot het intreden van de voorwaarde.²² Als spiegelbeeld hiervan vindt het verval van een positieve voorwaarde ook plaats indien slechts een gedeelte van die gebeurtenis of gebeurtenissen niet meer kan plaatsvinden. Een gedeeltelijk niet meer kunnen plaatsvinden leidt immers, bij het voormelde uitgangspunt dat de gehele gebeurtenis moet plaatsvinden voor het intreden van een voorwaarde, vanzelf tot de situatie dat de voorwaarde niet meer kan intreden.

Op grond van de (al dan niet impliciete) partijwil kan dit echter anders zijn. Daarmee zou een gedeeltelijke vervulling, bijvoorbeeld betaling van slechts een gedeelte van de koopprijs bij een eigendomsvoorbehoud, kunnen leiden tot het intreden van de voorwaarde.²³ Ook zouden verschillende gebeurtenissen alternatieven kunnen zijn voor het intreden van dezelfde voorwaarde.²⁴ Overeenkomstig het Zwitserse recht werd onder het OBW bij twijfel over het cumulatieve of alternatieve karakter cumulatie aangenomen.²⁵ Of een dergelijk bewijsrechtelijk uitgangspunt voor het thans geldende Nederlandse recht nog steeds opgang doet, is mij in elk geval niet in expliciete zin gebleken.²⁶

Naast het daadwerkelijk intreden of vervallen van een voorwaarde zijn er nog een aantal mogelijkheden die daarmee gelijk te stellen zijn. Art. 6:23 BW bijvoorbeeld kan in de heersende opvatting een voorwaarde fictief laten intreden of vervallen.²⁷ Ook is het onder omstandigheden mogelijk dat door een partij afstand wordt gedaan van een (opschortende) voorwaarde, waarmee de rechtsverhouding onvoorwaardelijk wordt.²⁸ Voor de verschillende stelsels is het tot slot in enige mate de vraag of ook buiten een overeengekomen termijn een voorwaarde kan intreden of vervallen door tijdsverloop. Die vraag bespreek ik in § 8.2.2.

22 De gebeurtenis als geheel kan immers al bij een gedeeltelijk uitblijven daarvan niet meer intreden. Uitsluitend Berger merkt dit punt terecht op (Berger 2012, p. 264).

23 OBW: Asser/Rutten 1958, p. 150; Asser/Van Goudoever 1913, p. 55.
Zwitsers recht: Bucher 1988, p. 512.

Helemaal logisch juist is die gedachte overigens niet: de gebeurtenis is wel degelijk geheel ingetreden, maar bestond alsdan uit een gedeeltelijke betaling van de koopprijs. Hartkamp en Sieburgh verwoorden dit wel juist, waar zij uitgaan van de situatie van gedeeltelijke vervulling en een daarmee corresponderend recht op een gedeelte van de prestatie geeft (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 138 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 127).

24 Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 127.

Den Tonkelaar stelt dat alsdan beter gesproken kan worden van afzonderlijke voorwaarden (Den Tonkelaar 1994, p. 59). Op zich is dat mogelijk, maar voor hetzelfde effect dienen die afzonderlijke voorwaarden dan weer onderling als alternatieve voorwaarden te kwalificeren.

25 Asser/Rutten 1958, p. 150; Asser/Van Goudoever 1913, p. 55.
Zwitsers recht: Becker 1941, p. 723.

26 De suggestie wordt in de literatuur echter wel gewekt (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 138; Den Tonkelaar 1994, p. 59). Waarom een dergelijk uitgangspunt zou gelden, blijkt echter niet.

27 Zie § 7.4.2.

28 Zie § 8.2.3.

Op het intreden of vervallen van een voorwaarde ten gevolge van het feitelijk intreden of uitblijven van de gebeurtenis bestaan twee mogelijke uitzonderingen. Op grond van art. 6:23 BW kan deze, in de heersende opvatting bij wijze van fictie, als niet of juist wel ingetreden gelden. Daarnaast kunnen de materiële gevolgen van een ingetreden of vervallen voorwaarde geheel buiten toepassing blijven indien die gevolgen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.²⁹

8.1.3 'Beroep' door een partij als constitutief vereiste

Inleiding

In het normale geval kan ieder van partijen zich er op 'beroepen' – in de zin van een vaststellende verklaring zonder materiële betekenis als zodanig voor het in vervulling gaan van de voorwaarde – dat een voorwaarde met rechtsgevolg is ingetreden.³⁰ Dit is de consequentie van het feit dat voorwaarden mét alle daaraan verbonden gevolgen van rechtswege intreden als de aanvankelijk onzekere gebeurtenis plaatsvindt.³¹ Eerder kwam echter in het kader van de zuiver potestatieve voorwaarden reeds de mogelijkheid ter sprake waarbij een partij *ten behoeve van* het intreden van een voorwaarde – in de zin van een constitutief vereiste en niet uitsluitend als vaststellende verklaring – *beroep* moet doen op een intussen ingetreden gebeurtenis.³² Ná het plaatsvinden van de aanvankelijk onzekere gebeurtenis vormt dit eventuele toekomstige beroep daarmee de ontbrekende schakel voor het intreden van de voorwaarde. Achter de term *beroep* gaan derhalve twee geheel verschillende begrippen schuil.³³

De systematiek waarbij een beroep een constitutief vereiste vormt voor het intreden van een voorwaarde komt in de praktijk vaker voor dan we wellicht op het eerste gezicht zouden denken. Afgezien van de voorwaarden

29 HR 24 oktober 2008, NJ 2008, 558. Zie verder § 8.1.4.

30 In deze zin: HR 24 oktober 2008, NJ 2008, 558 (zie ook: RCR 2009, 1); HR 12 november 2004, NJ 2005, 500; HR 10 maart 1967, NJ 1967, 194. Een dergelijk (niet-constitutief) beroep kwalificeert overigens als een 'rechtsmaatregel' in de zin van art. 3:51 lid 3 BW (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2640).

Zie ook: Heyman & Bartels 2012, p. 518; Van Wechem & Drion 2009, p. 846; Louwman in: Louwman & Kleijn 1998, p. 4; Van Straaten 1990, p. 46.

31 Dit 'van rechtswege intreden' vormt in alle bestudeerde stelsels het geldend recht, zie § 2.6.1.

32 Zie § 7.1.2.4 en 7.3.4.2.

33 Dit onderscheid wordt in de literatuur niettemin niet altijd even scherp gemaakt, zie bijv. Schoordijk/Schoordijk 2009, p. 781. Het door hen bedoelde financieringsvoorbehoud is de klassieker waarbij de ontbindende voorwaarde pas intreedt mét het beroep daarop door de koper. Het door de beide Schoordijks bedoelde 'aantonen' door de koper dat de gebeurtenis (het niet verkrijgen van financiering) is ingetreden, staat daar geheel buiten. Dit laatste zou immers ook moeten gebeuren bij een voorwaarde die wél van rechtswege intreedt, derhalve zonder dat daar als constitutief vereiste beroep op moet worden gedaan.

waar deze systematiek uit hoofde van hetgeen partijen overeenkomen reeds naar de letter bestaat, zijn er ook situaties waar we deze systematiek zonder problemen in herkennen. De opschortend voorwaardelijke vordering tot vergoeding van schade uit hoofde van een schadeverzekering is daar een aardig voorbeeld van. Afhankelijk van de precieze voorwaarden van die verzekering kan het zijn, dat het enkele feit dát de verzekerde schade heeft geleden de voorwaarde met betrekking tot de schadevordering nog niet in vervulling heeft laten gaan. Pas met het claimen van de schade bij de verzekeraar en met inachtneming van de voorgeschreven formaliteiten – tezamen het bedoelde beroep – ontstaat een onvoorwaardelijke vordering.³⁴ Op deze systematiek vinden we in de literatuur en zeker ook de rechtspraktijk allerlei varianten.³⁵

34 In de literatuur bestaat overigens t.a.v. de situatie vóór het intreden van het schadeveroorzakende feit enige discussie over de kwalificatie van een schadevordering als 'opschortend voorwaardelijk' dan wel als 'toekomstig' (zie § 6.2.5.4). Als we de ook in § 7.3.4.3 kort besproken visie van Kleijn volgen, zal het claimen van schade etc. ná het intreden van dit schadeveroorzakende feit echter een *intern element* bij de rechtsverhouding tussen verzekerde en verzekeraar vormen. Daarmee zou de vordering op de verzekeraar ook na het intreden van de schade en tot het moment van dit claimen vooralsnog als toekomstig kwalificeren. Een m.i. voor de praktijk ongelukkige uitkomst, m.n. in het kader van verpanding aan derden van vorderingen op de verzekeraar. Bovendien is dit ook v.w.b. het geldende recht een bedenkelijke uitkomst. Ook al verdedig ik zelf anders (zie § 7.3.3.3), veelal wordt – met name bij eenzijdige rechtsverhoudingen, zoals een vordering op de verzekeraar voor zover de premie reeds door de verzekerde is voldaan – als mogelijke *voorwaarde* beschouwd de opschortende zuiver potestatieve voorwaarden met een wilsrecht voor de crediteur (i.c. de verzekerde). Zie § 7.3.3.1 en 7.3.4.3.

Die uitkomst is slechts anders als we – uitgaande van dit 'criterium-Kleijn' – het claimen bij de verzekeraar en het door de verzekerde voldoen aan gestelde formaliteiten niet als een door Kleijn bedoeld *intern element* construeren. Gezien de onduidelijkheid van het 'criterium-Kleijn' (zie § 6.2.5.4 e.v.) is dat laatste niet uitgesloten, maar tegelijk niet eenvoudig te beargumenteren.

35 Van Straaten noemt bijv. het geval van het pas daadwerkelijk in vervulling gaan van een voorwaarde door het inschrijven van een akte in de openbare registers (als bedoeld in art. 3:17 sub c BW), waaruit het vervuld zijn van diezelfde voorwaarde blijkt (Van Straaten 2003, p. 319. Zie ook: Van Straaten 1990, p. 46). Het betreft hier de situatie dat het daadwerkelijk onzekere feit zich reeds heeft voorgedaan. Om te voorkomen dat daarmee de voorwaarde ook direct effect zou verkrijgen, vormt het latere inschrijven van bedoelde akte door partijen onderdeel van de voorwaarde zelf.

Een geheel andere variant vinden we bij Vegter m.b.t. de herroepelijke schenking. Vegter beschouwt de schenking onder een zuiver potestatieve voorwaarde (als de civielrechtelijke constructie van de herroepelijke schenking) u.h.v. aan een schenking gestelde vereisten als onmogelijk (Vegter 2008-I, p. 168, 169). In verband daarmee komt hij tot de opzet waarbij een aanvankelijk onzekere casuele gebeurtenis bij het intreden daarvan het recht op herroeping van de schenking activeert. Uit de rest van zijn betoog volgt dat hij de herroeping zelf ook als (deel van) de ontbindende voorwaarde beschouwt, zodat we ook in deze figuur de thans besproken systematiek herkennen.

Waarschijnlijk de meest voorkomende variant betreft het financieringsvoorbehoud bij de koop van onroerend goed, met name woningen. Het niet kunnen verkrijgen van externe financiering vormt de casuele gebeurtenis, waar echter (veelal in een nader omschreven vorm en met overlegging van bewijs) door de koper beroep op moet worden gedaan t.b.v.

In de praktijk is een dergelijk beroep dan ook een bekende en veelvuldig gehanteerde figuur. In de moderne Nederlandse literatuur en jurisprudentie bestaat hiervoor eveneens aandacht. Onder het OBW kwam het onderwerp van een dergelijk beroep daarentegen vrijwel uitsluitend ter sprake in het kader van het onderscheid tussen opschortend voorwaardelijke en toekomstige vorderingen.³⁶ In de door mij bestudeerde Duitse en Zwitserse literatuur ontbreekt iedere aandacht voor dit beroep als constitutief vereiste bij een voorwaarde. Het OBW alsmede het Duitse en Zwitserse recht blijven in deze paragraaf derhalve onbesproken.

Geldend recht

In de Nederlandse literatuur wordt vrij breed onderschreven dat rechtsgeldig is de figuur waarbij als constitutief vereiste voor het in vervulling gaan van een voorwaarde een partij beroep moet doen op het ingetreden zijn van een aanvankelijk onzekere gebeurtenis.³⁷ Dit in overeenstemming met de jurisprudentie.³⁸ Afwijzende opvattingen ter zake een dergelijk beroep zijn er echter ook.³⁹ Met andere woorden, als mogelijkheid wordt vaak (maar zeker niet

het laten intreden van de ontbindende voorwaarde (zie ook Van Rijssen 2006, p. 38. Anders echter: Dammingh 2002, p. 780, 781).

36 Zie verder § 7.3.4.3.

37 Heyman & Bartels 2012, p. 485; Bol 2011, p. 620; Meijer 2008, p. 299; Vegter 2008-I, p. 169 (althans, Vegter maakt m.b.t. de herroepelijke schenking het onderscheid tussen de omstandigheid die het recht op herroeping 'activeert'. Als ik het goed zie, is daarmee de herroeping in Vegters optiek niets anders dan het doen van beroep op de aanvankelijk onzekere, thans ingetreden gebeurtenis); Van Vijfeijken 2008, p. 173 (m.b.t. herroepelijke schenking); Du Perron in zijn noot bij HR 12 november 2004, NJ 2005, 500; Mellema-Kranenburg 2004, p. 40 (m.b.t. herroepelijke schenking); Hockx 2003, p. 202; Van Straaten 1990, p. 46. De visie van Kleijn is mij niet helemaal duidelijk. Kleijn lijkt deze mogelijkheid verscheidene malen te hebben aanvaard, waarbij een dergelijke voorwaarde ook goederenrechtelijke werking zou hebben (Kleijn in: Louwman & Kleijn 1998, p. 6 en Kleijn 1993, p. 4). Tegelijkertijd beschouwde Kleijn een ontbindende voorwaarde waarvoor door een partij beroep ('afroep') moest worden gedaan, *niet* als een ontbindende voorwaarde. Dit zou in zijn optiek een 'obligatoir annuleringsrecht' zijn, derhalve ook zonder de goederenrechtelijke werking van een voorwaarde (Kleijn 1995, p. 10). Ik kan deze verschillende visies van Kleijn niet goed met elkaar rijmen.

38 De mogelijkheid van het thans besproken 'beroep' is – enigszins terloops – door de Hoge Raad onderschreven bij het arrest van 24 oktober 2008 (NJ 2008, 558, r.o. 3.3) Zie tevens de expliciete conclusie van A-G Verkade bij dit arrest. Zie ook: Hof Arnhem 30 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY1304; Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2007, LJN: BA6253 (waarbij sprake is van de mogelijkheid van beroep t.b.v. het intreden van de voorwaarde door ieder van partijen); HR 12 november 2004, NJ 2005, 500.

39 Voor Dammingh is het van belang dat het intreden van een voorwaarde overeenkomstig de artt. 3:38 jo 6:22 BW van rechtswege intreedt (Dammingh 2002, p. 780, 781 en eerder in zijn noot bij HR 2 oktober 1998, JOR 1999, 52). Dammingh spreekt zijn voorkeur uit een dergelijk beding niet als een ontbindende voorwaarde te beschouwen, maar als een wilsrecht in de vorm van een ontbindingsrecht. Ook voor Breedveld-de Voogd is het van rechtswege intreden van de voorwaarde zodanig essentieel, dat zij bij het vereiste van een beroep eveneens spreekt van een 'ontbindingsrecht' (Breedveld-de Voogd 2007, p. 131).

onbetwist) aanvaard dat het intreden van een aanvankelijk objectief onzekere gebeurtenis de voorwaarde niet van rechtswege in vervulling doet gaan, maar pas het feit dat een partij zich op het ingetreden zijn van die gebeurtenis beroept.

Of in een concreet geval sprake is van deze uitzondering op het algemene uitgangspunt van werking van rechtswege, is een kwestie van uitleg.⁴⁰ Bij deze beoordeling of één van partijen bedoeld beroep op het intreden heeft, kan het van betekenis zijn of de voorwaarde is opgenomen uitsluitend in het belang van de betreffende partij. Voor het geldend recht kunnen we er niettemin van uitgaan dat het bestaan van een dergelijk eenzijdig belang bij die beoordeling niet doorslaggevend is. Zie in dat verband § 8.2.3 waar ik op basis van onder andere de jurisprudentie bespreek, dat in het kader van de mogelijkheid van eenzijdige afstand van een voorwaarde een dergelijk belang bij een van partijen evenmin van doorslaggevende betekenis is. Naar we moeten aannemen – heel duidelijk zijn de verscheidene auteurs niet – vormt een dergelijk beroep onderdeel van de voorwaarde zelf. Beoogd is immers dat de materiële gevolgen van het intreden van de voorwaarde ten gevolge van dit beroep effect krijgen. Een andere systematiek dan waarbij het beroep deel van de voorwaarde vormt, is daarmee niet goed denkbaar.⁴¹

In de literatuur blijft onbesproken wat de functies van een dergelijk beroep voor de rechtspraktijk zijn. Niettemin liggen deze functies min of meer voor de hand. Op de eerste plaats kunnen partijen het van rechtswege intreden van de gevolgen verbonden aan de voorwaarde als ongewenst beschouwen. Daar kunnen zij volstrekt gerechtvaardigde redenen voor hebben, zoals de mogelijkheid van nader overleg zonder dat de tussen hen geldende overeenkomst reeds is ontbonden, het voorbereiden van de nakoming van de ongedaanmakingsver-

Bij Van Rijssen treffen we eveneens de gedachte aan dat een dergelijk recht van beroep niet kwalificeert als een zuiver potestatieve voorwaarde, maar als een wilsrecht (Van Rijssen 2006, p. 38). Het intreden van de 'van buiten komende omstandigheid' die de gebeurtenis vormt, is in zijn optiek de daadwerkelijke voorwaarde. Deze voorwaarde blijft echter zonder gevolgen, behalve dat met het intreden een wilsrecht ontstaat voor de partij die een beroep toekomt. Vermoedelijk in soortgelijke zin ook: Schoordijk/Schoordijk 2009, p. 781.

Ook bij de korte bespreking door Van Wechem en Drion van het voormelde arrest van 24 oktober 2008 proeven we terughoudendheid: 'Echter, wij zien niet goed in dat als de vervulling van de voorwaarde zodanig is geformuleerd – en dat is karakteristiek aan een voorwaarde – dat de vervulling buiten de partijwil wordt geplaatst, dat de partijwil toch weer een rol gaat spelen voor zover het het invoeren van het rechtsgevolg van art. 6:22 BW betreft' (Van Wechem & Drion 2009, p. 846).

40 Zie bijv. HR 12 november 2004, NJ 2005, 500 r.o. 3.3 m.nt. Du Perron. In gelijke zin: Van Wechem & Drion 2009, p. 846.

41 Eventueel zou de constructie gevolgd kunnen worden waarbij het intreden van de onzekere gebeurtenis en het latere beroep op het ingetreden zijn van die gebeurtenis separate voorwaarden zijn, die voor het beoogde effect echter cumulatief moeten intreden. Dat maakt e.e.a. in mijn optiek uitsluitend ingewikkelder zonder dat een dergelijke opzet enige functie zou vervullen.

plichtingen die het gevolg van de ontbinding zullen zijn of het anderszins voorkomen van schade.⁴² Daarnaast ontnemt het van rechtswege beëindigen van een rechtsverhouding partijen de mogelijkheid om de uiteindelijke consequenties van de ingetreden gebeurtenis nogmaals te overzien. Omstandigheden en inzichten kunnen uiteraard tussen het aangaan van de voorwaardelijke overeenkomst en het intreden van de voorwaarde zijn gewijzigd, zodat het zonder meer intreden van de voorwaarde niet meer aansluit op de intussen bestaande situatie.

Op de tweede plaats heeft een dergelijk beroep voor partijen het voordeel, dat duidelijk blijkt dát en per welk moment een voorwaarde is ingetreden. Beide aspecten zijn namelijk geen vanzelfsprekendheid. De gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde vormt, kan immers zijn ingetreden lang voordat partijen dit beseffen.⁴³ Als we er in overeenstemming met het geldend recht van uitgaan dat de onzekerheid van voorwaarden objectief en niet uitsluitend subjectief van aard dient te zijn, geldt dat des te meer. Zoals we eerder zagen, bestaat bij het vereiste van objectieve onzekerheid de mogelijkheid dat een voorwaarde intreedt of vervalt doordat de objectieve onzekerheid komt te vervallen zónder dat de gebeurtenis zelf reeds heeft plaatsgevonden.⁴⁴ Met name in dit laatste verband is de kans aanwezig dat partijen niet bekend zijn met het intreden (of verval) van de voorwaarde. De mogelijkheid van *beroep* heeft derhalve voor partijen het voordeel dat zowel het moment van intreden van de voorwaarde kan worden gefixeerd als dat zij niet geconfronteerd zullen worden met een ingetreden of vervallen voorwaarde waarmee zij nog niet bekend zijn.

Nadere uitwerking

Onderstaand bespreek ik de vraag, of de thans besproken figuur van 'beroep' als constitutief vereiste voor het intreden van een voorwaarde überhaupt mogelijkheid is.

In hoofdstuk 7 zagen we dat voorwaarden waarbij partijen een bepaalde mate van invloed hebben op het al dan niet intreden daarvan merendeels gewoon mogelijk zijn. Dat geldt zeker ook voor de groep van *gemengde voorwaarden*,

42 Het verkrijgen van voldoende liquide middelen ten behoeve van terugbetaling aan de wederpartij of het overleggen met derden die geconfronteerd zullen worden met de gevolgen van de ongedaanmaking zijn voorbeelden van het eerste. Schade kan bijv. ontstaan in de vorm van overdrachtsbelasting, die bij de eerdere – thans door een ontbindende voorwaarde getroffen – overdracht niet verschuldigd was, maar bij een eventuele hernieuwde levering wél verschuldigd zal zijn.

43 Het *ter kennis komen* aan partijen van het plaatsvinden van de (aanvankelijk onzekere) gebeurtenis kan bij het vereiste van objectieve onzekerheid logischerwijs geen onderdeel uitmaken van een voorwaarde. Als een gebeurtenis eenmaal is ingetreden of zeker wordt dát deze zal intreden, is daarmee immers tevens objectief zeker dat partijen daarmee op enig moment bekend zullen worden, zie § 2.4.3.

44 Zie § 2.4.3.1.

derhalve de voorwaarden waar partijen een zekere mate van invloed hebben, maar geen doorslaggevende invloed. In § 7.1.2.2 kwam in dat verband ter sprake dat het thans besproken *beroep* in één opzicht bijzonder is: anders dan bij de meeste gemengde voorwaarden is die mogelijkheid van beroep – ná het intreden van de aanvankelijk casuele gebeurtenis – en daarmee de partij-invloed op het intreden van de voorwaarde alsnog van doorslaggevende aard. Het intreden van de voorwaarde is alsdan immers uitsluitend nog afhankelijk van dat beroep. Dat is als zodanig echter geen probleem in het kader van de voorwaardelijkheid, zodat als uitgangspunt een dergelijk beroep dan ook mogelijk is.

Dit laatste wordt eventueel anders indien ten aanzien van dat beroep algehele wilsvrijheid bij de betreffende partij bestaat.⁴⁵ Het beroep en daarmee in ieder geval het daarvan afhankelijke intreden van een *opschortende* voorwaarde heeft in dat geval van aanvang af (derhalve reeds vóór het moment van het plaatsvinden van de casuele gebeurtenis) een zuiver potestatief karakter, zo verdedigde ik in § 7.3.4.2. Voor ontbindende voorwaarden geldt dit potestatieve karakter vanaf het eventuele moment dat de casuele gebeurtenis heeft plaatsgehad. Ook in die gevallen is niet gezegd dat de voorwaarde mét het beroep naar het geldend recht (steeds) onmogelijk zou zijn. Dat hangt af van het antwoord op de vraag van welke variant van zuiver potestatieve voorwaarden alsdan sprake is en óf we die variant als al dan niet mogelijk beschouwen. Ik verwijs daarvoor naar § 7.3.3. Op deze plaats wil ik niettemin noemen dat voor het geldend recht in elk geval niet ieder beroep met algehele wilsvrijheid in de vorm van een voorwaarde mogelijk is, met name in de variant van een zuiver potestatieve *opschortende* voorwaarde en een beroep dat aan de *debiteur* toekomt. Zelf verdedig ik wezenlijk verdergaande beperkingen met betrekking tot zuiver potestatieve voorwaarden met dito gevolgen voor de mogelijkheid van het vorenbesproken 'beroep'.⁴⁶

8.1.4 De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid

Inleiding

De redelijkheid en billijkheid in relatie tot voorwaarden wordt veelal besproken in het verband van art. 6:23 BW.⁴⁷ De thans voorliggende vraag is echter in hoeverre uit de redelijkheid en billijkheid ook buiten het verband van die wetsbepaling een beperkende werking kan voortvloeien. Die vraag is van belang omdat, zoals we in § 7.4.2 zagen, voor toepassing van art. 6:23 BW een aantal specifieke eisen gelden. Met name het vereiste van een *beletten* of *teweegbrengen* van het intreden van de voorwaarde door een partij beperkt het

⁴⁵ Zie over die wilsvrijheid § 7.1.2.6.

⁴⁶ Zie § 7.3.3.2 en 7.3.3.3.

⁴⁷ Zie § 7.4.

toepassingsbereik van deze wetsbepaling. Overeenkomstig het in de vorige paragraaf besproken onderwerp bestaat over deze 'algemene' beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid voor het Nederlandse geldend recht de nodige aandacht. Dat geldt echter niet voor de overige bestudeerde stelsels, zodat ik deze wederom geheel buiten beschouwing laat. Overigens bespreek ik onderstaand vrijwel uitsluitend het eventueel buiten toepassing laten van de gevolgen van een ingetreden voorwaarde, omdat de bedoelde beperkende werking met name bij die situatie van belang kan zijn. Dat laat onverlet dat ook het omgekeerde, het toepassen van de gevolgen als ware een voorwaarde ingetreden, mogelijk is.

Geldend recht

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad en lagere jurisprudentie volgt zonder meer dat uit de redelijkheid en billijkheid van de artt. 6:2 en 6:248 BW kan voortvloeien, dat een in feitelijke zin ingetreden voorwaarde alsnog als vervallen heeft te gelden of vice versa.⁴⁸ In de verhouding tot art. 6:23 BW behoeft deze benadering geen verbazing te wekken; art. 6:23 BW wordt immers beschouwd als een toepassing van de algemene redelijkheid en billijkheid, maar uit niets volgt dat de werking van de redelijkheid en billijkheid daarmee ook beperkt zou zijn tot de strekking van deze wetsbepaling. In de jurisprudentie waarin art. 6:23 BW een rol speelt zien we dan ook, dat een strikt onderscheid tussen deze wetsbepaling en de 'algemene' redelijkheid en billijkheid veelal niet wordt gemaakt.⁴⁹ Ook in de PG en literatuur wordt van een zelfde benadering uitgegaan.⁵⁰ Een benadering die ik zelf overigens niet onderschrijf.⁵¹

Dé vraag is vanzelfsprekend in welke gevallen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid bij voorwaarden toepassing moet vinden. Blijkens het arrest van de Hoge Raad van 24 oktober 2008 komt men daar bepaald niet snel aan toe. De Hoge Raad formuleert weliswaar geen specifieke criteria, maar beschouwt een buiten toepassing laten van de voorwaarde als een 'verregaande

48 Hof Amsterdam 19 maart 2013, JOR 2013, 199; Hof 's-Hertogenbosch 3 juni 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0504; Hof Amsterdam 8 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX3778 (waar deze mogelijkheid door het hof wordt erkend, maar i.c. wordt afgewezen); HR 24 oktober 2008, NJ 2008, 558, r.o. 3.4 (ook RCR 2009, 1); Rb. Arnhem 15 december 2005, LJN: AS4056; HR 30 juni 2000, NJ 2000, 675; HR 2 oktober 1998, JOR 1999, 52. Zie ook: HR 10 maart 1967, NJ 1967, 194. In dit laatste arrest is sprake van het niet in vervulling gaan van een opschorrende voorwaarde, die – althans zo betoogt de koper – in het belang van deze koper was opgenomen. Zie m.n. ook de conclusie van A-G Van Oosten. Zie voor het OBW in deze zin ook: Den Tonkelaar 1983, p. 67.

49 In gelijke zin: A-G Hartkamp in zijn conclusie bij HR 30 juni 2000, NJ 2000, 675.

50 PG Boek 6, Eindverslag I, p. 148; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 141, 142.

51 Naar mijn opvatting strekt art. 6:23 BW uitsluitend tot redelijke uitleg van hetgeen partijen overeen zijn gekomen. De artt. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW hebben daarentegen wel betrekking op de 'echte' redelijkheid en billijkheid, zie § 7.4.2.3.

conclusie'.⁵² Deze vaststelling van de Hoge Raad ligt op grond van het te hanteren toetsingscriterium van het 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn' (art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW) in de lijn der verwachting.⁵³ Daar komt bij dat specifieke omstandigheden, met name een fatale termijn ten aanzien van het desgewenst door een partij nog kunnen laten intreden van een voorwaarde, zijn aanvaard als gerechtvaardigde redenen voor het (laten) intreden van voorwaarden.⁵⁴

Lastig wordt het als we proberen dit 'onaanvaardbaar zijn' ten aanzien van voorwaarden nader uit te werken. Dit is mede een gevolg daarvan dat de Hoge Raad – terecht – in dit verband een ruim toetsingskader voorstaat.⁵⁵ Alle mogelijke omstandigheden en feiten kunnen bij die beoordeling derhalve van belang zijn. Dit overeenkomstig de situatie bij eventuele toepasselijkheid van art. 6:23 BW. Ik loop niettemin een aantal van deze omstandigheden langs. In het arrest van HR 10 maart 1967 onderbouwt de Hoge Raad haar oordeel dat het niet intreden van een opschortende voorwaarde inderdaad leidt tot het niet van kracht worden van de overeenkomst met het argument, dat de wederpartij van degenen in wiens belang de voorwaarde is opgenomen er op mag rekenen dat de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen inderdaad voor hun werking afhankelijk zijn van de overeengekomen voorwaarde.⁵⁶ Met andere woorden, het vertrouwensbeginsel leidt in dit arrest tot het toepasselijk blijven van de voorwaarde. Ook A-G Verkade zoekt in het voormelde arrest van 28 oktober 2008 aansluiting bij dit vertrouwen.⁵⁷ Daaruit mogen we afleiden dat bij het ontbreken van een dergelijk vertrouwen bij de wederpartij de beperkende werking eventueel toepassing zou kunnen vinden.

52 HR 24 oktober 2008, NJ 2008, 558, r.o. 3.5. Zie voor een verdere bespreking van dit arrest: Van Wechem & Drion 2009, p. 846; Meijer 2008; Lewin 2008, p. 2534, 2535.

53 Zie in min of meer gelijke zin de conclusie van A-G Spier bij HR 20 maart 2009, RvdW 2009, 449.

54 Hof 's-Hertogenbosch 20 mei 2008, LJN: BF0367; Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2006, LJN: AZ5120 (waar ook nog een overweging was dat de partij die zich beriep op de voorwaarde een verlengingsverzoek van de termijn had gedaan).

55 HR 30 juni 2000, NJ 2000, 675 r.o. 3.6.

56 HR 10 maart 1967, NJ 1967, 194.

57 Verkade wijst er op de eerste plaats op dat het partijen vrijstond om het in vervulling laten gaan van een voorwaarde te verbinden aan een beroep door uitsluitend één van hen. Voor die mogelijkheid hebben partijen echter uitdrukkelijk niet gekozen. Voor ieder van partijen is het derhalve een redelijke verwachting dat het intreden van de voorwaarde van rechtswege effect zal hebben en – mijn conclusie – dat de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid derhalve niet snel tot een ander rechtsgevolg mag leiden. Op de tweede plaats stelt Verkade dat een partij blijkbaar een bepaald risico voor zich wilde uitsluiten. Indien dit risico zich (bij een ontbindende voorwaarde) verwezenlijkt, maar de betreffende partij desondanks de voorwaarde niet van rechtswege wenst te laten intreden, heeft blijkbaar aan de zijde van deze partij een wijziging van omstandigheden plaatsgevonden. Met deze gewijzigde omstandigheden is echter door partijen bij het aangaan van de overeenkomst geen rekening gehouden. Ook dientengevolge mag de wederpartij er op rekenen, dat de overeengekomen voorwaarde effect heeft en partijen (bij een ontbindende voorwaarde) weer volledig vrij staan.

Deze benadering sluit aan op de spiegelbeeldige situatie waarin opgewekt vertrouwen juist leidt tot het *buiten* toepassing blijven van een voorwaarde.⁵⁸ Bijvoorbeeld ten aanzien van de voorwaarde van nadere goedkeuring door een bepaald (venootschaps-)orgaan is in de literatuur gesteld, dat daar eventueel geen beroep meer op kan worden gedaan indien dit goedkeurende orgaan een bepaalde schijn heeft opgeroepen.⁵⁹ In het al dan niet bestaan van vertrouwen bij de wederpartij kunnen we derhalve een criterium zien voor de eventuele toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Een tweede omstandigheid die eventueel kan leiden tot toepasselijkheid van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid vinden we in de redengeving voor het overeenkomen van de voorwaarde. In het arrest van 30 juni 2000 heeft de Hoge Raad geen probleem met het eerdere oordeel van het hof dat een beroep ten behoeve van het intreden van een voorwaarde onaanvaardbaar kan zijn, indien de reden voor dat beroep een andere is dan de eigenlijke (aanvankelijke) reden voor het overeenkomen van die voorwaarde.⁶⁰ Verwant hieraan is de situatie waarin voor het intreden van de voorwaarde niet zozeer een andere reden dan de aanvankelijke bestaat, maar waarbij het belang bij de voorwaarde intussen voor een of beide partijen is komen te vervallen. Een dergelijk gebrek aan belang heeft – wellicht – op grond van de redelijkheid en billijkheid in het arrest van 2 oktober 1998 tot afwijzing van een beroep ten behoeve van het intreden van een voorwaarde geleid.⁶¹

58 Zie ter zake een dergelijk opgewekt vertrouwen: Rb. Arnhem 15 december 2005, LJN: AS4056. Bij gebreke aan een uitdrukkelijke afstand van het wilsrecht door de partij die zich kon beroepen op de voorwaarde, beslist de Rb. dat in dat geval uitsluitend nog bij een handelen i.s.m. het gewekte vertrouwen (welk handelen kwalificeert als misbruik van recht) sprake is van het door de Rb. gestelde vereiste van verwijtbaarheid.

59 Hoytema van Konijnenburg 2008, p. 9. Vermoedelijk moeten in dit verband ook de volgende opvatting van Van Hooijdonk en Tjittes zien. Zij komen o.b.v. een aantal door hen besproken vonnissen tot de conclusie dat een voorwaarde bestaande uit een nadere goedkeuring op zich weliswaar geldig kan zijn, maar dat het moeilijker wordt zich op dit voorbehoud te beroepen naarmate er meer verwevenheid bestaat tussen onderhandelaar en het orgaan dat deze goedkeuring dient te verlenen (Van Hooijdonk & Tjittes 2008, p. 57).

60 HR 30 juni 2000, NJ 2000, 675 r.o. 3.6. In gelijk zin: Hockx 2003, p. 202. Daarbij zij aangetekend dat de Hoge Raad zich hierover, anders dan het hof, niet in materiële zin uitspreekt. Het middel omvatte in dit verband uitsluitend de klacht dat het hof buiten het feitelijke geschil tussen partijen zou zijn getreden.

61 HR 2 oktober 1998, JOR 1999, 52. Dit betrof de situatie van een verkoper die op zich gerechtigd was zich op een ontbindende voorwaarde te beroepen ter zake aangetroffen bodemverontreiniging. Deze verontreiniging was echter dermate beperkt dat hij een duidelijk belang bij het intreden van de voorwaarde leek te ontberen. A-G Hartkamp noemt inderdaad de mogelijkheid dat redelijkheid en billijkheid zich tegen een beroep door de verkoper ten behoeve van het intreden van de voorwaarde verzetten. Naar zijn opvatting is echter eveneens mogelijk dat uitleg van het beding tot hetzelfde resultaat leidt. Ook Dammingh noemt in zijn noot bij dit arrest het ontbreken van een reëel belang. Eerder bij het hof en vervolgens bij de Hoge Raad wordt niet duidelijk langs welke van beide wegen dit beroep door de verkoper inderdaad wordt afgewezen.

Een laatste, lastig te verwoorden mogelijke omstandigheid vinden we in een vonnis van de Rechtbank Amsterdam.⁶² Ten aanzien van de in dat vonnis aangenomen onaanvaardbaarheid stelt de rechtbank het volgende: 'Met de situatie dat [de betreffende partij, HS] zich onvoldoende zou hebben ingespannen [] is gelijk te stellen de situatie dat [deze partij, HS] het in de hand gehad heeft dat de voorwaarde zo werd geformuleerd dat er een aanmerkelijke kans was dat deze in vervulling zou gaan, terwijl die vervulling voor haar slechts voordelig en voor de wederpartij slechts nadelig zou zijn'. De door de rechtbank bedoelde gelijkstelling ontgaat mij, maar de strekking is duidelijk: een bewust aansturen op ontbinding van de rechtsverhouding door middel van het opnemen van een ontbindende voorwaarde met een aanmerkelijke kans van intreden, waar slechts voordelen voor die partij uit zullen voortvloeien – en dat bovendien jegens een aanzienlijk minder deskundige wederpartij – leidt tot het buiten toepassing laten van die voorwaarde.⁶³ Het Hof Amsterdam hanteerde in een andere zaak vrijwel gelijke argumenten om tot het oordeel van onaanvaardbaarheid te komen.⁶⁴

Hoe we deze laatste omstandigheid precies zouden moeten kwalificeren, bijvoorbeeld als misbruik van omstandigheden of misbruik van recht, is niet helemaal duidelijk. In materiële zin is dat echter zonder belang. De vorenstaande omstandigheden zijn immers geen limitatieve criteria voor toetsing. Als gezegd staat de Hoge Raad immers een ruim toetsingskader voor, hetgeen onverlet laat dat ook de Hoge Raad het *onaanvaardbaar zijn* als de toepasselijke norm beschouwt.

Een laatste punt betreft de vraag wat de gevolgen zouden moeten zijn van toepasselijkheid van art. 6:248 lid 2 BW. Art. 6:23 BW schrijft dat gevolg dwingend voor: de voorwaarde geldt fictief als al dan niet ingetreden, waarmee tevens de materiële gevolgen van het 'normale' intreden of vervallen van een voorwaarde intreden. Voor wat betreft de materiële gevolgen van toepassing van art. 6:248 lid 2 BW ligt het min of meer voor de hand dat voor het geldend recht een zelfde benadering wordt gehanteerd. Weliswaar kent deze bepaling

Bij Verhoeven vinden we in dit verband de interessante vraag of een ontbindende voorwaarde in het belang van één partij nog werking toekomt nadat de rechtspositie van die partij d.m.v. contractsovername op een andere partij is overgegaan en bij deze overnemende partij het specifieke belang waarvoor de voorwaarde is opgenomen niet speelt (Verhoeven 2009, p. 180). Verhoeven noemt het voorbeeld van een financieringsvoorbehoud door een kopende partij, waarbij de contractsovernemende derde gezien haar financiële positie helemaal geen behoefte heeft aan een dergelijk voorbehoud. Verhoeven laat deze vraag in het kader van de boekbespreking waarin deze vraag is opgenomen overigens onbeantwoord.

62 Rb. Amsterdam 12 maart 2008, LJN: BD5699.

63 Let wel, de Rb. had een beroep op art. 6:23 BW afgewezen, waaruit volgt dat de situaties waarop art. 6:23 BW betrekking heeft en andere situaties waarop het algemene leerstuk van redelijkheid en billijkheid betrekking kan hebben, in de opvatting van de Rb. moeten worden onderscheiden.

64 Hof Amsterdam 19 maart 2013, JOR 2013, 199.

niet de fictie van art. 6:23 BW, maar voor het ingrijpen in de gevolgen behoeft dat geen verschil te maken. In de voormelde rechtspraak vormt ook steeds het wel of niet (geheel) intreden van een voorwaarde het punt van geschil. Dat laat onverlet dat het denkbaar is dat slechts een gedeelte van de aanvankelijke gevolgen van de voorwaardelijkheid 'onaanvaardbaar' is, zodat in die zin nuancering mogelijk blijft.⁶⁵

8.2 BIJZONDERE GEVALLEN VAN BEËINDIGING VAN VOORWAARDELIJKHEID

8.2.1 Inleiding

Het zal geen betoog behoeven dat dé wijze van beëindiging van voorwaardelijkheid is gelegen in het vorenbesproken intreden of vervallen van de voorwaarde. Dat neemt niet weg dat tevens een aantal andere mogelijkheden bestaan voor beëindiging van voorwaardelijkheid respectievelijk wijzen waarop het toekomstige intreden of vervallen bijvoorbeeld in de tijd kan worden beperkt. De twee voornaamste van deze bijzondere wijzen van beëindiging van voorwaardelijkheid – verloop van een (eenzijdig nader te stellen) termijn en afstand van een voorwaarde – bespreek ik in de volgende beide paragrafen.

Incidenteel worden echter nog andere bijzondere beëindigingswijzen genoemd. Peter stelt voor het Zwitsers recht bijvoorbeeld dat ingeval van het lang uitblijven van het intreden of vervallen van een gemengde of toevalsvoorwaarde een opzegging mogelijk zou moeten zijn uit hoofde van de goede zeden, *Persönlichkeitsschutzes* en de redelijkheid en billijkheid.⁶⁶ Van geheel andere orde is de in de Nederlandse literatuur genoemde mogelijkheid van het samengaan van eigendom onder ontbindende en onder opschortende voorwaarde door middel van een overdracht, welke eventueel gezien kan worden als een vorm van vermenging.⁶⁷ Wat verder van deze goederenrechtelijke kwalificatie zij, de voorwaardelijkheid als zodanig zal in elk geval eindigen. Eveneens voor het Nederlandse recht is in de jurisprudentie vastgesteld dat uitsluitend de voorwaarde bij een rechtsverhouding (wegens dwaling) vernietigbaar kan zijn.⁶⁸ In verband met het zeer beperkte belang van deze

65 Deze laatste gedachte vinden we in zekere zin bij Van Wechem en Drion. Zij stellen dat een buiten toepassing laten van het ingetreden zijn van een voorwaarde op grond van eisen van redelijkheid en billijkheid uitsluitend werking zou moeten hebben tussen partijen. Goederenrechtelijke posities van derden zouden door een dergelijk buiten toepassing laten in hun optiek niet getroffen mogen worden (Van Wechem & Drion 2009, p. 846).

66 Peter 1994, p. 250, 251.

67 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, p. 303.

68 Hof Arnhem 14 maart 2006, NJF 2006, 366. De dwaling bestond daaruit dat partijen een onjuiste voorstelling hadden van de juridische positie tegenover een derde, in het kader waarvan de voorwaarde overeengekomen was. Ook A-G Eggen oordeelde over een voorwaarde, waarbij partijen ter zake de wettelijke eis van de benodigdheid van een vergunning hadden gedwaald (zie zijn conclusie bij HR 27 februari 1953, NJ 1953, 586).

en ongetwijfeld nog andere mogelijkheden van beëindiging van voorwaardelijkheid laat ik deze verder onbesproken.

8.2.2 Verloop van een termijn

Inleiding

In § 8.1.2 noemde ik bij de bespreking van de rechtsstelsels dat partijen overeen kunnen komen dat een gebeurtenis binnen een bepaalde termijn moet hebben plaatsgevonden (of beter: de objectieve onzekerheid moet zijn beëindigd), bij gebreke waarvan de voorwaarde vervalt of eventueel intreedt. Die mogelijkheid vormt voor alle bestudeerde stelsels het geldend recht. Wat is echter de situatie als een dergelijke eindtermijn ontbreekt en de periode van onzekerheid langdurig voortduurt? Dat kan onbedoeld negatieve consequenties hebben, zowel voor partijen als in breder verband, zo wordt voor alle stelsels onderkend.⁶⁹ 'Eeuwigdurende' onzekerheid ten gevolge van een voorwaarde die maar niet wil intreden of vervallen staat bovendien op gespannen voet met het begrip van de voorwaarde, zo stelde ik in § 2.4.2. Er moet in mijn optiek steeds een enigszins reëel uitzicht bestaan op het definitief al dan niet intreden van een voorwaarde wil überhaupt sprake kunnen zijn van voorwaardelijkheid. In deze paragraaf is dan ook met name de vraag wat de situatie is als partijen geen dergelijke tijdsbepaling ten aanzien van de voorwaarde overeengekomen zijn en de voorwaarde gedurende (te) lange tijd niet intreedt of vervalt.

Geldend recht, OBW, Duits en Zwitsers recht

Met het verloop van een termijn ter zake de voorwaardelijkheid eindigt deze laatste, waardoor de rechtsverhouding onvoorwaardelijk wordt dan wel eindigt.⁷⁰ Zoals ik bij de inleiding stelde kan met name bij een mogelijk langdurige periode van onzekerheid ook behoefte bestaan aan een dergelijke eindtermijn. De vraag is echter of ook buiten een grondslag van wilsovereenstemming sprake kan zijn van een eindtermijn.⁷¹ In elk geval geldt voor alle

69 In deze zin ook: Rb. Arnhem (vzr.) 19 december 2003, LJN: AO2986, waar de voorzieningen-rechter overweegt dat bij de uitleg van de betekenis van een voorwaarde 'een open eind karakter' – een situatie waarin gedurende zeer lange tijd onduidelijk blijft wanneer de periode van voorwaardelijkheid eindigt – niet aannemelijk is. Zie ook de onderstaand besproken situatie in het huidige erfrecht, waar art. 4:140 BW een maximale termijn t.a.v. de voorwaardelijkheid van erfstellingen kent.

OBW: Diephuis 1885, p. 136; Everts 1883, p. 29.

Zwitsers recht: Peter 1994, p. 249; Becker 1941, p. 715.

70 In § 8.1.2 merkte ik reeds op dat het verloop van een termijn bij opschortende voorwaardelijkheid veelal zal leiden tot beëindiging van de (voorwaardelijke) rechtsverhouding en bij ontbindende voorwaardelijkheid tot onvoorwaardelijkheid. Dit kan echter ook anders zijn, zie de systematiek van art. 7:45 BW.

71 P-G Langemeijer stelt – zijdelings en zonder verdere argumentatie – dat bij gebrek aan een expliciete termijn ter zake het invoeren van een ontbindende voorwaarde een 'redelijke

bestudeerde stelsels dat veelal, voor zover sprake is van een situatie van voorwaardelijkheid zonder expliciete eindtermijn, door middel van uitleg geprobeerd wordt alsnog tot een termijn te komen.⁷² In de Zwitserse literatuur is deze benadering van – soms extensieve – uitleg daarmee onderbouwd, dat de partijwil slechts in zeldzame uitzonderingsgevallen op een alsmaar voortdurende periode van onzekerheid gericht zal zijn geweest.⁷³ Een benadering die in veel gevallen inderdaad juist zal zijn, hetgeen onverlet laat dat de partijen vanzelfsprekend wel degelijk ook een (eventueel) langdurige onzekerheid kunnen hebben beoogd.⁷⁴ Wat van dit laatste zij, in de literatuur wordt ook wel gesteld dat bij het ontbreken van een overeengekomen eindtermijn de voorwaardelijkheid voortduurt totdat de voorwaarde alsnog intreedt of vervalt.⁷⁵

Voor zover uitleg niet leidt tot de vaststelling dat sprake is van een eindtermijn met betrekking tot de voorwaardelijkheid, bestaan nog een aantal andere mogelijkheden voor een dergelijke vaststelling.⁷⁶ Op de eerste plaats vinden we in de Zwitserse literatuur wel de gedachte dat partijen alsdan veelal abusievelijk geen termijn overeengekomen zouden zijn. Een gedachte die aansluit op de voormelde benadering dat partijen slechts zelden inderdaad een langdurig voortdurende periode van onzekerheid wensen. In dat verband

termijn' zou gelden. Of hij daarmee doelt op een impliciet overeengekomen termijn dan wel uitgaat van een redelijke eindtermijn ook buiten iedere wilsovereenstemming, is niet duidelijk.

- 72 Een mooi vb. vinden we nog bij Rb. Rotterdam 22 oktober 2008, LJN: BG5691. Bij gebreke van een uitdrukkelijke termijn na verloop waarvan een ontbindende voorwaarde zou vervallen, komt de rechtbank tot de volgende redenering. Ook t.a.v. de nakoming was geen termijn overeengekomen. Op grond van art. 6:38 BW dient in dat geval een verbintenis 'terstond' te worden nagekomen. De termijn voor het invoeren van de ontbindende voorwaarde (een financieringsvoorbehoud) kan 'logischerwijs' niet langer zijn dan de termijn voor de nakoming.

OBW: Den Tonkelaar 1983, p. 66; Diephuis 1885, p. 137. Zie ook: HR 10 maart 1967, NJ 1967, 194, waarbij het hof een dergelijke termijn had aangenomen n.a.v. de overeengekomen datum van verlijden van de notariële leveringsakte.

Zwitsers recht: Schwenzer 2012 p. 71; Koller 2009, p. 1283; Guhl/Koller 2000, p. 60; Peter 1994, p. 248 (met bespreking van enige jurisprudentie); Bucher 1988, p. 513; Merz 1984, p. 160. Ook: BGE 11 november 1969, 95 II 523. Zie ook: BGE 12 februari 1946, 72 II 29 E.2.

- 73 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 381 (althans m.b.t. zuiver potestatieve voorwaarden); Merz 1984, p. 160 (Merz bespreekt in dat verband ook (oudere) jurisprudentie van het Bundesgerichtshof die tot dezelfde slotsom zou leiden).

- 74 Het Hof Arnhem heeft in dit verband overigens gesteld dat het ontbreken van een eindtermijn voor de voorwaardelijkheid de geldigheid van een overeenkomst niet aantast (Hof Arnhem 2007, NJF 2007, 377). Die vaststelling lijkt me geheel terecht.

Zwitsers recht: Berger 2012, p. 265. Oser lijkt daarentegen te stellen, dat steeds een redelijke termijn vastgesteld kan worden, binnen welke termijn de gebeurtenis al dan niet dient in te treden (Oser 1929, p. 689).

- 75 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 140 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 128).

- 76 Peter noemt voor het Zwitserse recht nog een aantal mogelijkheden die ik hier verder onbesproken zal laten: strijd met de goede zeden of 'persoonlijkheidsrechten' alsmede verjaring (Peter 1994, p. 248 e.v.).

wordt voor het Zwitsers recht aangenomen dat de rechter bij wijze van aanvulling van de rechtsverhouding een dergelijke termijn mag vaststellen.⁷⁷

Ten tweede vinden we in de verschillende stelsels incidenteel wettelijke eindtermijnen. Op grond van art. 4:140 BW is de maximale termijn voor een voorwaardelijke erfstelling dertig jaar, waarna een ontbindende voorwaardelijke erfstelling onvoorwaardelijk wordt en een opschortend voorwaardelijke vervalt. Ook de koop op proef, die op grond van art. 7:45 lid 1 BW in beginsel is vormgegeven als een overeenkomst onder opschortende voorwaarde, kent een termijn 'voldoende om de zaak te beoordelen'. Indien de koper die termijn laat verlopen zonder de verkoper van zijn beslissing in kennis te stellen, eindigt de voorwaardelijkheid door het intreden van de voorwaarde.⁷⁸ Het Duitse BGB en Zwitserse OR kennen soortgelijke regelingen met betrekking tot de koop op proef.⁷⁹ In verband met hun beperkte toepassingsgebied zijn deze wettelijke eindtermijnen als zodanig niet bijster interessant voor het algemene vermogensrecht. De overwegingen van de Nederlandse wetgever voor dergelijke termijnen zijn dat daarentegen wél, waar ik bij de 'nadere uitwerking' verder op in ga.

Daarnaast lijkt denkbaar dat de gevolgen van een langdurige periode van onzekerheid als 'onaanvaardbaar' in de zin van de artt. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW kwalificeren. In dat geval zou ook een lange periode van onzekerheid ten gevolge van het ontbreken van een eindtermijn aan de voorwaardelijkheid alsnog in de tijd kunnen worden beperkt. In de literatuur komt deze mogelijkheid niet ter sprake. Het BGH gaat er echter van uit dat óók in het geval door partijen aan de voorwaardelijkheid geen eindtermijn is verbonden, toch geen sprake kan zijn van een onbegrensde periode van onzekerheid.⁸⁰

Een laatste – omstreden – mogelijkheid van vaststelling van een eindtermijn bestaat uit een nadere (eenzijdige) termijnstelling door een van partijen. Daarbij wordt, nádat de voorwaardelijke rechtsverhouding tot stand is gekomen, door een partij alsnog een eindtermijn ter zake de voorwaardelijkheid gesteld. Met betrekking tot specifiek de potestatieve voorwaarden is die mogelijkheid deels in de literatuur onder het OBW alsmede in de literatuur en rechtspraak van het Duitse en Zwitserse recht erkend voor de wederpartij van de partij die

77 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 381 (m.b.t. zuiver potestatieve voorwaarden); Berger 2012, p. 265; Guhl/Koller 2000, p. 60.

78 We zien hier derhalve een vb. van de situatie waarin het verlopen van een termijn leidt tot het *on*voorwaardelijk worden van een aanvankelijk *opschortend* voorwaardelijke rechtsverhouding. Dit wordt ook als zodanig in de literatuur onderschreven: Asser/Hijma 7-I* 2013, p. 122.

79 §§ 454, 455 BGB alsmede artt. 224, 225 OR. De Duitse systematiek is echter in die zin enigszins afwijkend, dat de verkoper steeds de mogelijkheid heeft eenzijdig een eindtermijn te stellen.

80 BGH 26 november 1984, NJW 1985, 1556.

doorslaggevende invloed heeft.⁸¹ Enigszins onduidelijk blijft echter of deze (gedeeltelijke) erkenning uitsluitend betrekking heeft op *zuiver* potestatieve voorwaarden, dan wel óók of zelfs uitsluitend op *geobjectiveerd* potestatieve voorwaarden.⁸²

Buiten het verband van potestatieve voorwaarden vinden we in de literatuur echter nauwelijks aanwijzingen voor aanvaarding van de mogelijkheid van een eenzijdige termijnstelling en soms ook expliciete afwijzing van die mogelijkheid.⁸³ Echter, voor de specifieke situatie van het verlenen van goedkeuring, machtiging, vergunning of enige andere vorm van toestemming door een derde biedt art. 3:57 BW voor het geldend recht wel degelijk de mogelijkheid van een termijnstelling. Althans voor zover partijen die mogelijkheid niet hebben uitgesloten.⁸⁴ Er bestaat geen twijfel over dat deze wetsbepaling zich tevens richt op voorwaarden met een dergelijke inhoud, ook al noemen het wetsartikel en de PG dat niet uitdrukkelijk.⁸⁵ Overeenkomstig de situatie bij

81 OBW: Diephuis 1885, p. 136, 137 (afwijzend, met vermelding van m.n. Franse literatuur. Diephuis geeft echter aan dat deze kwestie omstreden was).

Duits recht: Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 614; MüKo/Westermann 2012, p. 1708; Staudinger/Bork 2010, p. 333; BGH 26 november 1984, NJW 1985, 1556.

Zwitsers recht: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 381; Peter 1994, p. 251.

82 Zie voor deze begrippen § 7.1.2.3.

I.e.g. ook m.b.t. geobjectiveerd potestatieve voorwaarden voor het Duitse recht: Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 614; MüKo/Westermann 2012, p. 1708 (Westermann hanteert het begrip *Potestativbedingung* uitsluitend voor de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde, zie p. 1696, 1697. Onduidelijk blijft of Westermann daarmee impliciet bedoelt dat een termijnstelling bij zuiver potestatieve voorwaarden niet mogelijk zou zijn); Staudinger/Bork 2010, p. 333 (Bork hanteert het begrip *Potestativbedingung* voor beide vormen van potestatieve voorwaarden).

Voor het Zwitsers recht uitsluitend m.b.t. zuiver potestatieve voorwaarden: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 381. Vermoedelijk m.b.t. geobjectiveerd potestatieve voorwaarden: Peter 1994, p. 251 (Peter hanteert het begrip *Potestativbedingung* vermoedelijk uitsluitend voor de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde, zie p. 211, nt. 61).

83 Hartkamp en Sieburgh noemen de mogelijkheid van termijnstelling i.i.g. niet (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 140 en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 128). Diephuis wees (ook) die mogelijkheid uitdrukkelijk af (Diephuis 1885, p. 136).

84 Blijkens de PG is de wetsbepaling niet van dwingend recht (PG Boek 3, MvA II, p. 247). In het VV wordt het vb. genoemd van een koopcontract waarbij t.a.v. een te verkrijgen goedkeuring een termijnstelling is opgenomen ((PG Boek 3, VV II, p. 246).

85 Zie de in de PG gehanteerde voorbeelden, die in de rechtspraak veelal worden vormgegeven als voorwaarden. Zie m.n. ook het door Meijers verwoorde doel van de wetsbepaling: een onmiddellijk belanghebbende niet te lang in onzekerheid laten verkeren (PG Boek 3, TM, p. 245). Onzekerheid vormt het kenmerkende element van voorwaarden, zie § 2.4.3. Expliciet ook v.w.b. toepassing op voorwaarden: Van Dam in: Hijma e.a. 2013, p. 220. Ook Hartkamp en Sieburgh stellen zich waarschijnlijk op het standpunt dat art. 3:57 BW toepassing kan vinden op voorwaarden met de voormelde inhoud (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 326 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 270, 271)). Gezien het feit dat het artikel zich blijkens de redactie tevens richt op toestemming etc. van andere partijen dan overheidsorganen, vallen ook zeker niet uitsluitend wettelijke voorwaarden onder het bereik.

de vorenomschreven wettelijke eindtermijnen is in dit verband met name de vraag, waarom de wetgever de mogelijkheid van een dergelijke termijnstelling uitsluitend geregeld heeft in het kader van het specifieke verband van goedkeuring en dergelijke. De in de TM genoemde reden voor deze bepaling – een belanghebbende niet te lang in onzekerheid laten verkeren – kan immers zeer wel ook buiten dit specifieke verband gelden. Ik bespreek dit verder bij de ‘nadere uitwerking’.

Samengevat zien we derhalve het volgende. Van enige duidelijke systematiek inzake eindtermijnen bij voorwaardelijkheid is in geen van de bestudeerde stelsels sprake, onverminderd het feit dat alsmaar voortdurende voorwaardelijkheid veelal als negatief wordt beschouwd. De al dan niet uit hoofde van extensieve uitleg vastgestelde wilsovereenstemming biedt in elk geval de duidelijkste grondslag voor een eindtermijn aan voorwaardelijkheid. Aanvulling van de op dit punt niet geregelde rechtsverhouding lijkt op zich eveneens een mogelijkheid, maar wordt buiten de Zwitserse literatuur niet besproken. Buiten de zeer beperkte strekking van art. 7:45 BW kent het Nederlandse vermogensrecht ook geen wettelijke eindtermijnen ter zake voorwaardelijkheid. Of een latere eenzijdige termijnstelling mogelijk is buiten het bereik van art. 3:57 BW, is eveneens de vraag.

Nadere uitwerking

Onderstaand bespreek ik de vraag óf en in hoeverre we de mogelijkheid van eindtermijnen ter zake voorwaardelijkheid buiten wilsovereenstemming moeten aanvaarden.

Hiervoor kwam ter sprake dat de gevolgen van een periode van langdurige onzekerheid voor een partij mogelijk negatief zijn. Dit kan zowel voortvloeien uit de onverwacht lange duur als zodanig – partijen kunnen vooralsnog ‘niet verder’ – maar ook kunnen de materiële gevolgen van de voorwaardelijke rechtsverhouding (te) belastend worden, bijvoorbeeld in financiële zin. Tot slot kunnen ook in algemener verband negatieve gevolgen bestaan, zoals ingeval van een beschikken onder voorwaarde, waarbij ten gevolge van de goederenrechtelijke gevolgen van de voorwaardelijkheid een goed langdurig aan het handelsverkeer wordt onttrokken.

Zoals we zagen heeft (ook) de Nederlandse wetgever onderkend dat aan een langdurige periode van onzekerheid negatieve gevolgen verbonden kunnen zijn. Daarin is de reden gelegen dat art. 4:140 BW voor de periode van onzekerheid dwingend een maximale termijn voorschrijft van dertig jaar en art. 3:57

Met de in art. 3:57 BW bedoelde *onmiddelijk belanghebbende* is overigens tevens bedoeld een partij bij de overeenkomst (PG Boek 3, TM, VV II en MvA II, p. 246, 247. Ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 326 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 270, 271); Van Dam in: Hijma e.a. 2013, p. 220.

BW bij wijze van aanvullend recht de mogelijkheid biedt van een termijnstelling aangaande de duur van de periode van onzekerheid. In het verband van deze beide wetsbepalingen springen twee zaken in het oog. Op de eerste plaats komt de achterliggende reden voor deze wetsartikelen – de negatieve gevolgen van langdurige onzekerheid – in de PG nauwelijks ter sprake. In feite is de gehele redengeving in de PG beperkt tot slechts twee zinnen.⁸⁶ Daar lijkt een zekere vanzelfsprekendheid bij de wetgever ten aanzien van deze gehanteerde reden uit te kunnen worden afgeleid. Een reden die bovendien voor de figuur van voorwaardelijkheid een algemene strekking heeft of tenminste lijkt te hebben.⁸⁷ Voor zover juist valt dit echter slecht te plaatsen bij het tweede aandachtspunt bij de artt. 4:140 en 3:57 BW: het beperkte toepassingsgebied van deze bepalingen. Of anders gezegd, de door de wetgever gehanteerde redenen voor de beide wetsbepalingen hebben ten aanzien van voorwaardelijkheid een algemene strekking, terwijl de artt. 4:140 en 3:57 BW slechts een bescheiden bereik kennen.⁸⁸ Andere wetsbepalingen met een dergelijke strekking ontbreken. In plaats van een meer algemene regeling ter zake beëindiging van (negatieve gevolgen van) langdurige voorwaardelijkheid buiten eindtermijnen op basis van wilsovereenstemming, heeft de wetgever zich derhalve beperkt tot enkele 'ad hoc' regelingen.

Enige verklaring voor deze weinig systematische aanpak door de wetgever heb ik niet gevonden. Het heeft er dan ook op z'n minst de schijn van dat de wetgever – overeenkomstig de literatuur in alle bestudeerde stelsels – gewoon weinig aandacht had voor de thans besproken kwestie van langdurige onzekerheid in het algemene verband van voorwaardelijkheid. Ik zou dan

86 M.b.t. art. 4:140 BW stelt de TM: 'Onvervulde voorwaarden mogen de rechtstoestand van een goed niet te lang in het onzekere houden' (PG Boek 4, TM, p. 821). M.b.t. art. 3:57 BW stelt de TM dat een onmiddellijk belanghebbende 'niet te lang in het onzekere [mag] worden gehouden over zijn rechtspositie' (PG Boek 3, TM, p. 245). Deze beperkte aandacht is m.n. bij art. 4:140 BW opvallend, waarbij in de PG talrijke deelonderwerpen ter sprake komen en de PG dan ook een behoorlijke omvang heeft, maar de eigenlijke reden voor de wetsbepaling slechts minimale aandacht krijgt.

87 M.b.t. art. 4:140 BW lijkt ook Struycken te neigen naar een dergelijke algemene strekking (Struycken 2007, p. 646, 647). Verwijzend naar Zwolve ziet Struycken echter ook ruimte voor een beperktere, uitsluitend erfrechtelijke strekking. Art. 4:140 BW zou nl. ook de strekking kunnen hebben goederen buiten de greep van de 'dode hand' te houden. Dat laatste argument gaat echter zeker niet op voor de strekking van art. 3:57 BW, waar de negatieve gevolgen van voorwaardelijkheid immers niet op goederen worden geprojecteerd, maar (mede) op partijen bij de rechtsverhouding. Bovendien wordt in de PG verwezen naar HR 30 april 1948, NJ 1949, 253, waar de Hoge Raad – buiten het verband van voorwaardelijkheid – stelt dat bescherming van een partij 'die niet meer eenzijdig kan terugtreden, gezocht moet worden in de erkenning van een recht om aan de onzekerheid, waarin hij verkeert, met inachtneming van een redelijke termijn een eind te maken' (PG Boek 3, VV II, p. 246). Ook deze overweging van de Hoge Raad als geciteerd in de PG lijkt toch van een algemene strekking te zijn.

88 Art. 4:140 BW is immers beperkt tot het erfrecht, terwijl art. 3:57 BW slechts ziet op een handjevol mogelijke voorwaarden.

ook menen dat uit het ontbreken van een meer algemene wettelijke regeling geen consequenties moeten worden afgeleid. Daarmee resteert derhalve de vraag welke mogelijkheden voor eindtermijnen bestaan buiten een grondslag in wilsovereenstemming.

Voor een in goederenrechtelijk opzicht dwingende bepaling als art. 4:140 BW bestaat voor het algemene vermogensrecht in elk geval geen onderbouwing. Een dergelijke goederenrechtelijke beperking eist een duidelijke wettelijke grondslag en die ontbreekt voor het algemene vermogensrecht. Dat neemt niet weg dat de bepaling wel in andere zin een algemene betekenis kan worden toegekend: ook bij (uitsluitend) goederenrechtelijke verhoudingen kan ingeval van een langdurige periode van onzekerheid een 'ingrijpen' gerechtvaardigd zijn.

De systematiek van art. 3:57 BW leent zich in mijn optiek daarentegen uitstekend voor algemene toepassing, derhalve ook buiten het specifieke verband van goedkeuring door een derde en dergelijke. Deze wetsbepaling doet ook geen geweld aan de aanvankelijke wilsovereenstemming; partijen konden immers ook zelf een eindtermijn overeenkomen of een dergelijke eindtermijn expliciet uitsluiten. Bovendien eist art. 3:57 BW een *redelijke* termijn, hetgeen alle ruimte biedt om rekening te houden met alle omstandigheden, met name de omvang van de negatieve gevolgen die uit de onzekerheid voortvloeien. Toepassing van de strekking van deze bepaling via de weg van de aanvullende redelijkheid en billijkheid is dan ook voor het geldend recht alleszins verdedigbaar.

8.2.3 Afstand van een voorwaarde

Inleiding

De tweede bijzondere wijze waarop voorwaardelijkheid kan eindigen, is door middel van eenzijdige 'afstand' van de voorwaarde door een van partijen. Althans binnen een aantal grenzen, die tussen de onderzochte stelsels onderling verschillen. Bij deze figuur van afstand wil ik vooropstellen, dat deze in het verband van voorwaarden in meerdere opzichten op enigszins oneigenlijke wijze wordt gehanteerd. Op de eerste plaats is afstand sinds de invoering van het NBW een tweezijdige rechtshandeling, hetgeen uiteraard niet strookt met de thans te bespreken éézijdige beëindigingsmogelijkheid van een voorwaarde.⁸⁹ Daarnaast heeft afstand in de gangbare toepassing betrekking op obligatoire of goederenrechtelijke rechten. Daarvan is bij een voorwaarde geen

⁸⁹ Zie in dat verband bijv. art. 3:224 BW, op grond waarvan een hoofdgerechtigde (bloot eigenaar) verplicht is medewerking te verlenen aan een afstand van een recht van vruchtgebruik door de vruchtgebruiker. Zie verder art. 3:98 en 6:160 lid 1 BW. Onder het OBW (en bijv. nog steeds het Belgische recht) vormde de figuur van afstand een eenzijdige rechtshandeling.

sprake, zeker niet indien we de inhoud van een voorwaarde – terecht – abstraheren van de figuur van de voorwaarde.⁹⁰ Bovendien worden voorwaarden zowel onder het NBW als het OBW (waarschijnlijk) beschouwd als onzelfstandige bestanddelen van de rechtsverhouding,⁹¹ waar een figuur als afstand moeilijk toepassing op kan vinden. De bedoelde afstand is om al deze redenen derhalve meer een vorm van eenzijdige wijziging van de rechtsverhouding.⁹² Hoe we echter een dergelijke wijziging terminologisch zouden moeten duiden, is mij ook niet duidelijk. Ik houd het derhalve toch bij de term *afstand*.

Geldend recht, OBW

Zowel onder het OBW als het thans geldend recht heeft de Hoge Raad bepaald dat ook in het geval een voorwaarde uitsluitend strekt tot belang van een bepaalde partij en derhalve niet beide partijen, de betreffende partij de rechtsverhouding desondanks niet zonder meer door 'afstand van de voorwaarde' onvoorwaardelijk kan maken.⁹³ De literatuur gaat eveneens uit van deze benadering.⁹⁴ Waar een dergelijke mogelijkheid van afstand ontbreekt ingeval van een voorwaarde ten behoeve van één van partijen, behoeft het geen betoog dat die mogelijkheid eveneens ontbreekt waar de voorwaarde is opgenomen ten behoeve van de belangen van beide partijen.

90 Vermoedelijk moeten we dan ook daarin de reden zien dat het Hof Amsterdam bij de 'afstand' van een eigendomsvoorbehoud – i.c. overigens vormgegeven als tweezijdige rechtshandeling – aansluiting zoekt bij de afstand van beperkte rechten (Hof Amsterdam 2 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:979).

91 Zie § 2.3.4.

92 In gelijke zin A-G Van Oosten in zijn conclusie bij HR 10 maart 1967, NJ 1967, 194. Zie ook Hartkamp en Sieburgh die spreken van een 'omzetting' (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 130 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 119). Aaftink lijkt eveneens te betogen dat geen sprake is van een werkelijke afstand (Aaftink 1974, p. 59).

Zie in deze zin tevens het onderstaand besproken Duitse recht alsmede voor het Belgisch recht: De Coninck 2007, p. 324 (alsmede Pohlmann, genoemd door De Coninck 2007, p. 323).

93 HR 12 november 2004, NJ 2005, 500; HR 10 maart 1967, NJ 1967, 194.

Zie ook in bevestigende zin: A-G Spier in zijn conclusie bij HR 20 maart 2009, RvdW 2009, 449; HR 24 oktober 2008, NJ 2008, 558; Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2007, LJN: BA6253 (waarin overigens werd vastgesteld dat de wederpartij ook een eigen (maar andersluidend) belang had bij het voortduren van de voorwaardelijkheid, zodat de situatie niet helemaal vergelijkbaar is).

Niettemin is in de jurisprudentie ook wel anders geoordeeld, zie: Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2007, LJN: BA3254 (in welk arrest verwezen wordt naar een eerder arrest van hetzelfde hof van 9 november 2004, welk laatste vonnis door mij echter niet is gevonden. Het eenzijdige belang van een van partijen was hier wel afdoende voor een eenzijdige afstand); Rb. Assen 17 september 1963, NJ 1964, 76 (de rechtbank achtte een door de koper verkrijgen van een woonvergunning zonder verder belang voor de verkoper en ging ervan uit dat de verkoper zich derhalve niet kon beroepen op het niet vervuld zijn van de opschortende voorwaarde).

94 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 130 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 119); Den Tonkelaar 1994, p. 16 (en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 17); Hofmann/Van Opstall 1976, p. 362; Van Dijk 1940, p. 64, 65.

Tegelijkertijd lijkt het geen twijfel dat uit de wilsovereenstemming tussen partijen anders zou kunnen volgen. Partijen kunnen derhalve overeenkomen dat een van beide partijen gerechtigd is éénzijdig de voorwaardelijke rechtsverhouding om te zetten in een onvoorwaardelijke.⁹⁵ Dit laatste kan eventueel ook voortvloeien uit het feit dat partijen overeen zijn gekomen dat een van partijen – bij wijze van consitutief vereiste voor het intreden van een voorwaarde – *beroep* zal moeten doen op het plaatsvinden van de aanvankelijk onzekere gebeurtenis.⁹⁶ Voor zover bedoeld is dat de betreffende partij gehele wilsvrijheid heeft ten aanzien van de uitoefening van dit beroep (waarmee dit beroep derhalve kwalificeert als *zuiver potestatief*), valt niet in te zien waarom die partij niet reeds in een eerder stadium kan aangeven een dergelijk beroep definitief *niet* te zullen doen. Een ontbindende voorwaarde vervalt daarmee, hetgeen derhalve in zijn gevolgen geheel overeenstemt met de thans besproken 'afstand'. Ingeval van een *opschortende* voorwaarde eindigt de rechtsverhouding alsdan geheel (de opschortende voorwaarde zal alsdan immers niet meer intreden), voor zover we een dergelijk beroep überhaupt al zouden willen kwalificeren als een daadwerkelijke voorwaarde.⁹⁷

Afstand van een voorwaarde kan zowel uitdrukkelijk als impliciet worden gedaan. Met betrekking tot de aanvaarding van een impliciete afstand bestaat in de rechtspraak echter aanzienlijke terughoudendheid.⁹⁸ De vraag per welk

95 HR 12 november 2004, NJ 2005, 500; HR 10 maart 1967, NJ 1967, 194. Zie ook de conclusie van A-G Spier bij HR 20 maart 2009, RvdW 2009, 449. Ook: Van Dijk 1940, p. 64.

96 Zie verder § 8.1.3.

97 Zie § 7.3.4.2 en 8.1.3.

98 Zie o.a.: Hof 's-Hertogenbosch 20 mei 2008, LJN: BF0367 (gezien de omstandigheden uitsluitend de mogelijkheid van een uitdrukkelijke afstand, waarvan in casu geen sprake is); Hof Leeuwarden 23 maart 2005, NJF 2005, 219 (het mag niet snel worden aangenomen dat een koper afstand doet van een beroep op een financieringsclausule terwijl de financiering van een woning nog niet rond is); Rb. Arnhem 15 december 2005, LJN: AS4056 (aan het stilzwijgend wekken van gerechtvaardigd vertrouwen bij de wederpartij dat geen beroep op de voorwaarde zal worden gedaan komt uitsluitend betekenis toe, indien een later handelen van de partij die afstand zou hebben gedaan moet worden aangemerkt als misbruik van recht. Deze laatste tournure kan ik niet volgen – ik zou menen dat het gewoon de vraag is of al dan niet afstand is gedaan en dat het leerstuk van misbruik van recht hier geheel buiten staat – maar duidelijk lijkt wel dat de rechtbank strenge eisen stelt aan de gerechtvaardigdheid van dat vertrouwen).

Zie ook de conclusie van A-G Spier bij HR 20 maart 2009, RvdW 2009, 449. De A-G spreekt in dat verband van een 'vergaande conclusie', in welke woorden vanzelfsprekend een grote terughoudendheid is gelegen. Zie tevens Brunner die t.a.v. de figuur van stilzwijgende afstand in zijn algemeenheid aanzienlijke terughoudendheid in de rechtspraak constateert (Brunner 1992).

In het voormelde arrest van 10 maart 1967 overweegt de Hoge Raad overigens wel, dat het feit dat een voorwaarde uitsluitend in het belang van één partij is opgenomen een argument kan opleveren voor een uitleg (!) van de overeenkomst, dat die partij (op grond van de daaraan ten grondslag liggende wilsovereenstemming) gerechtigd is tot een dergelijke afstand.

moment eventueel (nog) afstand kan worden gedaan, komt nergens ter sprake.⁹⁹ Met name voor de situatie waarin een ontbindende voorwaarde reeds is ingetreden of een opschortende reeds is vervallen, komt die vraag wel betekenis toe. Ik zou echter menen dat afstand van de voorwaarde alsdan niet meer mogelijk is, omdat de aanvankelijk voorwaardelijke rechtsverhouding ten tijde van de beoogde afstand reeds is beëindigd. De afstand zou derhalve materieel betekenen dat een beëindigde rechtsverhouding opnieuw tot stand komt. Dat laatste is op grond van de partijwil op zich mogelijk, maar betreft alsdan een geheel andere figuur dan de afstand in de thans besproken zin.

Duits en Zwitsers recht

Anders dan voor het Nederlandse recht is het naar Duits en Zwitsers recht wel degelijk van belang, of een voorwaarde overeengekomen is in het belang van de partij die eenzijdig afstand wenst te doen.¹⁰⁰ Voor het Duitse recht geldt in dat geval dat bij een voorwaardelijke *goederenrechtelijke* verhouding, de desbetreffende partij afstand van de voorwaarde kan doen.¹⁰¹ Een voorbeeld daarvan in literatuur en rechtspraak is afstand van de opschortende voorwaarde bij een eigendomsvoorbehoud door een verkoper.¹⁰² Deze benadering is in de literatuur niet zonder kritiek gebleven, met name op basis van het argument dat de wederpartij zich de eigendom van een zaak niet behoeft te laten opdringen, ook in verband met het eventuele eerdere moment waarop hij die eigendom ten gevolge van de afstand zou verkrijgen.¹⁰³ Bij obligatoire verhoudingen is de eenzijdige afstand van een voorwaarde voor het Duitse recht daarentegen in het geheel niet mogelijk.¹⁰⁴ Dit laatste wordt beschouwd als een wijziging van de obligatoire verhouding, hetgeen uitsluitend kan plaatsvinden uit hoofde van wilsovereenstemming. Voor het Zwitsers

99 Wel is deze stelling in rechte betoogd, maar zonder dat deze verder ter sprake kwam: HR 10 maart 1967, NJ 1967, 194. A-G Van Oosten constateert dat de betreffende opschortende voorwaarde door tijdsverloop is vervallen en daarmee ook de koopovereenkomst is beëindigd. Over de (on)mogelijkheid van een afstand na beëindiging van de overeenkomst laat ook hij zich echter niet specifiek uit.

100 In deze zin ook het Franse recht (aldus: De Coninck 2007, p. 311).

101 Erman/Armbrüster 2014, p. 463 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 476); Bork 2011, p. 500; Staudinger/Bork 2010, p. 337; HKK/Finkenauer 2003, p. 907; Wolf 1999, p. 515; Johannsen e.a. 1982, § 158, nr. 8. Zie ook: BGH 23 november 1988, NJW-RR 1989, 291; BGH 25 maart 1998, NJW 1998, 2360. Zie voor een overzicht van jurisprudentie en literatuur: HKK/Finkenauer 2003, p. 907 e.v.

102 MüKo/Westermann 2012, p. 1708; HKK/Finkenauer 2003, p. 907; Wolf 1999, p. 515; Johannsen e.a. 1982, § 158, nr. 8.

103 HKK/Finkenauer 2003, p. 908. Voor het OBW in deze zin: Van Dijk 1940, p. 64, 65.

104 Palandt/Ellenberger 2014, p. 180; PWW/Brinkmann 2014, p. 220, 221; HKK/Finkenauer 2003, p. 907 e.v.; Wolf 1999, p. 515. In dat verband: BGH 21 september 1994, NJW 1994, 3227. Overigens wordt in de literatuur incidenteel wel gesteld dat het vasthouden aan de voorwaarde door de wederpartij alsdan als misbruik van recht kan kwalificeren (Johannsen e.a. 1982, § 158, nr. 8). De Coninck noemt overigens dit onderscheid tussen goederenrechtelijke en obligatoire verhoudingen onterecht niet (De Coninck 2007, p. 309 e.v.).

recht is het vorenomschreven onderscheid tussen goederenrechtelijke en obligatoire rechtsverhoudingen zonder betekenis.¹⁰⁵ Een partij in wiens uitsluitend belang de voorwaarde was overeengekomen, kan de rechtsverhouding steeds eenzijdig onvoorwaardelijk maken.¹⁰⁶

Nadere uitwerking

In de hoofdstuk 11 ga ik in op mogelijke verklaringen voor de goederenrechtelijke werking van voorwaarden respectievelijk de daarmee samenhangende vraag of de verwachter reeds voor het intreden van de voorwaarde geacht moet worden goederenrechtelijk gerechtigd te zijn ten aanzien van het goed waarover onder voorwaarde is beschikt. Op deze plaats wil ik echter reeds vaststellen dat beide kwesties voor het Nederlands geldend recht uiterst omstreden zijn. Dat heeft ook gevolgen voor de thans te bespreken vraag, namelijk in hoeverre afstand van een voorwaarde bij goederenrechtelijke rechtsverhoudingen aanleiding geeft tot verdere vraagstukken.

Voor zover we ervan uitgaan dat de verwachter vooralsnog geen (voorwaardelijke) goederenrechtelijke gerechtigdheid toekomt, is er geen reden de thans besproken figuur van afstand van een voorwaarde in een goederenrechtelijk verband te plaatsen. De gevolgen van een dergelijke afstand kunnen in dat geval weliswaar van goederenrechtelijke aard zijn – een goed gaat bijvoorbeeld over in het vermogen van de verwachter doordat afstand wordt gedaan van een opschortende voorwaarde – maar dat is alsdan ‘slechts’ een uitvloeisel van een handelen op obligatoir terrein.

Het is daarentegen de vraag hoe we een dergelijke afstand moeten zien, indien we de verwachter wél een directe goederenrechtelijke gerechtigdheid toedichten. Voor zover deze benaderingswijze in de literatuur wordt onderschreven, staat de achterliggende systematiek overigens eveneens ter discussie. Is bijvoorbeeld sprake van bezwaring van het goed of een verdeling of splitsing daarvan? Wat verder ook van die systematiek moge zijn, in ieder geval moeten we ervan uitgaan dat door middel van de figuur van de voorwaarde de onzekerheid die naar zijn aard in die voorwaarde is gelegen, op een of andere wijze verdisconteerd is in de goederenrechtelijke gerechtigdheid tot het goed. Bij de benadering dat (ook) de verwachter direct een eigen goederenrechtelijke gerechtigdheid heeft, is het immers het toekomstige wegvallen van die onzekerheid (het intreden of vervallen van de voorwaarde) in relatie tot die gerechtigdheid wat de verdere goederenrechtelijke gevolgen in het leven roept. Bij de afstand van een voorwaarde zou dat betekenen, overigens ook voor zover die afstand op wilsovereenstemming zou berusten, dat deze door middel van de rechtshandeling als gelegen in deze afstand een wijziging aanbrengt in de gerechtigdheid tot het goed zélf. De onzekerheid die op een of andere wijze

105 Althans, dit verschil wordt door de enkele Zwitserse auteur die zich uitlaat over de thans besproken ‘afstand’ niet genoemd.

106 BSK OR I-Ehrt 2011, p. 852 (enigszins voorzichtig); Guhl/Koller 2000, p. 58.

door middel van de voorwaarde onderdeel vormde van de goederenrechtelijke gerechtigdheid, is op grond van de afstand immers verdwenen. Met andere woorden, de afstand brengt wijziging in hetgeen in goederenrechtelijke zin wordt gehouden.

Indien we de vergelijking zouden maken met een andersoortige afstand van een goederenrechtelijke gerechtigdheid, namelijk de afstand van een beperkt recht, dan zien we dat voor een dergelijke afstand voldaan moet worden aan de vereisten voor overdracht van een goed.¹⁰⁷ Aan een dergelijke afstand zijn ook andere gevolgen verbonden, bijvoorbeeld de in art. 3:81 lid 3 BW bedoelde relatieve werking, maar ook fiscale gevolgen.¹⁰⁸ Een afstand die rechtstreeks betrekking heeft op een goederenrechtelijke gerechtigdheid is derhalve voor wat betreft de totstandkoming daarvan en in zijn verdere materiële gevolgen anders dan het laten vervallen van de voorwaardelijkheid in obligatoire verhoudingen.

Als we die systematiek zouden volgen voor de opvatting dat een partij een goederenrechtelijke gerechtigdheid behoudt (ontbindende voorwaarde) of verkrijgt (opschortende voorwaarde), dan zou voor een dergelijk 'afstand van de voorwaarde' derhalve door middel van een vorm van (retro-)overdracht moeten plaatsvinden. In dat geval wordt immers, althans zo kan men met goed recht verdedigen, niet zozeer afstand gedaan van een obligatoire gerechtigdheid of juridisch niet nader te duiden verwachtingsrecht, maar van een goederenrechtelijk recht. Voor zover de (mogelijkheid tot) afstand is vormgegeven als een zuiver potestatief recht van de betreffende partij, komt daar in het thans besproken verband bij dat ik grote vraagtekens plaats bij goederenrechtelijke werking uit hoofde van een wilsrecht.¹⁰⁹ Mijn conclusie is dan ook dat – indien we ervan uitgaan dat de goederenrechtelijke werking van voorwaarden wordt verklaard uit een (directe) goederenrechtelijke gerechtigdheid bij de verwachter – een afstand van een voorwaarde in goederenrechtelijke verhoudingen moet worden beschouwd en behandeld als een afstand in de zin van het BW.¹¹⁰

107 Art. 3:98 BW. Zie ook: PG Boek 3, TM, p. 404; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 394. Derhalve dient voor een dergelijke afstand sprake te zijn van een titel, beschikkingsbevoegdheid en levering.

108 Van Straaten 2006, p. 42, 43.

109 Zie in dat verband § 7.3.4.4 ter zake goederenrechtelijke werking bij zuiver potestatieve voorwaarden.

110 Uitsluitend bij Mezas komt deze kwestie eveneens aan de orde. Mezas lijkt echter tot een diametraal andere conclusie te komen m.b.t. afstand van de voorwaarde bij een eigendomsvoorbehoud. Z.i. is een voorwaardelijke overdracht een feit, waardoor het onlogisch zou zijn voor de afstand van het (ontbindend) voorwaardelijke eigendomsrecht van de verkoper respectievelijk bezwaarde alsnog een geldige overdracht te eisen in het kader van de afstand (Mezas 1985, p. 28, 29). Mezas plaatst de afstand derhalve niet in het thans door mij besproken verband van de voorwaardelijke gerechtigdheid. Daarmee hanteert Mezas derhalve een ander goederenrechtelijk uitgangspunt dan waar ik thans van uitga en is daarmee ook niet gezegd dat Mezas inderdaad anders verdedigt.

9 | De systematiek van de beëindiging van voorwaardelijkheid

9.1 DE EENVOUDIGE VARIANT: DE RECHTSVERHOUDING BESTAAT ONVOORWAARDELIJK VOORT

9.1.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk kwam ter sprake wanneer de voorwaardelijkheid van een rechtsverhouding eindigt. In aansluiting daarop bestudeer ik nu de systematiek van een dergelijke beëindiging alsmede de gevolgen daarvan. Logischerwijs kent een dergelijke beëindiging van voorwaardelijkheid twee varianten. In § 9.2 bespreek ik de variant waarin de aanvankelijk voorwaardelijke rechtsverhouding door het intreden van een ontbindende respectievelijk het vervallen van een opschortende voorwaarde wordt beëindigd. De voorwaardelijkheid van de rechtsverhouding eindigt derhalve niet alleen als zodanig, maar de gehele rechtsverhouding eindigt. Met name in verband met het daarbij mogelijk ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen tussen partijen, is dat de relatief complexe variant van beëindiging van voorwaardelijkheid. In de verschillende stelsels bestaat daarvoor dan ook de nodige aandacht, zij het in mindere mate dan we wellicht zouden mogen verwachten gezien de bedoelde complexiteit.

Voor de in deze paragraaf besproken andere variant van beëindiging van de voorwaardelijkheid, bestaande uit het onvoorwaardelijk voortbestaan van de rechtsverhouding, ontbreekt daarentegen vrijwel iedere aandacht. Dat is ook begrijpelijk. Beëindiging van de voorwaardelijkheid door verval van een *ontbindende* voorwaarde heeft nauwelijks materiële gevolgen en voor zover die er wél zijn, liggen deze sterk voor de hand. Het intreden van een *opschortende* voorwaarde heeft daarentegen aanzienlijke materiële gevolgen, maar ook die liggen in de lijn der verwachting. De reden voor dit alles is duidelijk: het onvoorwaardelijk voortbestaan van de rechtsverhouding roept vanuit de figuur van voorwaarden nauwelijks vragen op. Dit vertaalt zich dan ook in de voormelde bescheiden aandacht voor dit onderwerp in de literatuur alsmede de eveneens beperkte aandacht die ik zelf aan dit onderwerp besteed.

9.1.2 De systematiek en de gevolgen van het onvoorwaardelijk worden in de verschillende stelsels

Geldend recht

De gevolgen van het onvoorwaardelijk worden en daarmee voortbestaan van de rechtsverhouding zijn voor het Nederlandse geldend recht uiterst inzichtelijk. Voor wat betreft de ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding is dat vanuit materieel opzicht een consequentie van het feit, dat deze rechtsverhouding gedurende de periode van onzekerheid reeds vrijwel alle gevolgen kent als van een onvoorwaardelijke.¹ Systematisch bezien vloeit dat voort uit het gegeven dat de rechtsverhouding in al haar elementen direct bestaat en ook direct 'werking' heeft. Of, in de door mij verdedigde opvatting, partijen *willen* dat de rechtsverhouding direct effect heeft.² Het verval van de ontbindende voorwaarde brengt daarin geen enkele wijziging, hetgeen resulteert in een eenvoudige systematiek bij het onvoorwaardelijk worden van de rechtsverhouding.

Ook in materieel opzicht wijzigt door dit verval vrijwel niets: de materiële aspecten van de rechtsverhouding hadden reeds effect en daaraan verandert uiteraard niets. De enige duidelijke uitzondering daarop wordt gevormd door het feit, dat mét dit onvoorwaardelijk worden de aspecten die voortvloeiden uit de onzekerheid van de voorwaarde komen te vervallen. Het gegeven dat de ontbindende voorwaarde niet langer kan intreden, leidt derhalve tot beëindiging van die materiële aspecten die in het teken stonden van de mogelijkheid dat de voorwaarde in de toekomst eventueel zou intreden. Bijvoorbeeld eindigen aldus verplichtingen van de bezwaarde gericht op het eventueel ongedaan kunnen maken, met name de zorgplicht voor een verkregen zaak. Ook vorderingen die samenhangen met deze aanvankelijke mogelijkheid van het intreden van de ontbindende voorwaarde eindigen, zoals met name de vordering tot ongedaanmaking.³ Tot slot eindigt de positie die de verwachter na een eerdere ontbindend voorwaardelijke beschikking innam.⁴ Deze gevolgen liggen dermate voor de hand, dat het niet verbaast dat we deze slechts zelden expliciet genoemd vinden in het kader van het onvoorwaardelijk worden.

1 Enkele verschillen bestaan uiteraard wel. De bezwaarde moet gedurende de periode van onzekerheid bijv. rekening houden met een eventuele ongedaanmaking indien de ontbindende voorwaarde zou intreden, waar een aantal in hoofdstuk 6 besproken gevolgen voor de bezwaarde uit voortvloeien. Daarnaast is de bezwaarde niet in staat om over een onder ontbindende voorwaarde verkregen goed onvoorwaardelijk te beschikken. Grosso modo mogen we echter wel stellen dat een ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding in haar gevolgen erg veel lijkt op een onvoorwaardelijke.

2 Zie § 3.4.

3 Afhankelijk van de (onduidelijke) kwalificatie van een dergelijke vordering als *bestaand* of *toekomstig* zou het in het laatste geval betekenen dat deze niet zozeer eindigt, maar niet meer tot stand komt. Zie over de kwalificatie van dergelijke vorderingen § 6.2.5.

4 Het verval van deze 'positie' van de verwachter treedt vooral naar voren indien we diens positie als van goederenrechtelijke aard of wellicht zelfs als Anwartschaftsrecht willen zien.

Voor het overige kwalificeert de rechtsverhouding vanaf het moment van vervallen van de ontbindende voorwaarde in ieder opzicht als een 'gewone' onvoorwaardelijke.⁵ Met andere woorden, afgezien van het verval van de aspecten van de rechtsverhouding die gericht waren op een eventuele toekomstige ongedaanmaking, wijzigt het verval van de ontbindende voorwaarde nauwelijks iets. Dat geldt zowel gezien vanuit de systematiek als met betrekking tot de materiële gevolgen. Als gezegd vormt een en ander daarmee voor het geldend recht een inzichtelijk geheel.

Deze inzichtelijkheid geldt grotendeels ook ten aanzien van het intreden van een opschortende voorwaarde. Dit laatste mijns inziens vooral ten gevolge van twee, ten opzichte van het OBW gewijzigde aspecten van de opschortende voorwaardelijke rechtsverhouding. Op de eerste plaats bestaat er voor het geldend recht geen enkele discussie meer dat een opschortend voorwaardelijke verbintenis reeds gedurende de periode van onzekerheid bestaat. Onder het OBW was dit nog een omstreden kwestie. Deze gedeeltelijke afwijzing in de literatuur van het directe bestaan van de verbintenis leidde tot systematische problemen ten aanzien van de vraag in wat voor verhouding partijen gedurende de periode van onzekerheid tot elkaar stonden.⁶ Het intreden van de opschortende voorwaarde zou daarmee ingrijpend van aard zijn. Als gezegd is onder het NBW daarvan in elk geval geen sprake (meer).⁷ Enig systematisch probleem met een gedurende de periode van onzekerheid nog niet bestaan van de rechtsverhouding kent het NBW dan ook niet.

Op de tweede plaats heeft ook het in art. 3:38 lid 2 BW neergelegde ontbreken van de terugwerkende kracht onder het NBW de zaken zowel in systematische zin als voor wat betreft de eventuele materiële gevolgen van het intreden van de opschortende voorwaarde aanzienlijk vereenvoudigd.⁸ Met name de discussies omtrent de vraag of die gevolgen geacht moesten worden met terugwerkende kracht te zijn ingetreden, behoren onder het NBW tot het verleden. Het resultaat van deze beide gewijzigde aspecten van de opschortende voorwaardelijke rechtsverhouding is, dat het onvoorwaardelijk worden van de rechtsverhouding voor het geldend recht in *systematisch* opzicht vrijwel niet tot enigerlei ingrijpende wijziging van die rechtsverhouding leidt. De enige vanuit de systematiek resterende lastige vraag betreft die van de verklaring

5 Een aardig voorbeeld daarvan vinden we bij: Rb. Rotterdam 2 april 2008, LJN: BD2968. Het vervallen van een ontbindende voorwaarde waarvan de gebeurtenis bestond uit het blijken van een gebrek aan een overgedragen zaak betekent volgens de Rechtbank niet, dat daarmee ook de mogelijkheid van eventuele ontbinding van de overeenkomst wegens tekortschieten door de verkoper komt te vervallen.

6 Zie § 3.1.3 en 3.2. Zie ook hierna bij de bespreking van het OBW.

7 Zoals ik in hoofdstuk 3 verdedigde, geldt dit laatste ook voor het begrip van de 'rechtsverhouding in ruime zin', hetgeen de systematiek gedurende de voorafgaande periode van onzekerheid duidelijk eenvoudiger maakt dan onder het OBW of in het Duitse recht.

8 Zie 2.6.2.

van de goederenrechtelijke werking van opschortende voorwaarden. Als zodanig is die goederenrechtelijke werking voor het geldend recht echter onbetwist, zodat in materieel opzicht niettemin duidelijkheid bestaat.⁹

Met uitzondering van de in § 9.2.4.5 besproken gerechtigdheid tot de verschenen vruchten ingeval een zaak vóór het intreden van de voorwaarde is 'afgeleverd' (in de zin van art. 7:9 BW) zijn ook de materiële gevolgen van het onvoorwaardelijk worden van de aanvankelijk opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding alleszins duidelijk. Niettemin zijn deze wel degelijk van ingrijpende aard. Met name het feit dat de 'werking' van de rechtsverhouding met het plaatsvinden van de aanvankelijk onzekere gebeurtenis van rechtswege niet langer is 'opgeschort' – een benadering van de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding waarvan ik in hoofdstuk 3 verdedigde dat deze ons ernstig op het verkeerde been zet – heeft vergaande materiële gevolgen. In de heersende opinies worden bijvoorbeeld (pas) met het intreden van de opschortende voorwaarde vorderingen opeisbaar,¹⁰ wordt een eventuele executoriale titel vatbaar voor tenuitvoerlegging¹¹ en kan derhalve ook executoriaal beslag worden gelegd op de onvoorwaardelijk geworden rechten.¹² De aanvankelijk 'opschortend voorwaardelijke' schuldeiser kan in ieder geval thans het faillissement van zijn debiteur aanvragen¹³ en aanvullende of vervangende schadevergoeding vorderen.¹⁴

Als gezegd vindt ook de rechtsovergang van een goed op de verwachter plaats indien daarover eerder onder die voorwaarde was beschikt; een van de twee voornaamste aspecten van de goederenrechtelijke werking van de voorwaarde derhalve.¹⁵ Als gevolg van die goederenrechtelijke werking eindigen ook eventuele rechten van derden indien de bezwaarde bij wijze van 'tussenbeschikking' nogmaals over hetzelfde goed zou hebben beschikt, toepasselijkheid van derdenbescherming daargelaten.¹⁶ Tot slot leidt het intreden van de opschortende voorwaarde tot een aantal bijzondere consequenties. Zo vervalt de mogelijkheid van de debiteur om uit hoofde van art. 6:25 BW ongedaanmaking te vorderen, indien eerder abusievelijk was gepresteerd.¹⁷ Ook gaat het risico van een overgedragen zaak over op de verkrijger, voor zover dit althans niet reeds was overgegaan.

9 Zie daarover hoofdstuk 11, v.w.b. specifiek de aanvaarding van de goederenrechtelijke werking voor het geldend recht § 11.1.4.

10 Den Tonkelaar 1994, p. 77.

11 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 345; Jongbloed 2011, p. 8.

12 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 132 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 120).

13 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 132 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 120); Hofmann/Van Opstall 1976, p. 389.

14 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 132 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 121).

15 Zie § 11.1.3 en 11.1.4.

16 Zie over die mogelijke derdenbescherming § 11.4.4.

17 Zie § 3.2.3.

Samengevat vormt het onvoorwaardelijk worden van de rechtsverhouding voor het geldend recht een heldere systematiek, waaruit de materiële gevolgen – ondanks dat deze bij het intreden van specifiek de opschortende voorwaarde van ingrijpende aard zijn – zich uitstekend laten verklaren.

Oud BW

In de literatuur onder het OBW werd algemeen gesteld dat de ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding in feite werking had alsof sprake was van een onvoorwaardelijke verbintenis.¹⁸ De aanvankelijk ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding bestond – onverminderd de voorwaarde – direct en het verval van de voorwaarde bracht daarin vanzelfsprekend geen verandering. Ook overigens wijzigde de rechtsverhouding in materieel opzicht niet, wederom met uitzondering van het verval van al hetgeen samenhang met de aanvankelijk bestaande mogelijkheid dat de ontbindende voorwaarde eventueel zou intreden. De rechtsverhouding werd derhalve eveneens onvoorwaardelijk, waarbij alle gevolgen van de aanvankelijk voorwaardelijke rechtsverhouding per het moment van dit verval definitief van kracht bleven.¹⁹ Daarmee was onder het OBW sprake van een in hoge mate vergelijkbare situatie als thans onder het NBW alsmede het Duitse en Zwitserse recht.

Zoals ik hiervoor bij de bespreking van het thans geldend recht reeds stelde, was het intreden van een opschortende voorwaarde onder het OBW duidelijk complexer. In theoretisch opzicht gold dat in elk geval voor de verbintenis; werd deze als reeds bestaande voorwaardelijke verbintenis dankzij het intreden van de voorwaarde onvoorwaardelijk of kwam een vooralsnog niet-bestaande verbintenis alsnog tot stand?²⁰ Uit hoofde van de terugwerkende kracht als verbonden aan de voorwaarde maakte dat achteraf beschouwd, derhalve vanaf het moment van intreden van de voorwaarde, systematisch geen verschil. Met de wijsheid achteraf had de verbintenis immers steeds bestaan voor zover partijen de terugwerkende kracht niet hadden uitgesloten. Tegelijkertijd zou daarmee het intreden van de opschortende voorwaarde als zodanig van ingrijpende systematische aard zijn: niet alleen kwam de verbintenis alsnog tot stand, maar deze had ook stéeds bestaan. De worsteling in de literatuur van het OBW met deze lastig te verklaren benadering wordt in mijn optiek door hedendaagse auteurs die hechten aan de terugwerkende kracht te gemakkelijk terzijde gesteld.

18 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 145; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 365, 387; Hofmann 1937, p. 88; Van Brakel 1935a, p. 15, 27; Asser/Van Goudoever 1913, p. 61; Everts 1883, p. 25.

19 Deze voor de hand liggende constatering vond ik echter uitsluitend genoemd bij Everts (Everts 1883, p. 105).

20 Zie § 3.1.3.1 over deze sterk omstreden benadering van de opschortend voorwaardelijke verbintenis.

De systematiek van de aanvankelijk niet-bestaande verbintenis die met het intreden van de voorwaarde alsnog steeds bleek te hebben bestaan, leidde meteen tot de materiële vraag per welk moment de prestatie uit hoofde van die verbintenis verschuldigd werd. Een bestaande (alsdan onvoorwaardelijke) verbintenis zou als uitgangspunt immers nagekomen moeten worden per het moment van haar ontstaan. Geen enkele auteur onder het OBW verdedigde echter dat de terugwerkende kracht er tevens toe zou leiden, dat ook de opeisbaarheid van de prestatie werd vervroegd tot vóór het moment van intreden van de voorwaarde. Uit hoofde van diezelfde terugwerkende kracht bestond soms echter wel degelijk discussie omtrent de materiële gevolgen daarvan: aan wie kwamen de gedurende de periode van onzekerheid verschenen vruchten toe, op welke partij rustte het risico van een zaak en per welk moment nam verjaring van een vordering aanvang? Al dergelijke kwesties leidden in elk geval tot de vaststelling dat de terugwerkende kracht van (ook) de opschortende voorwaarde niet steeds toepassing diende te vinden, maar welke beperkingen dienaangaande precies bestonden bleef omstreden.²¹ Wat daar van zij, met het intreden van de opschortende voorwaarde ontstond hoe dan ook een onvoorwaardelijke rechtsverhouding met alle daarbij – deels omstreden – behorende gevolgen.²²

Duits en Zwitsers recht

Vanzelfsprekend wordt ook naar Duits en Zwitsers recht een *ontbindend* voorwaardelijke rechtsverhouding bij het definitief niet-intreden van de voorwaarde onvoorwaardelijk.²³ Beide stelsels volgen daarbij een systematiek die overeenstemt met het Nederlands geldend recht en het OBW, waarbij de aanvankelijk reeds bestaande ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding zonder systematische wijziging bij het verval van de voorwaarde voortbestaat. Voor het Zwitsers recht wordt daarbij in de literatuur nog geconstateerd dat met het verval van de ontbindende voorwaarde de rechtsverhouding in zijn algemeenheid beschouwd kan worden als steeds onvoorwaardelijk te zijn geweest.²⁴ Of dit uitsluitend een meer feitelijke vaststelling van de materiële gevolgen betreft dan wel in verband moet worden gebracht met de figuur van de terugwerkende kracht, blijft – gezien de onduidelijke plaats die de figuur van de terugwerkende kracht in het Zwitserse recht inneemt – onzeker.²⁵

21 Zie voor de verschenen vruchten § 9.2.4.5.

22 Ook deze voor de hand liggende vaststelling vinden we echter slechts zelden expliciet genoemd. Zie echter in deze zin: Asser/Van Goudoever 1913, p. 59.

23 Duits recht: Jauernig/Mansel 2014, p. 125; PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Schellhammer 2014, p. 1067; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Wolf/Neuner 2012, p. 648; Wolf 1999, p. 514.

Zwitsers recht: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 382; Berger 2012, p. 267; Koller 2009, p. 1293; Guhl/Koller 2000, p. 62; Merz 1984, p. 164; Oser 1929, p. 694.

24 Honsell 2008, p. 623; Merz 1984, p. 164.

25 Zie § 2.6.2.1, 2.6.2.5 en v.w.b. de goederenrechtelijke werking § 11.2.5.3.

Tot enig materieel verschil lijkt dit in elk geval niet te leiden. Ook overigens heb ik voor beide stelsels bij het vervallen van de ontbindende voorwaarde geen materiële verschillen gevonden ten opzichte van het Nederlandse geldend recht.

Het intreden van een opschortende voorwaarde leidt er naar Duits en Zwitsers recht eveneens toe dat de rechtsgevolgen uit hoofde van de alsdan onvoorwaardelijke overeenkomst intreden.²⁶ De opschortende voorwaarde wordt daarbij gezien als de enige vooralsnog ontbrekende *Wirksamkeitsvoraussetzung* voor die rechtsverhouding. Ogenschoonlijk overeenkomstig het Nederlandse geldend recht hanteert het Duitse recht daarbij een systematiek, waarbij door het intreden van de voorwaarde de rechtsverhouding ‘werking’ verkrijgt. Zoals ik echter in hoofdstuk 3 heb beschreven, is die systematiek in het Duitse recht niettemin een geheel andere dan in het huidige Nederlandse recht. Met uitzondering van de gebondenheid van partijen bestaat gedurende de periode van onzekerheid namelijk geen enkel onderdeel van de rechtsverhouding. Zo ontstaan bijvoorbeeld vorderingsrechten en waarschijnlijk ook verbintenissen pas mét het intreden van de opschortende voorwaarde.²⁷ De *rechtsbetrekking in ruime zin* bevindt zich in het Duitse recht op het niveau van de verbintenissen en het bestaan daarvan is dan ook afhankelijk van het intreden van de opschortende voorwaarde. Daarmee is de verklaring van het directe bestaan van de *Vorwirkung* gedurende de periode van onzekerheid naar Duits recht lastig, zo zagen we reeds.²⁸ Een en ander resulteert erin dat het intreden van de opschortende voorwaarde in systematische zin veel tweegbrengt. Niet alleen ontstaan per dat moment pas de vorderingsrechten tussen partijen, maar ook de rechtsbetrekking als geheel ontstaat – afgezien van de reeds bestaande gebondenheid – door het intreden van de voorwaarde.

Ook naar Zwitsers recht ontstaan vorderingsrechten en verbintenissen – waarschijnlijk – pas met het intreden van de opschortende voorwaarde.²⁹ Anders dan in het Duitse recht wordt de *rechtsbetrekking in ruime zin* in het Zwitsers recht echter geplaatst op het niveau van de wél gedurende de periode van onzekerheid bestaande overeenkomst. Zoals ik eerder constateerde, bestaat deze rechtsbetrekking derhalve reeds gedurende de periode van onzekerheid en ontbreekt daarmee voor het Zwitsers recht ook een systematisch probleem met de *Vorwirkung*.³⁰ Daarmee houdt het Zwitsers recht voor wat betreft de systematiek zo’n beetje het midden tussen het Duitse en het Nederlandse recht:

26 Duits recht: Jauernig/Mansel 2014, p. 125; PWW/Brinkmann 2014, p. 220; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Staudinger/Bork 2010, p. 337; Wolf 1999, p. 514.

Zwitsers recht: Berger 2012, p. 265; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 858; Koller 2009, p. 1289; Bucher 1988, p. 513.

27 Zie § 3.1.3.1.

28 Zie § 3.2.2, m.n. § 3.2.2.4.

29 Zie § 3.1.3.1.

30 Zie § 3.2.2, m.n. § 3.2.2.4.

overeenkomstig het Duitse recht ontstaan de vorderingen tussen partijen pas mét het intreden van de opschortende voorwaarde, terwijl overeenkomstig het Nederlandse recht de rechtsbetrekking in ruime zin reeds gedurende de periode van onzekerheid bestaat.

Ondanks deze afwijkende systematiek ontbreken materiële verschillen ten opzichte van het Nederlandse geldend recht vrijwel geheel. Drie mogelijke uitzonderingen zijn er niettemin. De eerste daarvan vloeit voort uit de kwalificatie naar Duits en Zwitsers recht van de (nog) opschortend voorwaardelijke vordering als toekomstig.³¹ De rechtsgevolgen van die kwalificatie heb ik niet vergeleken met die van de kwalificatie als bestaand naar Nederlands recht.³² Het valt echter niet uit te sluiten dat uit dit verschil in kwalificatie tevens materiële verschillen voortvloeien bij het intreden van de opschortende voorwaarde. Een tweede mogelijke materiële uitzondering is van goederenrechtelijke aard. Een eerder beschikken door de verwachter over zijn Anwartschaftsrecht leidt er naar Duits recht toe dat mét het intreden van de opschortende voorwaarde de verkrijger van dat Anwartschaftsrecht de gerechtigde tot het goed wordt. Naar Zwitsers recht is dit gevolg (respectievelijk het bestaan van een dergelijk Anwartschaftsrecht) omstreden, hetgeen ook voor het Nederlandse recht geldt.³³ Een laatste mogelijke uitzondering ziet op het Zwitsers recht en heeft betrekking op de in § 9.2.4.5 besproken gerechtigdheid tot verschenen vruchten vóór het intreden van een opschortende voorwaarde.

Samengevat verbinden het Duitse en Zwitserse recht dezelfde gevolgen aan het vervallen van een ontbindende voorwaarde als het Nederlandse en zijn de gevolgen van het intreden van een opschortende voorwaarde in materieel opzicht grotendeels of wellicht zelfs geheel gelijk. Dit laatste ondanks de (deels) verschillende systematiek die het Duitse en Zwitserse recht aangaande de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding kennen.

9.2 DE MOEILIJKE VARIANT: DE RECHTSVERHOUDING EINDIGT

9.2.1 Inleiding

Het meest in het oog springende gevolg van de beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding is de eventuele verplichting tot ongedaanmaking. In deze paragraaf ligt dan ook de nadruk op verschillende aspecten van die ongedaanmaking. We beginnen echter met twee andere onderwerpen aangaande de beëindiging, namelijk de systematiek van die beëindiging in de verschillende stelsels alsmede de vrijheid die partijen hebben om de gevolgen van

³¹ Zie § 6.2.5.2.

³² Een dergelijk onderzoek valt buiten het onderzoeksterrein van de voorwaarden.

³³ Zie § 11.3.2 en 11.3.3.

de beëindiging zelf vorm te geven. Beide onderwerpen kwamen verspreid over dit onderzoek en in uiteenlopend verband reeds ter sprake. Niettemin is het zinvol om deze onderwerpen in het specifieke verband van de beëindiging nogmaals kort door te nemen.

In het kader van de ongedaanmaking komen vervolgens in § 9.2.4 een aantal onderwerpen ter sprake. Om te beginnen bestudeer ik het begrip van de ongedaanmaking met als doel dit begrip te kunnen omschrijven voor het thans geldend Nederlandse recht alsmede in de verhouding tot het OBW. In vervolg daarop bespreek ik in § 9.2.4.2 nogmaals de figuur van de terugwerkende kracht, zowel om deze te plaatsen in de systematiek van de verschillende stelsels als om de achterliggende – verschillende – betekenissen van de terugwerkende kracht te beschrijven. In § 9.2.4.3 komt de wettelijke regeling van de ongedaanmaking bij ontbindende voorwaarden in het NBW ter sprake, of beter het vrijwel geheel ontbreken daarvan. In zekere zin volgt in § 9.2.4.4 de tegenovergestelde kwestie, namelijk de eventuele mogelijkheid van ongedaanmaking na het verval van een opschortende voorwaarde. Een van de belangrijkste materiële kwesties rondom de ongedaanmaking vinden we in § 9.2.4.5, namelijk de gerechtigdheid tot vruchten als verschenen vóór het intreden of verval van een voorwaarde. Dit onderwerp bespreek ik in voormelde paragraaf niet uitsluitend voor de beëindiging van de rechtsverhouding, maar tevens voor de situatie van het onvoorwaardelijk voortbestaan van die verhouding. Deze spiegelbeeldige situaties blijken namelijk voor wat betreft de bespreking van de gerechtigdheid tot vruchten dermate met elkaar te zijn verweven, dat een separate bespreking niet zinvol zou zijn. Tot slot behandel ik in § 9.2.4.6 de vraag of ongedaanmakingsverbintenissen uit hoofde van de beëindiging van voorwaardelijke rechtsverhoudingen wederkerig zijn.

Bij de bespreking van de verschillende deelonderwerpen zullen we zien dat van een werkelijke structuur of systematiek bij de ongedaanmaking als geheel nauwelijks sprake is. Weliswaar kunnen we tussen verschillende kwesties verbanden leggen, maar tot een min of meer omvattende systematiek leidt dit niet. Dat blijkt reeds bij het verschil tussen ontbindende en opschortende voorwaarden. Vanzelfsprekend gaat in het verband van ongedaanmaking het merendeel van de aandacht uit naar het intreden van de *ontbindende* voorwaarden. Dat laat onverlet dat ook bij het verval van een *opschortende* voorwaarde de rechtsverhouding eindigt en ongedaanmakingsverplichtingen kunnen bestaan. Met Meijers voorop heeft de wetgever echter voor verschillende denkrichtingen gekozen ten aanzien van ongedaanmakingsverplichtingen die ontstaan bij het intreden van een ontbindende en die ontstaan bij het vervallen van een opschortende voorwaarde. De eerste vindt in de visie van de wetgever een zelfstandige grondslag in art. 6:24 BW, terwijl voor de tweede wordt aangeknoopt bij de figuur van de onverschuldigde betaling, terwijl deze figuur op grond van de systematiek eigenlijk juist geen toepassing vindt. Daarmee is sprake van verschillen tussen beide soorten van voorwaarden die zich slecht

laten verklaren, mede in het verband van de overige uitgangspunten die de wetgever ten aanzien van voorwaardelijke rechtsverhoudingen hanteerde. Een en ander leidt er toe dat ik kritisch ben over een aantal aspecten van de ongedaanmaking en – breder – de beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding. Als afsluiting van deze paragraaf passeren in § 9.2.5 mijn verschillende kritiekpunten nogmaals de revue, wederom tevens met betrekking tot onderwerpen die ik ook in andere hoofdstukken heb behandeld.

Overeenkomstig hetgeen ik in § 1.5 stelde, ontbreekt in deze paragraaf één wezenlijk onderwerp: een horizontale vergelijking met andere beëindigingswijzen van rechtsverhoudingen, met name waar het betreft de ongedaanmaking van de eerdere prestaties. De reden daarvoor is het vrijwel geheel ontbreken van bestaand onderzoek op het gebied van een dergelijke vergelijking voor de Nederlandse rechtskring. Gezien de beperkte ruimte die ik in het verband van mijn eigen onderzoek zelf aan een dergelijke – inhoudelijk moeilijke – horizontale vergelijking zou kunnen besteden, zou derhalve reeds vooraf zeker zijn dat de resultaten van een dergelijke vergelijking op zijn best ‘bescheiden’ zouden zijn. Ook al beschouw ik het ontbreken van een horizontale vergelijking als een gemis, niettemin is dit te prefereren boven een onderzoek met onvoldoende of zelfs twijfelachtige uitkomsten. Met uitzondering van § 9.2.4.3 waar in het verband van eventuele analoge toepassing van de onverschuldigde betaling en de ontbinding van wederkerige overeenkomsten enige vergelijking aan bod komt, ontbreekt deze dan ook. Daarin is tevens de reden gelegen om de wijzen van ongedaanmaking in de overige onderzochte stelsels niet separaat uit te werken.

9.2.2 Nogmaals de systematiek van de beëindiging in de verschillende stelsels

Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is de systematiek rond de beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding reeds een aantal malen ter sprake geweest. Met name in hoofdstuk 3 terzake de voorwaardelijke werking kwam die beëindiging uitgebreid aan bod in het verband van de grondslag voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen alsmede van de beëindiging van de rechtsverhouding bij het intreden van een ontbindende voorwaarde. Gezien de omvang en zeker ook de complexiteit van die betreffende gedeelten wil ik deze eerder besproken systematiek in deze paragraaf kort herhalen bij wijze van inleiding op de overige onderwerpen die samenhangen met de beëindiging.

Geldend recht

Met de artt. 6:22, 6:24 en 6:25 BW lijkt het Nederlands geldend recht op het eerste gezicht een min of meer heldere wettelijke systematiek te kennen met betrekking tot de beëindiging van een voorwaardelijke rechtsverhouding. Dat

valt echter enigszins tegen. Ik begin met de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding. De verbintenis onder *opschortende* voorwaarde heeft blijkens art. 6:22 BW uit hoofde van de voorwaarde geen werking. Met het verval van de voorwaarde en het daarmee – ook al staat dat niet als zodanig in het BW genoemd – zonder twijfel eindigen van de verbintenis, treedt die werking uiteraard ook niet meer in.

In aanvulling daarop lijkt art. 6:25 BW te bepalen dat in het geval wél gepresteerd is vóór dit verval van de voorwaarde en de verbintenis mitsdien nog geen werking had, steeds ongedaanmaking gevorderd kan worden overeenkomstig de onverschuldigde betaling. Een dergelijke wetsbepaling is nodig, omdat ook een opschortend voorwaardelijke verbintenis een bestaande verbintenis is en een ongedaanmaking derhalve niet gebaseerd kan worden op rechtstreekse toepassing van de onverschuldigde betaling.³⁴ Met het later alsnog vervallen van de opschortende voorwaarde zou aan die systematiek niets wijzigen, ook al zou per dat moment nog niet ongedaan gemaakt zijn. Zoals ik echter eerder uitgebreid heb besproken, heeft art. 6:25 BW vóór het eventuele moment van verval van de opschortende voorwaarde een veel beperktere strekking. De betekenis van deze bepaling gedurende de periode van onzekerheid ligt in het creëren van een ongedaanmakingsverplichting in het geval *abusievelijk* gepresteerd wordt vóór het intreden van de voorwaarde.³⁵ Met andere woorden, dankzij deze wetsbepaling ontstaat direct een ongedaanmakingsverbintenis in het bijzondere geval dat gedwaald is ten aanzien van het reeds ingetreden zijn van de opschortende voorwaarde. In het geval daarentegen vroegtijdig wordt gepresteerd ondanks de bekendheid met het feit dat de voorwaarde nog niet is ingetreden, kan vooralsnog geen ongedaanmaking gevorderd worden.³⁶

De vraag is derhalve wat de systematiek voor het geldend recht is indien ná dit bewust vroegtijdige presteren de opschortende voorwaarde alsnog vervalt. Als gezegd leidt dit verval zonder twijfel tot beëindiging van de rechtsverhouding en tevens – althans voor zover nodig – tot het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen. Wat echter de achterliggende systematiek voor die gevolgen is, valt niet direct af te leiden uit de wet. Anders dan bij het intreden van de ontbindende voorwaarde noemt het BW nergens dat een dergelijk verval de verbintenis inderdaad doet eindigen. Dat laatste is in zekere zin verklaarbaar vanuit de onder het OBW toepasselijke systematiek, waar een dergelijke bepaling eveneens ontbrak. Echter, onder het OBW werd veelal aangenomen dat de opschortend voorwaardelijke verbintenis nog niet bestond, terwijl onder het NBW die verbintenis zonder meer bestaat. Met deze wijziging

34 In § 9.2.4.4 zal ik echter verdedigen dat een dergelijke ongedaanmakingsverplichting een grondslag in de partijwil heeft. Art. 6:25 BW heeft in mijn optiek slechts betekenis in bijzondere gevallen.

35 Zie daarover § 3.2.3 (m.n. 3.2.3.1 en 3.2.3.3) en § 9.2.4.4.

36 Zie § 3.2.3 en 9.2.4.4.

in systematiek zou de vaststelling in het NBW dat het verval van een opschortende voorwaarde ook de verbintenis laat vervallen – als spiegelbeeld van het in art. 6:22 BW bepaalde terzake het intreden van een ontbindende voorwaarde – niet hebben misstaan.

Voor wat betreft het bestaan van de ongedaanmakingsverplichting zoekt art. 6:25 BW als gezegd aansluiting bij de figuur van de onverschuldigde betaling, die van overeenkomstige toepassing is. De in de PG genoemde beperking tot een abusievelijk presteren vindt na het verval van de voorwaarde niet langer toepassing, zodat we het bestaan van de verplichting tot ongedaanmaking na het verval van de opschortende voorwaarde op deze wetsduiding van art. 6:25 BW kunnen baseren. Deze benadering roept echter een aantal vragen op. Waarom zocht Meijers aansluiting bij de onverschuldigde betaling,³⁷ terwijl hij zonder meer de opvatting was toegedaan dat deze figuur vanuit de systematiek beschouwd helemaal geen toepassing vond? En wellicht belangrijker, waar zou die ongedaanmaking uit moeten bestaan, waar deze in verband met de opschortende voorwaardelijkheid slechts in uitzonderingsgevallen betrekking kan hebben op een juridische ongedaanmaking? In § 9.2.4.4 zal ik de systematiek van een dergelijke ongedaanmaking en de voormelde vragen verder bespreken.

Het intreden van een *ontbindende* voorwaarde laat de van die voorwaarde afhankelijke verbintenis eindigen, uit hoofde van art. 3:38 lid 2 BW expliciet zonder terugwerkende kracht. Deze ontbindend voorwaardelijke verbintenis had derhalve wel degelijk werking, maar is in haar verdere voortbestaan afhankelijk van de voorwaarde. Zoals ik echter reeds in § 3.3.3 besprak met betrekking tot het intreden van de ontbindende voorwaarde, blijft de vraag hoe we de grondslag voor die beëindiging precies moeten zien. Vloeit deze voort uit het begrip van de voorwaarde zelf of is deze niets anders dan de weergave van de partijwil? Zelf verdedig ik het laatste, maar noch in de Nederlandse literatuur noch in die van de overige onderzochte stelsels vinden we enig antwoord op deze vraag.

Wat verder van die grondslag van die beëindiging moge zijn, als gevolg van het intreden van de ontbindende voorwaarde ontstaan blijken art. 6:24 BW in beginsel ongedaanmakingsverbintenissen met betrekking tot hetgeen reeds vóór het intreden van die voorwaarde is gepresteerd. Verbintenissen waarop de normale wetssystematiek van nakoming van verbintenissen toepasselijk is, derhalve zonder dat dienaangaande bijzonderheden bestaan uit hoofde

37 PG Boek 6, TM, p. 152. Zoals ik op meerdere plaatsen stel, ga ik er – overeenkomstig hetgeen ik in hoofdstuk 1 bespreek – daarbij van uit dat deze delen van de TM inderdaad zijn opgesteld op basis van Meijers' concepten en/of aantekeningen. M.b.t. de regeling als neergelegd in het (huidige) art. 6:25 BW heb ik daarvoor echter niet meer dan globale aanwijzingen.

van het feit dat deze betrekking hebben op een ongedaanmaking.³⁸ Het door partijen overeenkomen van een 'obligatoire' terugwerkende kracht om het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen uit hoofde van de partijwil aan te nemen, is uit hoofde van deze bepaling voor het thans geldende Nederlandse recht in elk geval overbodig. Ook als daadwerkelijke grondslag voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen is deze eveneens overbodig – en zelfs niet mogelijk, zoals ik in § 9.2.4.2 zal bespreken – omdat die grondslag niet langer in de figuur van de onverschuldigde betaling is gelegen. Er is derhalve sprake van een breuk in de systematiek ten opzichte van het OBW. Voor de inhoud van de ongedaanmakingsverplichting kan het overeenkomen van een *obligatoire* terugwerkende kracht weer wél van betekenis zijn, zo zullen we zien in voormelde paragraaf.

Blijkens de 'tenzij-clausule' aan het slot van lid 1 vormt de verplichting tot ongedaanmaking het uitgangspunt tussen partijen, derhalve voor zover uit de partijwil niet anders volgt.³⁹ Deze verplichting is expliciet in art. 6:24 BW neergelegd, omdat de reeds nagekomen verbintenis ten gevolge van die nakoming teniet is gegaan en bij gebreke aan terugwerkende kracht van de voorwaarde ook niet via de figuur van de onverschuldigde betaling de grondslag voor ongedaanmaking zou kunnen vormen. De verplichting tot ongedaanmaking zou derhalve een verbintenis uit de wet zijn.⁴⁰ Zelf verdedig ik daarentegen dat deze grondslag is gelegen in de partijwil, die vanaf het ontstaan van de rechtsverhouding immers gericht was op de mogelijkheid van ongedaanmaking.⁴¹

Zoals ik nog verder zal bespreken, ziet een dergelijke ongedaanmaking uit hoofde van de redactie van art. 6:24 BW uitsluitend op de eerder geleverde prestatie zélf en derhalve niet op de verdere gevolgen van dat presteren, met name niet op de vruchten die gedurende de periode van onzekerheid zijn verschenen.⁴² In de MvA wordt in het kader van die ongedaanmaking aansluiting gezocht bij de figuur van de onverschuldigde betaling alsmede van de ontbinding na een tekortschieten.⁴³ In ieder geval is daarmee beoogd ongedaanmaking door middel van waardevergoeding mogelijk te maken indien

38 Zie ook § 9.2.4.3, waar ik bespreek dat de in de MvA genoemde analoge toepassing van de afd. In het BW terzake de onverschuldigde betaling en het tekortschieten in de nakoming geen betekenis heeft.

39 Zie § 3.3.2 en 9.2.4.1. Dat geldt overigens ook v.z.v. uit de 'strekking' van de rechtshandeling voortvloeit dat niet ongedaan gemaakt hoeft te worden. Deze strekking geldt vooral bij prestaties u.h.v. duurovereenkomsten, waarvan veelal door partijen niet *beoogd* zal zijn dat deze met het intreden van de voorwaarde ongedaan gemaakt dienen te worden. Ook in dat geval is het derhalve de partijwil waaruit het ontbreken van een ongedaanmakingsverplichting voortvloeit.

40 V.z.v. de literatuur zich hierover uitsprekt, lijkt dat de heersende opvatting te zijn. Er zijn echter slechts weinig auteurs die dit uitdrukkelijk stellen, zie § 3.3.2.1.

41 Zie § 3.3.2.3.

42 Zie § 9.2.4.1.

43 PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 1217.

de *aard van de prestatie* een feitelijke ongedaanmaking zou uitsluiten. Zoals ik in § 9.2.4.3 terzake de ongedaanmakingsverplichting bij het intreden van een ontbindende voorwaarde verder zal bespreken, is van een daadwerkelijke uitwerking van die ongedaanmaking echter geen sprake.

Oud BW

De wettelijke systematiek rond de beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding was onder het OBW van geheel andere aard dan in het thans geldend Nederlandse recht en wel in tweeërlei opzicht. Ten eerste vormde voor wat betreft de beëindiging bij het intreden van een *ontbindende* voorwaarde de figuur van de terugwerkende kracht min of meer de spil waarlangs de gevolgen van die beëindiging werden vastgesteld. Deze terugwerkende kracht van de ontbindende voorwaarde volgde met art. 1301 OBW – met wat goede wil – ook uit de wet.⁴⁴ Daarmee vormde de terugwerkende kracht ook het uitgangspunt, waaraan het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen was verbonden.⁴⁵ De grondslag voor ongedaanmaking van hetgeen reeds was gepresteerd, lag dankzij die terugwerkende kracht en het daarmee alsnog komen te ontbreken van een rechtsgrond voor die prestatie ook voor de hand, namelijk in de vorm van de onverschuldigde betaling. Een systematiek die het NBW bij gebreke aan terugwerkende kracht als gezegd niet meer kent.

Op de tweede plaats bestond er een verschil voor wat betreft de beëindiging van de ontbindend voorwaardelijke en de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding. Terwijl de eerste inderdaad werd beëindigd en dat in beginsel ook met terugwerkende kracht gebeurde, kwam de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding door het verval van de voorwaarde in het merendeel van de opvattingen nooit tot stand.⁴⁶ Van een *beëindiging* van een bestaande rechtsverhouding was derhalve bij het verval van een opschortende voorwaarde geen sprake, de veelal aangenomen gebondenheid tussen partijen – die de literatuur overigens voor aanzienlijke problemen stelde – daargelaten. Interessant genoeg leidde dit systematische verschil juist weer tot overeenstemming tussen beide soorten van voorwaarden voor wat betreft de grondslag voor eventuele ongedaanmaking, namelijk de reeds genoemde onverschuldigde betaling. Bij gebreke aan een rechtsverhouding was immers hoe dan ook onverschuldigd gepresteerd, zodat het verval van de opschortende voorwaarde in die zin ook geen verdere betekenis had voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen. Voor wat betreft deze ‘beëindiging’ van de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding was onder het OBW dan ook sprake van een alleszins overzichtelijke systematiek.

44 Anders dan art. 1297 OBW noemde art. 1301 OBW de terugwerkende kracht niet als zodanig. Dat leidde in de literatuur wel tot enige discussie, maar merendeels werd in art. 1301 OBW toch terugwerkende kracht gelezen, zie § 2.6.2.2.

45 Zie § 9.2.4.2.

46 Zie § 3.1.3.1.

In samenhang met de *inhoud* van de ongedaanmakingsverplichtingen onder het OBW moeten we ten aanzien van de gehanteerde systematiek echter toch enigszins voorzichtig zijn. Het heeft er in zekere mate de schijn van dat aan de terugwerkende kracht ook zelfstandige betekenis werd toegekend met betrekking tot die inhoud, derhalve buiten de voormelde systematiek van de grondslag voor de ongedaanmaking. Ik ga daar in § 9.2.4.2 verder op in.

Duits recht

Het BGB kent met § 158 een systematiek die schijnbaar lijkt op die van het NBW. De rechtshandeling onder opschortende voorwaarde verkrijgt pas 'werking' met het intreden van de voorwaarde. Door het intreden van een ontbindende voorwaarde eindigt de werking, waarmee – overigens anders dan in art. 6:22 BW – tussen beide soorten van voorwaarden redactioneel sprake is van een spiegelbeeldige situatie. Tót het intreden van de ontbindende voorwaarde of het vervallen van de opschortende voorwaarde heeft de rechtshandeling ook in die zin betekenis, dat deze bestaat en (voor zover toepasselijk) leidt tot gebondenheid tussen partijen.⁴⁷ Bij gebreke aan terugwerkende kracht in goederenrechtelijke zin wordt dit aanvankelijke bestaan gedurende de periode van onzekerheid overeenkomstig het huidige Nederlandse recht ook niet aangetast.⁴⁸

Niettemin is sprake van een wezenlijk systematisch verschil met het Nederlandse recht. De rechtshandeling onder opschortende voorwaarde moge naar Duits recht bestaan, tot een direct bestaand vorderingsrecht leidt deze vooralsnog niet en (daarmee) waarschijnlijk evenmin tot een direct bestaande verbintenis.⁴⁹ Een presteren vóór het intreden van een opschortende voorwaarde is derhalve onverschuldigd, waarmee de partij die 'nakomt' het gepresteerde in beginsel terug kan vorderen overeenkomstig § 812 BGB.⁵⁰ Op grond van de redactie van de verschillende wetsbepalingen lijkt het derhalve alsof de wettelijke systematiek van het Duitse en het Nederlandse recht voor wat betreft de grondslag voor ongedaanmaking onderling overeenstemmen, maar schijn bedriegt. De Duitse systematiek met betrekking tot de ongedaanmaking ná het verval van de opschortende voorwaarde is uiteraard dezelfde als bij een ongedaanmaking vóór dat verval. Ook in dat geval vindt de ongedaanmakingsverplichting haar grondslag in de onverschuldigde betaling (althans de ongerechtvaardigde verrijking) van § 812 BGB. Dat geldt ook in het geval reeds onvoorwaardelijk zou zijn overgedragen,⁵¹ hetgeen op grond van het abstracte

47 Zie § 3.1.3.2.

48 Zie § 2.6.2.5.

49 Zie § 3.1.3.1 en 6.2.5.2.

50 PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Wolf 1999, p. 512; Flume 1992, p. 714; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 855.

51 Staudinger/Bork 2010, p. 336.

stelsel naar Duits recht mogelijk is ondanks de opschortende voorwaardelijkheid van de obligatoire verhouding.

Met betrekking tot de ongedaanmaking na het intreden van een ontbindende voorwaarde bestaat in de Duitse rechtskring verschil van inzicht. Een deel van de literatuur zoekt ook in dat verband naar aansluiting op de onverschuldigde betaling, terwijl een ander deel de ongedaanmakingsverplichting als van contractuele aard beschouwt.⁵² Een uitgangspunt of vermoeden dat ongedaan gemaakt dient te worden volgt in elk geval niet uit de systematiek noch uit de wet.

Zwitsers recht

Een aantal malen kwam ter sprake dat art. 151 OR bij opschortende voorwaardelijkheid naar de letterlijke tekst de *gebondenheid* tussen partijen treft, maar dat deze benadering zeer waarschijnlijk niet het geldend Zwitserse recht weergeeft.⁵³ Partijen zijn gewoon gebonden en de gevolgen van de opschortende voorwaardelijkheid bestaan uit een opgeschorte *werking*. Daaraan wordt mede de consequentie verbonden dat (ook) opschortend voorwaardelijke rechtshandelingen reeds gedurende de periode van onzekerheid als bestaand kwalificeren.

Ten aanzien van ontbindend voorwaardelijke rechtshandelingen en de eventueel daaruit voortvloeiende vorderingsrechten bestaat ten aanzien van dit directe bestaan uiteraard geen enkele twijfel. Opschortend voorwaardelijke vorderingsrechten worden daarentegen (waarschijnlijk) als niet bestaand beschouwd, derhalve in overeenstemming met het Duitse en in afwijking van het Nederlandse recht.⁵⁴ Een nakoming vóór het moment van intreden van de opschortende voorwaarde kwalificeert daarmee in het Zwitsers recht als een presteren zonder rechtsgrond.⁵⁵ Met dit laatste is uiteraard ook de grondslag van de onverschuldigde betaling (althans de ongerechtvaardigde verrijking) gegeven voor ongedaanmaking ná een verval van de opschortende voorwaarde.⁵⁶ Het verval van de voorwaarde brengt in de reeds bestaande onverschuldigdheid van de prestatie immers geen wijziging. Net als het Duitse recht kent het Zwitserse daarmee voor de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding een overzichtelijke systematiek. Dat laat overigens onverlet dat deze grondslag incidenteel ook wel wordt betwist.⁵⁷

52 Zie § 3.3.2.1.

53 Zie m.n. § 3.1.3.1.

54 Over die kwalificatie van opschortend voorwaardelijke vorderingsrechten bestaat wel enige discussie, zie § 6.2.5.2.

55 Zie § 3.2.3.1.

56 In deze zin: BGE 28 maart 2003, 129 III 268 E.5.3.2.

Ook: Koller 2009, p. 1287; Honsell 2008, p. 613; Huguenin e.a. 2008, p. 201.

57 Emmenegger stelt dat de grondslag voor dergelijke ongedaanmakingsverplichtingen is gelegen in de wilsovereenstemming tussen partijen (Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 379).

De systematiek van de ongedaanmaking na het intreden van een ontbindende voorwaarde is daarentegen moeilijk te doorgronden. Opvallend genoeg wordt de grondslag daarvoor gezien in het verval van de rechtsgrond voor de eerdere prestatie, echter zónder dat sprake is van terugwerkende kracht.⁵⁸ Althans, naar het zich laat aanzien, want de Zwitserse literatuur is op dit punt niet altijd even duidelijk. De rechtsgrond voor de eerdere nakoming wordt in het Zwitsers recht in elk geval geplaatst op het niveau van de overeenkomst (en niet de verbintenis) en eindigt alsnog met het intreden van de ontbindende voorwaarde. Of het Zwitsers recht een uitgangspunt kent ten aanzien van het bestaan of ontbreken van ongedaanmakingsverplichtingen, is onduidelijk.⁵⁹ Deze onduidelijkheid geldt, althans op grond van de door mij bestudeerde auteurs die zich daarover hebben uitgelaten, ook voor wat betreft de afwikkeling van de verbintenis tot ongedaanmaking. Enerzijds wordt gesteld dat deze plaatsvindt overeenkomstig de normale wettelijke systematiek van nakoming van verbintenissen,⁶⁰ anderzijds overeenkomstig die na een ontbinding van een overeenkomst (art. 109 OR).⁶¹

9.2.3 Contractsvrijheid ten aanzien van de gevolgen van de beëindiging

9.2.3.1 *Het algemene uitgangspunt van contractsvrijheid*

In deze studie kwam reeds een aantal malen ter sprake dat partijen een hoge mate van contractsvrijheid hebben met betrekking tot voorwaardelijkheid. Dat geldt voor het laten ontstaan van de voorwaardelijkheid van de rechtsverhouding, de inhoud van de voorwaarde (de *gebeurtenis*) alsmede – althans zo heb ik verdedigd – voor de gevolgen van de voorwaardelijkheid gedurende de periode van onzekerheid.⁶² Inhoudelijk sterk uiteenlopende, maar tegelijkertijd qua omvang nogal bescheiden beperkingen aangaande deze vrijheid besprak ik in hoofdstuk 5.

De contractsvrijheid staat ook voorop ten aanzien van de gevolgen van de beëindiging van de rechtsverhouding uit hoofde van het intreden van een ontbindende of het vervallen van een opschortende voorwaarde. Dit vinden we in de literatuur van de verschillende stelsels eigenlijk uitsluitend expliciet genoemd in het verband van eventuele ongedaanmaking en de gerechtigdheid tot verschenen vruchten, maar er bestaat uiteraard geen enkele reden om aan te nemen dat een dergelijke contractsvrijheid geen toepassing zou kunnen

⁵⁸ Zie § 3.3.2.1.

⁵⁹ Zie § 9.2.3.

⁶⁰ Honsell 2008, p. 623.

⁶¹ Staehelin 1993, p. 20.

⁶² Zie § 5.1.2 v.w.b. het ontstaan van voorwaardelijkheid, § 2.5 v.w.b. de inhoud van de gebeurtenis en § 3.4 v.w.b. de gevolgen gedurende de periode van onzekerheid.

vinden op andersoortige gevolgen.⁶³ Niettemin is de wilsvrijheid inderdaad vooral van belang voor de vraag óf hetgeen gedurende de periode van onzekerheid door partijen is gepresteerd mét de beëindiging van de rechtsverhouding weer ongedaan gemaakt moet worden. Of eventueel genuanceerder, wat de omvang van die verplichting tot ongedaanmaking is. Een vrijheid voor partijen die slechts op zeer bescheiden schaal dwingend wordt beperkt.⁶⁴

Voor wat betreft de ongedaanmaking zou de contractsvrijheid echter ook betrekking kunnen hebben op de *wijze* waarop ongedaan gemaakt dient te worden. In het kader van beschikkingen hebben partijen bijvoorbeeld de keuze of aan de voorwaarde goederenrechtelijk werking is verbonden dan wel de gevolgen van de beschikking door opvolgende leveringshandelingen ongedaan gemaakt dienen te worden. Maar ook in andere opzichten kunnen partijen nadere invulling geven aan de wijze van ongedaanmaking, bijvoorbeeld met het oog op situaties waarin daadwerkelijke ongedaanmaking van de prestatie feitelijk onmogelijk is.

Samengevat bestaat voor partijen een vergaande vrijheid om nadere invulling te geven aan de gevolgen van de beëindiging van de rechtsverhouding, met name in het verband van het bestaan en de omvang van de ongedaanmaking alsmede de wijze waarop ongedaan gemaakt dient te worden.

9.2.3.2 *Contractsvrijheid ten aanzien van de gevolgen in de verschillende stelsels*

Inleiding

In § 9.2.3.1 stelde ik reeds dat in de literatuur van de verschillende stelsels de vrijheid van partijen aangaande de vormgeving van de gevolgen van beëindiging van de rechtsverhouding uitsluitend genoemd wordt in het verband van ongedaanmaking en de gerechtigdheid tot vruchten. Ook in de PG en de jurisprudentie zijn dit de enige twee aspecten van dergelijke gevolgen die – in beperkte mate – voor het voetlicht treden. Bij de onderstaande bespreking van de verschillende stelsels zien we dan ook dat die vrijheid weliswaar algemeen wordt onderkend, maar in expliciete zin uitsluitend ter sprake komt in het kader van deze beide aspecten. Als gezegd ontbreekt echter ieder argument om de contractsvrijheid te beperken tot de verplichting tot ongedaan-

63 Daarbij valt te denken aan allerlei verschillende, veelal voor de hand liggende afspraken, zoals vergoeding van kosten, verzekering, geheimhouding en dergelijke. Ook zouden partijen afspraken kunnen maken wie van hen welk risico te dragen krijgt, zoals zich dat eventueel heeft voorgedaan gedurende de periode van onzekerheid.

64 Dit betreft de in § 2.4.3.7 en 5.2.4 besproken situaties waarin – naar het zich althans laat aanzien – bepaalde gevolgen voor het geldend recht slechts worden aanvaard, indien ook t.a.v. die gevolgen als zodanig onzekerheid bestaat of deze zullen intreden. M.n. bij voorwaarden waarvan de gevolgen betrekking zouden hebben op het met zekerheid onttrekken van een goed aan het verhaal door schuldeisers of het onoverdraagbaar maken van een goed is het twijfelachtig of partijen een dergelijk gevolg in het leven kunnen roepen.

making en de vruchten, zodat ik zonder meer de stelling aandurf dat in de verschillende stelsels partijen een algemene vrijheid hebben om de gevolgen van de beëindiging van de rechtsverhouding zelf vorm te geven.

Geldend recht

Het bestaan, de inhoud en de omvang van ongedaanmakingsverplichtingen zijn naar Nederlands geldend recht over gelaten aan de contractsvrijheid van partijen.⁶⁵ Ten aanzien van het intreden van de ontbindende voorwaarde blijkt dit reeds uit art. 6:24 lid 1 BW, waar overigens tevens uit volgt dat de verplichting tot ongedaanmaking het uitgangspunt vormt. Partijen kunnen derhalve zelf bepalen of verrichte prestaties ongedaan gemaakt dienen te worden en in welke omvang dat alsdan dient te gebeuren. Dat geldt ook voor de wijze *waarop* eventueel ongedaan gemaakt dient te worden. Echter, het enige in de literatuur en PG genoemde en algemeen erkende voorbeeld daarvan is de eerder genoemde keuze tussen het met goederenrechtelijk effect laten intreden van een ontbindende voorwaarde of het ontstaan van een verplichting tot teruglevering.⁶⁶ Ook ten aanzien van de gerechtigdheid tot vruchten als verschenen gedurende de periode van onzekerheid hebben partijen alle vrijheid om dienaangaande afspraken te maken. In § 9.2.4.5 zal ik bespreken dat dergelijke afspraken in beginsel slechts een obligatoire strekking kunnen hebben. Voor een goederenrechtelijke rechtsovergang van de vruchten op de verwachter is immers een beschikkingshandeling vereist dan wel dient de verwachter uit hoofde van een eigen genotsrecht rechthebbende van de vruchten te worden.

Oud BW

Ook voor het OBW was het bestaan en de omvang van ongedaanmakingsverplichtingen afhankelijk van de partijwil. Dit volgde indirect uit de grondslag voor het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen als gelegen in de figuur van de onverschuldigde betaling, waarvan de toepasselijkheid voortvloeide uit het met terugwerkende kracht vervallen van de (nagekomen) verbintenis. Deze terugwerkende kracht was zonder twijfel van regelend recht, waarmee partijen de mogelijkheid hadden om door middel van het laten ontbreken van terugwerkende kracht ook geen ongedaanmakingsverplichtingen te laten ontstaan.⁶⁷ Weliswaar bestond er discussie of sprake was van een door de wetgever veronderstelde partijwil gericht op die terugwerkende kracht, dan wel van een wetssystematiek waar de veronderstelde partijwil juist geen grondslag voor vormde,⁶⁸ maar die discussie liet onverlet dat het al dan niet

65 De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 54; (impliciet) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 140; Brunner & De Jong 2004, p. 54; Hockx 2003, p. 268; (impliciet) Pitlo/Cahen 2002, p. 39; Den Tonkelaar 1994, p. 89 (en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 102). Dit volgt tevens duidelijk uit de PG: PG Boek 6, TM, p. 149

66 Deze keuzemogelijkheid is in alle stelsels onweersproken, zie § 11.4.2.

67 Zie § 2.6.2.5, 3.3.2.1 en 9.2.4.2.

68 Zie § 2.6.2.1.

bestaan van de ongedaanmakingsverplichting altijd afhankelijk was van de partijwil. Deze benadering werd onder het OBW dan ook breed onderschreven.⁶⁹ Naast de uitdrukkelijke of stilzwijgende afwijkende partijwil kon terugwerkende kracht ook door gebruik of strekking terzijde worden gesteld.⁷⁰ Met name bij duurovereenkomsten en overeenkomsten die tot periodieke prestaties verplichtten werd dit aangenomen, waarbij door enkele auteurs de toepasselijkheid van art. 1301 OBW op dergelijke overeenkomsten zelfs in zijn algemeenheid werd afgewezen.⁷¹ Als uitgangspunt was er echter sprake van terugwerkende kracht en daarmee het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen.

De systematiek van de koppeling aan de terugwerkende kracht gold onder het OBW ook voor de gerechtigdheid tot de tussentijds verschenen vruchten. De omvangrijke discussie aangaande die gerechtigdheid had niets van doen met deze systematiek als zodanig, maar met de vraag in hoeverre bij gebreke aan expliciete afspraken tussen partijen viel aan te nemen of al dan niet terugwerkende kracht beoogd was.⁷² Een – mogelijk – verschil met het NBW aangaande de gerechtigdheid tot die vruchten was wellicht gelegen in de vraag wie van partijen, ná het met terugwerkende kracht intreden van de voorwaarde en het daarmee verbonden goederenrechtelijke effect ter zake een overgedragen goed, goederenrechtelijk gerechtigd was tot de vruchten die dat goed had voortgebracht.⁷³ In § 9.2.4.2 zal ik overigens bespreken dat de achterliggende systematiek van de terugwerkende kracht (ook) met betrekking tot de gerechtigdheid tot deze vruchten niet geheel consistent is.

Duits en Zwitsers recht

Het Duitse en Zwitserse recht erkennen eveneens de mogelijkheid van partijen om zelf het al dan niet bestaan en de omvang van eventuele ongedaanmakingsverplichtingen vast te stellen. Althans, in de Duitse literatuur vinden we dit nauwelijks expliciet vermeld,⁷⁴ maar niettemin bestaat daaromtrent eigenlijk

69 Den Tonkelaar 1983, p. 102; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 399; (enigszins impliciet) Pitlo 1964, p. 83; Asser/Rutten 1958, p. 160; Hofmann 1937, p. 97, 98; Suijling 1934, p. 426, 427; Van Oven 1918, p. 158; Van Goudoever 1913, p. 237; (impliciet) Diephuis 1886, p. 268, 269 (en eerder: Diephuis 1885, p. 132).

70 Asser/Rutten 1958, p. 160; De Bruijn 1945, p. 235; Van Brakel 1935a, p. 28; Van Brakel 1935b, p. 1 (hetgeen onverlet laat dat Van Brakel wel terughoudend is t.a.v. een dergelijke stilzwijgende afwijking); Suijling 1934, p. 421, 427; Asser/Van Goudoever 1913, p. 60.

71 Hofmann 1937, p. 98; Van Brakel 1935a, p. 26; Suijling 1934, p. 427.

72 Pitlo 1964, p. 81; Wery 1930, p. 179 nt. 40.

Uitsluitend Opzoomer nam aan dat verkregen vruchten u.h.v. de terugwerkende kracht *steeds* geretourneerd moesten worden (Opzoomer 1879a, p. 169 e.v.). Dit moeten we zien in het licht van Opzoomers opvatting dat de terugwerkende kracht dwingendrechtelijk van aard was v.z.v. uit de wet niet anders voortvloeide (Opzoomer 1879a, p. 156).

73 Zie daarover § 9.2.4.5.

74 Zie echter: Jauernig/Mansel 2014, p. 126 (ook: Jauernig/Jauernig 2009, p. 120); Staudinger/Bork 2010, p. 341.

geen twijfel. In de Zwitserse literatuur vinden we dit wel min of meer uitdrukkelijk gesteld.⁷⁵ Voor beide stelsels vloeit dit voort uit het gegeven dat de grondslag voor ongedaanmaking hoe dan ook afhankelijk is van de partijwil, hetgeen onverlet laat dat die grondslag in zekere mate omstreden is.⁷⁶ Wat echter die exacte grondslag verder ook is, in ieder geval is het bestaan van die grondslag afhankelijk van de partijwil. Daarmee is tevens gegeven dat een verplichting tot ongedaanmaking op grond van die partijwil kan bestaan of ontbreken.

Anders dan het Nederlands geldend recht en het OBW is het voor het Duitse recht niet helemaal duidelijk of als uitgangspunt geldt dat ongedaan gemaakt dient te worden. Enerzijds neemt een deel van de literatuur aan dat partijen daarvoor (al dan niet impliciet) terugwerkende kracht overeengekomen moeten zijn, ook al stelde ik eerder vast dat een dergelijk vereiste vanuit de Duitse systematiek niet goed te begrijpen is. Er geldt echter geen algemeen vermoeden dat partijen terugwerkende kracht hebben beoogd.⁷⁷ Van een dergelijke afspraak tussen partijen met betrekking tot de toepassing van terugwerkende kracht moet derhalve door middel van uitleg wel blijken, zij het dat ook impliciete wilsovereenstemming voldoende is.⁷⁸ Anderzijds wordt de grondslag voor ongedaanmaking ook gezien in uitsluitend de partijwil, derhalve buiten iedere toepassing van terugwerkende kracht. In dat verband vinden we de gedachte dat reeds uit het feit dat partijen een ontbindende voorwaarde overeen zijn gekomen veelal zal voortvloeien dat zij ook met het intreden van een ontbindende voorwaarde ongedaanmaking hebben beoogd.⁷⁹ In hoeverre we uit hoofde van deze verschillende benaderingen mogen concluderen of er naar Duits recht een uitgangspunt van het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen bestaat, blijft als gezegd onduidelijk.

Voor het Zwitsers recht lijkt van een dergelijke onduidelijkheid niet echt sprake te zijn. Wel worden in de literatuur aangaande het uitgangspunt van het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen een aantal verschillende varianten besproken. Uit het wettelijk uitgangspunt van het ontbreken van terugwerkende kracht moet volgens een aantal Zwitserse auteurs worden afgeleid dat in beginsel ongedaanmakingsverplichtingen bij het intreden van de ontbindende voorwaarde ontbreken.⁸⁰ Zo wordt tevens aangenomen dat

75 Gauch, Schluep/Emmenegger 2014, p. 361, 362; (enigszins impliciet) BSK ORI-Ehrt 2011, p. 866; Honsell 2008, p. 623; Huguenin 2008, p. 201.

76 Zie § 3.3.2.1.

77 (impliciet) Jauernig/Mansel 2014, p. 126; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 619; Wolf/Neuner 2012, p. 649; Bork 2011, p. 500; Medicus 2010, p. 344; Staudinger/Bork 2010, p. 333; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1065; Hübner 1996, p. 476. Ook: BGH 26 september 1996, NJW 1997, 1706.

78 PWW/Brinkmann 2014, p. 222 (wijzend op de bewijsplicht); Staudinger/Bork 2010, p. 339; Wolf 1999, p. 519.

79 Staudinger/Bork 2010, p. 341; Flume 1992, p. 729.

80 Honsell 2008, p. 623; Guhl/Koller 2000, p. 62; Staehelin 1993, p. 20.

aan het ontbreken van terugwerkende kracht bij ontbindend voorwaardelijke duurovereenkomsten de consequentie is verbonden dat reeds verrichte prestaties uit hoofde van die overeenkomsten na het intreden van een ontbindende voorwaarde niet ongedaan gemaakt behoeven te worden.⁸¹ Daar staat tegenover dat het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen na het intreden van een ontbindende voorwaarde weer wordt aangenomen in gevallen waarin eenmalig gepresteerd diende te worden.⁸² Het zijn derhalve deze varianten in de rechtsverhouding waar al dan niet het uitgangspunt van ongedaanmaking uit wordt afgeleid.

Beide stelsels kennen eveneens de vrijheid voor partijen de gerechtigdheid tot de verschenen vruchten zelf vorm te geven. Uit hoofde van het dwingend-rechtelijk ontbreken van terugwerkende kracht mét goederenrechtelijke werking leiden dergelijke afspraken naar Duits recht echter uitsluitend tot een obligatoire gerechtigdheid van de verwachter tot deze vruchten. Voor het Zwitsers recht blijft het daarentegen onduidelijk of de verwachter ook goederenrechtelijk gerechtigd tot de vruchten kan worden bij het intreden van de voorwaarde.⁸³

9.2.4 De verplichting tot ongedaanmaking

9.2.4.1 Het begrip ‘ongedaanmaking’

Inleiding

In het verband van de bestudering van de ongedaanmaking is het vanzelfsprekend zinvol om vast te stellen wat onder een dergelijke ‘ongedaanmaking’ is te verstaan. De artt. 6:24 en 6:25 BW hanteren deze term in het kader van voorwaarden bijvoorbeeld, maar zonder een omvattende duiding van dat begrip. Het OBW hanteerde de term *ongedaanmaking* niet, maar vanzelfsprekend kon bij beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding wel sprake zijn van een verplichting tot ongedaanmaking. Zoals ik in § 9.2.4.2 verder zal bespreken, bevatte art. 1301 OBW in dat verband echter een redactie die aanleiding gaf tot deels verschillende invullingen van deze ongedaanmaking. Beide stelsels kennen derhalve uit hoofde van de wet een begrip van de ongedaanmaking waarvan de betekenis niet zonder meer duidelijk is.

Voor het huidige Nederlandse recht zullen we bij gebreke aan een wettelijke omschrijving van de inhoud van de ongedaanmaking moeten uitwijken naar andere bronnen om inzicht te krijgen in de betekenis van dit begrip. Zoals we in de onderstaande bespreking zullen zien, zijn daarvoor de zich blijkens

81 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 382; BSK OR I-Ehrat 2011, p. 866; Huguenin e.a. 2008, p. 201; Guhl/Koller 2000, p. 62; Gutmans 1995, p. 11; Staehelin 1993, p. 20; Merz 1984, p. 163; Guhl 1944, p. 59.

82 Honsell 2008, p. 613; Gutmans 1995, p. 11; Becker 1941, p. 729; Huguenin e.a. 2008, p. 201.

83 Zie verder § 9.2.4.5.

de wetsgeschiedenis wijzigende opvattingen van de wetgever van belang alsmede de ongedaanmaking bij andere rechtsfiguren. Een en ander leidt er toe dat voor het geldend recht weliswaar geen twijfel bestaat over wat het begrip *ongedaanmaking* in het verband van de artt. 6:24 en 6:25 BW betekent, maar de weg naar die vaststelling bevat niettemin een aantal interpretaties mijnerzijds. Voor wat betreft het begrip van de ongedaanmaking onder het OBW is dat laatste, bij gebreke aan duidelijk uitgewerkte opvattingen aangaande de ongedaanmaking onder het OBW, niet anders. Een en ander bespreek ik derhalve onderstaand tezamen met mijn eigen nadere uitwerking.

Het Duitse en Zwitserse recht komen in deze paragraaf niet ter sprake, omdat met uitzondering van zeer bescheiden aandacht in het Zwitsers recht de literatuur in beide stelsels het begrip van de ongedaanmaking in het verband van voorwaarden niet uit werkt.⁸⁴

Geldend recht, nadere uitwerking

Zoals ik bij de inleiding reeds stelde, bevat de huidige redactie van art. 6:24 noch 6:25 BW een algemene omschrijving van hetgeen we onder *ongedaanmaking* zouden moeten verstaan. Wel vinden we in lid 2 van art. 6:24 BW een wijze van ongedaanmaking genoemd bestaande uit de teruggave van een goed. Dat vormt blijkens de redactie echter slechts een mogelijkheid voor ongedaanmaking en heeft zeker geen limitatieve strekking. Buiten het verband van voorwaarden is het begrip van de ongedaanmaking in het BW wel verder uitgewerkt, namelijk bij de regeling van de onverschuldigde betaling alsmede in het verband van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten.⁸⁵ In de onderstaand verder besproken PG bij art. 6:24 BW wordt ook verwezen naar deze beide figuren, zodat we daar een nadere blik op werpen.⁸⁶

De ongedaanmaking bij toepasselijkheid van de onverschuldigde betaling kent blijkens art. 6:203 BW twee vormen: retournering van een eerder verkregen goed of geldsom – oftewel restitutie van hetgeen werd verkregen – en ongedaanmaking van *een prestatie van andere aard*.⁸⁷ Bij dit laatste valt te denken aan het verrichten van een dienst of het gedurende een bepaalde tijd nalaten van bepaalde handelingen. De ongedaanmaking van een dergelijke prestatie van andere aard zal (vrijwel) steeds plaatsvinden door middel van de in art. 6:210 lid 2 BW bedoelde waardevergoeding. Ook de ongedaanmaking na ontbinding van een wederkerige overeenkomst kent blijkens de artt. 6:271 en

84 In het Zwitsers recht vinden we m.b.t. de ongedaanmaking wel opgemerkt dat deze – voor zover partijen niet anders overeen zijn gekomen – ongedaanmaking uitsluitend betrekking heeft op de (nagekomen) hoofdverbintenissen (Huguenin e.a. 2008, p. 201).

85 Zie de artt. 6:203, 210 en 211 BW respectievelijk art. 6:271 en 272 BW.

86 PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 1217.

87 Zie ook: PG Boek 6, MvA II, p. 807, waar eveneens uit volgt dat sprake is van verschillende vormen van ongedaanmaking.

272 BW deze twee vormen. Het begrip *ongedaanmaking* omvat derhalve op basis van deze beide figuren méér dan uitsluitend restitutie.

In het verband van ontbindende voorwaarden wordt de benadering van de ongedaanmaking in voormelde twee vormen voor het geldend recht in de literatuur breed onderschreven.⁸⁸ De splitsing in deze twee wijzen van ongedaanmaking lijkt, gezien het feitelijke verschil waarop ongedaan gemaakt kan worden, voor de hand te liggen. Een prestatie van andere aard dan het verkrijgen van een goed of geldsom laat zich immers niet door een feitelijke restitutie ongedaan maken. Toch valt daar in het verband van voorwaarden en met name voor wat betreft de achterliggende reden voor dit onderscheid het een en ander op af te dingen. De reden dat in het BW dit onderscheid – buiten het specifieke verband van voorwaardelijkheid – is aangebracht, vloeit namelijk slechts indirect voort uit het feitelijke verschil waarop ongedaanmaking mogelijk is. De primaire reden hangt samen met het door de wetgever gewenste differentiëren in de gevolgen bij de hierna besproken redenen voor onmogelijkheid van daadwerkelijke ongedaanmaking. Een dergelijke onmogelijkheid is bij de vorenbedoelde prestaties van andere aard een gegeven. Immers, ook al zag ik ooit bij een kapper de veelbelovende tekst ‘Niet goed, haar terug’, het blijft een uiterst gebrekkige vorm van ongedaanmaking. Deze onmogelijkheid geldt ten aanzien van vrijwel alle prestaties die niet bestaan uit het geven van een goed of geldsom.⁸⁹

Zoals de TM buiten het specifieke verband van voorwaarden constateert, is bij dergelijke prestaties van andere aard de vraag óf überhaupt ongedaan

88 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 146 (o.m. verwijzend naar Asser/Hartkamp 6-III* 2010, p. 593 e.v.); Pitlo/Cahen 2002, p. 38, 39; Scheltema 1997, p. 244; Den Tonkelaar 1994, p. 87, 88; Olthof 1992, p. 293, 294; Zwitser 1990, p. 55; Van Buchem-Spapens 1982, p. 62.

89 De benadering in de literatuur is daarentegen dat ongedaanmaking van dergelijke andersoortige prestaties naar hun aard uitgesloten *kan* zijn en dus niet vrijwel steeds *is*. Ik heb echter nauwelijks enig voorbeeld kunnen vinden waarvan de ongedaanmaking zinvol is in de zin, dat de partij die de prestatie oorspronkelijk heeft verricht er een voordeel bij zou hebben als die prestatie als zodanig ongedaan wordt gemaakt. Dat laatste is echter essentieel, omdat het er immers niet zozeer om gaat dat de ontvanger van de prestatie iets wordt ontnomen, maar dat de partij die presteerde de geleverde prestatie ‘herkrijgt’. Of, zoals de Toelichting Meijers het uitdrukt: ‘Heeft daarentegen iemand voor een ander zonder rechtsgrond een sloot gegraven, dan kan deze wel worden dichtgegooid, maar dit “ongedaan maken”, dat de ontvanger het resultaat van de prestatie voor de toekomst ontnemt, is zinloos met oog op de belangen van zijn wederpartij, die daardoor immers haar opofferingen niet uitgewist of vergoed ziet’ (PG Boek 6, TM, p. 817). Zie ook het voorbeeld van Hartkamp van het bouwen van een huis (Asser/Hartkamp 4-III 1998, p. 312). De rij van voorbeelden is eindeloos: het vervoeren van een zaak, het schilderen van een pand of het ontwerpen van een reclamecampagne voor een bepaald product.

Incidenteel kunnen we echter twijfelen. De prestatie van de kunstschilder u.h.v. een opdrachtverlening tot vervaardiging van een portret – zaaksvorming derhalve – met materialen van de opdrachtgever kan beschouwd als dienst feitelijk niet ongedaan gemaakt worden. Wél kan het schilderij aan de kunstenaar worden afgegeven, hetgeen i.e.g. lijkt op feitelijke ongedaanmaking van de eerdere prestatie, ook al bestond die prestatie niet uit het geven van een goed.

gemaakt dient te worden een – samengevat in de woorden van Bakels – ‘verrijkingsskwestie’.⁹⁰ Ongedaanmaking dient derhalve niet steeds plaats te vinden, maar slechts in bepaalde gevallen. Zie in dat verband de drie alternatieve situaties als omschreven aan het slot van art. 6:210 lid 2 BW. Het feit dat sprake is van de bedoelde *verrijkingsskwestie* betekent echter nóg iets. Eventuele ongedaanmaking door middel van waardevergoeding vormt als ongedaanmaking bij een dergelijke verrijkingsskwestie ook de geëigende weg van ongedaanmaking. Het gaat immers niet zozeer om de prestatie als zodanig – die hoe dan ook niet ongedaan is te maken – maar vooral om het economisch belang bij die prestatie.⁹¹ Daarentegen ontbreekt als uitgangspunt een vraagstuk van toerekenbaarheid in de zin of een partij ‘schuld’ draagt aan de onmogelijkheid van feitelijke ongedaanmaking.⁹² Op grond van deze argumenten is het ook terecht dat de wetgever de gevolgen van onmogelijkheid van ongedaanmaking van prestaties van andere aard laat afwijken van de hierna besproken onmogelijkheid van ongedaanmaking door middel van restitutie.

Als gezegd is de onmogelijkheid van restitutie van een goed of geldsom van een geheel ander karakter. Teruggave van hetgeen is verkregen, is naar zijn aard zonder meer mogelijk. Het niettemin onmogelijk worden van een dergelijke restitutie bevindt zich dan ook in de sfeer van de vraag voor wiens risico deze alsnog ingetreden onmogelijkheid komt.⁹³ Oftewel, we bevinden ons hier op het terrein van de *toerekenbaarheid* van de onmogelijkheid van nakoming van de ongedaanmakingsverplichting, waarbij derhalve ook sprake kan zijn van overmacht. Daarmee is de benadering van de onmogelijkheid van restitutie van een goed of geldsom een volledig andere dan de onmogelijkheid die voortvloeit uit de *aard van de prestatie*, waarin we tevens de reden vinden waarom de wetgever dit onderscheid in het BW heeft opgenomen.⁹⁴

Heeft de vorenomschreven splitsing in twee wijzen van ongedaanmaking echter ook betekenis in het verband van voorwaardelijke rechtsverhoudingen? In elk geval ging Meijers blijkens de redactie van de oorspronkelijke artt. 6.1.5.4

90 PG Boek 6, TM, p. 817; Bakels 1993, p. 363. Ook in deze zin: Hartlief 1994, p. 21.

91 Ook dit wordt door de TM aldus gezien: PG Boek 6, TM, p. 817. Ook: Hartlief 1994, p. 22.

92 Dat zou anders kunnen zijn indien een van partijen gepresteerd heeft of de prestatie heeft aangenomen en bekend was met het ontbreken van een rechtsgrond.

93 Aldus ook: PG Boek 6, TM, p. 817; Scheltema 1997, p. 157 e.v.; Hartlief 1994, p. 18, 49; Bakels 1993, p. 362.

94 Dit onderscheid was om deze reden reeds in het OM aangebracht. In het kader van de hiervoor reeds besproken figuur van de onverschuldigde betaling volgt dit uit art. 6.4.2.8 lid 2 OM en de reeds genoemde toelichting daarbij (PG Boek 6, TM, p. 817). In het verband van de ontbinding vinden we bij art. 6:271 BW: ‘Ook hier behandelt het ontwerp de gevolgen van nietnakoming wegens een van de aanvang af bestaande onmogelijkheid in beginsel volgens dezelfde maatstaf als de gevolgen van niet-nakoming door andere oorzaak’ (PG Boek 6, TM, p. 1026). Gezien de voorafgaande volzin doelt de Toelichting Meijers hier mede op de prestatie die uit de aard daarvan onmogelijk feitelijk ongedaan gemaakt kan worden.

en 6.4.2.2 lid 1 OM (als voorlopers van de huidige artt. 6:24 en 6:25 BW) helemaal niet uit van de mogelijkheid van een andersoortige ongedaanmaking dan restitutie van het eerder verkregene.⁹⁵ In het OM vinden we de term *ongedaanmaking* in het verband van voorwaarden – anders dan in het NBW – dan ook niet. Ook in de TM bij art. 6:24 BW bespreekt Meijers uitsluitend de ongedaanmaking door middel van restitutie van een goed.⁹⁶ Voor hem bestond blijkbaar geen aanleiding om in het verband van voorwaarden aansluiting te zoeken bij een ruimer begrip van de ongedaanmaking – derhalve inclusief de mogelijkheid van ongedaanmaking door middel van waardevergoeding – van onder meer het huidige art. 6:203 BW.⁹⁷

Naar de overwegingen van Meijers voor de door hem gehanteerde beperktere strekking van de ongedaanmaking bij voorwaarden kunnen we slechts gissen. Wellicht dat hij ervan uitging dat bij voorwaardelijke rechtsverhoudingen een ongedaanmaking van *prestaties van andere aard* een in de praktijk weinig reële mogelijkheid is. Ook is het denkbaar dat hij het hoe dan ook niet mogelijk achtte dat een dergelijke prestatie ‘onder voorwaarde’ werd verricht. Beide mogelijkheden bespreek ik onderstaand. Een andere mogelijkheid is dat Meijers art. 1301 OBW als uitgangspunt nam, welke bepaling de ongedaanmaking bij ontbindende voorwaarden redactioneel op twee wijzen benaderde: enerzijds de ongedaanmaking die (ook) inhoudelijk was gebaseerd op terugwerkende kracht, anderzijds de ongedaanmaking als verplichting tot uitsluitend teruggave van het verkregene. Bij het door Meijers gewenste verval van de terugwerkende kracht zou derhalve uitsluitend de ongedaanmaking door middel van teruggave resteren, hetgeen inhoudelijk overeenstemt met art. 6.1.5.4 OM. Of deze verschillende mogelijkheden inderdaad benaderingen van Meijers zijn geweest, valt echter nauwelijks te onderbouwen.⁹⁸

Met het Gewijzigd Ontwerp kwam de term *ongedaanmaking* alsnog in de redactie van de huidige artt. 6:24 en 6:25 BW terecht. Blijkens de PG wenste de wetgever met deze wijziging van art. 6:24 BW *redactioneel* aan te sluiten bij

95 Art. 6.1.5.4 OM luidde: ‘Tenzij uit de inhoud of strekking van de rechtshandeling het tegendeel volgt, heeft een schuldenaar na de vervulling van een ontbindende voorwaarde een vordering tot teruggave van het reeds door hem geleverde en tot afgifte van de na het ogenblik der vervulling verschenen vruchten.’

96 PG Boek 6, TM, p. 149, 150.

97 Lid 3 van art. 6:203 BW vormde nog geen deel van art. 6.4.2.1 OM, maar wel volgde deze bredere strekking van de ongedaanmaking uit art. 6.4.2.8 OM. Zie ook: PG Boek 6, TM, p. 807.

98 Een (hele) kleine aanwijzing voor (een van) deze mogelijkheden kunnen we echter zien in het feit, dat de Toelichting Meijers de ongedaanmaking door middel van waardevergoeding wel onderkende in het verband van de onverschuldigde betaling (PG Boek 6, TM, p. 807). Daar zouden we uit kunnen afleiden dat Meijers – v.z.v. dit deel van de TM van hem afkomstig zou zijn of i.e.g. zou zijn voortgebouwd op Meijers’ zienswijzen in deze – een specifieke reden had om een dergelijke wijze van ongedaanmaking niet tevens op te nemen in het verband van art. 6.1.5.4 OM.

art. 6:271 BW terzake de ongedaanmaking na ontbinding van een overeenkomst.⁹⁹ Of de wetgever echter ook beoogde het ruimere begrip van de ongedaanmaking van onder meer de onverschuldigde betaling op ontbindende voorwaarden toe te passen, volgt aanvankelijk nergens uit. Waarschijnlijk was dan ook inderdaad niets anders bedoeld dan de beide wetsartikelen redactioneel te synchroniseren. Het zou althans opvallend zijn als de wetgever wel degelijk beoogde de mogelijkheid van ongedaanmaking door middel van waardevergoeding aan art. 6:24 BW toe te voegen, maar in de PG geen woord aan deze inhoudelijke wijziging zou hebben besteed.

Uiteindelijk werd echter van de zijde van de vaste Commissie van Justitie de vraag naar voren gebracht waarom de mogelijkheid van waardevergoeding in het geval de aard van de prestatie (daadwerkelijke) ongedaanmaking uitsluit niet in het ontwerp van art. 6:24 BW was opgenomen.¹⁰⁰ Dit is derhalve de eerste maal dat de mogelijkheid van waardevergoeding in het verband van art. 6:24 BW expliciet in de PG ter sprake komt. Het antwoord van de Minister is weliswaar enigszins impliciet, maar niettemin duidelijk: 'Waar daaraan behoefte is, kunnen de regels betreffende het ongedaan maken van prestaties van de afdelingen 6.4.2 en 6.5.4 analogisch worden toegepast []'.¹⁰¹ Tevens werd een zelfde ruimere strekking van de ongedaanmaking alsnog door de wetgever in art. 6:25 BW aangebracht.¹⁰² Met andere woorden, ook waardevergoeding is in het verband van ongedaanmaking bij voorwaardelijke rechtsverhoudingen voor het geldend recht een mogelijkheid.¹⁰³

Wat verder van die laatstbedoelde mogelijkheid zij, in het kader van art. 6:24 BW is – anders dan bij het hierna besproken art. 6:25 BW – sprake van een vrij theoretische benadering van de ongedaanmaking. Partijen in het rechtsverkeer zullen immers zeer goed beseffen dat de betreffende prestatie zich naar haar aard in feitelijke zin niet ongedaan laat maken. Niemand gaat er bijvoorbeeld van uit dat een prestatie bestaande uit een niet-doen voor de voorliggende periode van onzekerheid alsnog ongedaan gemaakt kan worden. Een dergelijke onmogelijkheid zal veelal de conclusie rechtvaardigen dat ook nooit beoogd was een ongedaanmakingsverplichting te laten ontstaan,¹⁰⁴ ook al vinden

⁹⁹ PG Boek 6, MvA II, p. 151.

¹⁰⁰ PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), VV II Inv., p. 1217.

¹⁰¹ PG Boek 6, MvA II, p. 1217.

¹⁰² Art. 6.4.2.2 lid 1 OM (thans art. 6:25 BW) ging overeenkomstig art. 6.1.5.4 OM (thans art. 6:24 BW) uit van de prestatie bestaande uit het geven van een goed. Blijkens de MvA II is de redactie gewijzigd van 'goed' in 'prestatie', juist om ook prestaties van andere aard en daarmee de mogelijkheid van ongedaanmaking d.m.v. waardevergoeding onder het bereik van de bepaling te brengen (PG Boek 6, MvA II, p. 153).

¹⁰³ Onder het OBW was de benadering daarentegen nog de verschuldigdheid van schadevergoeding, zie: Hof Amsterdam 24 juni 1936, NJ 1937, 1125.

¹⁰⁴ Een benadering die we reeds bij Van Oven vinden (Van Oven 1918, p. 146).

we incidenteel wel voorbeelden waar dat niettemin het geval was.¹⁰⁵ Indien de partijwil daarentegen wel degelijk gericht was op ongedaanmaking, zullen waarschijnlijk tevens afspraken zijn gemaakt over de wijze van ongedaanmaking. Ook in dit laatste geval komt aan de in art. 6:210 en 6:272 BW bedoelde waardevergoeding geen betekenis toe, omdat partijen de wijze van ongedaanmaking alsdan zelf hebben vormgegeven. Op grond van deze overwegingen is bij ontbindende voorwaarden het belang van ongedaanmaking door middel van waardevergoeding voor de praktijk waarschijnlijk uiterst bescheiden.

Naast deze meer pragmatisch ingegeven bedenkingen tegen ongedaanmaking door middel van de in art. 6:210 BW bedoelde waardevergoeding kunnen we er ook aan twijfelen of in het verband van art. 6:24 BW überhaupt wel sprake is van een vorm van ongedaanmaking. De reden voor deze twijfel is gelegen in het volgende. De naar haar aard in feitelijke zin niet ongedaan te maken prestatie zal vrijwel steeds zijn verricht uit hoofde van een wederkerige overeenkomst. Als we er ter gedachtebepaling even van uitgaan dat de prestatie van de wederpartij bestaat uit de voldoening van een geldsom, dan heeft ongedaanmaking door middel van waardevergoeding een merkwaardig effect. Als de te vergoeden waarde gelijk zou zijn aan de eerder door diezelfde wederpartij verschuldigde geldsom – hetgeen veelal het geval zal zijn¹⁰⁶ – dan gebeurt er in het kader van de ongedaanmaking *per saldo* niets. Het zou wel heel merkwaardig zijn om daar nog een vorm van voorwaardelijkheid en ongedaanmaking in te zien. Als de te vergoeden waarde lager is dan de eerder verschuldigde geldsom, dan gebeurt *per saldo* niets anders dan het achteraf verlagen van de aanvankelijk door diezelfde wederpartij verschuldigde geldsom. In het bijzondere geval dat de te vergoeden waarde hoger is dan de eerder verschuldigde geldsom, zal de wederpartij moeten bijbetalen. *Per saldo* komt dit neer op het achteraf verhogen van de aanvankelijk door de wederpartij verschuldigde geldsom. We zien derhalve dat bij deze wederkerigheid van prestaties óf helemaal geen ongedaanmaking bestaat, óf slechts sprake is van een achteraf aanpassen van de door de wederpartij verschuldigde tegenprestatie.

Toegegeven, deze benadering is gebaseerd op een verrekeningsmethodiek. Niettemin, in de gevolgen is in feite uitsluitend sprake van een (eventueel)

105 Zie bijv. Hof Amsterdam 24 juni 1936, NJ 1937, 1125, waar de geleverde prestatie bestond uit de sloop van een opstal. Voor het OBW vinden we de mogelijkheid van ‘ongedaanmaking’ van prestaties die zich feitelijk niet ongedaan lieten maken ook in art. 1302 OBW. Het tekortschieten in de nakoming van een wederkerige overeenkomst was o.g.v. die bepaling vormgegeven als een (o.b.v. de veronderstelde partijwil) ontbindende voorwaarde. Van een échte partijwil gericht op mogelijke ongedaanmaking van een dergelijke prestatie was uiteraard geen sprake.

106 In deze zin (buiten het verband van waardevergoeding bij voorwaardelijke rechtsverhoudingen) ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 652.

achteraf aanpassen van de door de wederpartij verschuldigde geldsom. Het lijkt mij twijfelachtig of we daar een vorm van ongedaanmaking in moeten zien, zeker als we er vanuit zouden gaan dat de grondslag voor ongedaanmaking is gelegen in de partijwil, zoals ik eerder heb verdedigd.¹⁰⁷ Die partijwil lijkt in dat geval veel eerder gericht op een aanpassing van de aanvankelijk door de wederpartij verschuldigde geldsom bij het intreden van de voorwaarde, dan op daadwerkelijke ongedaanmaking. Of anders gezegd, partijen hebben de hoogte van de tegenprestatie afhankelijk gemaakt van de voorwaarde, maar niet de tegenprestatie als zodanig. Bij die benadering is de eerder geleverde prestatie die naar haar aard niet ongedaan gemaakt kan worden ook van aanvang af onvoorwaardelijk verricht. Ik zou derhalve willen stellen dat de benadering van Meijers in art. 6.1.5.4 OM, waarbij ongedaanmaking uitsluitend zou (kunnen) bestaan uit restitutie van het eerder verkregene, zeker verdedigbaar is. Voor het geldend recht kunnen we niettemin aannemen dat ook de waardevergoeding als wijze van 'ongedaanmaking' van prestaties van andere aard in het verband van art. 6:24 BW mogelijk is, hoe we dit verder van uit de systematiek ook moeten zien.

Dan echter de in art. 6:25 BW bedoelde ongedaanmaking. Zoals meermaals ter sprake kwam, heeft deze een geheel andere achtergrond dan de ongedaanmaking van art. 6:24 BW. De betekenis van deze bepaling vóór het moment van intreden van een opschortende voorwaarde is gelegen in het creëren van een ongedaanmakingsverplichting in het geval *abusievelijk* gepresteerd wordt.¹⁰⁸ Met andere woorden, dankzij deze wetsbepaling ontstaat al vóór het verval van de opschortende voorwaarde een ongedaanmakingsverbintenis in het bijzondere geval dat gedwaald is ten aanzien van het reeds ingetreden zijn van die opschortende voorwaarde. Dat betekent derhalve dat de presterende partij (onterecht) meent een onvoorwaardelijk geworden verbintenis na te komen en derhalve ook in de veronderstelling verkeert onvoorwaardelijk te presteren.

Dat laatste is een wezenlijk verschil met de hiervoor besproken situatie van art. 6:24 BW, waar partijen er wel degelijk van uitgaan 'onder voorwaarde' te presteren. In de situatie van art. 6:25 BW is het immers zeer goed denkbaar dat een prestatie wordt verricht die zich naar haar aard niet leent voor restitutie. In ieder geval de presterende partij gaat er immers in het geheel niet van uit dat wellicht ongedaan gemaakt zal moeten worden. De mogelijkheid van ongedaanmaking door middel van waardevergoeding is dan ook terecht alsnog in deze wetsbepaling opgenomen. Let wel, dat laatste uitsluitend in het specifieke verband van het bedoelde abusievelijke presteren, waar art. 6:25 BW gedurende de periode van onzekerheid betrekking op heeft. Bij een bewust vroegtijdig presteren vindt art. 6:25 BW alsdan geen toepassing en geldt voor prestaties die zich niet door middel van restitutie ongedaan laten maken

¹⁰⁷ Zie § 3.3.2.3.

¹⁰⁸ Zie daarover § 3.2.3 (m.n. 3.2.3.1 en 3.2.3.3) en § 9.2.4.4.

hetgeen ik hiervoor ten aanzien van art. 6:24 BW stelde. Dat laatste derhalve ook in het geval van een bewust vroegtijdig presteren gevolgd door een verval van de opschortende voorwaarde.

Met dit alles resteert nog de vraag wat voor het geldend recht de omvang van de ongedaanmakingsverplichting door middel van de waardevergoeding is. Bij de ongedaanmaking door middel van restitutie speelt die vraag niet. Teruggegeven moet immers worden hetgeen eerder is verkregen. Bij ongedaanmaking door middel van waardevergoeding zouden we in theorie meer mogelijkheden hebben,¹⁰⁹ maar voor het geldend recht bestaat er geen twijfel over hoe de omvang daarvan moet worden vastgesteld. Het betreft hier de waarde die 'normaal in het economisch leven wordt toegekend' aan die prestatie en welke waarde dient te worden vastgesteld tegen het moment waarop de prestatie werd ontvangen door de partij die thans ongedaan dient te maken.¹¹⁰

OBW, nadere uitwerking

Zoals in § 9.2.4.1 reeds enigszins zijdelings ter sprake kwam, had de ongedaanmaking onder het OBW een gedeeltelijk andere inhoud dan onder het NBW. De verreweg belangrijkste wijze van ongedaanmaking – restitutie van het verkregene – volgde in elk geval rechtstreeks uit art. 1301 OBW. Voor wat betreft deze vorm van ongedaanmaking bestaat dan ook geen verschil met het thans geldend recht. Uit deze zelfde bepaling vloeide echter schijnbaar een ongedaanmakingsverplichting voort met een duidelijk bredere strekking. Het artikel stelde namelijk tevens dat een ontbindende voorwaarde 'de verbindtenis doet ophouden, en de zaken weder tot den vorigen stand doet terug keeren, evenals of er geene verbindtenis bestaan had'. Bij die benadering kwam al snel de gedachte op dat niet uitsluitend de prestatie zélf ongedaan gemaakt moest worden door middel van restitutie. Niet alleen lijken immers ook andersoortige prestaties onder deze redactie gebracht te kunnen worden, maar eveneens de eventuele verdere gevolgen van een prestatie. Daarmee zou de ongedaanmaking een gevolg zijn van de terugwerkende kracht als zelfstandig begrip en niet als gevolg van een systematiek gebaseerd op onverschuldigde betaling, zo zal ik in § 9.2.4.2 verder bespreken.

Voor wat betreft deze verdere gevolgen was de discussie sterk gericht op de vraag of ook de intussen verschenen vruchten 'ongedaan' gemaakt moesten

109 Zie in dat verband: PG Boek 6, TM, p. 819 nt. 1.

110 Dit is althans de waardevaststelling o.g.v. art. 6:210 lid 2 BW en in de benadering van de Toelichting Meijers bij de onverschuldigde betaling (PG Boek 6, TM, p. 818, 819, 1031). Het is echter ook in het kader van art. 6:24 BW een logische vaststelling van de waarde. Bij restitutie van een goed was het risico van waardewijzigingen van dat goed in de periode tussen levering en restitutie immers ook voor rekening en risico van de oorspronkelijk presterende partij (thans verwachter) gekomen. Er is geen reden in het kader van de andere vorm van ongedaanmaking – waardevergoeding – een andersoortige risicoverdeling te hanteren.

worden, in de zin dat ook deze aan de wederpartij afgegeven dienden te worden. Soms vinden we deze mogelijk ruimere strekking van de ongedaanmaking echter ook buiten dit verband van de gerechtigdheid tot verschenen vruchten. Bijvoorbeeld werd door het Hof 's-Gravenhage beslist dat ook gemaakte winst 'teruggegeven' diende te worden.¹¹¹ Daarmee had de ongedaanmaking onder het OBW een mogelijk bredere strekking. Immers moest niet alleen de prestatie als zodanig ongedaan gemaakt worden, maar ook de eventuele verdere gevolgen van die prestatie. Lastig aan die benadering was dat bij een uitgangspunt van terugwerkende kracht de discussie steeds weer gericht was op de vraag in hoeverre partijen die terugwerkende kracht inderdaad ook met betrekking tot die verdere gevolgen hadden beoogd.

In de verhouding tussen de ongedaanmaking van het NBW en het OBW zien we derhalve het volgende. De wetgever van het NBW hanteert het begrip van de ongedaanmaking in de zin van restitutie van het verkregene of, als de aard van de prestatie dat niet toelaat, waardevergoeding van die prestatie. Een benadering die in de hedendaagse literatuur wordt onderschreven. De ongedaanmaking uit hoofde van art. 6:24 BW ziet derhalve uitsluitend op de eerdere prestatie als zodanig. De ongedaanmaking onder het OBW had in beginsel een ruimere strekking, die met name van belang was ten aanzien van de gerechtigdheid tot de vruchten als verschenen gedurende de periode van onzekerheid, maar eventueel ook in andere opzichten van belang kon zijn. In beide stelsels kan de partijwil uiteraard de inhoud van de ongedaanmaking verder vorm geven, waarmee eventuele verschillen tussen de twee stelsels in het individuele geval geheel zouden kunnen ontbreken, maar dat neemt niet weg dat de uitgangspunten voor de ongedaanmaking tussen NBW en OBW wezenlijk verschillen.

Dit verschil tussen beide stelsels is een gevolg van de onderling afwijkende systematiek voor de ongedaanmaking. De keuze voor de systematiek van het NBW is ingegeven door de nadelen die de wetgever in de terugwerkende kracht

111 Zie in dit verband bijv. Hof 's-Gravenhage, 17 november 1913, NJ 1913, 1324. Volgens het hof moest de bezwaarde bij het intreden van een ontbindende voorwaarde ook de winst (als ontstaan door exploitatie van de voorwaardelijk verkregen zaken) aan de verwachter teruggeven. Het hof baseerde zich daarbij op de slotzin van art. 1301 OBW, op grond waarvan hetgeen ontvangen was bij het latere intreden van de ontbindende voorwaarde teruggeven moest worden. Blijkbaar kwalificeerde het hof onder hetgeen was ontvangen niet uitsluitend hetgeen van de verwachter was verkregen, maar ook wat als uitvloeisel daarvan – in casu de gemaakte winst – aan de zijde van de bezwaarde was opgekomen. Overigens besliste het hof in een opvolgend arrest in dezelfde zaak (Hof 's-Gravenhage 17 mei 1915, W. 9866) dat ook de bezwaarde jegens de verwachter recht kon hebben op vergoeding van winst, mits de winstderving meer bedroeg dan de door de verwachter aan hem verschuldigde rente (als vergoeding van de vruchten over de koopsom). Een merkwaardig oordeel als we ervan uitgaan, dat de gederfde winst – indien deze toch zou zijn gemaakt – op grond van 's-Hofs eigen oordeel van 17 november 1913 aan de verwachter zou zijn toegekomen.

zag.¹¹² Uit deze systematiek van het ontbreken van terugwerkende kracht vloeit in beginsel ook voort dat de bezwaarde in goederenrechtelijke zin gerechtigde tot de vruchten wordt en dat bij het intreden van een ontbindende (of eventueel het verval van een opschortende) voorwaarde ook blijft. Dit is door wetgever als zodanig geconstateerd,¹¹³ maar volgt ook uit art. 6:24 lid 2 BW alsmede art. 6.1.5.4.2 OM. Opvallend genoeg wordt deze materiële wijziging van het NBW ten opzichte van het OBW door de wetgever niet *inhoudelijk* onderbouwd. Ook in de literatuur vinden we geen argumenten voor deze omslag. Een dergelijke, ingrijpende materiële wijziging had mijns inziens wel enige toelichting kunnen gebruiken met andere argumenten dan uitsluitend als de consequentie van een gewijzigde systematiek. Teruggebracht tot de essentie van wat een voorwaarde is – het verdisconteren van onzekerheid in de rechtsverhouding – is immers helemaal niet zó vanzelfsprekend waarom bijvoorbeeld verschenen vruchten aan een bepaalde partij zouden moeten toekomen. Economische en pragmatische overwegingen zouden mijns inziens zeer veel meer gewicht moeten toekomen dan zuiver systematische. Een afweging die de wetgever als gezegd niet heeft gemaakt.

9.2.4.2 *De betekenis van de terugwerkende kracht in het verband van de ongedaanmaking*

Inleiding

Voordat we in het kader van de beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding de figuur van de ongedaanmaking verder bestuderen, werpen we nogmaals een blik op de figuur van de terugwerkende kracht. Eerder zagen we dat deze – ongeacht de verdere inhoudelijke betekenis die de terugwerkende kracht in de verschillende stelsels heeft – in alle bestudeerde stelsels onbetwist van regeland recht is.¹¹⁴ Daarnaast zagen we ook een aantal verschillen tussen deze stelsels. De eerste daarvan betreft de vraag of terugwerkende kracht bij het intreden van een voorwaarde het uitgangspunt vormt. Het OBW kende inderdaad een dergelijke wettelijk uitgangspunt. Het thans geldend Nederlandse recht gaat daarentegen uit van het ontbreken van terugwerkende kracht. Voor het Duitse en Zwitserse recht is niet helemaal duidelijk of deze al dan niet een dergelijk uitgangspunt kennen.

Een tweede, wezenlijker verschil is gelegen in de functie die terugwerkende kracht in de systematiek vervult. Onder het OBW werd die functie vaak mede gezien in het goederenrechtelijke effect van het intreden van de voorwaarde. Of anders gezegd, de voorwaarde kon ook in goederenrechtelijke zin met terugwerkende kracht intreden. In het thans geldend Nederlandse alsmede het Duitse recht heeft de terugwerkende kracht daarentegen dwingendrechtelijk

¹¹² Zie § 2.6.2.3.

¹¹³ PG Boek 6, TM, p. 146, 149; PG Boek 6, MvA II, p. 152.

¹¹⁴ Zie 2.6.2.5 en 9.2.2.

geen goederenrechtelijke betekenis. Daarentegen blijft het enigszins onduidelijk of deze voor het Zwitsers recht in goederenrechtelijke zin een functie kan vervullen.¹¹⁵

Een mogelijk derde verschil bestaat uit de functie die de terugwerkende kracht heeft in het kader van het ontstaan en de inhoud van ongedaanmakingsverplichtingen. Het thans geldend Nederlandse, het Duitse en het Zwitserse recht aanvaarden de terugwerkende kracht 'in obligatoire zin'. Dat heeft in elk geval betekenis voor de *inhoud* van de ongedaanmakingsverplichting. Voor het Nederlandse recht is daarentegen geen sprake van enigerlei functie voor wat betreft het *ontstaan* van ongedaanmakingsverplichtingen. Voor het Duitse en het Zwitserse recht kunnen we daarover twijfelen. Onder het OBW had de terugwerkende kracht in elk geval wél een functie in het kader van het ontstaan van verplichtingen tot ongedaanmaking. Daarnaast had deze wellicht ook zelfstandige betekenis voor wat betreft de inhoud van deze verplichtingen.

De functie van de terugwerkende kracht werk ik onderstaand verder uit. Bij de 'nadere uitwerking' zal ik vervolgens een aantal systematische problemen bespreken die (kunnen) voortvloeien uit een systematiek waarbij de terugwerkende kracht een functie ten aanzien van de ongedaanmaking vervult. Gezien het feit dat van de onderzochte stelsels uitsluitend het OBW zonder meer een dergelijke systematiek kende, zal ik een en ander bespreken aan de hand van het OBW. De strekking van het betoog is echter niet specifiek op het OBW gericht.

Geldend recht, OBW, Duits en Zwitsers recht

Onder de term *terugwerkende kracht* worden in de onderzochte stelsels verschillende begrippen gehanteerd. Deze onderling verschillende begrippen hebben in de systematiek ook een aantal te onderscheiden functies. De twee duidelijkst te onderscheiden begrippen zijn de in de inleiding bedoelde terugwerkende kracht in goederenrechtelijke en in obligatoire zin. De terugwerkende kracht in goederenrechtelijke zin vinden we in de literatuur met name in het verband van de verklaring van de goederenrechtelijke werking na een eerdere voorwaardelijke beschikking. In die benadering blijkt de gerechtigde tot een goed gedurende de periode van onzekerheid achteraf toch nooit gerechtigde te zijn geweest. De terugwerkende kracht vormt in deze betekenis derhalve een fictie.¹¹⁶

In het verband van die goederenrechtelijke werking vervult de terugwerkende kracht een dubbele functie. Enerzijds is sprake van werking tussen partijen, waarvan de verklaring onder het OBW vaak gezien werd in het verval van titel of levering en het daarmee alsnog niet tot stand gekomen zijn van

¹¹⁵ Zie 2.6.2.5 en 11.2.5.3.

¹¹⁶ Deze kwalificatie als fictie wordt in de verschillende stelsels breed onderschreven, zie § 2.6.2.1.

de overdracht.¹¹⁷ Anderzijds is de bezwaarde daarmee inderdaad geen recht-hebbende geweest gedurende de periode van onzekerheid en was deze derhal-ve beschikkingsonbevoegd. De gedurende de periode van onzekerheid door de bezwaarde verrichte beschikkingen hebben derhalve met de wijsheid achteraf nooit effect gehad, waarmee sprake is van een werking ten opzichte van de partijen ten behoeve van wie de beschikking is verricht alsmede even-tuele verdere rechtsopvolgers.¹¹⁸ Van de bestudeerde stelsels vond deze goe-derenrechtelijke functie van de terugwerkende kracht uitsluitend onder het OBW brede erkenning. Voor het Zwitsers recht bestaat twijfel dienaangaande. Het Nederlandse geldend recht alsmede het Duitse kennen een dergelijke goederenrechtelijke functie dwingendrechtelijk niet.¹¹⁹

De goederenrechtelijke terugwerkende kracht kent buiten de goederenrechtelij-ke werking echter nog een andere functie, namelijk in het verband van het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen. Dit betreft de systematiek waarbij de rechtsgrond voor de eerdere nakoming alsnog, derhalve met terug-werkende kracht, komt te vervallen per het moment van die eerdere prestatie. De prestatie is daarmee achteraf beschouwd onverschuldigd verricht, hetgeen leidt tot een verplichting tot ongedaanmaking uit hoofde van onverschuldigde betaling. De terugwerkende kracht vormt derhalve niet de grondslag voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen als zodanig, maar leidt er wel toe dat die grondslag in de vorm van de onverschuldigde betaling toepas-sing vindt.

Ook dit is een vorm van goederenrechtelijke terugwerkende kracht, omdat immers – in elk geval beschouwd vanuit het Nederlandse recht – vereist is dat de rechtsgrond daadwerkelijk ontbreekt ten tijde van het eerdere preste-ren.¹²⁰ Uiteraard zouden partijen overeen kunnen komen ‘alsof’ de onver-schuldigde betaling toepassing zou vinden, maar in dat geval vindt de ver-plichting tot ongedaanmaking haar grondslag in de partijwil en niet in de wettelijke figuur van de onverschuldigde betaling. Daarmee vormt de terug-werkende kracht ook in deze functie van het daadwerkelijk ontbreken van de rechtsgrond op het eerder gelegen moment van de nakoming een fictie. In de literatuur vinden we echter zelden of nooit geconstateerd (noch overigens

117 Anders dan door moderne auteurs meestal wordt gesteld, was de systematiek van de goederenrechtelijke werking onder het OBW wel degelijk in redelijke mate omstreden. Het met terugwerkende kracht vervallen van de titel vond pas in de jaren tachtig van de vorige eeuw, derhalve pas in de laatste jaren waarin het OBW gelding had, brede aanvaarding. Naast die systematiek werden ook talrijke andere verdedigd, waarbij de terugwerkende kracht vaak wel enigerlei functie werd toegedicht. Zie § 11.2.4.

118 Zie voor deze betekenis van de terugwerkende kracht en de verdere uitwerking daarvan hoofdstuk 11, m.n. § 11.2.3.2 en 11.2.3.3.

119 Zie § 2.6.2.5 en § 11.2.4 tot en met 11.2.6.

120 In het Duitse en Zwitserse recht wordt daar tenminste deels anders over gedacht, zie § 3.3.2.1 en hierna.

ontkend) dat ook in dit laatste geval de terugwerkende kracht van goederenrechtelijke aard is.¹²¹

Voor het Nederlands geldend recht vervult de terugwerkende kracht evenmin deze laatste functie van het creëren van een grondslag. Ongedaanmakingsverplichtingen ontstaan onder het NBW uit hoofde van de wet (art. 6:24 BW) of in mijn optiek uit hoofde van de partijwil, maar in elk geval niet uit hoofde van de onverschuldigde betaling.¹²² De terugwerkende kracht heeft in het verband van het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen geen enkele betekenis. Voor het Duitse en Zwitserse recht is dit daarentegen een in zekere mate omstreden kwestie. Beide stelsels kennen geen bepaling als art. 6:24 BW en de grondslag voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen volgt ook anderszins niet duidelijk uit de systematiek. Een deel van de literatuur neemt aan dat die grondslag is gelegen in de ongerechtvaardigde verrijking van § 812 BGB en art. 62 II OR. Beide wetsbepalingen aanvaarden toepassing van die figuur ook indien de rechtsgrond (alsnog) op een later moment wordt aangetast. Niettemin stelt een deel van de Duitse literatuur dat voor die toepasselijkheid de terugwerkende kracht tóch een vereiste vormt.¹²³ Een functie van de terugwerkende kracht die ik zelf niet goed kan plaatsen.

Voor het OBW leidt het nauwelijks twijfel dat de terugwerkende kracht inderdaad leidde tot het verval van de eerdere rechtsgrond en daarmee onder het OBW de vorenomschreven functie vervulde.¹²⁴ Het heeft er echter de schijn van dat de terugwerkende kracht ook wel een andere functie in het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen werd toegedacht, namelijk als zelfstandige grond voor die ongedaanmaking. Daarbij had de terugwerkende kracht zowel

121 Dat is in die zin enigszins opmerkelijk dat deze grondslag voor de ongedaanmakingsverbinding u.h.v. de onverschuldigde betaling in feite dezelfde is als de verklaring voor de goederenrechtelijke werking in een causaal stelsel met terugwerkende kracht van de ontbindende voorwaarde. Deze laatste wordt als systematiek als zodanig meestal aanvaard, althans als we buiten beschouwing laten dat het Nederlandse, Duitse en waarschijnlijk het Zwitserse recht de goederenrechtelijke terugwerkende kracht dwingendrechtelijk niet meer kennen.

Overigens lijken Hartkamp en Sieburgh wél deze benadering van de terugwerkende kracht te hanteren. Zij stellen namelijk dat partijen ook geen terugwerkende kracht overeen kunnen komen die zou leiden tot verval van de rechtsgrond van de reeds verrichte prestatie (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 648). Inderdaad gaan zij ervan uit dat een goederenrechtelijke terugwerkende kracht niet mogelijk is (zie ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 143). I.e.g. Hartkamp onderkent daarentegen wel de mogelijkheid van een obligatoire terugwerkende kracht (Hartkamp 1991, p. 870).

122 Zie § 3.3.2.

123 MüKo/Westermann, p. 1597; Staudinger/Bork 2010, p. 341 (althans als uitgangspunt. Bork onderschrijft 'in beginsel' de visie van Flume); Wolf 1999, p. 519.

124 In deze zin i.e.g.: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 401; Hamaker 1970, p. 59, 60; Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 28. Eerder constateerde ik reeds dat het niettemin enigszins opvallend is, dat het aantal auteurs dat deze systematiek expliciet voor het OBW verwoorde nogal bescheiden is. Tegenspraak ontbreekt echter volledig, zodat er in die zin toch geen reden voor twijfel is.

betekenis voor de omvang van de ongedaanmaking als vormde deze de – systematisch verder niet verklaarbare – grondslag voor deze ongedaanmaking. Een benadering van de terugwerkende kracht die in zekere mate op art. 1301 OBW kon worden gebaseerd, welk artikel onder meer stelde dat ‘de zaken weder tot den vorigen stand doet terug keeren, evenals of er geene verbindtenis bestaan had’. Ik bespreek deze benadering onderstaand verder bij de ‘nadere uitwerking’.

Naast de vorenbesproken goederenrechtelijke terugwerkende kracht kennen we deze als het eerdergenoemde obligatoire begrip. In Meijers optiek was in dat geval helemaal geen sprake van ‘echte’ terugwerkende kracht. Van deze laatste was zijns inziens uitsluitend sprake indien de terugwerkende kracht ook in goederenrechtelijk opzicht gevolgen had.¹²⁵ Bij de door een belangrijk deel van de literatuur in de terugwerkende kracht gevonden verklaring voor de goederenrechtelijke werking was daarvan uiteraard sprake. Indien de terugwerkende kracht echter uitsluitend een wijze van vaststelling van de inhoud van de obligatoire verplichtingen was, vormde deze in Meijers opvatting geen daadwerkelijke terugwerkende kracht. Partijen zouden alsdan uitsluitend verplicht zijn elkaar in de positie te brengen alsof de rechtsverhouding niet tot stand zou zijn gekomen. Oftewel, alsdan was slechts sprake van verplichtingen die nog nagekomen moesten worden. Van een grondslag voor de ongedaanmakingsverbintenis zélf is bij die benadering van de terugwerkende kracht dan ook geen sprake, maar deze zal als wettelijke of contractuele figuur in het leven moeten worden geroepen. Of Meijers overigens dit laatste ook zo zag, is mij niet duidelijk geworden.

Wat daar verder van zij, in de betekenis van een obligatoir begrip komen we de terugwerkende kracht in drie varianten tegen. De eerste daarvan is dát partijen ongedaanmakingsverplichtingen willen laten ontstaan. De terugwerkende kracht vervult in deze betekenis als gezegd geen systematische functie voor wat betreft de grondslag voor het ontstaan van dergelijke verplichtingen, maar is niets anders dan de weergave van de partijwil dat met het intreden van de ontbindende voorwaarde ongedaan gemaakt dient te worden.¹²⁶ De partijwil zélf vormt in dat geval de grondslag voor die verplichtingen. De terugwerkende kracht zegt in dat geval evenmin iets over de *inhoud* van die ongedaanmakingsverplichtingen. In deze betekenis is de term ‘terugwerkende kracht’ eigenlijk alleen historisch verklaarbaar, omdat deze in geen enkel opzicht daadwerkelijk betrekking heeft op het verleden.

De tweede betekenis van de obligatoire terugwerkende kracht ligt dicht tegen de vorenomschreven aan, maar is de eerste van twee varianten die wél

125 Zie § 2.6.2.1 bij de ‘nadere uitwerking’.

126 Zie bijv. voor het Zwitsers recht: Honsell 2008, p. 623; Staehelin 1993, p. 20, 21. Beide auteurs zien de grondslag voor de ongedaanmakingsverplichting in de partijwil en (v.w.b. Staehelin expliciet) niet in enigerlei functionele samenhang met de terugwerkende kracht.

iets zeggen over de inhoud van de ongedaanmakingsverplichting. In deze betekenis wordt de terugwerkende kracht gehanteerd om aan te geven dat de eerdere prestatie – derhalve de inhoud van de nakoming uit het verleden – ongedaan gemaakt zal moeten worden. Met andere woorden, de terugwerkende kracht wordt zowel gehanteerd als weergave van het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen als voor wat betreft de inhoud van die verplichtingen, bestaande uit (in beginsel) restitutie van de eerdere prestatie. De grondslag voor de ongedaanmaking vormt deze echter niet.

Tot slot de derde betekenis van de obligatoire terugwerkende kracht. Deze omvat eveneens dát ongedaan gemaakt dient te worden. Voor wat betreft de inhoud van die ongedaanmaking heeft deze echter een veel ruimere strekking. Niet alleen zullen de prestaties zelf ongedaan gemaakt moeten worden, maar partijen zijn over en weer verplicht de wederpartij in de positie te brengen alsof de rechtsverhouding nooit had bestaan. Of enigszins anders verwoord, partijen dienen aan de wederpartij te verschaffen wat deze zou hebben gehad indien de voorwaarde zou zijn ingetreden tegen het eerdere (overeengekomen) tijdstip.¹²⁷ Althans, met inachtneming van het feit dat de terugwerkende kracht ook op slechts gedeelten van de rechtsverhouding betrekking kan hebben. Daarmee kan bijvoorbeeld de verplichting tot ongedaanmaking betrekking hebben op intussen verschenen vruchten, ontstane winst of vergoeding van door de wederpartij gemaakte kosten. Tevens kan de terugwerkende kracht ook in andere zin betekenis hebben voor de inhoud van de ongedaanmakingsverplichting, bijvoorbeeld doordat deze leidt tot een andere risicoverdeling tussen partijen. In de onderzochte stelsels komen we ook deze benadering tegen.¹²⁸ In het Duitse en Zwitserse recht vinden we deze betekenis van de terugwerkende kracht overigens ook met betrekking tot opschortende voorwaarden. Alsdan is bijvoorbeeld het gevolg dat de verwachter reeds gedurende de periode van onzekerheid gerechtigd was tot het gebruik¹²⁹ alsmede tot de natuurlijke en burgerlijke vruchten.¹³⁰

Lastig aan de term *terugwerkende kracht* is dat deze in de literatuur van de verschillende stelsels vaak met een zekere vanzelfsprekendheid wordt gehanteerd, terwijl soms niet duidelijk is welk begrip eigenlijk bedoeld is. Voor wat

127 Zie bijv. voor het Duitse recht: PWW/Brinkmann 2014, p. 222; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 619; Wolf/Neuner 2012, p. 650; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1066.

128 Duits recht: Staudinger/Bork 2010, p. 340; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1065.

Zwitsers recht: (vermoedelijk) Honsell 2008, p. 623; (vermoedelijk) Guhl/Koller 2000, p. 62.

129 Duits recht: Staudinger/Bork 2010, p. 340; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1066; Zwitsers recht: Berger 2012, p. 266; Koller 2009, p. 1289.

Uit hoofde van art. 153 I OR geldt in dat verband het wettelijk vermoeden dat partijen terugwerkende kracht hebben beoogd, indien de onderhavige zaak vóór het intreden van een opschortende voorwaarde reeds is overhandigd aan de verwachter (ook: Schwenzer 2012, p. 70; Honsell 2008, p. 613).

130 Blijkens de literatuur heeft art. 153 I OR analoge werking voor andere prestaties dan (levering van) zaken, zie: Koller 2009, p. 1289.

betreft het verschil tussen de terugwerkende kracht in goederenrechtelijke en in obligatoire zin is dat meestal niet zo'n probleem, omdat merendeels toch wel duidelijk zal zijn op welke van beide varianten wordt gedoeld. Niettemin vinden we in de (met name Zwitserse) literatuur voorbeelden waarbij ook voor wat betreft dit onderscheid onduidelijk blijft, wat bedoeld is. Voor het obligatoire begrip van de terugwerkende kracht geldt dat nog in veel grotere mate. De vaststelling dát ongedaan gemaakt dient te worden en de verschillende strekkingen van de inhoud van die ongedaanmakingsverplichtingen liggen taalkundig vaak dusdanig dicht bij elkaar dat we nogal eens in het duister tasten over de bedoelde strekking van de terugwerkende kracht. Dat wreekt zich soms bij de bestudering van de gehanteerde systematiek in de verschillende stelsels, zo zagen we reeds in § 3.3.2 terzake de verschillende verklaringen voor het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen.

Nadere uitwerking

Zoals ik in de inleiding van deze paragraaf reeds aankondigde, zal ik thans een aantal problemen bespreken die samenhangen met een systematiek waarbij de ongedaanmaking is verbonden of voortvloeit uit de terugwerkende kracht. Dat gebeurt als gezegd aan de hand van het OBW omdat dit het enige onderzochte stelsel is waarbij de terugwerkende kracht zonder twijfel een dergelijke functie vervulde.

De terugwerkende kracht was onder het OBW vrijwel onbetwist van regelend recht.¹³¹ Voor de beëindiging van de ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding als zodanig vormde deze ook geen vereiste. Voor zover beoogd was met die beëindiging slechts gevolgen 'voor de toekomst' in het leven te roepen – derhalve met name zonder ongedaanmaking van hetgeen reeds was gepresteerd – bestond vanuit de systematiek ook geen behoefte aan terugwerkende kracht. De rechtsverhouding eindigde eenvoudig door het intreden van de ontbindende voorwaarde. Indien daarentegen wél ongedaan gemaakt diende te worden, vervulde de terugwerkende kracht in de opvattingen van een groot deel van de literatuur verschillende functies. In het verband van de goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde had deze in de optiek van veel auteurs een systematische functie. Daarnaast vormde in de opvatting van een deel van de literatuur terugwerkende kracht de grondslag voor de ongedaanmakingsverbintenis. Uit hoofde van die terugwerkende kracht ontviel de rechtsgrond aan de reeds nagekomen verbintenis en was, met de wijsheid achteraf, ten aanzien van de reeds geleverde prestatie sprake van een onverschuldigde betaling. Met andere woorden, dankzij de terugwerkende kracht die weer toepassing vond op grond van de partijwil – of zelfs een weergave

¹³¹ Zie § 2.6.2.5 en 9.2.2.

van die partijwil was – ontstond uit hoofde van de onverschuldigde betaling de verplichting tot ongedaanmaking.¹³²

De terugwerkende kracht werd echter veelal tevens beschouwd als een bron van problemen, die ik reeds in § 2.6.2.3 heb besproken. In het specifieke verband van de ongedaanmaking was met name de vraag óf en in hoeverre deze in het individuele geval toepassing moest vinden. Die vraag gold niet alleen ten aanzien van de geleverde prestaties, maar ook voor de intussen verschenen vruchten en eventueel zelfs voor de verdere gevolgen van de rechtsverhouding.¹³³ Deze vraag naar de eventuele inhoud en omvang van de ongedaanmaking werd geplaatst in het licht van het feit dat de terugwerkende kracht van regelend recht was. Echter, als zodanig zei de constatering dát sprake was van regelend recht niets over de cruciale vraag of de terugwerkende kracht ook in een voorliggend geval betekenis toekwam. Dat was immers afhankelijk van de partijwil, waarmee de eventuele verplichting tot ongedaanmaking in feite rechtstreeks afhankelijk was van die partijwil. Dit laatste stapje was in de literatuur echter omstreden,¹³⁴ hetgeen de systematiek bij een beoogd ontbreken van ongedaanmaking bij de auteurs die de terugwerkende kracht *niet* als de wettelijk veronderstelde partijwil zagen tot een enigszins merkwaardige tweetrapsraket maakte. De partijwil had alsdan immers strikt genomen geen betrekking op het ontbreken van ongedaanmakingsverplichtingen, maar op het ontbreken van de wettelijke terugwerkende kracht, waaruit weer het ontbreken van ongedaanmakingsverplichtingen volgde.

Daarmee komen we bij een aantal vraagstukken ten aanzien van de systematiek van het OBW met betrekking tot de ongedaanmaking die we in de literatuur overigens niet aantreffen. Bij de vorenstaande bespreking van het begrip van de terugwerkende kracht in de verschillende stelsels zagen we reeds dat we in elk geval een onderscheid moeten maken tussen de ‘goederenrechtelijke’ terugwerkende kracht en de ‘obligatoire’. Deze benadering van de terugwerkende kracht als in feite twee verschillende figuren vinden we in de literatuur van het OBW niet, althans niet expliciet. Wel brengt deze ons bij een eerste systematisch probleem. Als we ervan uitgaan dat de grondslag voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen is gelegen in het met terugwerkende kracht komen te vervallen van de rechtsgrond voor de eerdere nakoming en daarmee van het toepasselijk worden van de onverschuldigde betaling, is sprake van ‘echte’ terugwerkende kracht. Voor toepassing van de onver-

¹³² Zie § 3.3.2.1 en 9.2.3.

¹³³ Art. 1301 OBW sprak van de voorwaarde die ‘de zaken weder tot den vorigen stand doet terug keeren, evenals of er geen verbindtenis bestaan had’. Deze redactie had derhalve een veel ruimere strekking dan het huidige art. 6:24 BW. Uit de jurisprudentie gewezen onder het OBW komt dan ook een beeld naar voren, waaruit volgt dat de vraag óf en in hoeverre de terugwerkende kracht in individuele gevallen een rol diende te vervullen een bron van onenigheid vormde.

¹³⁴ Zie § 2.6.2.1.

schuldigde betaling is immers vereist dat de rechtsgrond daadwerkelijk ontbreekt ten tijde van de 'nakoming', zo schreef ik hiervoor. Uiteraard zouden partijen kunnen *overeenkomen* dat de onverschuldigde betaling toepassing zal vinden, maar in dat geval vindt de verplichting tot ongedaanmaking haar grondslag in de partijwil en niet in de systematiek van een daadwerkelijk ontbreken van de rechtsgrond. De wettelijke figuur van de onverschuldigde betaling vindt uit hoofde van die partijwil alsdan uitsluitend *overeenkomstige* toepassing. Het was onder het OBW echter de wettelijke figuur van onverschuldigde betaling die in de heersende opinies de grondslag voor ongedaanmaking vormde.

De systematiek van het met terugwerkende kracht wegvallen van de rechtsgrond voor de eerdere prestatie levert echter in een aantal opzichten problemen op in het verband van de ongedaanmaking. Een eerste daarvan betreft de situatie waarin na een eerdere beschikking uitsluitend obligatoire ongedaanmakingsverplichtingen tussen partijen dienen te bestaan. Het op grond van de partijwil *onthouden* van terugwerkende kracht ten aanzien van die rechtsgrond voor wat betreft de beschikking en het tegelijkertijd *toepassen* van de terugwerkende kracht ten aanzien van diezelfde rechtsgrond om een obligatoire ongedaanmakingsverbintenis te creëren uit hoofde van de onverschuldigde betaling, valt lastig met elkaar te rijmen. Met andere woorden, omdat de goederenrechtelijke werking en het ontstaan van ongedaanmakingsverbintenissen in elk geval in een belangrijk deel van de opvattingen onder het OBW dezelfde verklaring hadden – het ontbreken van de rechtsgrond ten tijde van de prestatie – ontstaat het vorenomschreven probleem. Onder het NBW bestaat een dergelijke frictie niet, al was het maar dat bij de verschillende verklaringen voor de goederenrechtelijke werking en het ontstaan van ongedaanmakingsverbintenissen geen enkele 'overlapping' bestaat.

Min of meer dezelfde systematische problematiek bestaat in het geval partijen beogen variaties aan te brengen in de ongedaanmaking van een prestatie. De overdracht van een goed dient bijvoorbeeld ongedaan gemaakt te worden, maar de intussen bij de bezwaarde verschenen vruchten van dat goed dienen de bezwaarde te blijven toekomen. Wederom doet zich de situatie voor dat de rechtsgrond voor die overdracht wél of niet met terugwerkende kracht wordt aangetast, maar beide mogelijkheden tegelijkertijd is uitgesloten. Niettemin werd een dergelijke variatie in de ongedaanmaking veelal wel aangenomen op grond van de gedachte dat de terugwerkende kracht van regeland recht was.¹³⁵ Hoe een en ander alsdan systematisch zou moeten verlopen als slechts sprake is van een en dezelfde rechtsgrond bleef onder het OBW niettemin onbesproken.

135 Zie ook § 9.2.4.5.

Op grond van het vorenstaande zou ik derhalve willen stellen dat de systematiek van ongedaanmaking na het intreden van een ontbindende voorwaarde zeker niet geheel onproblematisch is. Daar komt bij dat we ook op andere gronden enigszins kunnen twijfelen aan deze systematiek van het met terugwerkende kracht vervallen van de eerdere rechtsgrond voor de prestatie. Dit zien we het duidelijkst bij de reeds genoemde discussie onder het OBW of ook de intussen verschenen vruchten aan de wederpartij toe zouden moeten komen. Een discussie die niet zozeer voortvloeide uit de vraag of de systematiek zou moeten leiden tot 'ongedaanmaking' met betrekking tot die vruchten, maar óf moest worden aangenomen dat partijen ook ten aanzien van de gerechtigdheid tot die vruchten terugwerkende kracht hadden beoogd.

Deze benadering van de gerechtigdheid tot de verschenen vruchten kan echter de weergave zijn van twee geheel verschillende systemen voor (de grondslag van) de ongedaanmaking. Op de eerste plaats is het mogelijk dat de ongedaanmaking als uitgangspunt een 'alomvattende' inhoud heeft, die vervolgens in het individuele geval weer beperkt kan zijn doordat aangenomen moet worden dat partijen de terugwerkende kracht gedeeltelijk of zelfs geheel hebben uitgesloten. Een beperking van de terugwerkende kracht uit hoofde van de partijwil kan, door het dientengevolge niet toepasselijk worden van de onverschuldigde betaling, in deze benadering immers leiden tot een beperking of het geheel uitsluiten van ongedaanmakingsverplichtingen. Andersom kan de partijwil in een systematiek gebaseerd op onverschuldigde betaling daarentegen niet leiden tot 'meer' terugwerkende kracht en het daarmee uitbreiden van het bestaan of de inhoud van ongedaanmakingsverplichtingen. De grens wordt in deze systematiek immers gevormd door de maximale omvang die ongedaanmakingsverplichtingen kunnen hebben uit hoofde van de onverschuldigde betaling. De invloed van de partijwil op de (omvang van de) terugwerkende kracht is derhalve steeds van beperkende aard voor wat betreft de ongedaanmaking. Een systematiek waarbij via de terugwerkende kracht het bestaan en eventueel de inhoud van ongedaanmakingsverplichtingen wordt vormgegeven, moet derhalve wel gebaseerd zijn op het uitgangspunt van de bedoelde 'alomvattendheid' van de ongedaanmakingsverplichtingen.

Lastig aan de vorenstaande benadering is dat in de literatuur van het OBW niet altijd even duidelijk blijkt of de gevolgen terzake de inhoud van de ongedaanmaking inderdaad uitsluitend werden afgeleid uit deze systematiek van de onverschuldigde betaling. Het heeft er namelijk soms ook de schijn van dat deze gevolgen mede of zelfs geheel werden afgeleid uit de terugwerkende kracht als zodanig. In dit laatste geval zou de terugwerkende kracht derhalve een zelfstandige betekenis hebben, buiten de functie die deze heeft om tot toepassing van de figuur van de onverschuldigde betaling te komen.

Geïnterpreteerd vanuit het huidige recht valt voor dit laatste zonder meer iets te zeggen. De figuur van onverschuldigde betaling ziet immers naar haar aard op de prestatie zelf omdat het wegvallen van de rechtsgrond voor de eerdere prestatie geen betekenis heeft voor kwesties buiten die prestatie. Onder

het NBW is in beperkte mate wel sprake van een meeromvattende ongedaanmaking bij toepasselijkheid van de onverschuldigde betaling, maar dat is uitsluitend een gevolg van wetsduiding. Een dergelijke ruimere ongedaanmaking is derhalve vanuit de benadering van de onverschuldigde betaling – en deels anders dan bij de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking – systematisch niet mogelijk. Deze ruimere ongedaanmaking werd onder het OBW niettemin wel aanvaard. Naast de intussen verschenen vruchten werden onder die ongedaanmaking bijvoorbeeld ook begrepen de gedurende de periode van onzekerheid gemaakte winst of vergoeding van door de wederpartij gemaakte kosten.¹³⁶ Met andere woorden, de ongedaanmakingsverplichting kon meer omvatten dan de grondslag uit hoofde van het (alsnog) ontbreken van de eerdere rechtsgrond kon rechtvaardigen. We zien derhalve op de tweede plaats een systematiek waarbij de terugwerkende kracht de vorenbedoelde zelfstandige betekenis heeft.

Deze twee geheel verschillende systemen kunnen we opvallend genoeg beide lezen in de redactie van art. 1301 OBW. Enerzijds vinden we in deze bepaling de benadering dat de verbintenis en daarmee de rechtsgrond voor de eerdere prestatie met terugwerkende kracht wordt beëindigd. Anderzijds stelde het artikel dat ‘de zaken weder tot den vorigen stand’ terugkeren, waarin een ruimere ongedaanmaking besloten lijkt te liggen dan uitsluitend uit hoofde van de onverschuldigde betaling. In de literatuur van het OBW vinden we echter niet de constatering dat art. 1301 OBW deze twee verschillende benaderingen lijkt te kennen. Discussies in de literatuur hebben eigenlijk steeds betrekking op de veronderstelde omvang van de terugwerkende kracht in het individuele geval en niet op de achterliggende systematiek. Ik noemde ook al eerder dat slechts een beperkt aantal auteurs onder het OBW de grondslag voor de ongedaanmaking als gelegen in de onverschuldigde betaling expliciet heeft verwoord.¹³⁷ Ook daarin kunnen we wellicht een aanwijzing zien dat de systematiek als zodanig – onterecht – weinig aandacht kreeg.

Ongeacht van wat verder de precieze systematiek van het OBW was, we zien in elk geval dat de systematiek van de terugwerkende kracht in het verband van bestaan en omvang van ongedaanmakingsverplichtingen minder eenduidig

¹³⁶ Zie v.w.b. die kosten § 6.2.3.2.

¹³⁷ Hofmann/Van Opstall 1976, p. 401; Hamaker 1970, p. 59, 60; Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 28.

Wél vinden we vrij vaak geconstateerd dat t.g.v. de terugwerkende kracht de reeds nagekomen verbintenis verviel tot vóór het eerdere moment van dat presteren: Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 146; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 401; Hamaker 1970, p. 60; Pitlo 1964, p. 83; Suijling 1934, p. 427; Van Oven 1918, p. 147, 158; Diephuis 1886, p. 269; Everts 1883, p. 149 e.v. Zie ook: HR 6 februari 1936, NJ 1936, 524 (de Hoge Raad gaat in dit arrest uit van het alsnog ‘vervallen’ van de reeds nagekomen verbintenis, hetgeen uitsluitend te verklaren is m.i.v. de terugwerkende kracht). Zie ook het door Houwing in zijn noot bij HR 16 november 1949, NJ 1950, 73 gelegde verband tussen de terugwerkende kracht en ongedaanmaking.

is dan soms in de literatuur wordt aangenomen. Ook in die zin behoeven we derhalve in mijn optiek niet al te treurig te zijn dat de terugwerkende kracht in het verband van de systematiek van voorwaarden geen deel meer uitmaakt van het NBW.

9.2.4.3 *De in het BW ontbrekende regeling voor ongedaanmaking bij ontbindende voorwaardelijkheid*

Inleiding

In § 9.2.2 heb ik kort de systematiek van de beëindiging van de ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding herhaald, zoals die uitgebreider ter sprake kwam in de § 3.3.2 en 3.3.3. In § 9.2.4.1 heb ik vervolgens het begrip van de ongedaanmaking bestudeerd als mogelijk gevolg van een dergelijke beëindiging. Gelezen in de onderlinge samenhang volgt uit deze paragrafen onder meer wat de (voor het geldend recht omstreden) grondslag voor ongedaanmakingsverplichtingen is alsmede waaruit de mogelijke inhoud van die verplichtingen bestaat. In § 9.2.4.2 kwam in aanvulling daarop voor de verschillende stelsels de betekenis van de terugwerkende kracht in het verband van de ongedaanmaking nogmaals aan de orde.

Met het vorenstaande is het – in een aantal opzichten niet helemaal duidelijke – systematische kader geschetst van de ongedaanmaking in de verschillende stelsels. Als vervolg daarop zal ik in de voorliggende paragraaf bestuderen óf en op welke wijze die ongedaanmaking bij ontbindende voorwaardelijkheid voor het Nederlands geldend recht een plaats heeft gekregen in het BW. De benadering van de ongedaanmaking is daarbij enigszins ruimer. Niet alleen komt in dat verband nogmaals de ongedaanmakingsverplichting als zodanig ter sprake, maar ook de eventuele verplichtingen van partijen gedurende de periode van onzekerheid die ertoe moeten leiden dat ook daadwerkelijk ongedaan gemaakt kán worden. Deze laatstbedoelde verplichtingen vormden reeds onderdeel van het in hoofdstuk 6 bestudeerde onderwerp van de rechtsverhouding tussen partijen gedurende de periode van onzekerheid. In de PG en de (zeer beperkte) literatuur wordt doorgaans echter geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen de regeling van de ongedaanmakingsverplichting sec en deze verplichtingen van partijen gedurende de periode van onzekerheid. Gezien de voor de hand liggende samenhang tussen beide is dat ook in zekere mate begrijpelijk. In deze paragraaf volg ik derhalve deze zelfde benadering. Terwijl echter in hoofdstuk 6 de nadruk lag op de materiële aspecten, ligt in deze paragraaf de focus op de benadering door de wetgever van deze ongedaanmaking ‘in brede zin’.

In deze paragraaf – en overigens ook de volgende terzake de ongedaanmaking in het BW met betrekking tot *opschortende* voorwaardelijkheid – zullen we zien dat de wettelijke regeling rondom de ongedaanmaking voor het Nederlands geldend recht niet erg inzichtelijk is. Dat neemt niet weg dat, ongeacht wat

de grondslag voor het bestaan en de inhoud van ongedaanmakingsverplichtingen moge zijn, reeds uit hoofde van art. 6:24 BW er voor het geldend recht geen enkele twijfel over bestaat dat ongedaanmakingsverplichtingen tussen partijen kunnen bestaan. Verplichtingen die uiteraard deel vormen van een verbintenis tussen de partijen bij de beëindigde voorwaardelijke rechtsverhouding en met als inhoud de ongedaanmaking van de eerder geleverde prestatie op de in § 9.2.4.2 besproken wijze. Ook de mogelijkheid van ongedaanmaking van de eerdere prestatie door middel van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden – waarvoor derhalve geen verder juridisch handelen vereist is, maar waarbij in zijn effecten wél sprake is van ongedaanmaking – is voor het geldend recht onbetwist.¹³⁸

We kunnen de mogelijke (verplichting tot) ongedaanmaking van een geleverde prestatie dan ook beschouwen als een van de wezenlijke aspecten van voorwaardelijke rechtsverhoudingen. In die zin zou het in de lijn der verwachting liggen dat de wetgever ten aanzien van die ongedaanmaking duidelijke opvattingen zou hebben ontwikkeld. Opvattingen die voor zover nodig ook zouden hebben geleid tot een uitgewerkte wettelijke regeling terzake deelonderwerpen betreffende die ongedaanmaking. Daarbij valt te denken aan uiteenlopende kwesties, zoals de zorgplicht van de bezwaarde (debiteur bij de ongedaanmakingsverbintenis), het al dan niet verplicht verzekeren van een zaak, de risicoverdeling tussen partijen gedurende de periode van onzekerheid, de (on)mogelijkheid van bestemmingswijziging en de eventuele vergoeding van kosten door de verwachter, zoals die kosten gedurende de periode van onzekerheid door de bezwaarde zijn gemaakt. Een dergelijke regeling ontbreekt echter grotendeels voor wat betreft de figuur van de voorwaarde in het algemene vermogensrecht.

Dit ontbreken van een wettelijke regeling lijkt niet alleen opvallend op grond van het belang van de ongedaanmaking in brede zin bij algemeen vermogensrechtelijke voorwaardelijke rechtsverhoudingen, maar ook omdat de wetgever bij een deel van de erfrechtelijke voorwaardelijke rechtsverhoudingen er juist voor gekozen heeft een dergelijke regeling wél van toepassing te verklaren. Aan het slot van deze paragraaf zal ik niettemin verdedigen dat een dergelijke uitgewerkte wettelijke regeling aangaande de ongedaanmaking uitsluitend terecht zou zijn geweest bij goederenrechtelijke verhoudingen. Wat op deze plaats verder ook van de overwegingen van de wetgever dienaangaande zij, met betrekking tot obligatoire voorwaardelijke rechtsverhoudingen kan ik mij in het resultaat van het ontbreken van een dergelijke wettelijke regeling vinden.

In dit verband zal ik de volgende kwesties bespreken. Allereerst zal ik ingaan op de overwegingen van de wetgever om geen uitgebreidere regeling in het BW op te nemen, ondanks de erkenning van het feit dat daaraan wel behoefte kan bestaan. Vervolgens zal ik bespreken wat de overwegingen van

138 Zie § 11.1.4.

de wetgever kunnen zijn geweest om in het kader van de ongedaanmaking alsnog aansluiting te zoeken bij de wettelijke regelingen terzake de onverschuldigde betaling en een tekortschieten in de nakoming. In dat verband komt tevens ter sprake of deze beide regelingen in het verband van voorwaardelijke rechtsverhoudingen toegevoegde waarde hebben. Tot slot zal ik een en ander samenvatten om tot een vrij kritische conclusie te komen. Omdat de wijze waarop het geldend recht tot stand is gekomen onderdeel vormt van deze kritiek, bespreek ik het geldend recht en de eigen uitwerking tezamen.

Geldend recht, nadere uitwerking

Zoals ik bij de inleiding reeds noemde, stelt art. 6:24 lid 1 BW buiten kijf dat tussen partijen ongedaanmakingsverplichtingen kunnen bestaan. In art. 6:24 lid 2 BW vinden we vervolgens nog een beperkte wettelijke uitwerking aangaande verschenen vruchten nadat een ontbindende voorwaarde is ingetreden. Daarnaast volgt uit art. 3:84 lid 4 BW zonder twijfel dat voorwaarden goederenrechtelijke werking hebben, zodat – voor zover we dat effect bij het intreden van een ontbindende voorwaarde als een vorm van ongedaanmaking willen zien – uit de strekking van die wetsbepaling een wettelijke regeling van de ongedaanmaking voortvloeit.¹³⁹ Tot slot vinden we verspreid nog enkele bepalingen die in elk geval een zeker belang in het verband van de ongedaanmaking in brede zin hebben.¹⁴⁰

Voor het overige zoeken we echter tevergeefs naar een verdere wettelijke regeling voor de ongedaanmaking bij voorwaarden. We mogen derhalve stellen dat de bestaande wettelijke regeling bescheiden is als we deze plaatsen ten opzichte van hetgeen geregeld zou kunnen worden. Dit wordt ook in de literatuur onderkend.¹⁴¹ Door de wetgever is dit tot op zekere hoogte eveneens onderschreven, waar in de MvA wordt opgemerkt dat deze wettelijke regeling voor ongedaanmaking ‘minder ver uitgewerkt’ is dan de regelingen voor de onverschuldigde betaling of de ontbinding wegens een tekortkoming.¹⁴² Daar kunnen we uit afleiden dat de wetgever ook *bewust* heeft

139 Iets anders is dat deze bepaling in mijn optiek geen betekenis heeft in het verband van de verklaring van de goederenrechtelijke werking. Zie hoofdstuk 11, m.n. § 11.2.2.2.

140 Art. 3:17 sub c BW (vervulling van een voorwaarde is in de openbare registers inschrijfbaar); art. 3:81 lid 2 sub b BW (tenietgaan van een beperkt recht bij vervulling ontbindende voorwaarde); art. 3:296 lid 2 BW (veroordeling tot nakoming onder voorwaarde, w.o. we tevens de nakoming van de vooralsnog voorwaardelijke ongedaanmakingsverbintenissen kunnen begrijpen als deze als voorwaardelijk en niet als toekomstig kwalificeert, zie § 6.2.5); art. 6:161 lid 2 sub c BW (beperking van vermenging indien is overgedragen onder ontbindende voorwaarde).

141 Olthof spreekt bijv. van ‘een zeer summiere regeling’ (Olthof 1992, p. 293). Zie in een dergelijke zin ook: Scheltema 1997, p. 63 nt. 119, p. 244; Zwitser 1990, p. 54. In het iets bredere verband van een wettelijke regeling die de verhouding tussen partijen gedurende de periode van onzekerheid vorm zou geven tevens: Vegter 2008-I, p. 170 (en eerder: Vegter 2002, p. 320); Mollema 2007, p. 147.

142 PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 1217.

afgezien van een uitgebreidere regeling.¹⁴³ Althans, bij de wetgever bestond in elk geval het besef dat de regeling in het BW uitgebreider had kunnen zijn, zodat we het ontbreken van een meeromvattende regeling als een bewuste keuze van de wetgever kunnen beschouwen.

Daarmee komt de vraag op wat de redenen waren om de ongedaanmaking bij voorwaardelijke rechtsverhoudingen in het algemene vermogensrecht slechts op een zeer beperkt niveau te regelen. Volgens de MvA hangt dit samen 'met het feit dat in deze materie steeds rekening moet worden gehouden met de strekking van de overeenkomst', daarbij verwijzend naar de TM en de slotwoorden van art. 6:24 lid 1 BW.¹⁴⁴ Wat bedoelde de Minister met deze verder niet uitgewerkte passage? Uit de TM waarnaar de Minister verwijst volgt dat een verplichting tot ongedaanmaking geheel kan ontbreken op grond van de inhoud of strekking van de rechtsverhouding. Oftewel, partijen zijn ex- of impliciet overeengekomen dat überhaupt niet ongedaan gemaakt zal worden. Dat is ook de benadering die we doorgaans in de literatuur vinden met betrekking tot de slotwoorden van art. 6:24 lid 1 BW.¹⁴⁵ Daar lijkt derhalve uit voort te vloeien dat het eventueel ontbreken van ongedaanmakingsverplichtingen voor de wetgever de reden was om af te zien van een uitgebreidere regeling aangaande de ongedaanmaking in brede zin.

Toch heb ik sterke twijfels of in de MvA inderdaad op die mogelijkheid wordt gedoeld als argument om geen dergelijke uitgewerkte regeling in het BW op te nemen. Het is immers volkomen vanzelfsprekend dat een wettelijke uitwerking van de figuur van ongedaanmaking geen toepassing vindt, indien iedere verplichting tot ongedaanmaking ontbreekt. Het BW bestaat voor grote delen uit regelingen van aanvullend recht, waarvan het eventueel buiten toepassing blijven evenmin een argument was om deze niet in het wetboek op te nemen. Aan de mogelijkheid van het soms ontbreken van een ongedaanmakingsverplichting kunnen we dan ook nauwelijks een argument ontleen om geen uitgewerkte regeling op te nemen voor de gevallen waarin wél ongedaan gemaakt dient te worden. De Minister ontkent ook niet dat in die gevallen aan een dergelijke regeling behoefte kan bestaan. Sterker, volgens de MvA kunnen de wettelijke regelingen van de onverschuldigde betaling en de ontbinding wegens een tekortkoming van de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW eventueel analoog worden toegepast, waar ik onderstaand verder op inga. Daarmee wordt in de MvA in feite onderschreven dat inderdaad behoefte kan bestaan aan een wettelijke regeling. De conclusie is dan ook dat de mogelijkheid van het ontbreken van ongedaanmakingsverplichtingen voor de wetgever

143 Dit wordt ook in de literatuur geconstateerd, zie: Mollema 2007, p. 147; Vegter 2002, p. 320.

144 PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 1217, verwijzend naar PG Boek 6, TM, p. 150.

145 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, p. 140; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 133; Den Tonckelaar 1994, p. 88, 89; Olthof 1992, p. 295. Van Buchem-Spapens interpreteert deze woorden anders: gedoeld zou zijn op de situatie waarin een prestatie geleverd is die zich feitelijk niet ongedaan laat maken (Van Buchem-Spapens 1982, p. 62).

helemaal niet de reden was om van een verder uitgewerkte regeling voor de ongedaanmaking af te zien.

De voormelde passage uit de MvA interpreteer ik dan ook anders. De Minister lijkt het argument van de strekking van de overeenkomst te hanteren in die zin, dat een uitgebreidere wettelijke regeling weinig zinvol zou zijn. Bij een dergelijke regeling zou immers steeds aansluiting gezocht moeten worden bij de uiteenlopende strekkingen van individuele overeenkomsten.¹⁴⁶ In dat licht passen ook de woorden van de Minister dat 'waar daaraan behoefte is' de regels van de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW analogisch kunnen worden toegepast. Bij die benadering is het ontbreken van een verder uitgewerkte wettelijke regeling derhalve de consequentie van het feit, dat de uiteenlopende strekkingen van individuele overeenkomsten een zinvolle wettelijke uitwerking in de weg zouden staan. Bezien vanuit de slechts zeer beperkte toelichting bij art. 6:24 BW blijft echter ook deze interpretatie onzeker.

In de vorenbedoelde PG vinden we derhalve geen duidelijk antwoord op de vraag waarom de ongedaanmaking in brede zin slechts beperkt in de wet is uitgewerkt. We werpen daarom een blik op de PG bij de voorwaardelijke (erfrechtelijke) makingen en giften, waar die ongedaanmaking eveneens aan de orde is geweest. In het kader van de voorwaardelijke erfstelling heeft de wetgever er blijkens art. 4:138 BW voor gekozen voor die ongedaanmaking aansluiting te zoeken bij de figuur van het recht van vruchtgebruik van titel 3.8 BW.¹⁴⁷ In de PG van Boek 4 vinden we voor die keuze geen uitgebreide, maar wel een duidelijke onderbouwing: op de bezwaarde rust als uitgangspunt de verplichting het verkregen goed te bewaren en in stand te houden.¹⁴⁸ Dit laatste – het staat er niet expliciet, maar daarover bestaat verder geen twijfel – om ook volledig en tijdig ongedaan te *kunnen* maken indien de voorwaarde intreedt.¹⁴⁹

Ten aanzien van de fideïcommissaire legaten en schenkingen onder voorwaarde ontbreekt daarentegen een wettelijke regeling omtrent de ongedaanmaking in brede zin, hetgeen eveneens een expliciete keuze van de wetgever

146 Let wel, deze interpretatie zou betekenen dat de verwijzing naar de TM in de MvA inhoudelijk niet juist is. Als gezegd doelde Meijers wel degelijk op het eventuele ontbreken van een verplichting tot ongedaanmaking, terwijl de MvA zou doelen op de verschillen in strekking tussen individuele overeenkomsten.

147 Een benadering die we reeds in lid 2 van art. 4.4.5.4 OM vinden.

148 PG Boek 4, TM, p. 811. Gezien het 'bijzonder belang' is die consequentie door Meijers ook uitdrukkelijk in (thans) de tweede zin van art. 4:138 lid 2 BW opgenomen.

149 Meijers presenteert oorzaak en gevolg overigens andersom: de regeling van het vruchtgebruik vindt toepassing en dáárom bestaat volgens de TM een verplichting tot bewaring en instandhouding. Ik zou echter menen dat ook Meijers een verplichting tot die bewaring en instandhouding wenste, waarmee het voor de hand lag aansluiting te zoeken bij de regeling van vruchtgebruik waar die verplichting ruim is uitgewerkt.

was.¹⁵⁰ Ook in dat verband vinden we een duidelijke overweging in de PG, waarin we tevens een argument kunnen zien voor de andersluidende keuze in art. 4:138 BW: 'Met name in het geval dat uit de schenking voortvloeit dat bij de vervulling van de daarin opgenomen voorwaarde de bezwaarde het goed nog dient door te leveren aan de verwachter, waarbij de verhouding tussen hen derhalve obligatoir van aard is, zou (overeenkomstige) toepasselijkheid van de goederenrechtelijke regels van vruchtgebruik als algemene regel te ver gaan'.¹⁵¹ Vervolgens overweegt de wetgever nog om die regels bij een schenking alsnog wél van toepassing te verklaren indien reeds aan de bezwaarde geleverd is en daarmee derhalve sprake is van een *goederenrechtelijke* voorwaardelijke rechtsverhouding. Uiteindelijk wordt die benadering echter als te complex beoordeeld.

De doorslaggevende factor om titel 3.8 BW al dan niet van overeenkomstige toepassing te verklaren was derhalve óf de verwachter reeds een 'goederenrechtelijke positie' heeft verworven.¹⁵² Een argumentatie van de wetgever die we misschien ook mogen doortrekken naar de ongedaanmaking van art. 6:24 BW, gezien het feit dat de wetgever (ook) de voorwaardelijke schenking beschouwt als een rechtshandeling onder voorwaarde als bedoeld in art. 3:38 BW.¹⁵³ Wat echter van dit argument van de wetgever op deze plaats verder zij, van een *inhoudelijk* argument om de voorwaardelijke erfstelling voor wat betreft de ongedaanmaking aan te laten haken bij de regeling van titel 3.8 BW is geen sprake. Het gehanteerde argument ziet immers uitsluitend op het verschil tussen de 'goederenrechtelijke' positie van de erfrechtelijke verwachter en de eventueel slechts obligatoire positie van de begiftigde of legataris. Daarmee was de keuze om bij de voorwaardelijke erfstelling titel 3.8 BW van overeenkomstige toepassing te verklaren uitsluitend gebaseerd op de eerderbedoelde verplichting tot bewaring en instandhouding.

In de TM bij het algemeen vermogensrechtelijke art. 3:38 BW vinden we in dit verband nóg iets bijzonders opgemerkt. Als argument tegen de mogelijkheid van *tijdelijke* eigendom stelt Meijers dat de tijdelijke eigenaar rekening

150 Zie daarover: PG Boek 4 (Inv. Boek 4), Nota II bezemwet, p. 2047 en de daarin vermelde verwijzingen. Terzijde merk ik op dat in de literatuur nogal eens gesteld wordt dat art. 4:138 BW van overeenkomstige toepassing zou zijn op voorwaardelijke legaten.

Overigens is het m.i. opvallend dat de wetgever blijkens de PG relatief ruime aandacht had voor een ongedaanmakingsregeling bij deze specifieke figuren, waarvan het materiële belang bescheiden zal zijn in vergelijking met de ongedaanmaking van art. 6:24 BW.

151 Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 7, p. 3, 4.

152 Voor de vraag of de positie van de verwachter aan wie reeds 'onder voorwaarde' is overgedragen daadwerkelijk als goederenrechtelijk van aard moet worden beschouwd, verwijs ik naar hoofdstuk 11.

153 Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 6, p. 6 e.v. (m.n. ook p. 9). Dit geldt ook voor het voorwaardelijke legaat: PG Boek 4, MvA II, p. 809. Om misverstanden te vermijden: door de wetgever wordt nergens als zodanig gesteld dat dit argument tevens toepassing vindt op de ongedaanmaking van art. 6:24 BW.

moet houden met het recht van degene die na hem komt.¹⁵⁴ Door middel van de in art. 3:85 BW neergelegde conversie van tijdelijke eigendom in een recht van vruchtgebruik – en het derhalve van toepassing worden van titel 3.8 BW – wordt aldus de positie van de ‘opvolgend eigenaar’ gesecureerd. Meijers hanteert dit argument opvallend genoeg echter uitsluitend ten aanzien van de tijdelijke en niet ten aanzien van de voorwaardelijke eigenaar.¹⁵⁵ We zouden derhalve kunnen menen dat in de visie van Meijers de positie van de verwachter bij voorwaardelijke eigendom deze securisatie – blijkbaar – niet zou behoeven. Echter, het leidt geen enkele twijfel dat ook Meijers de goederenrechtelijke werking van voorwaarden onder het OM wilde handhaven.¹⁵⁶ In die zin zou er derhalve geen verschil zijn met de tijdelijke eigenaar. Uit niets volgt dat Meijers in verband met de in voorwaarden besloten onzekerheid – waarin dé afwijking besloten ligt ten opzichte van tijdelijke eigendom – een securisatie overbodig achtte. Tot slot aanvaardde ook hij het bestaan van ‘conservatoire maatregelen’ ten behoeve van de verwachter, zonder die benadering in het minder ruime verband van voorwaardelijke eigendom verder uit te werken.¹⁵⁷ Per saldo blijft daarmee ook voor wat betreft Meijers’ benadering onduidelijk waarom door hem de keuze is gemaakt om met betrekking tot voorwaardelijke eigendom géén regeling op te nemen.

Het is nog niet zo heel eenvoudig om aan het vorenstaande conclusies te verbinden. In elk geval lijkt – gebaseerd op de PG – de stelling gerechtvaardigd dat de wetgever voor wat betreft de voorwaarde in het algemene vermogensrecht slechts beperkt aandacht had voor een regeling voor de ongedaanmaking in brede zin. Voor de thans voorliggende vraag naar de reden van de slechts bescheiden wettelijke uitwerking van de ongedaanmaking vinden we nochtans twee argumenten. Op de eerste plaats is er het argument van het ‘rekening moeten houden met de strekking van de overeenkomst’. Dat argument kan echter ook worden toegepast op de overeenkomstige toepassing van titel 3.8 BW bij de voorwaardelijke erfstelling. Vanzelfsprekend vinden slechts die bepalingen van deze titel toepassing, die ook betekenis hebben voor de desbetreffende erfstelling en voor zover de erflater geen daarvan afwijkende bepalingen van toepassing heeft verklaard. Dat weerhield de wetgever er echter niet van tóch titel 3.8 BW van overeenkomstige toepassing te verklaren. Het argument van de *strekking van de overeenkomst* wordt door de wetgever derhalve nogal willekeurig toegepast en ontbeert in mijn optiek ieder gewicht.

Op de tweede plaats vinden we het argument dat bij het ontbreken van een goederenrechtelijke positie bij de verwachter de overeenkomstige toepas-

154 PG Boek 3, TM, p. 185.

155 Ook Van Swaaij heeft dit verschil tussen tijdsbepaling en voorwaarde in de TM geconstateerd (Van Swaaij 2000, p. 66).

156 Zie hoofdstuk 11, m.n. § 11.1.4 en 11.2.2.1.

157 PG Boek 3, TM, p. 185.

sing van de regels van vruchtgebruik 'te ver' zou gaan. De beoordeling van dat argument ligt genuanceerder. Daarvoor moeten we vaststellen wat dit argument in de visie van de wetgever precies betekent. Waarschijnlijk moeten we dit aldus interpreteren dat de verplichtingen die uit hoofde van titel 3.8 BW op de debiteur komen te rusten in het kader van het bewaren en in stand houden van een goed te veelomvattend zijn voor een uitsluitend obligatoire verhouding. Dat is in die zin een sterk argument, dat er uiteraard geen reden bestaat de crediteur bij een voorwaardelijke obligatoire rechtsverhouding een beter beschermde positie te geven dan bij dezelfde *on*voorwaardelijke rechtsverhouding. Ik kom hier op terug bij de onderstaande bespreking van de vraag waarom de wetgever aansluiting zocht bij de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW. Wat echter van dit argument verder zij, overeenkomstig hetgeen Verstappen stelt ten aanzien van het fideïcommissair voorwaardelijk legaat, zal ook voor wat betreft het algemene vermogensrecht wel degelijk vaak sprake zijn van een voorwaardelijke goederenrechtelijke rechtsverhouding.¹⁵⁸ Voor die gevallen heeft dit argument uiteraard hoe dan ook geen betekenis.

De tussenconclusie is dat de onderbouwing door de wetgever van het met betrekking tot de algemeen vermogensrechtelijke voorwaarde ontbreken van een verder uitgewerkte ongedaanmakingsregeling behoorlijk marginaal is. Voor zover die onderbouwing wél aanwezig is, valt deze bovendien tenminste deels te betwisten. Zoals ik hiervoor reeds stelde, lijkt de wetgever relatief laat in het wetgevingsproces niettemin alsnog te hebben onderkend dat wel degelijk behoefte kon bestaan aan een dergelijke wettelijke regeling. We werpen een nadere blik op deze schijnbaar gewijzigde benadering.

Blijkens de MvA – en in navolging daarvan ook volgens de literatuur – zou de beperkte uitwerking van de ongedaanmaking bij ontbindende voorwaarden ondervangen worden door analoge toepassing van de wettelijke regelingen van de onverschuldigde betaling en de ontbinding wegens een tekortkoming van de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW.¹⁵⁹ Althans in de eerdergenoemde woorden van de Minister 'waar daaraan behoefte is'. De beperkte uitwerking in afd. 6.1.5 BW zou er derhalve toe leiden dat we bij de beide voormelde – wél verder uitgewerkte – regelingen omtrent ongedaanmaking in brede zin te rade zouden

158 Verstappen stelt terecht dat juist het kenmerk van een fideïcommissair voorwaardelijk legaat is, dat aan de verwachter reeds is geleverd (Verstappen in: Van Mourik e.a. 2011, p. 272, 273). Bij de in art. 6:24 BW bedoelde ongedaanmaking bestaande uit restitutie van een goed zal dat ook vrijwel steeds het geval zijn. Deze onderbouwing van de wetgever lijkt derhalve van nogal bescheiden gewicht.

159 PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 1217; Bol 2011, p. 621; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 141; Scheltema 1997, p. 63 nt. 119 en p. 244 (althans, Scheltema gaat op p. 63 nt. 119 juist niet uit van analoge toepassing, maar onderschrijft ook voor dat geval toepasbaarheid van deze afdelingen); Van Buchem-Spapens 1982, p. 64. Cahen verwijst daarentegen zonder verdere onderbouwing uitsluitend naar afd. 6.5.4 BW, althans de artt. 6:271 e.v. BW (Pitlo/Cahen 2002, p. 39).

mogen gaan. Het feit dat deze beide regelingen onderling deels verschillen, laat ik voor wat betreft de thans besproken systematiek verder rusten.¹⁶⁰ Deze benadering in de MvA roept in ieder geval de vraag op wat die analoge toepassing zou moeten betekenen in het kader van de voorwaardelijke rechtsverhouding.

In het verband van deze vraag is op de eerste plaats van belang dat de beide regelingen van de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW een aantal specifieke bepalingen bevatten die betrekking hebben op de verbintenis tot ongedaanmaking (in de zin van bestaan, omvang en inhoud) alsmede de nakoming daarvan.¹⁶¹ Als ook die bepalingen toepassing zouden vinden, zou daarmee de in art. 6:24 BW bedoelde verbintenis tot ongedaanmaking voor het geldend recht relatief complex zijn. Incidenteel wordt in de literatuur inderdaad geconstateerd dat (tevens) deze wetsbepalingen aangaande het bestaan en dergelijke van de ongedaanmakingsverbintenis analoge toepassing zouden vinden.¹⁶² Voor wat betreft de in § 9.2.4.2 besproken specifieke mogelijkheid van waardevergoeding indien de aard van de prestatie restitutie daarvan onmogelijk maakt – zie de artt. 6:210 en 272 BW – wordt dit zelfs breed in de literatuur alsmede de MvA onderschreven.¹⁶³ Voor het overige kunnen we er echter sterk aan twijfelen of analoge toepassing van de bedoelde regels op de ongedaanmakingsverbintenis zélf beoogd is, althans waar het de wezenlijke wetsbepalingen van voormelde afdelingen betreft. Ik werk dit laatste verder uit.

Uit de PG kunnen we afleiden dat de wetgever juist niet beoogde de regelingen van de afd. 6.4.2 en/of 6.5.4 BW onverkort toe te passen.¹⁶⁴ Bezien vanuit de wetssystematiek bestaat er ook geen reden voor een dergelijke onverkorte

160 Het feit dat beide regeling deels verschillen, wordt in dit verband ook in de literatuur onderkend. Scheltema beschouwd in het verband van de ongedaanmaking bij voorwaarden die van de onverschuldigde betaling als de betere (Scheltema 1997, p. 244).

161 Zie de artt. 6:204 lid 2, 205, 209, 210, 211, 274, 276, 277 en 278 BW.

162 Van Buchem-Spapens gaat er i.e.g. van uit dat de regels van de onverschuldigde betaling, *inclusief* de beperkingen terzake waardevergoeding als opgenomen in art. 6:210 BW, toepassing vinden op de ongedaanmaking van art. 6:24 BW (Van Buchem-Spapens 1982, p. 64).

163 In de MvA lijkt dit overigens algemener te zijn gesteld – ‘waar daaraan behoefte is, kunnen de regels betreffende het ongedaan maken van prestaties van de afdelingen 6.4.2 en 6.5.4 analogisch worden toegepast’ (PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 1217) – maar deze opmerking wordt door de Minister gemaakt specifiek n.a.v. de vraag naar de mogelijkheid van waardevergoeding als wijze van ongedaanmaking.

164 Zo vinden we in de PG bijv. dat analoge toepassing mogelijk is ‘waar daaraan behoefte is’ (PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 1217). Van een algehele analoge toepassing is derhalve in de opvatting van de Minister zeker geen sprake. Zoals ik hiervoor reeds noemde, stelt de MvA tevens dat de geringere uitwerking van de ongedaanmaking van art. 6:24 BW samenhangt met het feit dat steeds rekening moet worden gehouden met de strekking van de overeenkomst. De wetgever wenste derhalve geen uitgewerkte wettelijke regeling, omdat het steeds de vraag zou zijn of een dergelijke regeling niet in strijd zou komen met de bedoelde strekking. Ook daaruit zou volgen dat voormelde twee afdelingen van het BW niet kunnen worden toegepast zonder beoordeling van deze strekking van de overeenkomst.

toepassing. Dat blijkt reeds daaruit dat voor de grondslag voor het ontstaan van de ongedaanmakingsverbintenis bij het intreden van een ontbindende voorwaarde beide afdelingen hoe dan ook geen betekenis hebben; die grondslag is gelegen in art. 6:24 BW dan wel – zoals ik zelf verdedig – in de partijwil.¹⁶⁵ Daarmee blijven in elk geval de artt. 6:203 en 6:271 BW buiten iedere analoge toepassing. Ook de nuanceringsen die we in art. 6:210 lid 2 BW vinden aangaande de ongedaanmaking door middel van waardevergoeding ontberen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde iedere betekenis.¹⁶⁶ Bovendien wordt in de literatuur terecht gesteld dat de in deze wetsbepaling neergelegde beperking van de waardevergoeding bestaande uit een *voor zover dit redelijk is* evenmin toepassing vindt bij het intreden van een ontbindende voorwaarde. Zoals Zwitser het stelt kan er immers geen sprake zijn van een opgedrongen prestatie – de reden voor de beperking van de verplichting tot waardevergoeding tot hetgeen ‘redelijk’ is – waarmee de bedoelde beperking ook geen toepassing kan vinden.¹⁶⁷

Ook buiten de ongedaanmakingsverbintenis zelf heeft analoge toepassing echter vrijwel geen betekenis. Art. 6:204 lid 1 BW terzake de *eventuele* zorgplicht vindt geen toepassing, omdat reeds uit de ontbindende voorwaardelijkheid voortvloeit dat de ontvanger hoe dan ook rekening moet houden met teruggave en de nuancering van deze wetsbepaling dienaangaande zonder betekenis is. Uitsluitend de a contrario benadering van deze bepaling zou (overeenkomstig art. 6:273 BW) betekenis hebben in die zin, dat de bezwaarde hoe dan ook verplicht is als een zorgvuldig schuldenaar voor het ontvangen goed zorg te dragen. Echter, op grond van de artt. 6:26 jo 6:27 BW rust op de bezwaarde een vrijwel gelijklopende zorgplicht, voor zover überhaupt al een inhoudelijk verschil in zorgplicht bestaat.¹⁶⁸ Analoge toepassing van art. 6:204 BW vervult dan ook geen functie. Tot slot kan bij een belangrijk deel van de overige wetsbepalingen in voormelde twee afdelingen evenmin sprake zijn van over-

¹⁶⁵ Zie § 3.3.2.

¹⁶⁶ De tweede in die bepaling genoemde mogelijkheid – aan de verwachter is toe te rekenen dat de prestatie is verricht – vindt hoe dan ook toepassing, hetgeen vrijwel steeds ook geldt voor de derde genoemde mogelijkheid. Gezien het feit dat sprake is van alternatieve mogelijkheden, vinden de bedoelde nuancering derhalve buiten toepassing. In dezelfde zin: Zwitser 1990, p. 55.

We kunnen dit resultaat van het niet toepasselijk zijn van de bedoelde nuanceringsen ook anders beredeneren. Waarom zouden bij een ongedaanmaking door middel van waardevergoeding na het intreden van een ontbindende voorwaarde dergelijke nuanceringsen gelden, terwijl de ‘normale’ ongedaanmaking d.m.v. de restitutie die niet kent? In het verband van de ontbindend voorwaardelijke rechtsverhouding valt een dergelijk onderscheid niet te onderbouwen.

¹⁶⁷ Zwitser 1990, p. 55.

¹⁶⁸ Ook Hartkamp en Sieburgh wijzen in het verband van de zorgplicht op deze bepalingen (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 141).

eenkomstige toepassing.¹⁶⁹ Naast deze niet-toepasselijke wetsbepalingen ressteert slechts nog een bescheiden en in materieel opzicht minder relevant aantal bepalingen die eventueel wel toepassing zouden kunnen vinden.¹⁷⁰ De conclusie is dan ook dat de in de MvA gestelde mogelijkheid van analoge toepassing voor het geldend recht nauwelijks betekenis heeft voor de ongedaanmaking bij voorwaardelijke rechtsverhoudingen, de reeds besproken mogelijkheid van ongedaanmaking door middel van waardevergoeding daargelaten. Een mogelijkheid waarover ik zelf bovendien kritisch ben.¹⁷¹

Ik vat het vorenstaande kort samen. De wettelijke regeling voor de ongedaanmaking als bedoeld in art. 6:24 BW is bescheiden van omvang. Zoals de PG en literatuur suggereren zelfs té bescheiden voor een deel van de gevallen. De wetgever en in het kielzog van deze ook de literatuur gaan er daarom van uit dat de wettelijke regelingen van de onverschuldigde betaling en de ontbinding wegens een tekortkoming 'waar daaraan behoefte is' analoog kunnen worden toegepast. We zagen echter ook dat beide vorenbedoelde regelingen voor de ongedaanmaking bij ontbindend voorwaardelijke rechtsverhoudingen nauwelijks van waarde zijn. De ongedaanmakingsverbintenis als zodanig is 'gewoon' een verbintenis, zonder allerlei nuanceringen die de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW kennen. Daargelaten de (mijns inziens discutabele) mogelijkheid van waardevergoeding is de bedoelde analoge toepassing ten aanzien van de ongedaanmakingsverbintenis sec derhalve vrijwel zonder betekenis. Dat geldt ook voor mogelijke regelingen met betrekking tot de periode van

169 Art. 6:205 en 274 BW vinden geen toepassing, omdat t.t.v. de aanneming van het goed geen sprake was van de bedoelde kwade trouw bij de ontvanger/bezwaarde. Het was immers over en weer de bedoeling dat gepresteerd zou worden 'onder' ontbindende voorwaarde. De artt. 6:206 en 275 BW vinden evenmin toepassing, gezien het feit dat de vruchten verschenen gedurende de periode van onzekerheid in beginsel aan de bezwaarde toekomen (zie § 9.2.4.5). Partijen kunnen uiteraard anders overeenkomen, maar in dat geval is de partijwil de grondslag voor de bedoelde afgifte van de vruchten en niet deze wetsbepalingen. Art. 6:277 BW ziet uitsluitend op de situatie van een tekortschieten, waarvan u.h.v. de ontbindende voorwaardelijkheid als zodanig geen sprake is. Art. 6:278 BW zal eveneens geen toepassing vinden, omdat het intreden van een voorwaarde normaal gesproken geen keuze van een partij is. V.z.v. dat laatste anders is – de voorwaarde heeft een potestatief karakter, bijv. door het feit dat als constitutief deel van de voorwaarde door een partij 'beroep' moet worden gedaan (zie § 7.3.4.2 en 8.1.3) – zou dat misschien anders kunnen zijn. Ook in dat geval vindt die mogelijkheid echter haar grondslag in de partijwil, waaruit kan volgen dat de in art. 6:278 BW bedoelde waardewijziging hoe dan ook ten voordeel strekt van de partij die zich beroept op de voorwaarde.

Ook Zwitser gaat ervan uit dat een belangrijk deel van de bepalingen van afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW geen toepassing vindt (Zwitser 1990, p. 55).

170 De artt. 6:209 (resp. 276) en 211 BW kunnen bijv. wél analoge toepassing vinden (t.a.v. de art. 6:209 en 276 BW in gelijke zin: Zwitser 1990, p. 55). V.w.b. art. 6:211 BW kan gedacht worden aan de in § 5.2.3.1 beschreven situatie, waarin een onder voorwaarde verschaft voordeel de bezwaarde er toe moet verleiden een handeling te verrichten i.s.m. de goede zeden of openbare orde. Eventuele toepassing van art. 6:210 BW (en daarmee tevens van art. 6:272 BW) heb ik reeds in § 9.2.4.3 besproken.

171 Zie 9.2.4.2.

onzekerheid, die buiten de zorgplicht van de bezwaarde in beide afdelingen ontbreken.

Daarmee komen we terug bij vraag waarom in de MvA voor wat betreft de ongedaanmaking van art. 6:24 BW überhaupt aansluiting is gezocht bij specifiek de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW? Voor het antwoord op die vraag is met name van belang in welk verband de Minister die analoge toepassing opperde. Zoals ik in de vorige paragraaf uitgebreider besprak, is dat de mogelijkheid van ongedaanmaking door middel van waardevergoeding indien de aard van de prestatie restitutie niet toelaat. De verwijzing in de MvA naar de regelingen van de onverschuldigde betaling en de ontbinding wegens een tekortkoming is in die zin begrijpelijk, waar immers deze mogelijkheid van waardevergoeding expliciet in de betreffende afdelingen wordt genoemd. Met andere woorden, de analoge toepassing komt ter sprake naar aanleiding van een specifieke vorm van ongedaanmaking respectievelijk inhoud van de ongedaanmakingsverbintenis.

Dit neemt niet weg dat de strekking van de betreffende passage in de MvA wezenlijk breder *lijkt*: de regels betreffende het ongedaan maken van prestaties van de afdelingen 6.4.2 en 6.5.4 BW kunnen analogisch worden toegepast waar daaraan behoefte is. Van enige beperking tot specifiek de ongedaanmakingsverbintenis zelf blijkt derhalve niet. Zoals ik echter hiervoor schetste, stelt die mogelijke analoge toepassing van de bepalingen in deze afdelingen niet veel voor. Van een bredere strekking van de verplichtingen van partijen gedurende de periode van onzekerheid kan in het verband van analoge toepassing dan ook nauwelijks sprake zijn. Of de wetgever zich daarvan bewust is geweest, blijkt echter evenmin uit de PG.

Wat daar van zij, we kunnen er in elk geval van uitgaan dat ook bij de wetgever het besef heeft geleefd dat deze analoge toepassing bij voorwaardelijke verhoudingen zeker niet altijd de te verkiezen systematiek vormt. Bij de voorwaardelijke erfstellingen is immers, zonder verdere discussie daaromtrent, door de wetgever gekozen voor aansluiting bij de figuur van het recht van vruchtgebruik van titel 3.8 BW en derhalve *niet* bij de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW. Daarmee kunnen we de thans te beantwoorden vraag waarom de Minister bij de ongedaanmaking van art. 6:24 BW deze afdelingen analoog wenste toe te passen ook enigszins anders benaderen: kan het bedoelde verschil in toepasselijke regelingen worden onderbouwd door een verschil tussen de ongedaanmaking van de algemeen vermogensrechtelijke voorwaardelijke rechtsverhouding en die van de voorwaardelijke erfstelling? Een dergelijk verschil tussen de vermogensrechtelijke voorwaardelijke rechtsverhouding en de voorwaardelijke erfstelling zou daarmee inzicht kunnen geven in de eventuele redenen waarom toch aansluiting is gezocht bij de regelingen van de onverschuldigde betaling en de ontbinding wegens een tekortkoming.

Voor die vraag kijken we eerst naar de essentie van de regeling van titel 3.8 BW enerzijds en die van de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW anderzijds. Daarbij valt

op de eerste plaats op dat deze regelingen in het verband van de thans besproken ongedaanmaking een andersoortige insteek kennen. Terwijl titel 3.8 BW grotendeels gericht is op securisatie van de belangen van de verwachter voor het geval ongedaan gemaakt dient te worden, richten de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW zich sterk op de ongedaanmakingsverbintenis als zodanig. Enige nuancering kunnen we dienaangaande aanbrengen – art. 3:225 BW roept een restitutieplicht in het leven en de artt. 6:204 en 6:273 BW een zorgplicht – maar voor het overige is wel degelijk sprake van het vorenbedoelde kenmerkende verschil.

Een tweede onderscheid betreft de vrij sterke goederenrechtelijke benadering van titel 3.8 BW, die we in de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW als obligatoire regelingen uiteraard niet vinden. Een onderscheid dat voor de wetgever bij de afweging om titel 3.8 BW al dan niet van toepassing te verklaren op fideïcommis-saire legaten en schenkingen onder voorwaarde ook van doorslaggevende betekenis was, zo zagen we hiervoor. Een zienswijze die in mijn optiek bij deze afweging in die zin terecht door de wetgever werd gehanteerd, dat de vorenbedoelde (vergaande) securisatie van de positie van de verwachter uitsluitend terecht is indien deze verwachter ook in goederenrechtelijke zin een positie heeft. Er bestaat immers geen enkele reden om de partij met een voorwaardelijke, uitsluitend obligatoire positie een betere bescherming te geven dan aan een partij met een onvoorwaardelijke obligatoire positie. Dat zou echter wel het geval zijn indien titel 3.8 BW onverkort van toepassing zou vinden op de voorwaardelijke obligatoire rechtsverhouding.

Kunnen we deze twee wezenlijke verschillen tussen enerzijds de regeling van titel 3.8 BW en anderzijds die van de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW echter ook op enigerlei wijze in verband brengen met verschillen tussen de ongedaanmaking van de algemeen vermogensrechtelijke voorwaardelijke rechtsverhouding en die van de voorwaardelijke erfstelling? We beginnen met de voorwaardelijke erfstelling. De door de wetgever gezochte aansluiting bij titel 3.8 BW is in elk geval op basis van de beide verschillen tussen voormelde regelingen begrijpelijk. De voorwaardelijke erfrechtelijke verhoudingen zijn goederenrechtelijk van aard in die zin, dat bij het intreden van de voorwaarde sprake is van een vermogensovergang onder algemene titel. Obligatoire ongedaanmakingsverplichtingen tussen bezwaarde en verwachter vervullen dan ook nauwelijks een rol. Gezien deze goederenrechtelijke positie van de verwachter is tevens verdedigbaar dat securisatie van diens positie op een hoger niveau staat dan bij een uitsluitend obligatoire positie.

Is dit anders bij de ongedaanmaking van art. 6:24 BW bij algemeen vermogensrechtelijke voorwaardelijke rechtsverhoudingen? In bescheiden mate wel. De restitutie – als verreweg de belangrijkste vorm van ongedaanmaking – kan immers zijn vormgegeven als een uitsluitend obligatoire verplichting en derhalve zonder een goederenrechtelijke positie bij de verwachter. Bij teruggave

van een geldsom zal dat vrijwel steeds het geval zijn,¹⁷² maar ook de restitutie van een goed k n bij gebreke aan een voorwaardelijke overdracht een uitsluitend obligatoire grondslag hebben. De waardevergoeding als andere wijze van ongedaanmaking bestaat naar haar aard steeds uit een obligatoire verplichting. In die zin bestaat derhalve wel degelijk een verschil met de voorwaardelijke erfstelling, die als gezegd vrijwel altijd van goederenrechtelijke aard is.

Niettemin kwalificeert dit verschil in de rechtspraktijk als niet meer dan bescheiden. De waardevergoeding als wijze van ongedaanmaking is in mijn optiek als een sterk theoretische mogelijkheid te beschouwen,¹⁷³ waaraan we voor het materiële recht dan ook niet teveel consequenties moeten verbinden. Restitutie van een goed in juridische zin zal waarschijnlijk voor het grootste deel voortvloeien uit de goederenrechtelijke werking van voorwaarden na een voorwaardelijke overdracht. Dit laatste valt binnen de grenzen van dit onderzoek niet aan te tonen, maar is mijns inziens wel een alleszins redelijke verwachting. Indien dit inderdaad juist is, vormt de ongedaanmaking op basis van een uitsluitend obligatoire verplichting daartoe slechts een beperkt deel van de gevallen.

Ook al zal de uitsluitend obligatoire verplichting tot ongedaanmaking vermoedelijk een minderheid van de gevallen betreffen, niettemin is er nog steeds iets voor te zeggen dat bij de ongedaanmaking van art. 6:24 BW geen aansluiting gezocht is bij de vergaande bescherming die titel 3.8 BW zou bieden. In de PG bij art. 6:24 BW vinden we dit weliswaar niet als reden genoemd om (alsnog) aansluiting te zoeken bij de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW, maar zoals hiervoor besproken vormde dit in elk geval wel de reden om titel 3.8 BW bij de fideicommissaire legaten en schenkingen onder voorwaarde niet analoog toe te passen. Dit laatste ondanks het feit dat ook bij deze figuren wel degelijk merendeels sprake zal zijn van een voorwaardelijke overdracht en daarmee van goederenrechtelijke verhoudingen. Dat daarmee voor deze veel ruimere groep van 'goederenrechtelijke gevallen' een securisatie van de positie van de verwachter ontbreekt, zoals die bij de voorwaardelijke erfstelling wel bestaat, heeft de wetgever expliciet voor lief genomen. Een keuze die ik slechts in zeer beperkte mate te verdedigen vind op basis van het door de wetgever gehanteerde argument, dat een onderscheid op basis van het criterium of reeds geleverd is 'te complex' zou zijn. De bedoelde complexiteit ontgaat mij zowel in theoretisch als in praktisch opzicht.

Onverlet de kritiek die ik heb op de door de wetgever gehanteerde argumentatie voor het onderscheid tussen de erfrechtelijke making en de fideicommissaire legaten en schenkingen onder voorwaarde, we zouden in het vorenstaande een reden kunnen zien waarom de wetgever ook bij de ongedaan-

172 Bijzondere gevallen als de voorwaardelijke gerechtigdheid tot een geldsom u.h.v. storting op een kwaliteitsrekening daargelaten.

173 Zie § 9.2.4.1.

making van art. 6:24 BW geen aansluiting heeft gezocht bij titel 3.8 BW. Voor zover dit echter al juist zou zijn – als gezegd blijkt uit niets dat de wetgever bij art. 6:24 BW inderdaad in deze richting dacht – volgt daaruit niet waarom alsnog wél aansluiting is gezocht bij de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW. Ook anderszins leidt de vorenstaande vergelijking met de keuzes van de wetgever ten aanzien van de erfrechtelijke makingen en dergelijke niet tot enige mogelijke onderbouwing voor een aansluiting bij de figuren van de onverschuldigde betaling of een tekortschieten.

We zien derhalve dat verschillende benaderingen – inhoudelijk vanuit de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW of in vergelijking met erfrechtelijke voorwaardelijke rechtsverhoudingen – de in de MvA genoemde analoge toepassing van voormelde afdelingen nauwelijks kunnen onderbouwen. De vorenbeschreven zoektocht leidt dan ook niet tot enig antwoord op de gestelde vraag wáárom aansluiting is gezocht bij deze afdelingen. Op grond daarvan kom ik tot een geheel andersoortige conclusie: deze zoektocht is gebaseerd op een onjuist uitgangspunt. De latere wetgever heeft ons namelijk met de benadering dat de wettelijke regeling voor ongedaanmaking ‘minder ver uitgewerkt’ is bij voorwaarden en de gestelde analoge toepassing van de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW in hoge mate op het verkeerde been gezet.

In uitsluitend obligatoire verhoudingen bestaat in elk geval geen enkele reden voor een verder uitgewerkte regeling dan bij dezelfde onvoorwaardelijke verhoudingen. Het mogelijke bestaan en de inhoud van ongedaanmakingsverbintenissen bij voorwaarden is onomstreden. De regelingen van de onverschuldigde betaling of een tekortschieten in de nakoming zouden die verbintenissen zonder enige functie of aanleiding uitsluitend compliceren. Ook in breder verband ontbreekt behoefte aan een verdere uitwerking. Althans, in elk geval vloeit uit de voorwaardelijkheid niet voort dat meeromvattende of andersoortige regelingen in een behoefte zouden voorzien die niet tevens bij onvoorwaardelijke obligatoire verhoudingen zou bestaan. De bestaande regelingen voor onvoorwaardelijke obligatoire rechtsverhoudingen vinden mede dankzij art. 6:26 BW zonder twijfel toepassing op voorwaardelijke verhoudingen. Dit is ook expliciet de benadering van Meijers geweest, althans in elk geval waar het betrof de bepalingen die betrekking hebben op de bescherming van de verwachter gedurende de periode van onzekerheid. In de TM bij art. 6:26 BW stelt hij: ‘Het in dit artikel bepaalde houdt in dat – in beginsel – een voorwaardelijk schuldeiser vóór de vervulling van de voorwaarde alle middelen in het werk kan stellen welke tot bewaring van zijn recht noodzakelijk zijn, []’.¹⁷⁴ Met andere woorden, voor de posities van partijen kunnen we gewoon te rade gaan bij de regelingen terzake onvoorwaardelijke rechtsverhoudingen, die ook rechtstreeks – en dus niet analoog – toepassing vinden. Hooguit zou daarbij enige discussie kunnen bestaan in welke gevallen ‘het voorwaardelijk karakter

174 PG Boek 6, TM, p. 153.

van de betrokken verbintenis zich daartegen niet verzet', zoals art. 6:26 BW vereist. Op grond van de in § 6.1.3 besproken criteria zal dat echter veelal zijn op te lossen. Samengevat, de in de MvA bedoelde overeenkomstige toepassing van de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW is daarmee niet alleen overbodig, maar suggereert met name ook het bestaan van een probleem dat er niet is.

In goederenrechtelijke voorwaardelijke rechtsverhoudingen bestaat daarentegen wél behoefte aan een verder uitgewerkte regeling. De eventuele analoge toepassing van de afd. 6.4.2 en 6.5.4 BW ontbeert in dat verband echter iedere betekenis. Daarmee ontbreekt een dergelijke uitwerking voor goederenrechtelijke rechtsverhoudingen, hetgeen tot een aantal lastig op te lossen problemen leidt, zo zagen we in hoofdstuk 6. Aansluiting bij de regeling van titel 3.8 BW terzake het vruchtgebruik had voor die groep van voorwaardelijke rechtsverhoudingen zonder meer voor de hand gelegen, ook omdat niet ieder aspect van die regeling – met name de zaaksvervanging – door partijen alsnog overeengekomen kan worden. De argumentatie van de wetgever in het verband van de voorwaardelijke giften dat toepasselijkheid van die titel te complex zou zijn indien deze afhankelijk zou zijn van het criterium of al dan niet geleverd is, ontgaat mij.

Mijn conclusie ten aanzien van de regeling met betrekking tot ongedaanmaking is dan ook relatief stevig. De vraag welke regels aangaande de ongedaanmaking in brede zin toepassing vinden, is dankzij de MvA bepaald ondoorzichtig geworden. Het zou veel duidelijkheid hebben verschaft als de Minister zijn woorden in de MvA had toegespitst op de eventuele waardevergoeding als wijze van obligatoire ongedaanmaking, in plaats van de suggestie te wekken dat de regelingen van de onverschuldigde betaling en van een tekortschieten ook in breder verband analoge toepassing zouden kunnen vinden. Daarentegen ontbreekt onterecht een uitgewerkte wettelijke regeling met betrekking tot goederenrechtelijke voorwaardelijke rechtsverhoudingen. Ik zou dan ook willen stellen dat de wetgever zich aangaande de ongedaanmaking bij voorwaardelijke rechtsverhoudingen matig van zijn taak heeft gekweten. In § 9.2.5 zal ik die stelling voor wat betreft de gevolgen voor de rechtspraktijk niettemin enigszins relativeren. In die paragraaf zal ik tevens in het bredere verband van de algehele systematiek van de beëindiging een mogelijke verklaring bespreken voor dit matige resultaat van de wetgevingsarbeid.

9.2.4.4 Ongedaanmaking bij verval van een opschortende voorwaarde?

Inleiding

In het verband van de voorwaardelijke werking kwam in § 3.2.3.4 de wetssystematiek voor ongedaanmaking bij opschortende voorwaardelijkheid reeds ter sprake. Op die plaats was met name de vraag óf die systematiek een argument vormde tegen mijn stelling dat het mogelijk is om na te komen – in de zin

van verschuldigd te presteren – voordat een opschortende voorwaarde bij de betreffende rechtsverhouding is ingetreden. In deze paragraaf zal ik de mogelijkheid van een dergelijke ongedaanmaking nogmaals bespreken, nu vanuit het perspectief van de systematiek achter die (verplichting tot) ongedaanmaking.

Geldend recht, nadere uitwerking

Voordat we toekomen aan de eigenlijke bespreking van de ongedaanmaking bij opschortende voorwaardelijkheid, moeten we eerst een stapje terug doen. In § 3.2.3 zagen we dat een groot deel van (ook) de moderne literatuur de mogelijkheid van een verschuldigde nakoming vóór het intreden van een opschortende voorwaarde uitsluit. Met name de veronderstelde opgeschorte werking uit hoofde van die voorwaarde zou een verschuldigde nakoming in de weg staan. Met andere woorden, indien sprake is van een dergelijk vroegtijdig presteren, zou deze 'nakoming' kwalificeren als een vooralsnog onverschuldigde betaling. We zagen in voormelde paragraaf echter tevens dat de wetssystematiek van het NBW een andere is. Nakoming vóór het intreden van de opschortende voorwaarde is wel degelijk 'verschuldigd'. Dat heeft alles te maken met het verder onbetwiste gegeven dat onder het NBW ook de opschortend voorwaardelijke verbintenis direct bestaand van aard is. De 'opgeschorte werking' heeft in dit verband dan ook een geheel andere strekking, waar ik onderstaand op terugkom.

Art. 6:25 BW lijkt niettemin anders te stellen voor wat betreft de mogelijkheid van een dergelijke vroegtijdige nakoming. Deze bepaling bevat voor de periode van onzekerheid echter slechts een bijzonderheid om onbedoelde effecten van dit directe bestaan van de opschortende voorwaardelijke verbintenis te ondervangen.¹⁷⁵ De bepaling is namelijk door Meijers in het OM mede opgenomen om ingeval *abusievelijk* voor het intreden van de voorwaarde wordt gepresteerd, alsnog de mogelijkheid te bieden om overeenkomstig de figuur van de onverschuldigde betaling ongedaanmaking te vorderen. Een dergelijke bepaling is noodzakelijk, omdat ondanks het feit dat 'gedwaald' is ten aanzien van het ingetreden zijn van de voorwaarde, op grond van de systematiek van het NBW wel degelijk verschuldigd gepresteerd is. Zónder deze bepaling zou derhalve, ondanks het abusievelijk vroegtijdige presteren, geen grondslag bestaan voor een dergelijke vordering tot ongedaanmaking. In dit verband is ook begrijpelijk waarom Meijers deze bepaling kwalificeerde als van aanvullend recht.¹⁷⁶ Uit de aanwezigheid van de in art. 6:25 BW neergelegde correctiemogelijkheid vloeit dan ook zeker niet voort dat de nakoming van een opschortend voorwaardelijke verbintenis als zodanig onverschuldigd is.

¹⁷⁵ Dit blijkt niet uit de redactie van art. 6:25 BW, maar wel duidelijk uit de TM en de wetssystematiek. Zie daarover § 3.2.3 en m.n. § 3.2.3.1.

¹⁷⁶ PG Boek 6, TM, p. 152.

Het vorenstaande laat onverlet dat de opgeschorte werking bij een vroegtijdige nakoming tot uiting moet komen in de prestatie. Een presteren met directe gevolgen is uiteraard niet opschortend voorwaardelijk van aard. Bijvoorbeeld de feitelijke prestatie van het schilderen van een pand of de juridische prestatie bestaande uit een directe, niet opschortend voorwaardelijke overdracht zijn in hun gevolgen niet opgeschort. Daarmee kan de nakoming bestaande uit dergelijke prestaties hooguit ontbindend voorwaardelijk van aard zijn. Het vereiste van de opgeschorte werking betekent derhalve dat slechts prestaties bestaande uit een juridisch handelen vroegtijdig en met inachtneming van de opschortende voorwaardelijkheid kunnen worden verricht. Anders dan feitelijke prestaties lenen juridische prestaties zich immers zonder meer voor een 'opgeschorte werking', zo zagen we in § 3.2.3.4.

Als we er inderdaad van uitgaan dat – met inachtneming van de vorenbedoelde beperking ten aanzien van het soort prestaties – wel degelijk kan worden nagekomen voordat een opschortende voorwaarde is ingetreden, dan doet zich uiteraard tevens de vraag voor hoe het verder moet met die prestatie indien de opschortende voorwaarde vervolgens vervalt. Oftewel, er is gepresteerd 'onder' opschortende voorwaarde, maar op enig moment wordt zeker dat deze voorwaarde definitief niet meer zal intreden. We zouden wellicht geneigd kunnen zijn voor die situatie, overeenkomstig het intreden van een ontbindende voorwaarde na een eerder presteren, een ongedaanmakingsverplichting te laten bestaan à la art. 6:24 BW. De prestatie zou door middel van die verbintenis tot ongedaanmaking alsdan 'teruggedraaid' kunnen worden. Echter, een dergelijke benadering is niet juist, althans in elk geval niet als uitgangspunt. Indien we deze namelijk zouden volgen, miskennen we dat er in *juridische zin* niets ongedaan te maken valt. Er is immers gepresteerd 'onder opschortende voorwaarde' zodat het uiteindelijk beoogde effect van die prestatie – overdracht van een goed, verlenen van een volmacht, et cetera – vooralsnog is uitgebleven. Verval van de opschortende voorwaarde leidt er toe dat het beoogde effect ook niet meer zal intreden. Met andere woorden, er valt in juridische zin niets ongedaan te maken, omdat het leveren van de prestatie door het verval van de voorwaarde definitief zonder gevolgen is gebleven. Een benadering die we in elk geval in expliciete zin slechts zeer incidenteel in de literatuur vinden.¹⁷⁷

Het vorenstaande sluit in die zin aan op het BW dat we voor een presteren bij opschortende voorwaardelijkheid tevergeefs zoeken naar een bepaling als art. 6:24 BW. Als gezegd vervult art. 6:25 BW op de eerste plaats de functie van een correctiemogelijkheid bij een abusievelijk vroegtijdig presteren. Op dit

177 Zie voor het Zwitsers recht echter Honsell 2008, p. 613. Honsell stelt in deze dat het BGE zich v.w.b. beschikkingshandelingen vergist in de ongedaanmaking o.b.v. de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking, omdat – terecht – beschikkingshandelingen uitsluitend in feitelijke zin ongedaan gemaakt dienen te worden d.m.v. de revindicatie.

punt lopen we in de TM echter tegen een kleine verrassing aan: ongedaanmaking ná het vervallen van een opschortende voorwaarde dient wel degelijk plaats te vinden en wel door toepassing van de figuur van de onverschuldigde betaling.¹⁷⁸ Deze benadering is in twee opzichten opvallend. Niet alleen ging Meijers (ervan uitgaande dat zijn benadering de grondslag voor dit deel van het OM vormde) er klaarblijkelijk van uit dat wel degelijk daadwerkelijk gepresteerd kan worden – waarom zou anders een verplichting tot ongedaanmaking kunnen bestaan – maar ook wenste hij een andere systematiek van ongedaanmaking bij het verval van een opschortende voorwaarde te hanteren dan bij het intreden van een ontbindende. De grondslag voor die laatste is in deze benadering zeer waarschijnlijk gelegen in wetsduiding op basis van art. 6:24 BW.¹⁷⁹ Daarentegen zocht Meijers voor de ongedaanmaking bij het verval van een opschortende voorwaarde als gezegd aansluiting bij de onverschuldigde betaling, welke benadering overigens ook in de moderne literatuur wordt onderschreven.¹⁸⁰ Beide kwesties bespreek ik onderstaand tezamen.

In § 3.2.3.4 ontkwam ik niet aan de vaststelling dat onduidelijk is waarom een dergelijk verschil in systematiek tussen ontbindende en opschortende voorwaarden is opgenomen. Het vorenbedoelde verschil in systematiek is derhalve met name opvallend waar het betreft de alsnog voorgestane toepassing van de onverschuldigde betaling bij het vervallen van een opschortende voorwaarde. Naar het zich laat aanzien hangt die aanknoping bij de onverschuldigde betaling als uitgangspunt niet samen met een benadering door Meijers, waarbij ondanks de opschortende voorwaarde op een wijze gepresteerd zou kunnen worden dat een juridische ongedaanmaking een functie zou vervullen. De TM noemt de vorenbedoelde ongedaanmaking in het verband van 'het geven van een goed' en verwijst daarbij naar art. 3:84 lid 4 BW terzake de overdracht onder voorwaarde.¹⁸¹ Er is geen passage van Meijers aan te wijzen waar het expliciet uit volgt, maar het lijdt geen enkele twijfel dat ook hij aan het verval van een opschortende voorwaarde de consequentie verbond dat de daarvan afhankelijke overdracht van een goed alsdan geen doorgang vond. De in voormelde TM bedoelde terugvordering van een goed na het verval

178 PG Boek 6, TM, p. 152. U.h.v. de bedoelde passage is echter onduidelijk of Meijers doelde op een rechtstreekse toepassing van de onverschuldigde betaling dan wel op een overeenkomstige toepassing waar art. 6:25 BW van uitgaat. Daarbij noem ik nogmaals dat ik er overeenkomstig hetgeen ik in § 1.2.2 bespreek van uitga, dat deze passages in de TM door Meijers zijn opgesteld of tenminste door het Driemanschap zijn gebaseerd op Meijers concept van de toelichting.

179 Zie § 3.3.2.1.

180 Reehuis 2010, p. 94; Out 2003, p. 78; Asser/Hartkamp 4-III 1998, p. 313; (waarschijnlijk) Van Buchem-Spapens 1982, p. 64. Zie verder het uitgebreide literatuuroverzicht in § 3.2.3.1 van auteurs die de onverschuldigde betaling reeds toepassen vóórdat de opschortende voorwaarde is vervallen. Voor die groep geldt ongetwijfeld dat deze figuur eveneens toepassing zou vinden bij het vervallen van de voorwaarde.

181 PG Boek 6, TM, p. 152.

van die voorwaarde heeft dan ook zeker geen betrekking op een juridische ongedaanmaking door middel van een teruglevering of iets dergelijks. Er *is* in juridische zin immers niets ongedaan te maken.

Bij het vorenstaande is van belang dat door Meijers de betekenis van de ongedaanmaking bij *voorwaarden* met name of wellicht zelfs uitsluitend werd gezien in de teruggave van het eerder geleverde goed. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de artt. 6.1.5.4 en 6.4.2.2 lid 1 OM, die voor wat betreft de eerdere prestaties uitsluitend gericht waren op een dergelijke teruggave en daarmee een beperktere strekking kenden dan de huidige artt. 6:24 en 6:25 BW.¹⁸² Ook voor wat betreft de mogelijkheid van ongedaanmaking door middel van waardevergoeding bij *prestaties van andere aard* vinden we bij Meijers deze beperktere strekking van de ongedaanmaking bij voorwaarden. In het verband van de figuren van de onverschuldigde betaling en de ontbinding wegens een tekortschieten aanvaardt de TM die wijze van ongedaanmaking,¹⁸³ terwijl in het kader van de opschortend voorwaardelijk verrichte 'onverschuldigde' prestatie van het oorspronkelijke 6.4.2.2 lid 1 OM die mogelijkheid ontbreekt. Daar mogen we waarschijnlijk uit afleiden dat Meijers de voorwaardelijke nakoming met betrekking tot dergelijke prestaties van andere aard überhaupt niet voor ogen stond, waarmee de ongedaanmaking dan ook geen daarop gerichte betekenis kon hebben. Tot slot blijkt uit de TM dat restitutie van een goed uiteraard ook voor Meijers een wijze van ongedaanmaking in het verband van voorwaarden was. Ten aanzien van andersoortige prestaties vinden we in de TM daarentegen geen voorbeelden of zelfs maar aanknopingspunten voor een ongedaanmaking daarvan. Ook daar mogen we waarschijnlijk de conclusie aan verbinden dat voor Meijers een presteren 'onder voorwaarde' met name of zelfs exclusief een voorwaardelijke overdracht betrof. Dit alles leidt met een redelijke mate van waarschijnlijkheid tot de conclusie dat (ook) in Meijers optiek een 'voorwaardelijk' presteren met beoogde ongedaanmakingsverplichtingen met name of zelfs uitsluitend een voorwaardelijk *juridisch* handelen – leidende tot een voorwaardelijke overdracht – betrof. Voor de opschortende voorwaarde zou daaruit logischerwijs voortvloeien dat ook in Meijers visie in het normale geval helemaal geen ruimte zou kunnen bestaan voor een ongedaanmaking in juridische zin.

Met deze laatste vaststelling komen we terug bij de vraag wat de inhoud van de door Meijers bedoelde verplichting tot ongedaanmaking bij het verval van een opschortende voorwaarde zou moeten zijn en in samenhang daarmee, waarom hij voor die ongedaanmaking aansluiting zocht bij de onverschuldigde betaling. Voor wat betreft die onverschuldigde betaling is het denkbaar dat

182 Daarnaast bevatte deze ontwerpbepaling een regeling t.a.v. vruchten verschenen na het intreden van de ontbindende voorwaarde. Dat betreft echter geen ongedaanmaking van de eerdere prestatie.

183 Zie de artt. 6.4.2.8 en 6.5.4.15 OM.

Meijers zich nog niet helemaal had los gemaakt van de systematiek van het OBW. In die systematiek werd de ongedaanmaking immers, althans naar het zich laat aanzien, veelal wél gebaseerd op het ontbreken van een rechtsgrond voor de eerdere prestatie. Een dergelijke benadering door Meijers is niettemin minder aannemelijk. Weliswaar verwijst hij in de TM naar de rechtspraak waar die toepasselijkheid van de onverschuldigde betaling voor het OBW werd aangenomen,¹⁸⁴ maar dat lijkt meer bedoeld te zijn als een duiding van het materiële recht waarin de mogelijkheid van ongedaanmaking werd aanvaard. Meijers beseft immers zonder meer dat toepassing van de onverschuldigde betaling niet uit de systematiek van het NBW kon volgen. Dit volgt waarschijnlijk reeds uit art. 6:25 BW (althans art. 6.4.2.2 OM), waarin deze figuur uitsluitend van *overeenkomstige* toepassing is.¹⁸⁵ Een toepasselijkheid uit hoofde van wetsduiding derhalve en niet uit hoofde van de systematiek.

De vraag blijft derhalve waarom Meijers aansluiting zocht bij de onverschuldigde betaling. Gezien het feit dat systematische gronden voor die benadering ontbraken, had hij immers ook aansluiting kunnen zoeken bij andere figuren of overeenkomstig art. 6:24 BW een eigen wettelijke grondslag voor ongedaanmaking kunnen creëren voor de situatie van het verval van een opschortende voorwaarde. Zoals ik in § 3.2.3.4 echter reeds vaststelde, sluit de onverschuldigde betaling in zekere zin goed aan op ongedaanmaking van een prestatie 'onder' opschortende voorwaarde. Althans, in verband met het ontbreken van een rechtsgrond voor de geleverde prestatie zal in zijn algemeenheid in een situatie waarin de onverschuldigde betaling toepassing vindt, in juridische zin veelal niets ongedaan te maken zijn. Dat geldt zeker bij de beperktere strekking van ongedaanmaking bestaande uit (uitsluitend) de teruggave van een goed, zoals Meijers die in het verband van voorwaarden voor ogen stond. Daarmee is de ongedaanmaking van de onverschuldigde betaling vooral van belang voor *feitelijke* ongedaanmaking, met name bestaande uit de teruggave van een zaak.¹⁸⁶ Zoals ik hiervoor reeds heb besproken, geldt dat ook voor het presteren 'onder' opschortende voorwaarde. Niet zozeer de juridische maar de feitelijke gevolgen van dat vroegtijdige presteren moeten bij het verval van de voorwaarde ongedaan gemaakt worden. Onverminderd het gegeven dat de wettelijke regeling van de onverschuldigde betaling geen bijzonderheden bevat voor wat betreft deze feitelijke ongedaanmaking, zien we dat de toepassing van deze figuur (ook) op de ongedaanmaking na het verval van een opschortende voorwaarde in zekere zin voor de hand ligt.

184 PG Boek 6, TM, p. 152.

185 Daarbij zij nogmaals geconstateerd dat we niet met zekerheid weten of deze bepaling door Meijers in concept is opgesteld of dat het Driemanschap zich bij de redactie daarvan wellicht heeft gebaseerd op Meijers aantekeningen.

186 Zie in dit verband bijv. HR 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:213 waar de ongedaanmakingsverbintenis strekte tot 'teruggave van de onderneming', mede bestaande uit de teruggave van een patiëntenbestand, een receptensysteem, inventaris en voorraden.

Bij deze laatste benadering blijken derhalve de twee thans besproken vragen – wat is de inhoud van de ongedaanmakingsverplichting na verval van een opschortende voorwaarde en waarom werd aansluiting gezocht bij de onverschuldigde betaling – in een onderling verband gebracht te kunnen worden. De figuur van de onverschuldigde betaling en de daaruit voortvloeiende ongedaanmakingsverplichting bestaande uit een uitsluitend feitelijke ongedaanmaking vormen een voor de hand liggend duo. Als gezegd blijft het echter volledig onzeker of Meijers in deze richting dacht. Bij gebreke aan enige aanwijzing daarvoor vermoedelijk zelfs niet. Daarmee blijft het onduidelijk wat de verdere overwegingen waren. Wellicht dat uiteindelijk gewoonweg ‘een’ grondslag voor ongedaanmaking werd gezocht en bij gebreke aan beter aansluiting werd gevonden bij de grondslag zoals die onder het OBW aanvaard werd. Het blijft gissen.

Iets anders is dat, wat verder van de mogelijke overwegingen in deze moge zijn, de onderbouwing van de grondslag voor ongedaanmaking bestaande uit de onverschuldigde betaling zwak blijft. Systematisch ontbreekt die onderbouwing, terwijl in materieel opzicht – zie de bespreking in § 9.2.4.3 – de regeling van de onverschuldigde betaling in afd. 6.4.2 BW nauwelijks betekenis heeft in het verband van de ongedaanmaking bij voorwaardelijke rechtsverhoudingen. De figuur van de onverschuldigde betaling is daarmee in mijn optiek een weinig gelukkige keuze.

Zoals ik in § 3.3.2 ten aanzien van de ongedaanmakingsverbintenis bij het intreden van een ontbindende voorwaarde bovendien reeds verdedigde, bestaat überhaupt geen behoefte aan een wettelijke grondslag. Aan een presteren ‘onder’ voorwaarde is voor partijen immers inherent, dat de prestatie bij het intreden van een ontbindende of het verval van een opschortende voorwaarde ongedaan gemaakt zal moeten worden. Aan een dergelijk voorwaardelijk presteren ligt derhalve de partijwil ten grondslag, waarin tevens de grondslag voor een eventuele toekomstige ongedaanmaking is gelegen.¹⁸⁷ Mijn benadering van de ongedaanmakingsverplichting na het verval van een opschortende voorwaarde is daarmee precies dezelfde als bij de ontbindende voorwaarde.

Deze benadering biedt ook soelaas in meer bijzondere omstandigheden, waarin – in afwijking van het hiervoor gehanteerde uitgangspunt – wel degelijk ook behoefte bestaat aan een juridische ongedaanmaking. Daarvan is bijvoorbeeld sprake indien een goed, ondanks de opschortende voorwaarde, alsnog in het vermogen van de verwachter of een derde terecht is gekomen. Dat

187 Een benadering die we soms ook in de buitenlandse literatuur vinden. De Coninck verdedigt deze bijv. voor het Belgisch recht (De Coninck 2007, p. 296, 305). N.b. een wetssysteem waarbij de opschortende voorwaardelijke verbintenis t.t.v. de prestatie in de heersende opvattingen (nog) niet bestaat. In de Belgische rechtskring wordt de onverschuldigde betaling doorgaans wel degelijk als grondslag gezien, aldus De Coninck (p. 305). Voor het Zwitsers recht verdedigt Emmenegger de partijwil als grondslag (Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 379).

betreft derhalve vooral de gevallen van natrekking, vermenging en zaaksvorming, alsmede die waarbij het goed op grond van derdenbescherming in het vermogen van een derde is overgegaan. Uitsluitend een feitelijke ongedaanmaking, voor zover al mogelijk, maakt de oorspronkelijk gerechtigde (bezwaarde) immers nog niet wederom tot juridisch rechthebbende. Er zal derhalve ook in juridische zin ongedaan gemaakt moeten worden, met name bestaande uit een levering van het betreffende goed. De grondslag voor die juridische ongedaanmaking wordt wederom gevormd door de aanvankelijke partijwil, die er immers op gericht was dat de bezwaarde gedurende de periode van onzekerheid rechthebbende zou blijven. Het feit dat het goed buiten medewerking of instemming van de bezwaarde niettemin uit zijn vermogen is gegaan, rechtvaardigt in dat verband de verplichting tot juridische ongedaanmaking, waarin derhalve de rechtsgrond voor die ongedaanmaking is gelegen.

Een laatste woord over art. 6:25 BW. Het vorenstaande maakt deze wetsebepaling niet overbodig, althans bij de vorenomschreven strekking van een grondslag voor ongedaanmaking bij een abusievelijk vroegtijdig presteren. Anders dan bij een bewust vroegtijdig presteren gaat in ieder geval de presterende partij er (onterecht) van uit dat hij onvoorwaardelijk gehouden is na te komen. Een partijwil gericht op eventuele ongedaanmaking bij een toekomstig verval van de opschortende voorwaarde ontbreekt derhalve. Op zich bestaan verschillende mogelijkheden om toch tot een grondslag voor ongedaanmaking te komen: er is gedwaald ten aanzien van de omstandigheid dat de voorwaarde zou ingetreden, maar ook zou – enigszins moeizaam – uit de oorspronkelijke partijwil afgeleid kunnen worden dat partijen voor die situatie toch een verplichting tot ongedaanmaking wensten te laten bestaan. Voor deze specifieke situatie is het echter veel eenvoudiger en daarmee derhalve ook zinvol als de wet een duidelijke grondslag voor ongedaanmaking biedt, ook al is de aansluiting bij de onverschuldigde betaling in mijn optiek dan weer een minder geslaagde keuze. Onverminderd het feit dat we de grondslag voor ongedaanmaking na het verval van een opschortende voorwaarde in beginsel in de partijwil moeten zien, vervult art. 6:25 BW toch een zekere functie.

Ik vat het vorenstaande samen. Er bestaat geen twijfel over dat het verval van een opschortende voorwaarde tot ongedaanmakingsverplichtingen kan leiden. Een dergelijke ongedaanmaking zal met name bestaan uit een feitelijke ongedaanmaking, omdat de opschortende voorwaardelijkheid waaronder de prestatie plaatsvond een juridische ongedaanmaking meestal overbodig zal maken. De benadering van Meijers en daarmee van de wetgever voor aansluiting bij de figuur van de onverschuldigde betaling voor wat betreft die ongedaanmaking is in dat verband echter weinig begrijpelijk. Een duidelijke onderbouwing voor die benadering ontbreekt, zowel in systematische zin als vanuit materieel perspectief beschouwd. Veel inzichtelijker zou een grondslag voor ongedaanmaking zijn geweest uit hoofde van een overeenkomstige bepaling

als art. 6:24 BW dan wel – zoals ik zelf verdedig – een grondslag gelegen in de partijwil. Ook voor wat betreft deze laatste geldt immers dat bewust is gepresteerd ‘onder’ opschortende voorwaarde, waarin we probleemloos de wil kunnen zien om ongedaan te maken bij het verval van de voorwaarde.

9.2.4.5 De gerechtigdheid tot vruchten

Inleiding

In § 9.2.4.1 besprak ik het begrip *ongedaanmaking*. Daarbij zagen we dat in het NBW het begrip van de ongedaanmaking bij het intreden van een ontbindende voorwaarde geen betrekking heeft op de (burgerlijke en natuurlijke) vruchten als verschenen gedurende de periode van onzekerheid. In deze paragraaf zal ik dit ontbreken van een verplichting tot ‘restitutie’ van deze vruchten nogmaals bespreken, maar thans meer vanuit de wetssystematiek. Wezenlijk veel meer aandacht gaat in deze paragraaf uit naar de complexe situatie terzake de gerechtigdheid tot vruchten in geval van opschortende voorwaardelijkheid. Een belangrijk deel van die aandacht heeft betrekking op de situatie van het intreden van de opschortende voorwaarde en daarmee het onvoorwaardelijk voortbestaan van de rechtsverhouding. De reden dat ik deze situatie niettemin in deze paragraaf terzake de *beëindiging* van de rechtsverhouding bespreek, is daarin gelegen dat het bestaan of het ontbreken van een dergelijke gerechtigdheid tot de vruchten alsmede het eventueel bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen dienaangaande sterk met elkaar verweven zijn. Een separate bespreking van de beide situaties van voortbestaan of beëindiging van de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding in relatie tot de vruchten zou de inzichtelijkheid van deze toch al lastige kwestie niet ten goede komen.

Bij de onderstaande bespreking van het geldend recht is tevens de nadere uitwerking opgenomen. De reden daarvoor is niet gelegen in de situatie bij ontbindende voorwaardelijkheid – het geldend recht dienaangaande is duidelijk – maar vloeit voort uit de ingewikkelde en voor het geldend recht ten dele ook onduidelijke situatie bij opschortende voorwaardelijkheid. Opvattingen in de literatuur ontbreken in dat verband vrijwel geheel, zodat het ook in die zin geen toegevoegde waarde zou hebben om een onderscheid te maken tussen de bespreking van het geldend recht en mijn eigen benadering.

Geldend recht, nadere uitwerking

De gerechtigdheid tot vruchten bij ontbindend voorwaardelijke rechtsverhoudingen is relatief eenvoudig. Overeenkomstig de normale wettelijke systematiek wordt als uitgangspunt de rechthebbende tot het vruchtdragende goed uiteraard tevens de rechthebbende tot de afgescheiden of opeisbaar geworden

vruchten.¹⁸⁸ Op dat uitgangspunt bestaan weliswaar een aantal uitzonderingen,¹⁸⁹ maar deze staan buiten de figuur van voorwaardelijke gerechtigdheid tot het goed. Met andere woorden, de in goederenrechtelijke zin tot het goed gerechtigde partij (de bezwaarde derhalve) wordt tot het eventuele toekomstige moment van intreden van de ontbindende voorwaarde rechthebbende van de vruchten.¹⁹⁰ Vanzelfsprekend staat het partijen vrij om andersluidende afspraken te maken, maar voor de rechtsovergang van de desbetreffende vruchten op de verwachter is in dat geval een overdracht vereist dan wel moet sprake zijn van een (eventueel persoonlijk) genotsrecht als bedoeld in art. 5:17 BW. De voor het geldend recht al enigszins interessantere vraag is of het intreden van een ontbindende voorwaarde met betrekking tot het goed tevens gevolgen heeft met betrekking tot de gerechtigdheid van de vruchten. Een eerste te maken onderscheid bij die vraag betreft de vruchten die vóór en die ná het intreden van de ontbindende voorwaarde zijn verschenen. Ten aanzien van de vruchten die ná het intreden van de voorwaarde zijn verschenen, moeten we vervolgens een tweede onderscheid aanbrengen, namelijk tussen de voorwaarde die met betrekking tot het goed wél en die geen goederenrechtelijk effect heeft.

Het geldend recht ten aanzien van de vruchten verschenen vóór het intreden van de ontbindende voorwaarde is wederom eenvoudig: deze reeds verschenen vruchten blijven – ook na het intreden van de voorwaarde – de bezwaarde toekomen, althans in elk geval in goederenrechtelijke zin.¹⁹¹ Het is derhalve niet zo dat deze vruchten vanaf het moment dat zij een zelfstandig goed vormen door de bezwaarde gehouden worden onder dezelfde ontbindende voorwaarde als het goed waarvan zij zijn afgescheiden. De verkrijging van de vruchten door hun opeisbaar worden of afscheiding van de voorwaardelijk gehouden zaak is immers een originele verkrijgingswijze. Op geen enkele wijze valt voor het NBW te beredeneren hoe die verkrijgingswijze zonder een

188 Zie art. 5:1 lid 3 v.w.b. natuurlijke vruchten. Zie bijv. ook de TM bij art. 5:17 BW, waar Meijers stelt dat (in beginsel) de eigenaar van een zaak tevens de vruchten verkrijgt (PG Boek 5, TM, p. 114). Zie ook de TM bij art. 7:14 BW, waar deze stelt dat het recht op vruchten op een koper overgaat per het moment van de levering van de zaak waar de vruchten uit voortkomen en derhalve niet op een eerder moment (PG Boek 7, TM, p. 111). Zie ook: PG Boek 7, Nota II, p. 112.

189 Er is bijv. sprake van een recht van vruchtgebruik of erfpacht, de verkrijging van de vruchten door een bezitter te goeder trouw die niet tevens eigenaar van het goed is dan wel (wellicht) het in art. 7:14 BW bedoelde geval dat 'aflevering' van het goed heeft plaatsgevonden.

190 Zo ook de TM, althans v.w.b. de situatie van een verkrijging onder ontbindende voorwaarde (PG Boek 6, TM, p. 146, 149). In gelijke zin: De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 54; Valk (T & C Vermogensrecht) 2013, p. 617; Bol 2011, p. 620; Vegter 2008-I, p. 170 en Vegter 2008-II, p. 609, 611; Brunner & De Jong 2004, p. 54; Van Buchem-Spapens 1982, p. 63; (impliciet) Schoordijk 1986, p. 276.

191 PG Boek 6, TM, p. 146, 149. In gelijke zin: Valk (T & C Vermogensrecht) 2013, p. 617; Bol 2011, p. 820; Reehuis 2010, p. 88; Vegter 2008-I, p. 170; Blokland 2007, p. 19; Schoordijk 1986, p. 276.

verder handelen door partijen tot een *voorwaardelijke* gerechtigdheid van de bezwaarde met betrekking tot de vruchten zou kunnen leiden, laat staan tot enige (voorwaardelijke) gerechtigdheid tot die vruchten bij de verwachter.¹⁹² De bezwaarde is en blijft derhalve ook na het intreden van de voorwaarde de goederenrechtelijk gerechtigde tot deze vruchten. In vergelijking met het OBW wordt de verklaring voor die blijvende gerechtigdheid van de bezwaarde ook wel gezien in het ontbreken van terugwerkende kracht van het intreden van de voorwaarde onder het NBW.¹⁹³ Daarbij zij echter aangetekend dat ook in stelsels mét terugwerkende kracht omstreden is of deze ook betrekking dient te hebben op intussen verschenen vruchten.¹⁹⁴

Uiteraard is het mogelijk de vruchten (al dan niet bij wijze van overdracht van die vruchten als toekomstig goed voordat deze zijn verschenen) aan de verwachter over te dragen, desgewenst onder dezelfde ontbindende voorwaarde als waaronder het goed door de bezwaarde wordt gehouden. Een mogelijkheid die ook in de TM wordt genoemd tezamen met de mogelijkheid van waardevergoeding van de eerder verschenen vruchten aan de verwachter.¹⁹⁵ De redactie van art. 6.1.5.4 OM is in dat verband zelfs enigszins gewijzigd teneinde de mogelijkheid tot uitdrukking te brengen dat op de bezwaarde (schuldenaar) de verplichting kan rusten bij het intreden van de voorwaarde de verschenen vruchten aan de verwachter te restitueren.¹⁹⁶

Voor wat betreft de vruchten verschenen ná het intreden van de ontbindende voorwaarde moeten we het voormelde onderscheid aanbrengen tussen de voorwaarde die met betrekking tot het goed wél en die geen goederenrechtelijke werking heeft. Indien de verwachter ten gevolge van de goederenrechtelijke werking van de voorwaarde rechthebbende van het goed is geworden, wordt deze op grond van de normale systematiek ook rechthebbende van de vruchten

192 Een dergelijke originele verkrijging wordt niet beïnvloed door de voorwaardelijke rechtsrelatie tussen bezwaarde en verwachter. Partijen kunnen v.w.b. de *goederenrechtelijke* gerechtigdheid tot deze vruchten uiteraard ook niet anders overeenkomen, althans niet zonder dat uitvoering wordt gegeven aan een overdracht van de vruchten. Deze benadering van een voorwaardelijke gerechtigdheid tot de verschenen vruchten ben ik in de literatuur overigens niet tegengekomen en derhalve evenmin een afwijzing daarvan.

193 Bol 2011, p. 615, 620; Reehuis 2010, p. 88; Houwer & Bruggink 2009, p. 179 (m.b.t. de herroepelijke schenking); Blokland 2007, p. 19 (m.b.t. de herroepelijke schenking); Hockx 2003, p. 268; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132 (m.b.t. *opschortende* voorwaarden); Schoordijk 1986, p. 276.

194 Bijv. voor het Belgisch recht wordt de terugwerkende kracht bij het intreden van (opschortende) voorwaarden geacht geen betrekking te hebben op deze vruchten (aldus: Jansen 2009, p. 385, 386; De Coninck 2007, p. 276, 277). Volgens Jansen wordt dit materiële gevolg overigens niet verklaard uit enigerlei systematiek rond de terugwerkende kracht, maar uit de redelijkheid en billijkheid (Jansen 2009, p. 386).

195 PG Boek 6, TM, p. 146, 149. Wat verder van deze bedoeling zij, de bedoelde wijziging in redactie leidt m.i. nauwelijks of niet tot een in enigerlei opzicht duidelijker wetstekst dienaangaande.

196 PG Boek 6, MvA II, p. 151 en Hoofdbesturen 1963, p. 508.

als verschijnen na het intreden van de voorwaarde.¹⁹⁷ Voor zover deze vruchten zich onder de (oorspronkelijke) bezwaarde bevinden, heeft de (oorspronkelijke) verwachter dan ook de mogelijkheid van revindicatie. In het geval aan het intreden van de voorwaarde daarentegen geen goederenrechtelijke werking met betrekking tot het goed was verbonden, is de bezwaarde vooralsnog in goederenrechtelijke zin rechthebbende tot het goed gebleven. Daarmee wordt de bezwaarde eveneens in goederenrechtelijke zin gerechtigde tot de (na het intreden van de voorwaarde) verschijnen vruchten, althans de vruchten verschijnen tot het moment waarop de bezwaarde uit hoofde van de op de hem rustende ongedaanmakingsverplichting het goed aan de verwachter overdraagt. Dit is de situatie waar art. 6:24 lid 2 BW op ziet: de voorwaarde is ingetreden uit hoofde waarvan de bezwaarde als persoonlijke verplichting het goed terug dient te leveren aan de verwachter (aangeduid met 'schuldenaar'),¹⁹⁸ terwijl tussen het moment van het intreden van de voorwaarde en van teruglevering van het goed vruchten zijn verschenen. Voor wat betreft deze vruchten rust uit hoofde van de wetbepaling op de bezwaarde een *persoonlijke* verplichting tot levering aan de verwachter.¹⁹⁹ Van een directe goederenrechtelijke gerechtigdheid bij de bezwaarde is derhalve geen sprake.²⁰⁰ Ook deze door de wet

197 In gelijke zin: Bol 2011, p. 615, 620 (althans Bol gaat in deze naar alle waarschijnlijkheid uit van een voorwaarde met goederenrechtelijk effect); Den Tonkelaar 1994, p. 97; Van Buchem-Spapens 1982, p. 63.

198 Het gegeven dat art. 6:24 lid 2 BW met de term 'schuldenaar' inderdaad op de verwachter doelt, volgt reeds uit de samenhang met lid 1, waar met 'schuldeiser' zonder twijfel de bezwaarde is bedoeld. Het is immers de bezwaarde die de reeds door de verwachter ten behoeve van hem verrichte prestaties ongedaan zal moeten maken indien de ontbindende voorwaarde intreedt. Het feit dat sprake is van 'schuldeiser' ziet in dit verband op de oorspronkelijke (ontbindend voorwaardelijke) vordering die deze schuldeiser respectievelijk bezwaarde had jegens de schuldenaar respectievelijk verwachter. Echter, ingeval art. 6:24 toepassing vindt, is de ontbindende voorwaarde ingetreden en zijn de rollen van schuldeiser en schuldenaar v.w.b. de ontstane ongedaanmakingsverplichting omgekeerd. De oorspronkelijke schuldeiser is thans schuldenaar en vice versa.

Dat de in lid 2 gehanteerde (omgekeerde) terminologie relatief eenvoudig tot verwarring leidt, blijkt wel uit de PG bij dit lid: 'Men denke aan het geval dat [] en zo enige tijd verstrijkt, eer van de schuldenaar ongedaanmaking van de prestatie wordt verlangd' (PG Boek 6, MvA II, p. 152). Bedoeld is de schuldenaar bij de ongedaanmakingsverplichting, terwijl in art. 6:24 lid 2 de schuldenaar bij de oorspronkelijke verbintenis is bedoeld.

199 Art. 6:24 lid 2 BW stelt dit niet heel duidelijk – de vruchten 'komen de schuldenaar toe' – maar zowel uit de goederenrechtelijke systematiek als uit de TM (PG Boek 6, TM, p. 149) volgt zonder meer dat bij de verwachter uitsluitend sprake is van een obligatoire gerechtigdheid tot deze vruchten. Het feit dat art. 6:24 lid 2 BW uitsluitend een *vordering* t.a.v. de vruchten behelst, wordt in de literatuur onderschreven: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 146; Den Tonkelaar 1994, p. 97.

200 Het lijkt mij niet waarschijnlijk, maar wellicht dat Reehuis een andere opvatting huldigt. Hij stelt: 'Voor de vraag aan wie na de vervulling [van de voorwaarde, HS] afgescheiden natuurlijke vruchten en opeisbaar geworden burgerlijke vruchten toekomen, [], maakt het niet uit of de vervreemder zijn aanspraak baseert op art. 3:84 lid 4 BW dan wel daaraan de ongedaanmakingsverplichting ex art. 6:24 lid 1 BW ten grondslag legt. Art. 6:24 lid 2 BW draagt er zorg voor dat in dat laatste geval de art. 3:120-124 BW van overeenkomstige

in het leven geroepen verbintenis ten aanzien van de vruchten is door de wetgever vanzelfsprekend uitsluitend als regelend recht bedoeld.²⁰¹

De functie van art. 6:24 lid 2 BW is derhalve gelegen in het – als uitgangspunt – creëren van een verplichting voor de bezwaarde tot overdracht aan de verwachter van de ná het intreden van de voorwaarde verschenen vruchten. Afgezien van het vorenbedoelde verschil in directe goederenrechtelijke gerechtigdheid van de verwachter tot die vruchten zorgt deze bepaling er derhalve voor, dat het voor de verwachter met betrekking tot die vruchten geen verschil maakt of de voorwaarde al dan niet goederenrechtelijke werking met betrekking tot het goed heeft. De verwachter zal immers hoe dan ook rechthebbende tot die vruchten worden, althans ervan uitgaande dat de bezwaarde zijn leveringsverplichting jegens de verwachter ook zal nakomen en derhalve met name niet in faillissement verkeert.²⁰² Gezien het beperkte toepassingsbereik van de bepaling – met uitsluitend betrekking op vruchten verschenen na het

toepassing zijn' (Reehuis 2010, p. 89). Voor zover Reehuis hiermee bedoelt dat de verwachter ook in het geval hij zijn gerechtigdheid tot het goed baseert op de uitsluitend persoonlijke vordering van art. 6:24 BW deze verwachter niettemin u.h.v. lid 2 van deze bepaling de goederenrechtelijk gerechtigde tot de nadien verschenen vruchten is, is die opvatting onjuist.

201 PG Boek 6, TM, p. 150; PG Boek 6, MvA II, p. 151, 152; Vegter 2008-I, p. 170; Schoordijk 1986, p. 276.

202 In deze zin ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 146; (vermoedelijk) Reehuis 2010, p. 89; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 134.

Niettemin vinden we in de literatuur – impliciet – ook wel andere benaderingen. Bij Schoordijk vinden we in dit verband het volgende voorbeeld (Schoordijk 1979, p. 110). A draagt zijn aan C verhuurde pand over aan B onder een goederenrechtelijk werkende ontbindende voorwaarde. Op enig moment treedt de ontbindende voorwaarde in vervulling en is A van rechtswege wederom eigenaar van het pand. We gaan er maar even van uit dat de huurverhouding daarmee van rechtswege tussen A en C toepassing vindt. Huurder C is met het intreden van de voorwaarde echter onbekend. Dientengevolge voldoet C de verschuldigde huursom – zijnde de opeisbaar geworden burgerlijke vrucht – aan B, terwijl A thans weer gerechtigd is tot deze huurpenningen.

In Schoordijks visie kan A in dit geval B u.h.v. art. 6:24 lid 2 BW aanspreken tot afgifte van de ontvangen huurpenningen. Die benadering is echter onjuist, omdat voor deze situatie de bepaling helemaal geen vordering in het leven roept. De situatie is immers dat huurder C abusievelijk aan de verkeerde partij – niet langer zijn schuldeiser – heeft voldaan. Dit betreft derhalve een onverschuldigde betaling respectievelijk het geval waarbij voldaan is aan een onbevoegde ontvanger (artt. 6:34-36 BW). De benadering van Schoordijk dat art. 6:24 lid 2 BW voor dit geval een vordering jegens A in het leven zou roepen, zou een van de volgende twee mogelijkheden betekenen. Op de eerste plaats zou de bepaling in dat geval een soort impliciete schuldovername door B van de schuld van C kunnen omvatten. Op de tweede plaats zou sprake kunnen zijn van een additionele vordering van A, derhalve een vordering van A jegens B náást de (oorspronkelijke) vordering van A op huurder C. Van geen van beide is echter sprake. Schoordijks vergissing vloeit daaruit voort dat in het door hem geschetste geval u.h.v. de goederechterlijke werking en de daarmee gepaard gaande wijziging in gerechtigdheid tot de verschenen vruchten helemaal geen behoefte bestaat aan een vordering als bedoeld in art. 6:24 lid 2 BW. Dit alles laat overigens onverlet dat in de literatuur wel verwezen wordt naar dit door Schoordijk besproken voorbeeld (zie: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 146; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 134).

intreden van de voorwaarde en alleen functioneel voor zover geen sprake is van een (aantoonbare) goederenrechtelijke werking van de voorwaarde – zou ik echter willen stellen, dat de wetgever nogal in detail is getreden.

Daarmee komen we bij de gerechtigdheid tot vruchten bij een opschortende voorwaardelijke rechtsverhouding. Als *uitgangspunt* geldt daarbij dezelfde systematiek als hiervoor beschreven met betrekking tot de ontbindende voorwaardelijke rechtsverhouding. De bezwaarde, derhalve de partij die zijn gerechtigdheid tot het goed zal verliezen bij het intreden van de opschortende voorwaarde, wordt gerechtigd tot de vruchten als verschenen gedurende de periode van onzekerheid. Dat geldt in elk geval in goederenrechtelijke zin (behoudens de vorenbedoelde uitzonderingen), terwijl partijen in obligatoire zin afwijkende afspraken zouden kunnen maken. Uit deze laatste vloeien echter uitsluitend verplichtingen tot overdracht van die vruchten voort, welke eventueel onder dezelfde opschortende voorwaarde kunnen bestaan. Het intreden van de opschortende voorwaarde wijzigt derhalve als zodanig aan deze gerechtigdheid tot de reeds verschenen vruchten in goederenrechtelijke zin niets.

Niettemin vinden we bij opschortende voorwaardelijkheid twee onderling geheel verschillende en voor wat betreft de achterliggende systematiek ook tegenstrijdige afwijkingen van voormeld uitgangspunt. Dat maakt de situatie bij opschortende voorwaarden wezenlijk complexer dan bij ontbindende.²⁰³ De eerste daarvan hangt samen met art. 6:25 BW en heeft, gezien het hierna te bespreken zeer bescheiden toepassingsbereik, eigenlijk alleen theoretische betekenis. Zoals ik reeds een aantal malen heb besproken, vindt uit hoofde van deze wetsbepaling gedurende de periode van onzekerheid de figuur van de onverschuldigde betaling overeenkomstige toepassing indien *abusievelijk* is gepresteerd, namelijk in de onjuiste veronderstelling dat de opschortende voorwaarde is ingetreden.²⁰⁴ Of anders gezegd, de presterende partij meende ten onrechte tot *onvoorwaardelijke* nakoming gehouden te zijn. In die situatie kan de presterende partij ongedaanmaking vorderen van de geleverde prestatie, althans in elk geval tot het eventuele moment van het alsnog intreden van de voorwaarde. Blijkens de TM kan uit hoofde van art. 6:25 BW echter ook ongedaanmaking van de verschenen vruchten worden gevorderd, overigens ook nádat de voorwaarde alsnog is ingetreden. De TM stelt in dat verband: 'De regeling van de teruggave van vruchten en de vergoeding van ten behoeve van het goed gemaakte kosten bij een onverschuldigde betaling, neergelegd in de artikelen 6.4.2.5 [6:206 BW] junctis 3.5.14-16 [thans de artt. 3:120-124 BW, HS], is ook van toepassing als de onverschuldigdheid der betaling een gevolg

203 In theorie zouden deze afwijkingen ook bij ontbindende voorwaarden kunnen bestaan, maar dat is inderdaad een zeer theoretisch geval.

204 Zie m.n. § 3.2.3.

is van het nog niet vervuld zijn van de voorwaarde'.²⁰⁵ Met andere woorden, de bezwaarde kan van de verwachter de intussen verschenen vruchten – in beginsel – opvorderen.

In dat verband is een lastig punt of óók voor deze vordering ten aanzien van de vruchten geldt, dat door de bezwaarde abusievelijk gepresteerd moet zijn voor het moment van intreden van de opschortende voorwaarde. Met andere woorden, is het (ook) voor de gerechtigdheid tot de verschenen vruchten van belang dat gepresteerd is in de onjuiste veronderstelling dat de opschortende voorwaarde is ingetreden? Daarvoor werpen we een blik op de grondslag voor die vordering. Uit hoofde van art. 6:206 BW met betrekking tot de verhouding tussen verschenen vruchten en de onverschuldigde betaling vinden als gezegd (onder meer) de artt. 3:120 en 3:121 BW toepassing. Uit art. 3:120 BW volgt dat de *bezitter* te goeder trouw gerechtigd tot de verschenen vruchten is. Echter, indien gepresteerd is onder een opschortende voorwaarde kwalificeert de verwachter naar geldend recht niet als bezitter, maar als houder.²⁰⁶ Samengevat vloeit dit voort uit het gegeven dat de vervreemder (bezwaarde) gezien de opschortende voorwaarde (bijvoorbeeld) de eigendom van een zaak nog helemaal niet wilde doen overgaan in het vermogen van de verkrijger (verwachter). Overeenkomstig ik in § 10.2.5 veel uitgebreider bespreek, is het logischerwijs ook uitgesloten dat tussen partijen wél het bezit van die zaak reeds is overgegaan. Het enerzijds bewust niet laten overgaan van eigendom, maar tegelijkertijd het wel laten overgaan van bezit als de pretentie van die eigendom is immers innerlijk tegenstrijdig. In dat verband moeten we bijvoorbeeld ook de in art. 3:91 BW bedoelde levering door middel van 'machtsverschaffing' zien als alternatief voor de levering door middel van bezitsverschaffing. De verwachter kan derhalve, indien de vervreemder inderdaad 'onder opschortende voorwaarde' heeft gepresteerd, vooralsnog niet kwalificeren als bezitter. In dat geval is tevens uitgesloten dat de verwachter – alsdan niet meer dan 'houder' van het goed – uit hoofde van art. 3:120 BW rechthebbende wordt tot de vruchten als verschenen gedurende de periode van onzekerheid. Het is systematisch beschouwd dan ook geheel terecht dat een bepaling als art. 6:24 lid 2 BW ten aanzien van *opschortende* voorwaarden ontbreekt; de verwachter wordt geen rechthebbende van de vruchten en derhalve is er in elk geval in juridische zin niets 'ongedaan' te maken.

Dit ontbreken van een recht van de verwachter op de vruchten kán echter anders zijn indien de vervreemder vroegtijdig presteert in de onjuiste veronderstelling, dat de opschortende voorwaarde reeds is ingetreden. In dat geval

²⁰⁵ PG Boek 6, TM, p. 152, 153.

²⁰⁶ Dit vormt zonder meer het geldend recht. De enige afwijkende opinie vinden we bij Vriesendorp, die in ieder geval v.w.b. het eigendomsvoorbehoud de gedurende de periode van onzekerheid verschenen vruchten aan de verwachter respectievelijk koper laat toekomen (Vriesendorp 1985, p. 42). Deze visie van Vriesendorp vloeit echter mede voort uit diens van de heersende opvatting afwijkende benadering, dat de verwachter reeds direct bezitter is (zie § 10.3.1).

is diens wil wel degelijk gericht op een directe (onvoorwaardelijke) rechtsovergang van het goed en daarmee op een directe overgang van het bezit. Anders dan bij een bewust presteren 'onder opschortende voorwaarde' zal de verkrijger daarmee wel degelijk kwalificeren als bezitter.²⁰⁷ Daarmee is deze verkrijger op grond van de artt. 3:120 BW en verder in elk geval *eventueel* gerechtigd tot de vruchten. We zien derhalve dat het voor wat betreft de mogelijke gerechtigdheid tot de vruchten inderdaad van belang is óf door de vervreemder al dan niet abusievelijk voor het intreden van de voorwaarde is gepresteerd.

Met het vorenstaande uitgangspunt dat de verwachter na een abusievelijk vroegtijdig presteren als bezitter kwalificeert, komen we bij de volgende stap in de beantwoording van de vraag wie van partijen rechthebbende tot de vruchten is. In de TM bij art. 6:25 BW terzake de overeenkomstige toepassing van de regeling van de onverschuldigde betaling wordt gesteld: 'Ook nadat de [opschortende, HS] voorwaarde in vervulling is gegaan en het betaalde zelf niet meer kan worden teruggevorderd, kan op deze regeling [bedoeld is de regeling van art. 6:206 BW en de artt. 3:120-124 BW, HS] een beroep worden gedaan, b.v. om van de ontvanger te kwader trouw afgifte te vorderen van de voor de vervulling der voorwaarde verschenen vruchten'.²⁰⁸ Met deze verwijzing naar de 'ontvanger te kwader trouw' doelt de TM op de in art. 3:121 BW bedoelde bezitter die niet te goeder trouw is.²⁰⁹ Inderdaad vinden we in de artt. 3:120 en 121 BW het antwoord op de gezochte vraag. Indien de verkrijger heeft te gelden als bezitter te goeder trouw, dan wordt hij op grond van art. 3:120 BW rechthebbende van de verschenen vruchten. Die situatie doet zich voor als niet alleen de vervreemder in de onjuiste veronderstelling verkeerde dat de opschortende voorwaarde was ingetreden, maar ook de verwachter meende en mocht menen dat de voorwaarde vervuld was. Is de verwachter daarentegen niet te goeder trouw, dan wordt blijkens art. 3:121 BW de vervreemder (bezwaarde) rechthebbende van de vruchten.

Ik zou willen stellen dat de wetgever hiermee een buitengewoon genuanceerde en complexe systematiek terzake de gerechtigdheid tot verschenen vruchten bij opschortende voorwaardelijkheid in het leven heeft geroepen waar het betreft het abusievelijk vroegtijdig presteren. Iets anders is dat de wetgever binnen de bestaande wettelijke structuren van voorwaarden en de gerechtigdheid tot vruchten waarschijnlijk weinig ruimte had voor een handzamere regeling. Het lijkt mij bovendien bepaald niet waarschijnlijk dat de vorenbesproken situatie van een abusievelijke vroegtijdig presteren in relatie tot de verschenen vruchten zich sinds de invoering van het NBW überhaupt ooit

207 Een echte breinbreker is de situatie waarin de vervreemder meent onvoorwaardelijk over te dragen (en daarmee ook het bezit te verschaffen), terwijl de verkrijger meent onder opschortende voorwaarde te verkrijgen (en daarmee houder te worden). Die puzzel laat ik voor wat hij is.

208 PG Boek 6, TM, p. 152, 153.

209 Art. 3:5.15 lid 1 OM sprak als voorloper van het huidige art. 3:121 BW nog van de bezitter te kwader trouw, hetgeen later vervangen werd door de bezitter niet te goeder trouw.

heeft voorgedaan. Een separate bepaling voor die uiterst bijzondere situatie had in mijn optiek dan ook van weinig realiteitszin bij de wetgever getuigd, zodat de aanpak door de wetgever in mijn optiek te aanvaarden is. Dat laatste geldt zeker ook voor de materiële gevolgen die uit deze regeling voortvloeien.

Daarmee komen we bij de tweede mogelijke afwijking van het uitgangspunt dat de bezwaarde rechthebbende tot de verschenen vruchten is. Art. 7:14 BW bepaalt dat van de dag van aflevering van een zaak de verschenen vruchten aan de koper toekomen. Blijkens art. 7:9 lid 2 BW is met deze aflevering bedoeld 'het stellen van de zaak in het bezit van de koper'. Blijkens de PG vormt deze verschaffing van het bezit – aldus aangeduid met de term 'aflevering' – veelal ook de juridische levering.²¹⁰ De aflevering kan daarmee tevens bestaan uit een consensuele leveringswijze, zo volgt uit de TM.²¹¹ Deze samenvallende aflevering en juridische levering kan overigens ook ontbreken, bijvoorbeeld in het geval waarbij de (feitelijke) macht over een onroerende zaak reeds aan een koper wordt verschaft voordat de akte van levering is ingeschreven.

In het verband van de gerechtigdheid tot de vruchten bij opschortende voorwaardelijkheid is art. 7:9 lid 3 BW van belang. Uit deze bepaling volgt dat in het geval van een eigendomsvoorbehoud – de overdracht onder de opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs – onder de aflevering tevens is te verstaan de machtsverschaffing aan de koper als bedoeld in art. 3:91 BW. Uit de samenhang tussen deze machtsverschaffing als wijze van aflevering en art. 7:14 BW volgt, dat de vruchten als verschenen na deze aflevering aan de koper onder eigendomsvoorbehoud als opschortend voorwaardelijke eigenaar van de zaak 'toekomen'. Een term waarvan ik onderstaand zal bespreken of deze al dan niet een goederenrechtelijke betekenis heeft in die zin, dat de verschenen vruchten ook in goederenrechtelijke zin tot het vermogen van de koper onder eigendomsvoorbehoud behoren.

We zien derhalve het volgende. Volgens het normale uitgangspunt wordt de rechthebbende van een goed tevens rechthebbende van de verschenen vruchten. Op grond daarvan is ook de bezwaarde na een opschortend voorwaardelijke overdracht rechthebbende van de vruchten en niet de verwachter. In het bijzondere geval dat deze verwachter bezitter te goeder trouw is, vinden we een eerste uitzondering op dat uitgangspunt, die bovendien goederenrechtelijke consequenties heeft met betrekking tot de verschenen vruchten. Een tweede uitzondering lijken we te vinden in het hiervoor genoemde geval waarbij een zaak reeds aan de koper onder eigendomsvoorbehoud is afgeleverd. Een benadering die – voor zover juist – waarschijnlijk een bredere strekking heeft dan uitsluitend op de specifieke figuur van het eigendomsvoorbehoud. Zoals ik namelijk ook op andere plaatsen heb gesteld, is de systematiek van het eigendomsvoorbehoud als een opschortend voorwaardelijke

210 PG Boek 7, p. 95-98.

211 PG Boek 7, TM, p. 96.

rechtsverhouding dezelfde als bij rechtsverhoudingen onder een andersoortige opschortende voorwaarde.²¹² Ik zou dan ook willen verdedigen dat het belang van deze tweede uitzondering relatief groot is.

Sterker, deze tweede 'uitzondering' vormt in het verband van de opschortend voorwaardelijke overdracht het normale geval, althans in elk geval bij roerende zaken die geen registergoederen zijn. De opschortend voorwaardelijke overdracht van deze zaken vindt immers steeds plaats door middel van machtsverschaffing, waarmee de aflevering en daarmee tevens de gerechtigdheid van de verwachter tot de vruchten gegeven zijn.²¹³ Daarmee doorkruist art. 7:14 BW het uitgangspunt dat de vruchten aan de rechthebbende van het goed toekomen, wederom ongeacht of deze term een obligatoire of goederenrechtelijke betekenis heeft. Een doorkruising die uitsluitend zou voortvloeien uit de wijze waarop roerende zaken geleverd worden en derhalve niet uit een onderbouwde uitzondering op het uitgangspunt dat de rechthebbende van een goed (of in dit verband beter: de eigenaar van een zaak) tevens gerechtigde tot de verschenen vruchten wordt.²¹⁴ Een doorkruising die daarmee bovendien uitsluitend betrekking heeft op roerende zaken, niet-registergoederen. In de PG vinden we echter geen argument genoemd waarom juist voor die groep van goederen respectievelijk bij die wijze van levering een andere systematiek van gerechtigdheid tot verschenen vruchten zou moeten gelden. Gezien deze schijnbaar sterk afwijkende systematiek en de op het eerste gezicht toch niet goed verklaarbare achtergrond daarvan, werpen we nogmaals een blik op art. 7:14 BW.

Voor wat betreft de benadering in de TM verdienen twee zaken aandacht. De eerste daarvan hangt samen met het feit dat de begrippen aflevering en (juridische) levering welhaast als synoniemen zijn gehanteerd. Dat geldt ook voor de in art. 7:9 lid 3 BW bedoelde levering door middel van machtsverschaffing.²¹⁵ In dit deel van de TM wordt echter geen aandacht besteed aan het verschil in gevolg tussen de levering door middel van bezitsverschaffing en door machtsverschaffing als wijze van levering onder opschortende voorwaar-

212 Het bijzondere aan het eigendomsvoorbehoud is gelegen in het feit dat bij deze figuur geen sprake is van strijd met het fiduciaverbod. Om systematische redenen heeft de wetgever er voor gekozen de levering te laten plaatsvinden door middel van machtsverschaffing (zie § 10.3.1). Dit laatste heeft echter alweer een bredere strekking, omdat deze machtsverschaffing bij overdracht van roerende zaken onder andersoortige opschortende voorwaarden eveneens de leveringswijze is. Daarnaast verdedig ik in § 10.3.4 dat ook een uitsluitend consensuele machtsverschaffing mogelijk is, zodat ook in die zin het toepassingsbereik van art. 7:14 BW in mijn optiek ruimer is.

213 Wederom: de *machtsverschaffing* als bedoeld in art. 3:91 BW is weliswaar redactioneel toegespitst op de figuur van het eigendomsvoorbehoud, maar de strekking van deze bepaling is in mijn optiek wel degelijk van algemene aard.

214 Vergelijk in dit verband de situatie van overdracht onder opschortende voorwaarde van een registergoed. In dat geval behoeft zeker geen sprake te zijn van een aflevering aan de koper (zie ook: PG Boek 7, MvA II, p. 97).

215 PG Boek 7, TM, p. 96.

de. Met andere woorden, het feit dat in het laatste geval de ‘verkrijger’ – verwachter onder opschortende voorwaarde – nog geen eigenaar is, komt niet ter sprake. Daarmee komt evenmin ter sprake dat in de TM met de artt. 7:14 en 7:9 lid 3 BW inderdaad zou zijn beoogd een partij die (nog) geen eigenaar van de zaak is wél gerechtigde tot de verschenen vruchten te maken.

Dit alles is om twee redenen opvallend. In ieder geval zou sprake zijn van een uitzondering op het (eveneens) door Meijers gehanteerde uitgangspunt dat de vruchten ook in obligatoire zin aan de eigenaar toekomen. Enige aandacht in de TM voor de uitzondering dat de koper onder eigendomsvoorbehoud respectievelijk verwachter als niet-eigenaar wel obligatoir gerechtigde zou zijn tot de vruchten had derhalve wel voor de hand gelegen. Dit te meer gezien de aandacht die Meijers zelf wél besteedde aan de zeldzame uitzondering terzake de vruchten in samenhang met art. 6:25 BW. Bovendien zou de gerechtigdheid tot de vruchten – gezien de omvang van het eigendomsvoorbehoud in de praktijk – tenminste een forse uitzondering op de hoofdregel zou vormen.

Een tweede reden waarom deze benadering opvallend zou zijn, is dat deze benadering van de positie van de opschortend voorwaardelijk gerechtigde op gespannen voet staat met Meijers’ visie, dat vóór het moment van intreden van een opschortende voorwaarde de verwachter nauwelijks rechten kan claimen. In Meijers’ optiek zouden ‘hoogstens conservatoire maatregelen mogelijk’ zijn.²¹⁶ Een eventuele gerechtigdheid van de verwachter tot de verschenen vruchten – ondanks de opschortende voorwaardelijkheid – kunnen we echter wel degelijk als een ingrijpende consequentie beschouwen. Ook in die zin zou het in de lijn der verwachting liggen dat in de Toelichting tenminste enige aandacht aan deze opvallende uitzondering zou zijn besteed.

Als tussenconclusie met betrekking tot het vorenstaande wil ik het volgende stellen. Onverminderd het feit dat uit de systematiek van de artt. 7:14 en 7:9 BW lijkt voort te vloeien dat de TM de vruchten aan de verwachter wil laten toekomen, bestaat er dienaangaande wel degelijk ruimte voor twijfel. In elk geval kan de eventuele benadering in de TM dat de verwachter gerechtigd is tot de vruchten uitsluitend gebaseerd worden op de wetssystematiek. De TM noemt nergens dat de vruchten inderdaad aan de opschortend voorwaardelijke verwachter en daarmee een niet-eigenaar zouden toekomen, terwijl dat gezien de vorenbesproken kwesties zonder meer een aandachtspunt zou moeten zijn geweest. Vanzelfsprekend wil ik het normaal gesproken stevige argument van de (beoogde) wetssystematiek niet uitvlakken, maar voor wat betreft die visie op de gerechtigdheid bestaan toch wel de voormelde stevige contra-argumenten. Ten aanzien van de vraag wat de zienswijze van Meijers zelf daadwerkelijk was, bestaat mijns inziens dan ook reden voor terughoudendheid naar welk mogelijk antwoord dan ook.

216 PG Boek 3, TM, p. 185. Gezien het feit dat Meijers kort voorafgaand aan deze passage de voorwaardelijke overdracht noemt, ligt het voor de hand dat hij deze passage ook plaatste in het verband van een dergelijke opschortend voorwaardelijke overdracht.

Een tweede punt van aandacht is de voormelde, uitsluitend obligatoire strekking die art. 7:14 BW blijkens de TM zou hebben. Oftewel, de bepaling zou geen betekenis hebben voor de vraag aan wie van partijen in goederenrechtelijk opzicht de verschenen vruchten toekomen, maar uitsluitend betrekking hebben 'op de interne verhouding tussen verkoper en koper'.²¹⁷ Voor wat betreft deze goederenrechtelijke gerechtigdheid moeten we derhalve de wetssystematiek hanteren, zoals die overigens toepassing vindt voor de vaststelling welke partij gerechtigd is. Voor zover dat niet de verwachter is, zou het in art. 7:14 BW bedoelde 'toekomen' van de vruchten aan deze verwachter derhalve een verbintenisrechtelijke regeling in het leven roepen om die vruchten in juridische zin aan de verwachter over te dragen. De concrete vraag óf die vruchten in goederenrechtelijke zin aan de koper onder eigendomsvoorbehoud (verwachter) toekomen – derhalve uit hoofde van een andere grondslag dan art. 7:14 BW – is door Meijers of in de andere delen van de Toelichting niet besproken.

In de latere PG vinden we deze benadering van de TM, waarbij art. 7:14 BW geen regeling bevat aangaande de vraag aan wie van partijen de vruchten in goederenrechtelijk opzicht toekomen, expliciet onderschreven.²¹⁸ Niettemin vinden we een duidelijke stellingname aangaande die vraag. Blijkens deze PG zouden de vruchten wel degelijk ook in goederenrechtelijke zin aan de koper onder eigendomsvoorbehoud toebehoren. Dit laatste onverlet de onderkenning dat vruchten aan de eigenaar van een zaak toekomen en de koper onder eigendomsvoorbehoud dat nog niet is. Voor dit afwijkende gevolg worden in de PG drie argumenten gehanteerd. Op de eerste plaats wordt aanknopings gezocht bij de figuur van huurkoop, bij welke figuur de vruchten uit hoofde van art. 7A:1576n BW eveneens direct aan de koper in goederenrechtelijke zin toekomen voor zover partijen geen andersluidende afspraken hebben gemaakt.²¹⁹ Op de tweede plaats wordt gewezen op de veronderstelde gelijkheid met de (opschortend) voorwaardelijke eigendomsverkrijging van een verhuurde zaak, in welk geval deze koper eveneens gerechtigd zou zijn tot de burgerlijke vruchten (de huurpenningen derhalve).²²⁰ Een derde argument bestaat uit de verwachtingen van partijen, die bij de bepaling van de koopprijs doorgaans rekening zouden hebben gehouden met het direct mogen gebruiken

217 De TM zegt m.b.t. art. 7:14 BW het volgende: 'Het voorschrift is niet bestemd om uit te maken wie de eigenaar van de vruchten is, noch om te bepalen wie gerechtigd is de burgerlijke vruchten in te vorderen van derden, bij voorbeeld huren. Het voorschrift heeft alleen het oog op de interne verhouding tussen verkoper en koper' (PG Boek 7, TM, p. 111).

218 PG Boek 7, Nota II, p. 112.

219 Een vergelijking die zowel in systematische zin (de huurkoop als verkrijging onder opschortende voorwaarde van betaling van de gezamenlijke termijnen) als in materiële zin (er is zowel sprake van een koop als van een uitgestelde betaling) zonder meer terecht is.

220 Voor zover al in huurrechtelijke zin juist, ontgaat deze vergelijking mij volkomen.

en exploiteren van de zaak door de koper.²²¹ Dit 'mogen gebruiken en exploiteren' zal waarschijnlijk kwalificeren als een persoonlijk genotsrecht van de koper met betrekking tot de zaak, waarmee reeds uit hoofde van art. 5:17 BW de vruchten aan de koper onder eigendomsvoorbehoud toe zouden kunnen komen.²²² In dit laatste zouden we zeker een sterk argument kunnen zien, zij het dat de PG deze benadering niet noemt.

De vraag is uiteraard welke betekenis we aan de voormelde PG moeten geven. Op de eerste plaats valt op dat sterk de nadruk wordt gelegd op de veronderstelde feitelijkheid van de aflevering. De TM benadert het begrip *aflevering* ruimer, waar ook consensuele wijzen van bezitsverschaffing onder dit begrip worden gebracht.²²³ Daarnaast valt op dat de in de voormelde PG gehanteerde argumenten geheel gericht zijn op de figuur van het eigendomsvoorbehoud. De benadering van de gerechtigdheid tot de vruchten is daarmee in het geheel niet geplaatst in een algemener vermogensrechtelijk kader, maar uitsluitend in het specifieke verband van het eigendomsvoorbehoud als een zelfstandige en daarmee niet in het algemene vermogensrecht ingebedde figuur. De wetgever heeft in dat verband ook nauwelijks betekenis toegekend aan het feit dat de koper onder eigendomsvoorbehoud uitsluitend rechthebbende onder opschortende voorwaarde is. Dat blijkt bijvoorbeeld daaruit dat bij het verval van de voorwaarde de PG er weliswaar van uitgaat dat de koper de vruchten aan de verkoper zal moeten 'verantwoorden', maar dat de vermelde systematiek voor deze ongedaanmaking van de reeds verkregen vruchten opvallend genoeg niet voortvloeit uit de voorwaardelijkheid.²²⁴

Wellicht nog wezenlijker dan deze opvallende systematiek van eventuele ongedaanmaking is het feit, dat de in deze PG aangenomen goederenrechtelijke gerechtigdheid tot de vruchten op gespannen voet staat met een van de belangrijkste uitgangspunten in het NBW terzake voorwaarden, namelijk het ontbreken van terugwerkende kracht. Een benadering waarbij vruchten verschenen vóór het intreden van de opschortende voorwaarde in goederenrechtelijke zin aan de verwachter toekomen, kan immers eenvoudig worden gezien als een gevolg

221 Ik zou menen dat iets anders is dat het argument een veel bredere strekking heeft dan uitsluitend bij het eigendomsvoorbehoud.

222 Althans, tussen de TM en de MvT bij deze wetsbepaling bestaat in dit opzicht wel een verschil. Blijkens de TM ziet het wetsartikel uitsluitend op de vraag per welk ogenblik eigendom van vruchten wordt verkregen. Volgens de MvT geeft het artikel wel degelijk aan dat de eigendom van de vruchten toekomt aan degene die tot vruchttrekking gerechtigd is (PG Boek 5, TM en MvT, p. 114, 115). Wat van dit onderscheid zij, uit beide delen van de PG volgt dat ook de *persoonlijk* gerechtigde door de afscheiding van de vruchten deze in goederenrechtelijke zin kan verkrijgen. In deze zin ook: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 397; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 246; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008, p. 106, 107.

223 PG Boek 7, TM, p. 96.

224 Genoemd worden art. 7A:1576N terzake de huurkoop alsmede art. 6:275 terzake de ontbinding van wederkerige overeenkomsten (PG Boek 7, Nota II, p. 112). Van enige aanknoping bij art. 6:25 BW blijkt daarentegen niets.

van terugwerkende kracht. Een systematiek zoals we die ook in het Zwitserse recht aantreffen. Met het onderstaand verder besproken art. 153 OR kent het Zwitsers recht in elk geval een systematiek die – ook buiten het verband van het eigendomsvoorbehoud – sterk lijkt op de vorenbeschreven benadering van de artt. 7:14 en 7:9 BW. Uit de ‘overhandiging’ van een zaak aan de verwachter voor het intreden van de opschortende voorwaarde wordt in het Zwitserse recht afgeleid, dat partijen terugwerkende kracht van de voorwaarde hebben beoogd. De verschenen vruchten komen uit dien hoofde dan ook aan de verwachter toe, althans mits de voorwaarde in de toekomst inderdaad intreedt. Met deze benadering van de terugwerkende kracht wordt het probleem ondervangen dat ook naar Zwitsers recht de verwachter nauwelijks rechten geldend kan maken, maar niettemin gerechtigd tot de vruchten wordt – overigens zonder dat duidelijk wordt of de verwachter ook in goederenrechtelijke zin gerechtigd is tot deze vruchten.

Als gezegd vinden we in de PG bij art. 7:14 BW niets over deze schijnbare toepassing van de terugwerkende kracht van de opschortende voorwaarde. Voor wat betreft de opvatting van Meijers is dat begrijpelijk, omdat een daadwerkelijke terugwerkende kracht in zijn optiek een goederenrechtelijke strekking had.²²⁵ Art. 7:14 BW had in zijn hiervoor genoemde benadering echter geen goederenrechtelijke betekenis, zodat voor wat betreft Meijers’ optiek ook niet de bedoelde frictie zou kunnen bestaan met het ontbreken van terugwerkende kracht. Voor wat betreft de latere PG is dat duidelijk anders, waar – buiten art. 7:14 BW om – de koper onder eigendomsvoorbehoud (verwachter) toch een goederenrechtelijke gerechtigdheid tot de verschenen vruchten wordt toegedacht. Indien we de verkrijging van deze gerechtigdheid proberen te plaatsen in de systematiek van de opschortend voorwaardelijke positie die de eigendomsvoorbehoudskoper heeft, dan lijkt de terugwerkende kracht de enige, maar tegelijkertijd in het NBW uitgesloten mogelijkheid. Wat derhalve verder van de voormelde materiële argumenten van de wetgever aangaande die gerechtigdheid zij, het blijft gissen hoe we de benadering door de wetgever van de systematiek voor de verkrijging van de vruchten door de verwachter moeten zien.

Dat alles maakt het heel erg moeilijk om de betekenis van de PG terzake art. 7:14 BW vast te stellen. Moeten we er inderdaad van uitgaan dat de koper onder eigendomsvoorbehoud ook in goederenrechtelijke zin gerechtigd is tot de vruchten als verschenen gedurende de periode van onzekerheid? Is de verklaring voor die eventuele gerechtigdheid alsdan gelegen in de uitsluitend materiële argumenten die de wetgever hanteerde of wellicht toch in toepassing van art. 5:17 BW? Heeft deze benadering door de wetgever ook betekenis voor de (opschortend voorwaardelijke) verwachter buiten de figuur van het eigendomsvoorbehoud?

225 Zie § 2.6.2.1 onder de ‘nadere uitwerking’.

De antwoorden op al deze vragen hebben directe gevolgen voor een eventuele ongedaanmaking bij het verval van de opschortende voorwaarde, met name de vraag of de verkregen vruchten in het kader van die ongedaanmaking aan de bezwaarde geleverd dienen te worden. Een eerste bestudering van de figuur van huurkoop heeft in deze geen additionele argumenten opgeleverd, zodat ik deze verder onbesproken heb gelaten. Gezien de verscheidenheid aan argumenten voor de verschillende standpunten valt het geldend recht in deze dan ook vooralsnog niet vast te stellen.

Ik vat deze lange verhandeling terzake de gerechtigdheid tot vruchten samen. Voor wat betreft de vruchten bij ontbindende voorwaardelijkheid is het geldend recht inzichtelijk. De bezwaarde wordt eigenaar van de vruchten als verschenen voor het intreden van de voorwaarde en blijft dat in elk geval in goederenrechtelijke zin ook na dat intreden. Ten aanzien van vruchten verschenen na het intreden van de ontbindende voorwaarde moeten we een onderscheid maken tussen de voorwaarde *mét* en *zónder* goederenrechtelijke werking, in welk verband art. 6:24 lid 2 BW betekenis kan hebben.

Ten aanzien van de gerechtigdheid tot vruchten bij opschortende voorwaarden geldt als uitgangspunt een zelfde systematiek: de bezwaarde wordt eigenaar en blijft dat bij het intreden van de voorwaarde ook, tenminste in goederenrechtelijke zin. Op dit uitgangspunt bestaan echter twee uitzonderingen, die een en ander behoorlijk complex maken. Op de eerste plaats is er de uitzondering die samenhangt met art. 6:25 BW, die echter een hoog theoretisch gehalte heeft. Op de tweede plaats is er de – mogelijke – uitzondering die voortvloeit uit de artt. 7:9 en 7:14 BW. Van deze laatste, in potentieel toepassingsbereik zonder meer wezenlijke uitzondering, heb ik hiervoor gesteld dat niet is vast te stellen wat het geldend recht dienaangaande precies inhoudt.

Oud BW

In het Ontwerp 1820 was met art. 2226 een specifieke bepaling opgenomen op grond waarvan vruchten verschenen vóór het in vervulling gaan van de voorwaarde bij het intreden de verwachter uitdrukkelijk niet alsnog ten goede dienden te komen.²²⁶ Deze bepaling werd echter uiteindelijk niet opgenomen in het OBW. Wél vormde de figuur van de terugwerkende kracht, wat deze verder ook precies mocht betekenen, in elk geval het uitgangspunt ten aanzien van de gevolgen van het intreden van een voorwaarde. Daarmee kon de vraag naar de gerechtigdheid tot de (ten tijde van het intreden van de voorwaarde) reeds verschenen vruchten een langdurig twistpunt in de literatuur worden. Van een duidelijk overwicht van een van beide kampen lijkt daarbij gedurende

226 Zie verder: Diephuis 1886, p. 259.

de gehele werkingsduur onder het OBW geen sprake te zijn geweest.²²⁷ Daarbij zij overigens aangetekend dat deze discussie voornamelijk werd gevoerd met betrekking tot de gerechtigdheid tot vruchten bij het intreden van een *opschortende* voorwaarde, maar soms ook voor wat betreft de ontbindende voorwaarde.²²⁸

Voor het huidige begrip van deze discussie is het wezenlijk om in herinnering te roepen, dat het intreden van een voorwaarde onder OBW volgens de meerderheid der auteurs terugwerkende kracht had, andersluidende partijwil daargelaten. Niet de terugwerkende kracht als zodanig, maar de discussie omtrent de omvang daarvan vormde de kern op grond waarvan verschillend werd gedacht over deze gerechtigdheid tot reeds verschenen vruchten.²²⁹ Opzoomer stelde zich bijvoorbeeld op het standpunt, dat de werking van de terugwerkende kracht steeds moest worden erkend, tenzij '[] de wet niet uitdrukkelijk het tegendeel vaststelt; bij het verkrijgen der vruchten is dit het geval niet; []'.²³⁰ Voor Opzoomer vloede derhalve de gerechtigdheid van de verwachter tot de eerder afgescheiden vruchten bij het intreden van de voorwaarde voort uit de algehele werking van de terugwerkende kracht. Ook Diephuis, die uitging van de mogelijkheid van een omvangrijkere beperking van de terugwerkende kracht dan Opzoomer,²³¹ aanvaardde de gerechtigdheid van de verwachter tot eerder afgescheiden vruchten.²³² Bij Van Goudoever lijken we evenmin twijfel te vinden over de verplichting tot 'teruggave' van de intussen verschenen vruchten aan de verwachter uit hoofde van de terugwerkende kracht van een ontbindende voorwaarde.²³³ Met betrekking tot de verwachter bij een opschortende voorwaarde hanteerde hij als uitgangspunt dat de vruchten aan deze toekwamen, maar uit de partijwil kon anders voortvloeien.²³⁴

Oppenheim was daarentegen weer terughoudend ten aanzien van de gerechtigdheid van de verwachter tot deze vruchten, maar in verband met andere consequenties daarvan.²³⁵ Indien de verwachter bijvoorbeeld opschortend voorwaardelijk koper van een zaak was, zou hij enerzijds met terugwer-

227 Voor de gerechtigdheid van de verwachter: Suijling 1934, p. 421; Diephuis 1886, p. 259 e.v., p. 270; Everts 1883, p. 174, 189 e.v.; Opzoomer 1879a, p. 153 e.v., 169 e.v.

Voor de gerechtigdheid van de bezwaarde: Asser/Rutten 1973, p. 144; Pitlo 1964, p. 81; Wery 1930, p. 179 nt. 40; Veegens/Oppenheim 1917, p. 39; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 59 e.v.

228 Zie v.w.b. de ontbindende voorwaarde: Asser/Van Goudoever 1913, p. 61; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 65; Opzoomer 1879a, p. 170 e.v.

229 In deze zin ook: Asser/Rutten 1973, p. 144; Wery 1930, p. 179 nt. 40; Land/De Savornin Lohman 1907, p. 59.

230 Opzoomer 1879a, p. 156.

231 Zie § 2.6.2.2.

232 Diephuis 1886, p. 270.

233 Asser/Van Goudoever 1913, p. 61.

234 Asser/Van Goudoever 1913, p. 60.

235 Veegens/Oppenheim 1917, p. 39.

kende kracht recht hebben op de vruchten, maar anderzijds geen rente aan de verkoper verschuldigd zijn over de koopsom over de periode tot het intreden van de voorwaarde.²³⁶ Deze systematiek zou derhalve tot een onevenwichtigheid tussen partijen leiden. Veel later in de tijd ging ook Rutten, mede in verband met de gerechtigdheid tot afgescheiden vruchten, uit van een beperkte strekking van de terugwerkende kracht.²³⁷ Een verklaring voor de mogelijke beperking van de terugwerkende kracht kwam van de zijde van De Savornin Lohman.²³⁸ Hij stelde dat overeenkomstig de tijdsbepaling uit de partijbedoeling voortvloeide, dat het voordeel van de verschuldigde zaak – en derhalve ook de gerechtigdheid tot de vruchten – pas vanaf het moment van intreden van de voorwaarde de crediteur ten goede diende te komen.²³⁹ Ook De Bruijn plaatste de vraag naar wie van partijen gerechtigd was tot de intussen verschenen vruchten in het licht van de vraag of zij de terugwerkende kracht al dan niet hadden uitgesloten.²⁴⁰

In mijn optiek enigszins opvallend is dat de discussie in de literatuur onder het OBW omtrent de gerechtigdheid tot de vruchten weliswaar gevoerd werd langs de band van de terugwerkende kracht, maar daarmee nog geen betrekking had op de systematiek rond die gerechtigdheid. Met name de vraag hoe we die systematiek zouden moeten zien in het geval een goed met terugwerkende kracht aan de verwachter toekwam, maar de intussen verschenen vruchten niet, had wel een enige onderbouwing kunnen gebruiken. Immers, als de bezwaarde geacht werd nooit rechthebbende tot het goed te zijn geweest, op welke wijze kon hij dan toch rechthebbende van die vruchten zijn geworden? In § 9.2.4.2 heb ik deze vraag reeds besproken, hetgeen mij er mede toe bracht te concluderen dat aan de terugwerkende kracht – buiten iedere systematiek – ook een zekere zelfstandige betekenis lijkt te zijn toegekend.

Samengevat bleef gedurende de werking van het OBW onzekerheid bestaan over de gerechtigdheid tot de vruchten die bij het intreden van de voorwaarde reeds waren verschenen. Daarentegen bestond er geen twijfel over dat – wát de systematiek van het OBW ook was – dit in ieder geval regelend recht betrof. Dit was een uitvloeisel van het feit, dat het partijen vrij stond nadere regelingen overeen te komen ten aanzien van de terugwerkende kracht.²⁴¹

236 Dit vloeide voort uit art. 1551 OBW; rente over de niet betaalde koopprijs was uitsluitend verschuldigd vanaf de levering van de zaak. Diephuis betwistte echter of dit wetsartikel bij voorwaardelijke koopovereenkomsten wel toepassing diende te vinden (Diephuis 1886, p. 261). Van Goudoever ging er klaarblijkelijk van uit dat de bepaling geen toepassing vond (Asser/Van Goudoever 1913, p. 60).

237 Asser/Rutten 1973, p. 144.

238 Land/De Savornin Lohman 1907, p. 60.

239 Ook Wery zag de blijvende gerechtigdheid van de bezwaarde tot de reeds verschenen vruchten in de, van de terugwerkende kracht afwijkende, partijbedoeling (Wery 1930, p. 179, nt. 40).

240 De Bruijn 1945, p. 236.

241 Aldus: Diephuis 1886, p. 262 en 270. Zie ook § 2.1.11.

Duits en Zwitsers recht

Naar Duits en Zwitsers recht geldt als uitgangspunt het ontbreken van terugwerkende kracht bij het intreden van een voorwaarde.²⁴² Blijkens de literatuur van beide stelsels vloeit daar uit voort dat de bezwaarde ook na het intreden van een voorwaarde zowel obligatoir als goederenrechtelijk gerechtigde blijft tot de vruchten die zijn verschenen gedurende de periode van onzekerheid.²⁴³ Partijen kunnen met betrekking tot die terugwerkende kracht echter anders overeenkomen.²⁴⁴ Voor het Duitse recht is echter uitsluitend een terugwerkende kracht in obligatoire zin mogelijk. Aan dit laatste wordt in de Duitse literatuur de consequentie verbonden dat vruchten verschenen vóór het intreden van de voorwaarde weliswaar mét dat intreden in obligatoire zin aan de verwachter kunnen toekomen, maar niet in goederenrechtelijke zin.²⁴⁵ Overeenkomstig ik hiervoor stelde ten aanzien van het Nederlandse recht neemt de literatuur dan ook merendeels aan dat voor een goederenrechtelijke gerechtigdheid van de verwachter tot de vruchten aan deze (al dan niet geanticipeerd) geleverd zal moeten worden. Het Duitse recht stemt daarmee overeen met het geldende Nederlandse.

Ook in de Zwitserse literatuur vinden we de benadering dat partijen een obligatoire terugwerkende kracht overeen kunnen komen, waaruit in ieder geval een persoonlijk recht tot *afgifte* van de reeds verschenen vruchten kan voortvloeien.²⁴⁶ De vraag is echter in hoeverre die terugwerkende kracht

²⁴² Zie § 2.6.2.5.

²⁴³ Duits recht: Erman/Armbrüster 2014, p. 464 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 476, 477); MüKo/Westermann 2012, p. 1718; Staudinger/Bork 2010, p. 340; Wolf 1999, p. 519; Hübner 1996, p. 476; Johannsen e.a. 1982, § 160 nr. 2.

Zwitsers recht: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 382; Schwenger 2012, p. 70; Koller 2009, p. 1293; Guhl/Koller 2000, p. 62; Peter 1994, p. 202 nt. 33, p. 374; Keller & Schöbi 1988, p. 109; Bucher 1988, p. 514; Merz 1984, p. 163; Becker 1941, p. 729; Oser 1929, p. 693, 694.

²⁴⁴ Zie § 2.6.2.5.

²⁴⁵ Erman/Armbrüster 2014, p. 464 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 476, 477); Staudinger/Bork 2010, p. 340; Wolf 1999, p. 519; Hübner 1996, p. 476; Flume 1992, p. 724; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 857.

Overigens wordt in de literatuur nogal eens gesteld dat in het overeenkomen van terugwerkende kracht reeds een geanticipeerde levering onder dezelfde voorwaarde kan worden verstaan (Staudinger/Bork 2010, p. 340; Herberger/Armgarth 2009, p. 1066; Flume 1992, p. 724). Dat is echter slechts een uitleg van de partijbedoeling en staat verder buiten de systematiek terzake de gerechtigdheid tot verschenen vruchten.

In de visie van Flume kan, indien een zaak reeds aan de verwachter is afgeleverd (en de verwachter daarmee kwalificeert als onmiddellijk houder (*Fremdbesitzer*)), de verwachter echter ook rechtstreeks gerechtigde tot de verschenen vruchten worden o.g.v. § 956 BGB. Deze laatste benadering is in de Duitse literatuur echter omstreden (zie: MüKo/Westermann 2012, p. 1718). Overigens vertoont § 956 BGB in materiële zin gelijkenis met art. 5:17 BW, zodat voor de benadering van Flume vanuit Nederlandse optiek zeker iets te zeggen valt.

²⁴⁶ Schwenger 2012, p. 70. Merz doelt m.b.t. ontbindende voorwaarden vermoedelijk ook op terugwerkende kracht met uitsluitend obligatoire werking (Merz 1984, p. 163). Zie echter ook p. 161, waar Merz m.b.t. opschortende voorwaarden juist weer wel een goederenrechte-

ook een goederenrechtelijke betekenis kan hebben in de zin dat de reeds verschenen vruchten met het intreden van de voorwaarde ook goederenrechtelijk aan de verwachter toekomen. In dat verband werpen we een blik op art. 153 OR. Deze bepaling ziet weliswaar uitsluitend op opschortende voorwaarden, maar de achterliggende systematiek is daar niet toe beperkt. Blijkens dit artikel geldt een afwijking van het wettelijk uitgangspunt van het ontbreken van terugwerkende kracht indien een zaak vóór het intreden van de opschortende voorwaarde reeds aan de verwachter is overhandigd. Daaraan verbindt art. 153 OR de consequentie dat de vruchten als verschenen gedurende de periode van onzekerheid (alsmede overigens het gebruik van de betreffende zaak) aan de verwachter toekomen.²⁴⁷ Treedt de opschortende voorwaarde derhalve op enig moment in dan heeft de verwachter die de zaak reeds onder zich had gedurende de periode van onzekerheid ook recht op de verschenen vruchten (althans, in elk geval vanaf het moment van de overhandiging van de zaak aan de verwachter). Een voor wat betreft de achterliggende systematiek complicerende factor is daarbij nog dat de literatuur ervan uitgaat dat de bepaling niet alleen toepassing kan vinden in de situatie waarin reeds aan de verwachter is geleverd, maar tevens bij uitsluitend (nog) obligatoire verhoudingen.²⁴⁸

In het thans besproken verband is van belang dat het artikel slechts een bewijsvermoeden in het leven roept. De bedoelde materiële gevolgen vloeien voort uit de systematiek van het toekennen van terugwerkende kracht en deze gevolgen kunnen derhalve ook buiten het beperkte toepassingsbereik van art. 153 OR om door partijen overeen worden gekomen. De achterliggende systematiek is derhalve niet anders dan bij het intreden van een ontbindende voorwaarde.²⁴⁹ Daarnaast is van belang dat de bepaling inderdaad een weergave vormt van de gevolgen van het toekennen van terugwerkende kracht. Aan het feit als zodanig dat de zaak reeds is overhandigd – wellicht te beschouwen als in feitelijke zin ‘afgeleverd’ als bedoeld in het BW – wordt buiten het bedoelde bewijsvermoeden geen betekenis toegekend. Voor wat betreft deze Zwitserse systematiek van de gerechtigdheid tot de verschenen vruchten moeten we dan ook zeker niet in een richting denken als de strekking van art. 5:17 BW.

Opvallend genoeg blijft in de Zwitserse literatuur deels onduidelijk en deels omstreden of aan de terugwerkende kracht als bedoeld in art. 153 OR goederen-

lijk terugwerkende kracht t.a.v. intussen verschenen vruchten aanneemt. Dat lijkt hij echter uitsluitend uit de strekking van het hierna besproken art. 153 OR af te leiden.

247 Zie in deze zin ook: Schwenzer 2012, p. 70; Honsell 2008, p. 619; Guhl/Koller 2000, p. 60; Peter 1994, p. 374.

248 Becker 1941, p. 727.

249 Impliciet anders echter Merz (Merz 1984, p. 161, 163). Merz ziet de materiële gevolgen van deze bepaling juist in het feit dat de zaak is overhandigd en niet in de terugwerkende kracht. T.a.v. ontbindende voorwaarden lijkt hij dan ook uitsluitend obligatoire gevolgen m.b.t. verschenen vruchten te onderschrijven.

rechtelijke betekenis kan toekomen.²⁵⁰ Met andere woorden: voor het Zwitsers geldend recht lijkt de vraag onbeantwoord of de verschenen vruchten separaat aan de verwachter geleverd moeten worden.²⁵¹ Dat geldt ook voor de spiegelbeeldige situatie van het verval van de opschortende voorwaarde. Blijkens lid 2 van deze bepaling dient de verwachter de verschenen vruchten alsdan *herauszugeben* aan de bezwaarde. In dat verband doet zich wederom de vraag voor hoe de juridische gerechtigdheid van de verwachter tot die vruchten was te duiden. Indien die gerechtigdheid uitsluitend van obligatoire aard was, bestaat deze restitutieplicht van de verwachter uitsluitend uit een verplichting tot feitelijke afgifte. Indien de bezwaarde wel goederenrechtelijk gerechtigde tot deze vruchten was, maar onder dezelfde (thans vervallen) opschortende voorwaarde, dan is dat niet anders. Indien de verwachter daarentegen in goederenrechtelijk opzicht onvoorwaardelijk rechthebbende tot de vruchten was geworden, bestaat de restitutieplicht van de verwachter uit een verplichting tot levering van de eigendom van de vruchten. Wat in deze het juiste antwoord is, blijft echter voor het Zwitserse recht wederom onduidelijk.

250 De bepaling is overigens ook in ander opzicht omstreden, namelijk v.w.b. de verhouding met art. 185 OR. U.h.v. deze laatste bepaling gaan de gerechtigdheid tot het gebruik en de afgescheiden vruchten (alsmede het risico) direct op een koper over, derhalve vóórdat deze eigenaar is geworden. Daarop geldt weer de uitzondering van art. 185 III OR, op grond waarvan bij opschortend voorwaardelijke koopovereenkomsten de gerechtigdheid tot dit gebruik en de afgescheiden vruchten pas met het intreden van de voorwaarde op de koper overgaan. De verhouding tussen de artt. 153 en 185 OR is daarmee in zekere mate omstreden, zie: Berger 2012, p. 266; Koller 2009, p. 1289; Honsell 2008, p. 619; Peter 1994, p. 374.

251 Voor goederenrechtelijke werking: (vermoedelijk) BSK OR I-Ehrt 2011, p. 864. Voor uitsluitend obligatoire werking: Schwenzer 2012, p. 70; (vermoedelijk) Honsell 2008, p. 618-620 (Honsell gaat er op p. 620 i.e.g. van uit dat de bezwaarde in het verband van art. 153 II OR de verschenen vruchten u.h.v. de revindicatie bij de verwachter kan opvoorden. Dat suggereert dat de bezwaarde eigenaar van die vruchten is gebleven. Op p. 619 blijft echter onduidelijk of de verwachter bij het intreden van de opschortende voorwaarde een obligatoire of een goederenrechtelijke aanspraak op de vruchten heeft); Staehelin 1993, p. 88 (Staehelin interpreteert art. 153 I OR aldus dat in de bepaling het vermoeden is neergelegd dat door de vervreemder van het goed onder dezelfde opschortende voorwaarde en bij voorbaat over de (toekomstige) vruchten t.b.v. de verkrijger is beschikt. Daarmee beschouwt hij de bezwaarde derhalve als de goederenrechtelijk rechthebbende op de vruchten. V.w.b. de door hem gevolgde systematiek baseert hij zich overigens uitsluitend op een beperkt aantal Duitse auteurs, die zich niet hebben uitgelaten over het Zwitsers recht. Bij andere Zwitserse auteurs kwam ik deze benadering niet tegen). Onduidelijk: Berger 2012, p. 266 (het blijft bij Berger onzeker of het verschaffen van de 'Nutzungen' aan de verwachter of de bezwaarde slechts een feitelijke afgifte betreft dan wel een juridisch handelen); Guhl/Koller 2000, p. 60 en Guhl 1944, p. 57 (Koller en Guhl stellen uitsluitend dat de verwachter de vruchten 'herausverlangen' kan, hetgeen in het midden laat of dit een obligatoire of goederenrechtelijke grondslag heeft. Zie ook: Koller 2009, p. 1291, waar in het verband van art. 153 II OR eveneens onduidelijk blijft wat de grondslag voor het door hem bedoelde 'übergeben' van een geldsom is); Peter 1994 (die de vraag in zijn geheel aan voorwaarden gewijde 'Habilitationsschrift' niet bespreekt); Becker 1941, p. 727 (Becker stelt t.a.v. de 'Nutzen' dat deze bij het intreden van de opschortende voorwaarde slechts de verkrijger van de zaak 'aangaan' en deze bij verval van de voorwaarde moeten worden 'teruggegeven').

9.2.4.6 Zijn ongedaanmakingsverplichtingen wederkerig?

Geldend recht, nadere uitwerking

Buiten het specifieke verband van voorwaarden wordt voor het Nederlandse geldend recht merendeels aangenomen dat ongedaanmakingsverbintenissen tussen partijen niet wederkerig zijn.²⁵² Dit betreft bijvoorbeeld ongedaanmakingen uit hoofde van een ontbinding wegens een tekortschieten of een onverschuldigde betaling. Deze benadering van het ontbreken van wederkerigheid wordt onderbouwd door middel van de systematiek van het ontstaan van dergelijke verbintenissen. Wederkerigheid wordt beschouwd als een gevolg van partijwil, waarbij ieder van partijen zich verplicht tot het leveren van een prestatie met het oog op het verkrijgen van een prestatie van de wederpartij.²⁵³ De wederkerigheid is derhalve een gevolg van het 'ruilkarakter' dat partijen aan hun rechtsverhouding hebben willen toekennen. De grondslag voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen wordt echter niet gezien in de partijwil, maar dergelijke verplichtingen hebben met de artt. 6:204 en 6:273 BW een wettelijke grondslag. Deze leidt er dan ook toe dat geen sprake kan zijn van een door partijen beoogde wederkerigheid. Oftewel, waar partijen op grond van hun rechtsverhouding in eerste instantie verplicht waren over en weer te presteren en de in dat verband bestaande verbintenissen ook wederkerig waren, zijn de ongedaanmakingsverbintenissen ten aanzien van de reeds verrichte prestaties dat niet.

In de benadering dat art. 6:24 BW de wettelijke grondslag voor het ontstaan van ongedaanmakingsverbintenissen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde vormt, zou overeenkomstig de vorenbeschreven visie in elk geval geen sprake zijn van wederkerigheid. Een belangrijk deel van de literatuur en de wetgever kennen aan art. 6:24 BW die betekenis toe, zo zagen we in § 3.3.2.1. Daaruit zou volgen dat ook ongedaanmakingsverbintenissen naar aanleiding van de beëindigde voorwaardelijke rechtsverhouding niet wederkerig zouden zijn. De Nederlandse literatuur noch de PG laat zich daar echter in expliciete zin over uit. Dit laatste overigens in tegenstelling tot enkele buitenlandse auteurs, die voor de betreffende stelsels wel degelijk uitgaan van wederkerigheid.²⁵⁴

252 Scheltema 1997, p. 252, 253; Hartlief 1994, p. 198, 199; Bakels 1993, p. 390; Olthof 1992, p. 296. Zie ook: PG Boek 6, TM, p. 1031.

253 Bakels 2011, p. 27.

254 De Coninck verdedigt voor het Belgisch recht dat de aanvankelijke wederkerigheid bij de oorspronkelijke verbintenissen 'in de regel' tevens zal bestaan t.a.v. de ongedaanmakingsverplichtingen na het intreden van de voorwaarde (De Coninck 2007, p. 292). Zie voor het Duitse recht in deze zin: Erman/Armbrüster 2014, p. 464 (waarbij aangetekend zij dat mij ontgaat wat de door Armbrüster in dit verband vermelde terugwerkende kracht aan betekenis zou hebben); Flume 1992, p. 729.

Door een deel van de literatuur wordt (buiten het specifieke verband van voorwaarden) niettemin gesteld dat een systematiek van wederkerigheid van ongedaanmakingsverbintenissen de voorkeur zou hebben.²⁵⁵ Wat daar van zij, in het verband van de ongedaanmaking bij *voorwaardelijke* rechtsverhoudingen is het de vraag of de betreffende ongedaanmakingsverbintenissen niet toch al kwalificeren als wederkerig. De grondslag in de wet voor de ongedaanmaking na een 'voorwaardelijk presteren' wordt namelijk ook wel bestreden, zo zagen we in voormelde paragraaf. De partijwil vormt (ook) in mijn optiek daarvoor een veel beter te verdedigen grondslag. Daarmee ligt de benadering van wederkerigheid van ongedaanmakingsverbintenissen ook binnen handbereik. Het is welhaast vanzelfsprekend dat partijen zich slechts willen verplichten de ontvangen prestatie bij het intreden van de ontbindende voorwaarde ongedaan te maken, indien op de wederpartij een zelfde verplichting rust.²⁵⁶ De ongedaanmakingsverplichtingen tussen partijen hebben daarmee in mijn optiek wederom het 'ruilkarakter' dat de aanvankelijke (nagekomen) verbintenissen eveneens hadden.²⁵⁷

9.2.5 Kritiek op de systematiek van de beëindiging bij voorwaarden in het NBW

In deze § 9.2 heb ik de beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding bestudeerd, met name met betrekking tot eventuele ongedaanmakingsverplichtingen. De in § 9.2.2 nogmaals besproken, in eerste instantie schijnbaar overzichtelijke systematiek van deze beëindiging blijkt bij nadere bestudering een redelijk aantal scheuren van uiteenlopende aard te kennen. Deze kwesties wil ik thans nogmaals kort de revue laten passeren om vervolgens te bespreken of deze wellicht een gemeenschappelijke achtergrond hebben. Om doublures te voorkomen, stip ik de verschillende kwesties merendeels slechts aan onder verwijzing naar de verschillende plaatsen waar ik de betreffende onderwerpen verder uitwerk.

Een eerste opvallend punt betreft de wettelijke benadering van de beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding. Met de artt. 6:22 en 24 BW is deze geheel gericht op de beëindiging van de verbintenis. Ook uit de PG volgt dat de wetgever bij de beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding uitsluitend oog had voor de beëindiging van de verbintenis respectievelijk

255 Scheltema 1997, p. 253; Hartlief 1994, p. 199; Olthof 1992, p. 297; Hijma 1988, p. 198 e.v.; Hamaker 1970, p. 147.

256 Een benadering die we, naar het zich laat aanzien, voor het Duitse recht verdedigd vinden door Flume (Flume 1992, p. 729).

257 Misschien dat ook door Hartkamp en Sieburgh op deze wederkerigheid na het intreden van een ontbindende voorwaarde wordt gedoeld, maar ik twijfel (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 141).

de situatie waarin de ontbindend voorwaardelijke verbintenis reeds door nakoming vóór het intreden van de voorwaarde teniet was gegaan. Gezien het feit dat de *rechtsbetrekking in ruime zin* tussen partijen vaak uit meer zal bestaan dan de optelsom van de verschillende verbintenissen, is dit duidelijk een te beperkte zienswijze op de beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding. De aan voorwaardelijkheid verbonden consequenties kunnen zich immers uitstrekken tot buiten de verbintenis sec. Met name de verhouding tussen de overeenkomst (als dé ontstaanbron van verbintenissen) en het intreden van een ontbindende of het verval van een opschortende voorwaarde komt in de wet noch de PG ook maar enigszins uit de verf. Ik verwijs daarvoor naar de § 3.1.2.2 en 3.5.

Ook ten aanzien van verscheidene onderdelen van de wetssystematiek rond de verbintenis tot ongedaanmaking kunnen we kritisch zijn. Van de benadering door de wetgever dat art. 6:24 BW de functie van een wettelijke grondslag voor het ontstaan van een dergelijke verbintenis zou moeten omvatten, heb ik in § 3.3.2 verdedigd dat deze onjuist is. Deze benadering kan ik slechts verklaren vanuit de historische context waarin deze wetsbepaling tot stand kwam.²⁵⁸ Bij een rechtsverhouding die uit hoofde van de partijwil zodanig is vormgegeven dat ongedaan gemaakt zal moeten worden bij de beëindiging daarvan, bestaat namelijk in het geheel geen behoefte aan een dergelijke wettelijke grondslag. De partijwil vormt in een dergelijk geval de bedoelde grondslag. Dit verschil in benadering van deze grondslag heeft ook materiële consequenties. De eerste daarvan betreft de in § 6.2.5 besproken kwalificatie van de vordering tot ongedaanmaking gedurende de periode van onzekerheid als bestaand of toekomstig. Op de tweede plaats is deze van belang voor de vraag of de ongedaanmakingsverplichtingen van ieder van partijen al dan niet als wederkerig zijn te beschouwen, zo besprak ik in § 9.2.4.6. De opvatting dat art. 6:24 BW de wettelijke grondslag voor ongedaanmaking zou vormen, is derhalve niet alleen onjuist, maar leidt ook tot afwijkende – en mijns inziens tevens ongewenste – gevolgen.

Een volgend kritiekpunt betreft de omgang met de inhoud van de ongedaanmakingsverplichting bij het intreden van een ontbindende voorwaarde. Art. 6:24 lid 1 BW ziet op ongedaanmaking van de prestatie zelf, hetgeen vrijwel steeds zal plaatsvinden door restitutie van het verkregene. Ten aanzien van prestaties die naar hun aard niet ongedaan gemaakt kunnen worden – het verrichten van een dienst, het nalaten van een bepaald handelen – ontbreekt echter een regeling. Zoals ik hiervoor reeds stelde, zocht de Minister de oplossing in een analoge toepassing van de ongedaanmaking door middel van waardevergoeding, zoals onder meer afd. 6.4.2 BW terzake de onverschuldigde betaling deze kent.²⁵⁹ Een systematiek die Meijers in het OM zeker niet hanteerde. Zoals ik heb verdedigd, was deze afwijkende benadering van Meijers

²⁵⁸ Zie § 3.3.2.3.

²⁵⁹ PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 1217.

ook terecht. Althans, in elk geval zal per saldo bij een dergelijke 'waardevergoeding' helemaal geen sprake zijn van een vorm van ongedaanmaking, maar uitsluitend van een figuur die leidt tot aanpassing van de eerder overeengekomen tegenprestatie. Van een daadwerkelijke voorwaardelijkheid bij de eerdere prestatie kan dan ook eigenlijk geen sprake zijn. Ook in andere zin is de MvA weinig gelukkig. De vorenbedoelde opmerking van de Minister voor wat betreft de analoge toepassing lijkt een veel bredere strekking te hebben dan uitsluitend de mogelijkheid van ongedaanmaking door middel van waardevergoeding. Uit hoofde van deze MvA gaat de literatuur er – onterecht – van uit dat ook andere bepalingen van de wettelijke regeling van de onverschuldigde betaling (alsmede van afd. 6.5.4 BW) toepassing kunnen vinden op de ongedaanmaking bij voorwaardelijke rechtsverhoudingen. Ook dit heeft de inzichtelijkheid van de systematiek rond de ongedaanmakingsverplichting bij voorwaardelijke rechtsverhoudingen zeker geen goed gedaan. Ik heb een en ander verder uitgewerkt in § 9.2.4.3.

Met betrekking tot de ongedaanmaking bij het verval van een opschortende voorwaarde is de in de wet neergelegde systematiek evenmin helder. In afwijking van hetgeen vaak in de literatuur wordt gesteld, kan een opschortend voorwaardelijke verbintenis onder het NBW wel degelijk 'verschuldigd' worden nagekomen, zo verdedigde ik eerder in § 3.2.3. Althans, voor zover de betreffende prestatie zich leent voor een opgeschorte werking. Blijkens de PG is art. 6:25 BW, uit hoofde waarvan de figuur van de onverschuldigde betaling overeenkomstige toepassing vindt bij een presteren vóór het intreden van een opschortende voorwaarde, gedurende de periode van onzekerheid namelijk uitsluitend bedoeld voor de situatie waarin *abusievelijk* voor het moment van intreden wordt gepresteerd. Een benadering die voor wat betreft die overeenkomstige toepassing op zich past in de systematiek van het NBW, waarbij ook de opschortend voorwaardelijke verbintenis direct bestaat. Uit de TM en ook art. 6:25 BW zelf volgt echter dat bij het verval van de opschortende voorwaarde ná een dergelijk vroegtijdig presteren de figuur van de onverschuldigde betaling met betrekking tot de ongedaanmaking eveneens toepassing vindt. Daarmee zou derhalve tussen de ongedaanmaking bij het intreden van een ontbindende en bij het verval van een opschortende voorwaarde een verschil in systematiek bestaan. Een verschil waarvan ik in de § 3.2.3.4 en 9.2.4.4 stelde, dat onduidelijk blijft waarom de wetgever daarvoor heeft gekozen.

Ook de gerechtigdheid en eventuele 'ongedaanmaking' van vruchten verschenen gedurende de periode van onzekerheid is in een aantal opzichten voor het geldend recht ondoorzichtig, althans waar het betreft de situatie van opschortende voorwaardelijkheid. Art. 6:25 BW leidt in dat verband tot een nogal complexe regeling. Gezien de zeer zeldzame uitzondering die het hier zal betreffen, is dat echter slechts van bescheiden belang. Daarentegen behelst de in art. 7:9 BW bedoelde aflevering en de daaruit – schijnbaar – voortvloeiende directe gerechtigdheid van de verwachter (koper onder eigendomsvoorbehoud) voor het geldend recht nauwelijks of niet te beantwoorden vragen,

ook in het kader van de eventuele ongedaanmaking. Een uiterst ongelukkige situatie, zou ik menen. Iets anders is dat onder het NBW het uitgangspunt terzake de gerechtigdheid tot de verschenen vruchten materieel geheel anders is vormgegeven dan onder het OBW, waar de vruchten bij het intreden van een (ontbindende) voorwaarde in beginsel aan de verwachter toekwamen. Het mag opvallend heten dat de wetgever in de PG geen aandacht aan deze ingrijpende materiële wijziging heeft besteed.²⁶⁰

Van geheel andere orde is het vrijwel geheel ontbreken van een wettelijke regeling terzake de rechten en verplichtingen van partijen met het oog op het in de toekomst eventueel ongedaan *kunnen* maken van de eerder geleverde prestaties. Voor wat betreft de uitsluitend obligatoire voorwaardelijke rechtsverhouding is dat geen probleem, zo stelde ik in § 9.2.4.3. Bij voorwaardelijke goederenrechtelijke verhoudingen kan dit echter wel degelijk tot problemen leiden. Het is dan ook tekenend dat de wetgever ten aanzien van de (erfrechtelijke) makingen wel degelijk heeft voorzien in een dergelijke regeling door aansluiting te zoeken bij de figuur van vruchtgebruik. Het ontbreken van een soortgelijke regeling voor algemeen vermogensrechtelijke voorwaardelijke rechtsverhoudingen lijkt ook door de wetgever te zijn onderkend. De reden voor dit ontbreken kunnen we echter slechts indirect uit de PG afleiden en overtuigt nauwelijks: een onderscheid tussen situaties waarin wel of niet reeds geleverd is, zou voor wat betreft de toepasselijkheid van een dergelijke regeling in de ogen van de wetgever te complex zijn.

Een laatste kwestie in het verband van de beëindiging van de rechtsverhouding betreft de goederenrechtelijke werking van voorwaarden na een eerder beschikken onder diezelfde voorwaarde. In dat verband kunnen we in theorie ook vragen stellen bij het verval van een opschortende voorwaarde,²⁶¹ maar in het kader van de ongedaanmaking bestaat uiteraard met name de vraag van de verklaring van de goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde. Op deze plaats zou ik reeds willen stellen dat de gezochte verklaring respectievelijk systematiek bepaald niet duidelijk uit het NBW volgt. Ik bespreek deze uitgebreid in hoofdstuk 11.

We zien derhalve dat ten aanzien van relatief veel en uiteenlopende onderwerpen aangaande de beëindiging respectievelijk ongedaanmaking bij voorwaardelijke rechtsverhoudingen bedenkingen mogelijk zijn. Voor zover we deze kritiekpunten willen onderschrijven, rijst de vraag of daarvoor een omvattende verklaring bestaat. Een verklaring die, gezien de aard van deze kritiekpunten,

²⁶⁰ Zie m.b.t. deze laatste kwestie § 9.2.4.1.

²⁶¹ Dit betreft m.n. de vraag hoe we, in het geval we de verwachter direct een goederenrechtelijke positie toedichten in de vorm van een Anwartschaftsrecht, de beëindiging van die gerechtigdheid moeten zien. Is er bijv. sprake van een retro-rechtsovergang op de bezwaarde of gaat die goederenrechtelijke gerechtigdheid in lucht op, waarmee de bezwaarde weer de (enig) rechthebbende wordt?

met name betrekking zou moeten hebben op een enigszins gebrekkige benadering door de wetgever van de beëindiging van voorwaardelijke rechtsverhoudingen.

Voorop zij gesteld dat een écht overtuigende verklaring in mijn optiek ontbreekt. Uit de PG noch anderszins volgt 'de' reden waarmee verklaard zou kunnen worden waarom de beëindiging van voorwaardelijke rechtsverhoudingen bij verschillende deelonderwerpen hapert. Wél kan ik een aantal mogelijke redenen op een rij zetten. De eerste daarvan hangt samen met de wezenlijk gewijzigde opzet van de wettelijke regelingen terzake voorwaarden in het NBW ten opzichte van het OBW. In dat verband vinden we uiteraard het door Meijers aangebrachte verval van de terugwerkende kracht, hetgeen voor de systematiek vergaande gevolgen had. De belangrijkste daarvan zijn de verklaring voor het ontstaan van ongedaanmakingsverbintenissen alsmede van de goederenrechtelijke werking bij het intreden van een ontbindende voorwaarde. Meijers verbond aan dit verval van de terugwerkende kracht ook consequenties, zoals de opname van art. 6:24 BW ter vervanging van de terugwerkende kracht als grondslag voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen. Dat een dergelijke wettelijke grondslag wellicht gewoon overbodig was, zal voor Meijers in dat proces een brug te ver zijn geweest. Ook het feit dat de terugwerkende kracht niet langer de verklaring kon vormen voor de goederenrechtelijke werking, kreeg blijkens de TM en de rest van de PG ruimschoots aandacht van de wetgever. In § 11.2.2.1 zal ik echter bespreken dat de verschillende delen van de PG bepaald geen eenduidig beeld geven van deze voor het NBW gezochte verklaring. Het heeft er derhalve de schijn van dat de wetgever, met Meijers voorop, de complexiteit van deze diepgaand gewijzigde systematiek onderschat heeft.

Daarnaast is met name door Meijers in het OM het aantal wetsbepalingen flink teruggebracht ten opzichte van het OBW.²⁶² Het merendeel van die niet langer opgenomen bepalingen was weliswaar nogal overbodig en het verval daarvan leidde dan ook niet tot inhoudelijke wijzigingen van het materiële recht, maar ook deze wijzigingen in de wettelijke regelingen vroegen aandacht. Daarmee komt de voor de hand liggende gedachte op dat voor Meijers bij het opstellen van het betreffende deel van het OM de focus op deze gewijzigde onderdelen lag. Of anders benaderd, met de vele wijzigingen die in de wettelijke regeling van de figuur van voorwaarden in het NBW werden aangebracht, was het gewoonweg lastig geworden voldoende afstand te nemen tot hetgeen de beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding onder het nieuwe wetboek eigenlijk behelsde.

Daarmee komen we ook meteen bij een mogelijke tweede verklaring voor mijn vele kritiekpunten. De wetgever heeft zich er onvoldoende rekenschap

262 In aanvulling op Meijers' beperking van het aantal wetsbepalingen zijn overigens ook door Eggens nog twee – door Meijers eerder in stand gelaten – wetsartikelen uit het OBW geschrapt (in deze zin: Florijn 1995, p. 259).

van gegeven dat bij de figuur van voorwaarden de beëindiging respectievelijk het bestaan van ongedaanmakingsverplichtingen een grotendeels andere benadering vraagt dan bij figuren als de onverschuldigde betaling en de ontbinding wegens een tekortschieten. Het feit dat de mogelijke toekomstige beëindiging bij voorwaarden onbetwist uit de partijwil voortvloeit, dat partijen daardoor steeds bekend zijn met een eventuele beëindiging en verplichting tot ongedaanmaking en derhalve daarmee ook rekening dienen te houden, het gegeven dat partijen van aanvang af zelf hun voorwaardelijke rechtsverhouding vorm kunnen geven alsmede dat de ongedaanmaking veelal zal verlopen via de goederenrechtelijke werking die voorwaarden kunnen hebben, al deze en andere aspecten van voorwaarden maken de voorwaardelijke rechtsverhouding tot een wezenlijk andersoortige figuur. In dat verband bestaat vaak genoeg reden om de beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding zowel systematisch als materieel anders te benaderen dan bijvoorbeeld een beëindiging door middel van ontbinding uit hoofde van een tekortschieten. Onder het OBW was daar minder sprake van omdat bij de verschillende grondslagen voor beëindiging de terugwerkende kracht als het ware een bindende factor tussen deze grondslagen vormde. Het besef dat de verschillen tussen deze grondslagen met het verval van de terugwerkende kracht in het NBW veel meer op de voorgrond zouden treden, heeft bij de wetgever duidelijk ontbroken.

Een derde en laatste mogelijke verklaring heeft betrekking op een in de Nederlandse rechtskring nauwelijks opgemerkte ontwikkeling gedurende de laatste decennia, waarvan het ook maar zeer de vraag is of de wetgever zich daarvan bewust is geweest. In § 3.1.2.1 kwam ter sprake dat de *rechtsbetrekking in ruime zin* tussen partijen onder het OBW veelal geplaatst werd op het niveau van de verbintenis. Onder het NBW wordt die rechtsbetrekking daarentegen veelal geplaatst op het niveau van de overeenkomst. Deze zeer abstracte, maar tegelijkertijd wezenlijke wijziging in de systematiek heeft vergaande gevolgen voor de figuur van voorwaarden. Bijvoorbeeld was het in dat verband veel inzichtelijker geweest de bepalingen terzake voorwaarden op het niveau van de rechtshandeling te plaatsen, zoals de Duitse en Zwitserse wetgevers dat hebben gedaan.²⁶³ Met art. 3:38 BW zette Meijers weliswaar een eerste stap in die richting, maar kon hij vermoedelijk nog niet voldoende afstand nemen tot het OBW, zodat het zwaartepunt van de wettelijke regeling van voorwaarden toch in het verbintenissenrecht terecht kwam.

Samengevat bestaan er een aantal redenen die mogelijk ten grondslag liggen aan de mijns inziens matige uitwerking van de beëindiging respectievelijk ongedaanmaking bij voorwaardelijke rechtsverhoudingen in het NBW. In essentie worden deze gevormd door het feit dat de wetgever ten opzichte van

263 Waarbij opgemerkt zij dat in het Duitse recht de rechtsbetrekking in ruime zin niet op het niveau van de overeenkomst lijkt te worden geplaatst, zodat de vergelijking in die zin mank gaat.

het OBW veel – en ook zeker niet onterecht – wilde wijzigen, maar daarbij in zekere mate uit het oog verloor dat met het NBW ook écht sprake was van een nieuwe systematiek. Dat al deze wijzigingen en in samenhang daarmee ook de onderdelen die in materieel opzicht ongewijzigd bleven nieuwe vragen zouden oproepen, is een kwestie van voortschrijdend inzicht. Dat de wetgever in de vier decennia van het wetgevingsproces van het NBW van dat laatste maar in zeer beperkte blik heeft gegeven, is in mijn optiek dan weer minder begrijpelijk.

Tot slot een woord van relativering. Uit de jurisprudentie zoals die met name in hoofdstuk 6 de revue is gepasseerd, komt niet een beeld naar voren dat de verschillende kritiekpunten tot bijzonder veel geschillen leiden. Naar de oorzaak daarvan moeten we gissen. Partijen in het rechtsverkeer maken misschien merendeels zelf afspraken, er wordt wellicht relatief weinig gepresteerd ‘onder’ ontbindende voorwaarde of de eerder door mij in hoofdstuk 6 geconstateerde materiële onduidelijkheden leiden in de praktijk slechts zelden tot problemen. Per saldo lijkt er bij mijn vorenstaande kritiekpunten in elk geval geen sprake te zijn van een voor de praktijk zwaarwegend probleem. De somberheid van de jurist over mogelijke problemen wordt wel vaker gelogenstraft door de werkelijkheid.

10 | De relatie tussen voorwaarden, bezit en houderschap

10.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk zal ik het verband bestuderen tussen enerzijds ontbindende en opschortende voorwaarden en anderzijds bezit en de daarvan afgeleide 'macht' in de zin van art. 3:91 BW. Globaal genomen richt het onderzoek in dit hoofdstuk zich op de vraag of de in de literatuur vaak verdedigde feitelijkheid van bezit en macht de werking van voorwaarden in de relatie tot bezit en macht beperkt of zelfs geheel uitsluit. Deze juridische relatie tussen voorwaarden enerzijds en bezit en macht anderzijds is lastig. Zoals we zullen zien is dit niet zozeer het gevolg van de werking van de figuur van voorwaardelijkheid, als wel van de in aanzienlijke mate omstreden rechtsfiguren van bezit en macht.

De belangrijkste onderzoeksvraag waar ik mij in dit kader op zal richten is, of het bezit van een onder ontbindende voorwaarde in eigendom gehouden zaak de eigendomsovergang ten gevolge van het intreden van de voorwaarde steeds volgt, dan wel of bij het intreden van de voorwaarde wellicht een scheiding kan ontstaan tussen de eigendom en het bezit van een zaak.¹ In het eerste geval wordt de ten gevolge van het intreden van de ontbindende voorwaarde verkrijgende verwachter niet alleen eigenaar, maar ook *steeds* bezitter van de desbetreffende zaak. In het tweede geval is het weliswaar waarschijnlijk dat de verkrijgende verwachter naast eigendom tevens het bezit verkrijgt, maar is niet uitgesloten dat hij uitsluitend eigendom verwerft. De bezwaarde behoudt in dat geval het bezit en er ontstaat derhalve ten tijde van het intreden van de voorwaarde een scheiding tussen eigendom en bezit. Omdat de voornaamste vragen met betrekking tot dit en de overige in dit hoofdstuk besproken onderwerpen bestaan in het kader van de overdracht van roerende zaken, niet-registergoederen – voor wat betreft het begrip *macht* is dit zelfs per definitie het geval – richt ik mij overigens eenzijdig op deze zaken. Dat neemt niet weg dat grote delen van dit onderzoek ook toepasselijk zijn op andere goederen.

1 Een voorbeeld van dit laatste is de situatie waarin door verkrijger B eigendom gehouden wordt onder ontbindende voorwaarde. Bij het intreden van de voorwaarde wordt de oorspronkelijke vervreemder A van rechtswege eigenaar. Indien B zich desondanks als bezitter van de zaak blijft gedragen, is de vraag of hij – ondanks de eigendomsovergang op A – inderdaad als bezitter moet worden beschouwd.

Met betrekking tot de figuur van *macht* in de zin van art. 3:91 BW bestaan in verband met ontbindende en opschortende voorwaarden verscheidene vragen. Wijzigt bijvoorbeeld deze macht bij het intreden van een opschortende voorwaarde van rechtswege in bezit en welke verklaring bestaat daarvoor? Of kan een overdracht onder opschortende voorwaarde ook consensueel geschieden? Dit laatste betreft derhalve de vraag of een consensuele machtsverschaffing mogelijk is. Vraagstukken die alle voortvloeien uit de enigszins moeizame verhouding tussen voorwaarden en de 'feitelijke' begrippen bezit en macht.

Als gezegd beschouw ik de verschillende, in dit hoofdstuk besproken onderdelen als moeilijk. Daar komt bij dat we over de relatie tussen voorwaardelijkheid en de figuren van bezit en macht in de literatuur veelal slechts beperkt uitgewerkte benaderingen vinden. Voor dit lastige onderwerp vinden we derhalve niet zo heel veel steun bij bestaande opvattingen. Deze combinatie van complexiteit bij het tegelijkertijd grotendeels ontbreken van uitgewerkte opvattingen in de literatuur heeft er dan ook toe geleid dat de opbouw van dit hoofdstuk en van de individuele paragrafen aanzienlijk afwijkt van de merendeels door mij gehanteerde opbouw. Dat geldt ook ten aanzien van de onderbouwing van de verdedigde standpunten. Zowel deze opbouw als de onderbouwing zijn sterk gericht op een zoveel mogelijk logisch-systematische benadering van de verschillende vraagstukken. Of enigszins waarschuwend gezegd: in mijn optiek bevat dit gehele onderzoek naar voorwaarden geen enkel hoofdstuk waarin ik dermate veel van de lezer vraag als in het voorliggende.

10.2 BEZIT 'ONDER ONTBINDENDE VOORWAARDE'

10.2.1 Het belang van het vraagstuk van 'bezit onder voorwaarde'

Over het feit dat ontbindende voorwaarden goederenrechtelijke werking (kunnen) hebben bij een onder voorwaarde overgedragen goed bestaat geen enkele twijfel.² Ten aanzien van het bezit van een dergelijk, onder ontbindende voorwaarde overgedragen goed is dat volstrekt anders. In de literatuur wordt de mogelijkheid van 'voorwaardelijk bezit' veelal afgewezen,³ vrijwel steeds

2 Zie § 11.1.4.

3 Verstijlen 2007, p. 827 (althans, Verstijlen is zeer terughoudend t.a.v. die mogelijkheid); Zwalve 2006, p. 10; Kortmann 1992, p. 206, 210; Scheltema 2003, p. 324; Vriesendorp 1985, p. 41, noot 26; Fesevur 2005, p. 80 (Fesevur spreekt op p. 240 overigens wel over 'bezit onder opschortende voorwaarde', hetgeen ik niet geheel kan plaatsen). Ook: PG Boek 3, (inv 3, 5 en 6), MvA II, p. 1237, althans m.b.t. de mogelijkheid van bezit onder opschortende voorwaarde.

Anders: Schoordijk 1986, p. 361 (en eerder: Schoordijk 1971, p. 459); Mezas 1985, p. 6 (althans, Mezas spreekt van de 'houder voor de verkoper onder ontbindende voorwaarde

op grond van de argumentatie dat het feitelijk karakter van bezit de mogelijkheid van voorwaardelijk bezit uitsluit: 'er bestaan geen voorwaardelijke feiten'.⁴ Anders dan Van Swaaij stelt, blijkt uit niets dat de wetgever een dergelijk voorwaardelijk bezit wél zou aanvaarden.⁵ Zoals ik hierna nader zal bespreken is het inherent – maar zelden of nooit genoemde – uitgangspunt bij deze visie dat het bezit zélf niet onder voorwaarde kan bestaan. De eventuele mogelijkheid van onvoorwaardelijk bezit dat ondanks deze onvoorwaardelijkheid de voorwaardelijke eigendom volgt, is in de literatuur geheel onbesproken.

De eerste en in materieel opzicht verreweg belangrijkste consequentie van de visie op onvoorwaardelijk bezit is gelegen in het volgende. Na een vervreemding onder een ontbindende voorwaarde keert het betreffende goed van rechtswege bij de vervreemder terug op het moment van intreden van de voorwaarde. Bij de vorenbedoelde onmogelijkheid van 'voorwaardelijk bezit' kán daarentegen dit bezit vooralsnog bij de oorspronkelijke verkrijger onder ontbindende voorwaarde (de bezwaarde derhalve) achterblijven.⁶ Deze visie op de onmogelijkheid van voorwaardelijk gehouden bezit behelst daarmee tevens dat de vervreemder en/of verkrijger ten tijde van het intreden van de voorwaarde de mogelijkheid hebben om individueel of gezamenlijk een scheiding aan te brengen tussen eigendom en bezit.⁷ Daaruit zou voortvloeien dat alle consequenties die aan de hoedanigheid van bezitter zijn verbonden, bijvoorbeeld de in artt. 3:120 en 121 BW bedoelde gerechtigdheid tot vruchten en kostenverdeling en de risico-aansprakelijkheid van art. 6:174 BW, toepassing vinden op de aanvankelijke bezwaarde, thans niet langer rechthebbende van het goed.⁸

Een tweede geheel andersoortig en sterk theoretisch gevolg van de vorenomschreven benadering is dat een beschikkingsonbevoegde vervreemder van een roerende zaak in de onmogelijkheid verkeert tot 'overdracht' onder een goederenrechtelijk werkende voorwaarde, indien de systematiek achter een voorwaardelijke overdracht zou zijn gelegen in de voorwaardelijkheid van

en eigenaar en bezitter onder opschortende voorwaarde'. Wellicht dat Mezas dit echter meer beeldend dan inhoudelijk bedoelt).

Overigens wordt in het kader van de levering bij voorbaat (art. 3:97 BW) door sommige auteurs wel de bezitsverschaffing – dus als wijze van levering – onder (opschortende) voorwaarde verdedigd (Faber 1997, p. 191). Hier wordt de voorwaarde echter gekoppeld aan de goederenrechtelijke overeenkomst en derhalve niet aan het eigenlijke bezit.

4 Zwalve 2006, p. 10; Scheltema 2003, p. 324.

5 Van Swaaij 2000, p. 64. De door Van Swaaij vermelde citaten uit de PG betreffen uitsluitend uiteenlopende zienswijzen. Daaruit volgt echter niet dat deze ook door de wetgever zouden worden onderschreven.

6 In deze zin: Heyman & Bartels 2012, p. 518.

7 In zijn algemeenheid wordt aangenomen dat het in de relatie tussen deze partijen t.t.v. de overdracht juist niet mogelijk is een dergelijke scheiding te bewerkstelligen, zie § 10.2.5.

8 Een consequentie m.b.t. deze aansprakelijkheid die we in de PG inderdaad genoemd vinden (PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 1217).

de levering buiten de goederenrechtelijke overeenkomst.⁹ Hetgeen hij immers kan verschaffen – bezit, maar geen eigendom – kan alsdan niet onder een (goederenrechtelijke) voorwaarde worden geleverd.¹⁰ Mede in verband met de derdenbescherming van art. 3:86 BW kan dit tot enigszins merkwaardige consequenties leiden, waar ik in § 10.2.6 op terugkom.

Een derde consequentie is gelegen in de eventuele bescherming middels art. 3:125 lid 1 en 2 BW. Die bescherming is vanuit de systematiek wezenlijk voor de rechthebbende partij die zijn gerechtigdheid tot het ontbindend voorwaardelijk overgedragen goed niet kan bewijzen alsmede voor een beschikkingsonbevoegde vervreemder. Beiden kunnen immers niet revindiceren op grond van art. 5:2 BW.¹¹ Voor een beroep op art. 3:125 BW is echter vereist dat de vervreemder door het intreden van de ontbindende voorwaarde weer heeft te gelden als bezitter en voor het verkrijgen van die hoedanigheid niet afhankelijk is van de (goede) wil van de verkrijger respectievelijk bezwaarde. Zou de medewerking van deze verkrijger voor het herkwijgen van het bezit door de vervreemder wél vereist zijn, dan is de bezitsbescherming van art. 3:125 BW voor deze laatste een lege huls. Voor een rechtsgeldig beroep op de bezitsbescherming jegens de weigerachtige bezwaarde is hij alsdan immers afhankelijk van de medewerking van diezelfde verkrijger.

We zien derhalve dat het verband tussen de voorwaardelijkheid van een beschikking en van de (on)mogelijkheid van het voorwaardelijk houden van bezit zonder meer theoretische aspecten heeft, maar zeker ook in materieel opzicht van belang kan zijn. In de volgende paragrafen werpen we een diepgravender blik op de figuur van *voorwaardelijk bezit*.

10.2.2 Drie visies op de figuur van bezit

Om de mogelijkheid van bezit dat zélf voorwaardelijk is nader te kunnen bestuderen, schets ik de drie voornaamste visies op bezit. Bezit is in deze uiteenlopende visies een uitsluitend feitelijk gegeven, uitsluitend een recht, dan wel een combinatie van beide – deels feitelijk, deels een recht derhalve.

⁹ Zie over die systematiek § 11.2.6.2.

¹⁰ Te denken is aan de fietsendief die de door hem gestolen fiets bijv. aan een koper – die niet te goeder trouw is – zou willen ‘overdragen’ onder ontbindende voorwaarde van het onbetaald blijven van de koopsom. De onmogelijkheid van voorwaardelijk bezit leidt derhalve tot de onmogelijkheid van het voorwaardelijk ‘overdragen’ (met goederenrechtelijke werking) door de beschikkingsonbevoegde bezitter. Of hier inderdaad sprake is van een koopovereenkomst, nu beide partijen weten dat geen eigendom verschaft zal worden, laat ik in het midden (al lijkt daar op grond van de bewoordingen van art. 7:1 BW weinig bezwaar tegen te bestaan). Het feit dat deze koopovereenkomst wellicht nietig is op grond van art. 3:40 BW doet voor de onderhavige redenering niet ter zake.

¹¹ Voor de beschikkingsonbevoegde vervreemder vormt art. 5:2 BW ook niet zozeer het bewijsrechtelijk eenvoudige alternatief voor de revindicatievordering van art. 5:2 BW van een eigenaar, maar de enige vorm van zakenrechtelijke bescherming.

In de visie van bezit als feit zijn de juridische gevolgen die aan dit bezit zijn verbonden niet meer dan juridische consequenties die het recht of zelfs uitsluitend de wet aan het feitelijke bezit toekent.¹² De juridische gevolgen (rechten en plichten) van uitsluitend feitelijk bezit zijn in deze visie dan ook geen onderdeel van het bezit, want dit laatste is niet meer dan een *feit*.¹³ In ieder geval ligt het op het eerste gezicht voor de hand dat voorwaardelijk bezit in deze visie onmogelijk is – feiten kunnen niet voorwaardelijk zijn.

Bezit als uitsluitend recht vinden we in de literatuur niet verdedigd. Niettemin zijn aan de positie van de bezitter – naast enkele verplichtingen – een aantal rechten verbonden. De combinatie van rechten is te beschouwen als onderdeel van het bezit zelf en deze rechten zijn derhalve geen gevolg van de feitelijke positie die de bezitter ten aanzien van een goed inneemt. Deze feitelijke positie is weliswaar van belang voor het antwoord op de vraag óf sprake is van bezit, maar zodra dit is vastgesteld zijn de ‘feiten’ van geen belang voor dit bezit. Bezit is dientengevolge te beschouwen als uitsluitend een recht. Voorwaardelijk bezit lijkt daarmee mogelijk te zijn, omdat we als voorzichtig uitgangspunt mogen aannemen dat ook een dergelijk recht voorwaardelijk kan worden verschaft.

Tot slot is er de in de moderne literatuur meest verdedigde visie op bezit: bezit is zowel feit als recht.¹⁴ Enerzijds wordt bezit mede uit de feiten afgeleid, anderzijds is de positie van bezitter ook in zekere mate de positie van een rechthebbende op een goed. Bezit is derhalve een hybride begrip, waarbij soms de nadruk op het feitelijk element en dan weer op het juridisch element ligt. Bij een dergelijke visie op bezit valt op voorhand redelijkerwijs geen uitgangs-

12 Bijv. Van Schaick onderschrijft de scheiding tussen enerzijds de vaststelling van bezit en anderzijds de daaraan verbonden rechtsgevolgen uitdrukkelijk: ‘Bezit leidt tot rechtsgevolgen en bezit wordt door de rechtsorde beschermd. Maar het feit dat de bezitter recht heeft op bescherming in zijn bezit en kan verlangen dat hij in zijn bezit wordt hersteld, maakt het bezit nog niet tot een subjectief vermogensrecht.[]’ (Van Schaick 2003, p. 11. Zie ook p. 15).

13 Auteurs die bezit als (uitsluitend) feitelijk zien zijn onder meer: Vriesendorp 1985, p. 41; Schoordijk 1986, p. 361. Zie verder ook de door Rank-Berenschot genoemde auteurs (Rank-Berenschot 2012, p. 10, 11).

Schoordijk heeft overigens ondanks de vermeende feitelijkeheid geen probleem met bezit onder opschortende en ontbindende voorwaarde in geval van een levering onder opschortende voorwaarde als bedoeld in art. 3:91 BW (Schoordijk 1971, p. 459). Voorwaardelijk ‘feitelijk’ bezit is in de visie van Schoordijk blijkbaar mogelijk, al geeft hij er geen verklaring voor. Hartkamp beschouwt bezit ‘in belangrijke mate’ als feitelijk, maar onderkent dat ondanks het geheel ontbreken van iedere feitelijke macht, de wet iets tot bezit kan maken (Hartkamp 1977, p. 76).

14 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 107, 108; Fesevur 2005, p. 79, 80; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 86; Schut 1976, p. 13.

Mijnssen en Schut verdedigen een variant op deze visie: zodra het bezit als (uitsluitend) feitelijke verhouding tussen persoon en goed is ontstaan, wordt het tevens een recht. Dit brengt hen tot de gedachte dat er twee soorten bezit zouden bestaan, feitelijk bezit en juridisch bezit. Gezien het feit dat de ene ‘soort’ bezit niet zonder de andere kan bestaan – vormen van bezit verdeeld over verscheidende bezitters is immers naar geldend recht ondenkbaar – kunnen we deze gedachte direct verwerpen (Mijnssen & Schut 1982, p. 10).

punt te formuleren ten aanzien van de mogelijkheid van voorwaardelijk bezit. Naarmate men meer de nadruk legt op het feitelijk element van bezit, zal men eerder geneigd zijn de vraag ontkennend te beantwoorden en vice versa. Om een aanvaardbaar uitgangspunt te kunnen vaststellen, zou dan ook het rechts-element in deze visie op bezit nauwkeurig omschreven moeten worden – een uiterst lastige opgave, waar ik mij vooralsnog niet aan zal wagen.

De vorenstaande visies op bezit worden ook in de Duitse rechtsliteratuur onderscheiden, althans in Duitsland bestaan soortgelijke discussies over de aard van het bezit.¹⁵ Anders dan in Nederland lijkt het merendeel van de Duitse auteurs bezit echter als uitsluitend feitelijk te beschouwen.¹⁶ Daarbij zij opgemerkt dat de Duitse term *Besitz* weliswaar een aantal grondslagen en (rechts)gevolgen met het Nederlandse bezit deelt,¹⁷ maar tevens op onderdelen wezenlijk verschilt. Het eerste belangrijke verschil is daarin gelegen dat *Besitz* is te beschouwen als houden in brede zin.¹⁸ *Besitz* is zowel bezit (*Eigenbesitz*) als houderschap (*Fremdbesitz*). In de Duitse wetenschappelijke discussie over de aard van het *Besitz* speelt het onderscheid tussen *Eigenbesitz* en *Fremdbesitz* opvallend genoeg nauwelijks of geen rol. Een tweede wezenlijk verschil is de toepasselijkheid van de begrippen op objecten. Terwijl het Nederlandse bezit betrekking heeft op alle goederen – zaken én rechten – is het Duitse *Besitz* uitdrukkelijk beperkt tot zaken.¹⁹

De vorenomschreven twee verschillen tussen bezit en *Besitz* duiden op een belangrijk andere oriëntatie van het *Besitz*. Het Duitse recht is blijkens deze verschillen sterk gericht op middelijke of onmiddelijke uitoefening van feitelijke – fysieke – macht. Deze vorm van feitelijke macht is ten aanzien van rechten immers per definitie uitgesloten, zodat een beperking van *Besitz* tot zaken voor de hand ligt.²⁰ Ook de nadruk op het gegeven dát men de feitelijke macht over een zaak uitoefent, in plaats van de Nederlandse oriëntatie op de vraag of men voor zich zelf of een ander die macht uitoefent, onderstreept dat het Duitse *Besitz* een veel fysieker begrip is dan het Nederlandse bezit. De duiding van de aard van het *Besitz* als uitsluitend feitelijk ligt in die context dan ook meer voor de hand dan bij het Nederlandse bezit. Dit duidelijk afwijkende uitgangspunt tussen het Nederlandse en Duitse recht betekent tevens dat we

15 Brehm & Berger 2014, p. 39; Hütte & Helbron 2006, p. 45.

16 Palandt/Bassenge 2014, p. 1503; Wolf/Neuner 2012, p. 649.
In andere zin echter: Wieling 2006, p. 135.

17 *Besitz* is voor het Duitse recht onder meer omschreven als: '[] die vom vom Verkehr anerkannte tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache' (Palandt/Bassenge 2014, p. 1503).

18 Dit verschil is in Nederland reeds vaker onderkend, zie: Nieskens-Isphording 1999, p. 47; Rank-Berenschot 1992, p. 257.

19 Een enkele uitzondering daargelaten, zie: Palandt/Bassenge 2014, p. 1503; PWW/Prütting, 2014, p. 1875.

20 In deze zin ook: PWW/Prütting 2014, p. 1875.

bij rechtsvergelijking met het Duitse recht ten aanzien van de in dit hoofdstuk behandelde onderwerpen de nodige voorzichtigheid moeten betrachten.

Met betrekking tot de in Nederland gevoerde discussie ten aanzien van de aard van het bezit merk ik terzijde op dat deze mijns inziens voor het huidige recht *in zijn algemeenheid* nog slechts in geringe mate interessant is. De gevolgen die het geldend recht aan het hebben van bezit verbindt, zijn immers in hoge mate bekend. In vroeger tijden daarentegen moesten de (rechts)gevolgen verbonden aan het bezit gedeeltelijk nog afgeleid worden uit de aard van het bezit,²¹ zodat een wetenschappelijke discussie daaromtrent voor het (destijds) geldend recht ook een zinvoller discussie was. Met betrekking tot de thans besproken relatie tussen ontbindende voorwaarde en bezit is de aard van het bezit echter juist wél van belang, omdat daaruit mede de (on)mogelijkheid van 'voorwaardelijk bezit' kan worden afgeleid.

Bij het vorenstaande heb ik – bijna vanzelfsprekend – de in Nederland heersende meningen gevolgd dat bezit al dan niet *feitelijk* is en dat een eventueel feitelijk element van bezit niet voorwaardelijk kan zijn. Overeenkomstig de bestaande literatuur hanteer ik daarbij echter twee presumpties. Ten eerste de aanname dat de privaatrechtelijke wereld valt op te delen in uitsluitend rechten en feiten. Andere categorieën kennen wij niet. Bezit is daarmee per definitie óf een recht, óf een feit, dan wel een combinatie van beide. In ieder geval omvat het begrip bezit daarmee geen andere elementen. Aan deze aanname zou ik vooralsnog niet willen tornen.

De tweede aanname is dat de begrippen *feit* en *feitelijk* min of meer vastomlijnde begrippen zijn. Indien de betekenis van deze begrippen immers onvoldoende helder zou zijn, dan zou daarmee de wetenschappelijke discussie omtrent de inhoud van het begrip bezit ernstig vertroebeld raken. De stelling dat bezit een feit is, is immers nietszeggend indien we geen duidelijk beeld hebben of zelfs van mening blijken te verschillen van hetgeen met *feit* wordt bedoeld. Daarom maken we eerst een kleine, maar belangrijke uitstap naar de betekenis van de begrippen *feit* en *feitelijk*.

10.2.3 Wat is een 'feit'?

Met betrekking tot de vrij breed gedeelde visie op bezit als feitelijk begrip is opvallend dat weliswaar een grote meerderheid van de juridische auteurs dit bezit geheel of gedeeltelijk als feit of feitelijk kwalificeert, maar dat vrijwel niemand aandacht besteedt aan de vraag wat onder de termen *feit* en *feitelijk*

21 Zie voor Duits recht: Brehm & Berger 2014, p. 39.

dient te worden begrepen.²² Het juridisch debat ter zake spitst zich vooral toe op de vraag of het geldend recht tot de conclusie leidt dat bezit náást een feitelijk begrip tevens elementen van een recht bevat. Zoals ik hiervoor reeds schreef is een dergelijke discussie echter ondoorzichtig indien niet helder is wat onder feit en feitelijk wordt verstaan. De term feit wordt alsdan uitsluitend gebruikt als de tegenpool van een 'recht' – een feit is een 'niet-recht' derhalve – zonder dat duidelijk is wat daarvan de inhoudelijke betekenis zou moeten zijn.

Zijn de begrippen *feit* en *feitelijk* dan niet eenduidig?²³ Ik zou menen van niet. Op de eerste plaats worden deze termen veelvuldig in twee verschillende betekenissen gebruikt. Enerzijds omvat de term feit een 'gebeurtenis of omstandigheid waarvan de werkelijkheid of het geschied-zijn vaststaat'.²⁴ De fysieke overhandiging van een zaak is daarmee een feit, een bewezen wiskundige stelling waarschijnlijk eveneens en bij het jaartal 1600 denken wij allen aan de roemrechte veldslag bij Sekigahara²⁵ – ook een feit in voormelde zin. Aldus heeft het begrip feit betrekking op de *fysieke én fictieve* werkelijkheid. De nadruk ligt derhalve op de werkelijkheid, zoals wij deze ervaren en kunnen vaststellen.

Anderzijds wordt feit gebruikt ter aanduiding van – uitsluitend – de fysieke, objectieve werkelijkheid. Dit is het begrip feit zoals dit in natuurwetenschappelijke zin kan worden gehanteerd. Iedere willekeurige derde zal bij objectief onderzoek tot dezelfde feitelijke conclusies komen. De fysieke overhandiging van een zaak en de slag bij Sekigahara zijn in deze betekenis nog steeds een feit. De wiskundige stelling daarentegen – als volstrekt bewezen, maar uitsluitend *fictieve* werkelijkheid – niet meer, net zo min als bijvoorbeeld de consensuele bezitsverschaffing als bedoeld in art. 3:115 BW. In deze fysieke betekenis van feit kan uiteraard nooit sprake zijn van een voorwaardelijk feit. De fysieke werkelijkheid kan niet bestaan onder een fictieve voorwaardelijkheid.

Op het eerste gezicht geldt dit eveneens voor de eerstgenoemde, bredere betekenis van feit als gebeurtenis of omstandigheid waarvan het geschied-zijn vaststaat. Voorwaardelijkheid in de thans door mij besproken zin betekent

22 Voor het Duitse recht is feit (*Tatsache*) omschreven als: '[] einen sinnlich wahrnehmbaren oder feststellbaren Zustand oder Vorgang. T. sind z.B. Veränderungen an Sachen, Menschliche Handlungen, auch geistige oder seelische zustände wie Kenntnis bestimmter Vorgänge, Wille zu bestimmten Handlungen' (Guntz 2007, p. 1216).

23 Ten behoeve van de leesbaarheid zal ik de term 'feitelijk' niet voortdurend herhalen.

24 Definitie ontleend aan Van Dale, Groot woordenboek der Nederlandse taal, Utrecht/Antwerpen, Van Dale Lexicografie 1989.

25 De veldslag in Japan waarbij de basis werd gelegd voor Japan als eenheidsstaat, alsmede voor het afsluiten van het land voor vrijwel de gehele buitenwereld gedurende de daaropvolgende eeuwen. Van 'Nieuwpoort' heeft buiten Nederland overigens nog nooit iemand gehoord.

immers dat juist *niet* vaststaat of een bepaald gevolg (blijvend) is ingetreden. We zagen dat zowel subjectieve als objectieve onzekerheid als bestaansvereisten voor voorwaarden worden aangenomen.²⁶ Desondanks opent deze betekenis van feit in zekere mate de deuren voor juridische voorwaardelijkheid. Dit begrip feit is immers in wezen niets anders dan de constatering dat – onder de gegeven voorwaarden²⁷ – sprake is of was van een bepaalde omstandigheid. Voor wat betreft bezit zou deze constatering kunnen worden samengevat als de omstandigheid dat een persoon naar buiten toe pretendeert de eigenaar van een goed te zijn en het geldend recht hem deze pretentie vooralsnog niet ontzegt.²⁸ Het feitelijk element in deze betekenis is daarin gelegen dat geconstateerd wordt dat thans de combinatie van fysieke en/of juridische omstandigheden aanwezig is om een bepaalde persoon als bezitter te beschouwen.²⁹ Of anders gezegd, ten gevolge van de constatering dat vorenbedoelde fysieke en/of juridische omstandigheden aanwezig zijn, rusten op een bepaalde persoon de rechten en plichten zoals het recht deze verbindt aan het begrip *bezit*. Het feit is alsdan niet gelegen in de uitsluitend fysieke werkelijkheid, maar in de ‘feitelijke’ constatering dat sprake is van de omstandigheden die wij als *bezit* samenvatten.

Waarin is bij deze visie op het begrip feit de mogelijkheid van een ‘voorwaardelijk feit’ gelegen? Laat ik vooropstellen dat de constatering dat op een specifiek moment sprake is van – samengevat – bezit niet voorwaardelijk kan zijn. Óf iemand is op een bepaald moment bezitter, óf hij is het op datzelfde moment niet. Een in de toekomst ingetreden omstandigheid wijzigt niets aan deze huidige – feitelijke – constatering.³⁰ Dat wil uiteraard niet zeggen dat

26 Zie § 2.4.3.1.

27 Zo vond de Slag bij Sekigahara zonder meer in 1600 plaats, mits men de Gregoriaanse kalender hanteert. De Hebreeuwse of Chinese kalender leiden tot een ander resultaat.

28 Dit laatste is in die zin van belang dat het recht aan de feitelijke heerschappij en de claim van eigendomspretentie soms geen gevolgen verbindt, zie bijv. art. 3:111 BW. Daarnaast kunnen we vaststellen dat het objectieve recht niet altijd belang hecht aan het daadwerkelijk (kunnen) uitoefenen van daden waaruit een pretentie van eigendom voortvloeit. Bijv. de drenkeling op het overigens onbewoonde eiland is niet alleen erfgenaam van diens onbekende en in meerdere opzichten verre familielid, maar is tevens bezitter van hem onbekende en voor hem onbereikbare goederen in de nalatenschap (art. 3:116 BW). Deze beperkingen en uitbreidingen van het ‘feitelijke’ begrip bezit blijven bij veel auteurs ongenoemd. De Jong bijv. beschouwt het bezit als uitsluitend feit en omschrijft dit feit als: ‘Het pretenderen van een goederenrechtelijk recht bij de machtsuitoefening over een goed, []’ (De Jong 2006, p. 190). Dat de pretentie van toebehoren het kenmerkende uitgangspunt van bezit is, leidt geen twijfel. Hoe bij een dergelijke visie de vorenbedoelde beperkingen en uitbreidingen van de ‘feitelijke pretentie’ moeten worden gezien, bespreekt De Jong echter niet.

29 M.i. in deze zin Mijnsen en Schut: ‘Of dit feit zich voordoet, wordt vastgesteld door een juridisch-normatieve interpretatie van de situatie waarin de machthebber zich op dat moment bevindt’ (Mijnsen & Schut 1982, p. 5).

30 Het met de invoering van het NBW vervallen van de terugwerkende kracht van ontbindende en opschortende voorwaarden verlost ons voor het thans besproken onderwerp dan ook van een theoretisch probleem.

op een toekomstig moment geen zodanige wijziging in de eerder geconstateerde omstandigheden kan optreden, dat een wijziging in het bezit daarvan het gevolg is.³¹ Als het derhalve zo is dat de geconstateerde omstandigheden die tot de (eerdere) vaststelling van bezit hebben geleid onder voorwaarde kunnen bestaan, dan is daarvan het gevolg dat bij het intreden van die voorwaarde een verschuiving van het bezit plaatsvindt. Mét het intreden van de voorwaarde zullen alsdan immers de eerder geconstateerde omstandigheden wijzigen, zodat vervolgens 'feitelijk' geconstateerd kan worden dat een wijziging in het bezit heeft plaatsgevonden.

Waarom is deze redenering in dit kader van belang? In elk geval *niet* omdat daarmee is vastgesteld dat bezit voorwaardelijk zou kunnen zijn. De besproken feitelijke constatering van het op een bepaald moment al dan niet aanwezig zijn van bezit is tenslotte niet vatbaar voor juridische voorwaardelijkheid. Wél is deze redenering van belang, omdat bij deze visie op de (eventuele) gehele of gedeeltelijke feitelijke van bezit deze feitelijke niet in de weg staat aan een mogelijke verschuiving van het bezit ten gevolge van het intreden van een voorwaarde. Deze visie creëert derhalve niet rechtstreeks de mogelijkheid van voorwaardelijk bezit, maar zij leidt er derhalve toe dat de in de literatuur veel verdedigde visie van bezit als feitelijk begrip een verschuiving van het bezit als indirect gevolg van het intreden van een ontbindende voorwaarde niet onmogelijk maakt.

Naast de beide vorenomschreven inhoudelijke mogelijkheden ten aanzien van het begrip feit is wellicht ook een derde, specifiek privaatrechtelijk begrip van feit denkbaar. Gezien de nadere juridische invulling van het feitelijke begrip bezit door bijvoorbeeld de verkeersopvatting en de wettelijke bepalingen van titel 3.5 Burgerlijk Wetboek lijkt het 'juridische feit' met betrekking tot bijvoorbeeld bezit op zich denkbaar.³² Afhankelijk van de nadere invulling van een dergelijk 'juridisch feit' behoeft de fysieke werkelijkheid bij een dergelijk juridisch-feitelijk bezitsbegrip de mogelijkheid van een voorwaardelijk feit (en daarmee de mogelijkheid van voorwaardelijk bezit) niet uit te sluiten. Het spreekt echter voor zich dat een dergelijke betekenis van feit volledig afwijkt van de beide eerder omschreven betekenissen. Ik zou zelfs durven stellen dat daarmee voor het privaatrecht een geheel nieuw begrip zou worden geïntroduceerd waaraan min of meer toevallig de term *feit* is toegekend.

Een korte samenvatting van het vorenstaande. Bezit wordt vrij algemeen beschouwd als een begrip dat geheel of gedeeltelijk 'feitelijk' van aard is. Het

31 Waarbij de bezitsverschaffing in het kader van de levering van roerende zaken het meest voor de hand liggende voorbeeld is.

32 Tevens zijn het de procespartijen die zelf bepalen op grond van welke argumenten en bewijzen zij het bewijs van bezit – en daarmee tevens gedeeltelijk de inhoud van het geclaimde bezit – wensen vorm te geven, zodat de fysieke werkelijkheid in rechte niet steeds doorslaggevend is.

is dit feitelijk element dat de mogelijkheid van voorwaardelijk bezit zou beperken of zelfs geheel zou uitsluiten op grond van de gedachte, dat een voorwaardelijk feit niet mogelijk is. Om dit te kunnen toetsen heb ik – bij gebrek aan een onder juristen algemeen aanvaarde betekenis van het begrip feit – de volgende drie mogelijke betekenissen van het begrip feit geformuleerd:

- a. een feit betreft uitsluitend de fysieke werkelijkheid. Het feitelijk element van bezit heeft derhalve in deze betekenis van feit betrekking op objectief waarneembare fysieke omstandigheden. Fysieke omstandigheden kunnen echter niet voorwaardelijk zijn in juridische zin, zodat ook bezit in dit opzicht niet voorwaardelijk kan zijn. Indien bezit echter niet (uitsluitend) een feitelijk begrip zou zijn, maar (tevens) een recht, dan is op grond van dit laatste voorwaardelijk bezit misschien desondanks mogelijk;
- b. een feit heeft niet uitsluitend betrekking op de fysieke werkelijkheid, maar kan ook betrekking hebben op een fictieve werkelijkheid, zoals een gedachte of een (bewezen) stelling. Het feitelijk element van bezit in deze visie op feit heeft betrekking op de 'feitelijke' constatering dat sprake is van een zodanige combinatie van omstandigheden, dat een bepaalde persoon door het privaatrecht als bezitter wordt beschouwd. De door het recht geaccepteerde interpretatie van alle ter zake doende omstandigheden – al dan niet fysiek van aard – is hetgeen wij als feit beschouwen. Deze feitelijke constatering op zich kan niet voorwaardelijk zijn, maar wél kunnen eventueel de desbetreffende omstandigheden afhankelijk zijn van het intreden van een voorwaarde. Het intreden van een ontbindende voorwaarde kan alsdan de omstandigheden doen wijzigen en daarmee een wijziging in het bezit bewerkstelligen;
- c. een feit is voor wat betreft het privaatrecht een specifiek juridisch begrip, waaraan een geheel eigen betekenis wordt toegekend. Dit laatste geeft een ruime mate van vrijheid om al dan niet de mogelijkheid van voorwaardelijke feiten te erkennen en daarmee de (on)mogelijkheid van voorwaardelijk bezit gebaseerd op het feitelijk element van bezit.

Ondanks dat geen van de mij bekende juridische auteurs zich over het vorenstaande uitdrukkelijk heeft uitgelaten, zou ik durven stellen dat de sub c omschreven betekenis van feit onder juristen weinig tot geen aanhangers zal vinden. Terecht, naar ik zou menen. We zitten immers niet te wachten op een begrip waarvan de betekenis vooralsnog onduidelijk is, waaraan iedere toegevoegde waarde lijkt te ontbreken en waarvoor de sub a en b omschreven betekenissen van feit zouden moeten worden opgeofferd. Deze visie op het begrip feit zal ik derhalve in het kader van dit onderzoek niet verder uitwerken.

Resteren thans de sub a en b omschreven betekenissen van feit. Samengevat kan de tegenstelling tussen deze betekenissen van feit met betrekking tot bezit als volgt worden verwoord. Voor zover we aannemen dat bezit (inderdaad) een feitelijk element omvat, is dit alsdan gelegen in de fysieke werkelijkheid

die zélf (mede) het bezit zou zijn, óf betreft dit feitelijk element de (feitelijke) constatering dat op een bepaald moment zodanige omstandigheden aanwezig zijn, dat wij daaraan de conclusie verbinden dat sprake is van bezit? Bij mij leven weinig twijfels: hetgeen in privaatrechtelijke zin een feit is, is géén uitsluitend fysiek gegeven maar de door het recht geaccepteerde interpretatie van alle ter zake doende omstandigheden. Dat behoeft ook geen opzien te baren, omdat de uitsluitend fysieke werkelijkheid voor het privaatrecht slechts zelden van doorslaggevend belang is. Het is de interpretatie van fysieke, maar ook andere omstandigheden die ons tot de conclusie brengen dat sprake is van bezit.

De conclusie is dan ook dat de (eventuele) feitelijkheid van bezit de mogelijkheid van voorwaardelijk gehouden bezit niet uitsluit. Of bezit ook daadwerkelijk voorwaardelijk kan worden gehouden, hangt af van het antwoord op de vraag of de van belang zijnde omstandigheden die tot de conclusie van bezit hebben geleid wellicht voorwaardelijk kunnen zijn.

10.2.4 De tussenstand

In § 10.2.2 beschreef ik bezit overeenkomstig de bestaande visies als óf een recht, óf een feit, dan wel een combinatie van beide. Daarbij kwam de vraag naar voren of de eventuele feitelijkheid van bezit de mogelijkheid van voorwaardelijk bezit uitsluit. In § 10.2.3 kwam ik tot de conclusie dat daarvan geen sprake is. Vooralsnog kunnen we derhalve concluderen dat bezit, afhankelijk van de visie die men daarop heeft, in theorie op twee wijzen voorwaardelijk zou kunnen worden gehouden:

- a. bezit is geheel of gedeeltelijk van feitelijke aard. De omstandigheden die eerder tot de conclusie hebben geleid dat sprake was van bezit kunnen voorwaardelijk zijn, althans afhankelijk van het intreden van een ontbindende voorwaarde. Bij het intreden van de voorwaarde wijzigen vanzelf deze omstandigheden en kunnen we vaststellen dat een ander het bezit heeft verkregen. Het is derhalve niet zozeer het bezit zélf dat voorwaardelijk is, maar de voorwaardelijkheid ontstaat indirect doordat de omstandigheden die tot de vaststelling van het bezit hebben geleid voorwaardelijk zijn.
- b. bezit is geheel of gedeeltelijk een recht, welk recht overeenkomstig een goederenrechtelijk recht voorwaardelijk kan worden gehouden. Het bezit is alsdan zélf voorwaardelijk. Voor zover bezit tevens als feitelijk van aard wordt beschouwd, geldt eventueel hetgeen ik sub a ten aanzien van bezit als feit heb geformuleerd.

Om tot een bondiger conclusie te kunnen komen ten aanzien van de mogelijkheid van voorwaardelijk gehouden bezit zou het vanzelfsprekend zijn na te streven om het definitieve antwoord op de aard van bezit te verkondigen. Dat

antwoord gaat echter niet van mij komen. Na eeuwenlange rechtswetenschappelijke discussie en boekenkasten gevuld met literatuur dienaangaande is het een illusie om thans – buiten het eigenlijke onderwerp van dit onderzoek – met een ‘onbetwistbaar’ antwoord op de aard van het bezit te komen. In § 10.2.5 bestudeer ik derhalve eerst de mogelijkheid van ‘feitelijk’ bezit dat niettemin voorwaardelijk wordt gehouden. In § 10.2.6 ga ik vervolgens nader in op de mogelijkheid van bezit als voorwaardelijk recht.

10.2.5 Voorwaardelijk gehouden bezit als figuur van feitelijke aard

In deze paragraaf onderzoek ik de mogelijkheid van voorwaardelijk gehouden bezit op grond van voorwaardelijkheid van de ‘feitelijke’ omstandigheden, die tot de slotsom hebben geleid dat iemand op een bepaald moment bezitter van een goed is. Met andere woorden, zijn er een of meerdere omstandigheden te benoemen die wezenlijk zijn voor het aannemen van bezit bij de eigenaar onder ontbindende voorwaarde en die tegelijkertijd onder dezelfde ontbindende voorwaarde bestaan als de voorwaardelijk verkregen eigendom? Dat lijkt wellicht een kansloze zoektocht. Wat belet immers de eigenaar onder ontbindende voorwaarde zich ‘feitelijk’ als bezitter te blijven gedragen na het intreden van de voorwaarde? De luid en duidelijk in het openbaar uitgesproken claim van eigendom is immers als uitsluitend fysiek feit per definitie niet voorwaardelijk en blijft ook na het intreden van de ontbindende voorwaarde gewoon mogelijk. Dat geldt tevens voor vrijwel alle denkbare omstandigheden die van belang zijn voor de afweging of sprake is van bezit.

De thans door mij te beantwoorden vraag is echter, of het op grond van de van belang zijnde omstandigheden wel *mogelijk* is dat de eigenaar onder ontbindende voorwaarde zich na het intreden van de voorwaarde met succes op het standpunt stelt dat hij bezitter is gebleven. Met andere woorden, wordt de desbetreffende eigenaar – ervan uitgaande dat het goed zich niet reeds onder de verkrijgende verwachter bevindt – bij het intreden van de voorwaarde niet steeds houder voor die verkrijgende verwachter, *zélfs* als hij na dat intreden pretendeert bezitter te zijn? Bij eerste overdenking is dat misschien een merkwaardige visie, mede omdat de hoedanigheid van bezitter juist zo sterk gekoppeld lijkt te zijn aan de naar buiten blijvende pretentie van de houder van een goed.³³ Zoals we zullen zien is het bij onze gedachtenbepaling echter wezenlijk dat de betrokken actoren niet willekeurige derden zijn. De verkrijger onder ontbindende voorwaarde en de vervreemder onder diezelfde voorwaarde staan of hebben gestaan in een contractuele verhouding op grond waarvan de eigendom onder ontbindende voorwaarde aan de verkrijger is overgedragen. Juist op grond van deze (eerdere) contractuele binding tussen partijen

33 Bedoeld is hier ‘houden’ in de zin van art. 3:108 BW en derhalve niet ‘houden voor een ander’.

bestaan sterke systematische argumenten om aan te nemen, dat bezit en eigendom bij het intreden van een voorwaarde niet gescheiden kunnen worden en het bezit derhalve van rechtswege de overgang van de eigendom volgt.

Om ieder misverstand te vermijden stel ik op de eerste plaats vast dat bezit bij het intreden van een voorwaarde in ieder geval niet de voorwaardelijke eigendom volgt, omdat bezit in de rechtsrelatie tussen de verkrijger onder voorwaarde en de verwachter een afhankelijk recht (in de zin van art. 3:7 BW) zou zijn. Weliswaar heeft bezit enkele kenmerken die ook een afhankelijk recht heeft – zoals de in beginsel bestaande onmogelijkheid van zelfstandige overdraagbaarheid³⁴ – maar dat neemt niet weg dat het bezit en de gerechtigdheid tot een goed bij verschillende personen kunnen verblijven. Voor de afhankelijke rechten geldt daarentegen dat deze een dergelijke (mogelijke) zelfstandigheid volledig ontberen.

Waarin is het door mij thans verdedigde dwingend verband tussen eigendom onder ontbindende voorwaarde en bezit wél gelegen? Het uitgangspunt bij iedere eigendomsoverdracht is, dat de nieuwe eigenaar vanaf het moment van de eigendomsoverdracht ook bezitter wordt. Bij overdracht van een roerende zaak, niet-registergoed is dit zelfs per definitie het geval, omdat de vereiste levering plaatsvindt door middel van bezitsverschaffing.³⁵ Het enerzijds verschaffen van bezit en het anderzijds (pretenderen van het) behouden van bezit sluit elkaar immers logischerwijs uit.

Maar ook bij levering van andere goederen is de gelijktijdige eigendomsoverdracht en bezitsovergang het logisch gevolg van hetgeen partijen beogen: niet alleen wordt een andere partij eigenaar vanaf het moment van overdracht, maar ook zal deze nieuwe eigenaar zich in het maatschappelijk verkeer willen gaan gedragen als eigenaar van dit goed.³⁶ De nieuwe eigenaar wenst uiteraard geen tegenspraak van zijn verkregen eigendomsrecht door een bezitsclaim van de vorige eigenaar, maar ook kan hij voor zich zelf niet bepalen slechts houderschap over het in eigendom verkregen goed uit te oefenen. Dit laatste zou immers innerlijk tegenstrijdig zijn: tegelijkertijd met het aanvaarden van eigendom kan een eigenaar moeilijk stellen dat hij accepteert dat de naar buiten blijkende eigendomspretentie van het bezit bij de vorige eigenaar is achtergebleven (en hij zelf derhalve slechts houder is geworden). Voor de vervreemder geldt in feite hetzelfde. Zijn wil is gericht op overdracht van de eigendom en dientengevolge op bezitsverlies aan zijn zijde, dan wel op behoud van de eigendom en dientengevolge ook op behoud van het bezit. Zelfs gezamenlijk

34 Waar ik hierna in deze paragraaf nader op in ga.

35 De vervreemder die stelt dat hij bij de overdracht van een roerende zaak, niet-registergoed bezitter is gebleven, betwist in feite dat een levering heeft plaatsgevonden. De uitzonderings-situaties van de artt. 3:91 en 3:95 BW laat ik overigens buiten beschouwing.

36 Ik spreek hier van *overgang* van het bezit en niet van bezitsverschaffing, omdat deze laatste term m.i. gereserveerd is voor de levering van roerende zaken.

zijn de vervreemder en de verkrijger niet in staat om ten tijde van de overdracht een scheiding tussen eigendom en bezit overeen te komen. Het vorenstaande vindt immers niet uitsluitend toepassing op de individuele partijen, maar tevens op de partijen gezamenlijk. Óf de gezamenlijke wil is gericht op eigendomsoverdracht en daarmee ook op overgang van de eigendomspretentie van het bezit, óf deze wil ontbreekt – blijkens de gezamenlijke wil die gericht is op behoud van de eigendomspretentie bij de vervreemder – en er vindt geen overdracht plaats. Derhalve verkrijgt de nieuwe eigenaar de eigendom ten tijde van de levering steeds *met* de bijbehorende eigendomspretentie van het bezit, óf hij verkrijgt noch de eigendom noch het bezit. Meer smaken hebben we ten tijde van de levering niet.

De vorenomschreven visie over het niet door partijwil te verbreken verband tussen de overdracht van eigendom en bezit is voor wat betreft de op overdracht gerichte wil van partijen reeds door Eggens verdedigd.³⁷ Onder andere Rank-Berenschot meent dat Eggens' zienswijze – als sterk geënt op leer van *animus domini* – thans is verworpen, maar zij onderschrijft niettemin dat 'het prijsgeven van eigendomspretenties zonder zijn eigendom te verliezen [] een innerlijk tegenstrijdige houding (is) en dus juridisch onbestaanbaar'.³⁸ Ik zou menen dat zij daarmee de visie van Eggens impliciet onderschrijft. Althans, in elk geval voor wat betreft de op overdracht gerichte partijwil waar de tegenstrijdige partijwil van Eggens mijns inziens rechtstreeks vervangbaar is door de door Rank-Berenschot gebezigde term 'innerlijk tegenstrijdige houding'. Voor mijn verdere betoog maakt het echter weinig uit, nu ook Rank-Berenschot verdedigt dat een geïsoleerde bezitsoverdracht door een rechthebbende op een goed zónder rechtsoverdracht van dat goed niet mogelijk is (hetgeen naar ik aanneem in de visie van Rank-Berenschot tevens zal gelden voor de omgekeerde situatie van rechtsoverdracht zónder bezitsoverdracht). Het vorenomschreven onlosmakelijk verband tussen eigendoms- en bezitsoverdracht mag mijns inziens thans als heersende leer worden beschouwd.³⁹ Ook

³⁷ Eggens 1929, p. 229 e.v.

³⁸ Rank-Berenschot 2012, p. 53, 54. Rank-Berenschot stelt dat geïsoleerde bezitsoverdracht zich wel degelijk kan voordoen, namelijk indien de de overdragende bezitter geen recht heeft of pretendeert (bijv. de dief die een gestolen zaak aan een heler 'overdraagt'). Dát is echter geen afwijking van hetgeen Eggens verdedigt. Zie ook Vriesendorp, die eveneens stelt dat de onderbouwing van Eggens d.m.v. de '*animus domini*' achterhaald is (Vriesendorp 1985, p. 43 e.v.). Op de door Eggens geconstateerde tegenstrijdigheid gaat Vriesendorp echter niet in.

³⁹ Boeve 2007a, p. 10, 12 (m.b.t. eigendomsvoorbehoud); Reehuis 2004, p. 48, 60 (in het kader van art. 3:91 BW); Van Schaick 2003, p. 3 (Van Schaick signaleert overigens zeer incidentele uitzonderingen op deze regel); Faber 1997, p. 208 (zie echter ook Faber 2000, p. 175, waar Faber stelt dat door de levering sec het bezit van een roerende zaak – derhalve zonder gelijktijdige eigendomsovergang – aan de verkrijger kan zijn verschaft); Schoordijk 1986, p. 380; Nieuwenhuis 1980, p. 38.

Anders: Vriesendorp 1985, p. 43. Vriesendorp maakt echter ten onrechte geen verschil tussen de (thans verworpen) leer van de '*animus domini*' m.b.t. het aannemen van het bestaan

de wetgever onderschrijft dit onlosmakelijk verband, bijvoorbeeld blijkens de achterliggende reden voor het toevoegen van art. 3:91 BW aan het NBW.⁴⁰ Bij het beantwoorden van de vraag wie bezitter is na de levering ter bewerkstelling van de eigendomsoverdracht, is dé doorslaggevende omstandigheid dan ook dat tussen partijen een eigendomsoverdracht – en daarmee derhalve tevens een bezitsovergang – heeft plaatsgevonden.⁴¹

Omdat het partijen niet vrijstaat ten tijde van de levering een scheiding aan te brengen tussen de te leveren eigendom en het bijbehorende bezit, kunnen zij bij het aangaan van de titel evenmin anders overeenkomen. De gezamenlijke partijwil is bij het aangaan van de titel gericht op toekomstige eigendomsoverdracht door middel van levering alsmede gelijktijdige overgang van het bezit. Voor zover één van partijen ten tijde van het aangaan van de titel het bezit van een te leveren goed bij de levering niet wenst te laten overgaan op de nieuwe eigenaar, mag men dan ook aannemen dat in het geheel geen wilsovereenstemming en daarmee titel tot stand is gekomen.⁴² De conclusie is derhalve dat zowel ten tijde van het aangaan van de titel, als ten tijde van de levering de gezamenlijke partijwil noodzakelijkerwijs gericht is op een gelijktijdige eigendomsoverdracht en bezitsovergang.

We zouden dit vraagstuk ook kunnen benaderen vanuit de vervreemder die pretendeert eigenaar te zijn (gebleven), in plaats vanuit de aanname dat een geldige eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden. Hier komen we bij de bewijsfunctie van houderschap⁴³ en bezit, zoals neergelegd in de artt. 3:109 jo 3:119 BW. De vervreemder – ik noem hem uitdrukkelijk niet 'bezitter' – stelt met zijn eigendomsclaim in feite dat geen overdracht heeft plaatsgevonden en hij derhalve (nog steeds) eigenaar is. Zoals gezegd kan hij immers niet enerzijds de eigendomsoverdracht erkennen en deze tegelijkertijd op basis

van bezit en de (voor het eigendomsvoorbehoud van belang zijnde) situatie van de partijwil, die al dan niet is gericht op eigendomsverschaffing.

40 Zie § 10.3.1.

41 Vriesendorp wijst ter bestrijding van die conclusie overigens nog op art. 3:120 lid 4 BW, waaruit volgt dat iemand als bezitter kan worden aangemerkt ook al weet hij dat hij bij gebrek aan een leveringshandeling nog geen rechthebbende is (Vriesendorp 1985, p. 45). Daarbij ziet Vriesendorp echter over het hoofd dat lid 4 in twee opzichten slechts een (zeer) bescheiden toepassingsbereik kent. Ten eerste ziet lid 4 uitsluitend op art. 3:120 BW zelf en omvat derhalve geen algemene bepaling ter zake de bezitter. Ten tweede is de bepaling blijkens de TM een vorm van correctiebepaling voor vrij bijzondere situaties, waarin bijv. door de verkoper-bezitter reeds is 'geleverd' (vermoedelijk is bedoeld 'afgeleverd') en ter nadere juridische uitvoering nog de vereiste akte en inschrijving daarvan moeten plaatsvinden (PG Boek 3, TM, p. 448, 450).

42 Ook bij toepassing van de wils-/vertrouwensleer van de artt. 3:33 en 35 BW wordt dit niet anders: indien de wederpartij niet mocht vertrouwen op een wil die tevens gericht is op toekomstige bezitsovergang, dan komt tussen partijen géén wilsovereenstemming tot stand. Indien de wederpartij daarentegen wél mocht vertrouwen op de aanwezige wil, komt een overeenkomst met die inhoud tot stand, waardoor een eventuele andersluidende wil terzijde wordt gesteld.

43 Wederom *houden* in de zin van art. 3:108 BW.

van zijn eigendomspretentie ontkennen. Zolang hij het desbetreffende goed nog onder zich houdt in de zin van art. 3:109 BW, heeft hij bewijsrechtelijk een goede uitgangspositie. Dit wettelijk vermoeden betekent vanzelfsprekend echter niet dat hij ook bezitter *is*. Indien de verkrijger erin slaagt te bewijzen dat een geldige overdracht heeft plaatsgevonden, is daarmee tevens bewezen dat het bezit op hem is overgegaan. Let wel: dit laatste niet omdat de vervreemder het betere (eigendoms)recht van de verkrijger tegen zich moet laten gelden, maar omdat – als gezegd – de overdracht onlosmakelijk gepaard ging met de bezitsovergang.

Tot zover hebben we gezien dat – bij een *onvoorwaardelijke* overdracht – de overgang van eigendom en bezit niet te separeren zijn. Dit volgt zowel uit de inhoud van de titel als uit de overdracht als geheel. Voor een overdracht ‘onder ontbindende voorwaarde’ – een *voorwaardelijke* overdracht – geldt het vorenstaande onverkort. In zekere zin vindt dit bij een voorwaardelijke overdracht zelfs in dubbel opzicht toepassing: niet alleen is de partijwil bij het aangaan van de titel en de daarop volgende levering gericht op gelijktijdige eigendomsoverdracht en bezitsovergang, maar op diezelfde momenten bestaat die partijwil ook voor het eventuele en toekomstige moment van het intreden van de voorwaarde. Bij het aangaan van de titel ‘onder ontbindende voorwaarde’ is de partijwil er immers per definitie op gericht dat indien na een overdracht ter uitvoering van deze titel de ontbindende voorwaarde zou intreden, de eigendom van rechtswege terugkeert naar de vervreemder. Dát is tenslotte hetgeen partijen overeen zijn gekomen en beogen bij een overdracht ‘onder ontbindende voorwaarde’. Overeenkomstig de hiervoor omschreven situatie van onvoorwaardelijke overdracht kan de partijwil bij het aangaan van de titel ten aanzien van de eventuele toekomstige eigendomsovergang ten gevolge van het intreden van de ontbindende voorwaarde niet enerzijds gericht zijn op het herkrijgen respectievelijk verliezen van de eigendom, maar anderzijds juist op het *niet* herkrijgen respectievelijk verliezen van de eigendomspretentie die gevormd wordt door het bezit.

Ook in het geval één van partijen bij het aangaan van de titel reeds een andere wil zou hebben is het vorenstaande van toepassing. Óf de ‘overeenstemming’ komt tot stand dankzij de wils-/vertrouwensleer doordat de wederpartij erop mocht vertrouwen dat de wil van de andere partij wel degelijk gericht is op bezitsovergang bij het intreden van de voorwaarde, óf de wederpartij mocht daar niet op vertrouwen en er komt zodoende geen wilsovereenstemming en titel tot stand. Hiermee is in ieder geval aangetoond dat bij het totstandkomen van een titel ‘onder ontbindende voorwaarde’ wilsovereenstemming bestaat – al dan niet gebaseerd op de opgewekte schijn als bedoeld in art. 3:35 BW – over de retro-bezitsovergang bij het eventueel in de toekomst intreden van de ontbindende voorwaarde. Ten tijde van de levering vindt dit – overeenkomstig de onvoorwaardelijke overdracht – nog steeds toepassing. Bij de levering van de eigendom moet immers een wil bestaan die gericht is

op de juiste uitvoering van de titel en die derhalve (tevens) gericht is op de toekomstige retro-bezitsovergang bij het intreden van de ontbindende voorwaarde.⁴⁴

Het systematische argument daarvoor is gelegen in het feit dat zónder de vorenbedoelde wil van partijen ten tijde van de levering geen voorwaardelijk recht bij de verkrijger tot stand komt. Ten tijde van de levering van het voorwaardelijke recht moet immers wilsovereenstemming bestaan over het feit dat een voorwaardelijk recht wordt verkregen. Een recht derhalve dat van rechtswege zal eindigen bij het intreden van de voorwaarde. De partijwil ten tijde van de levering is dan ook (mede) gericht op eigendomsverlies bij de verkrijger en eigendomsverkrijging bij de huidige vervreemder bij het in de toekomst eventueel intreden van de ontbindende voorwaarde. Overeenkomstig de situatie ten aanzien van de levering zélf is het dan ook niet mogelijk dat partijen ten tijde van de levering een partijwil hebben die gericht is op een toekomstige eigendomsverschuiving bij het intreden van de voorwaarde, maar tegelijkertijd een partijwil hebben die gericht is op behoud van de eigendomspretentie van het bezit bij het intreden van de voorwaarde.

En dan nu het moment suprême: wat is rechtens bij het *intreden* van de ontbindende voorwaarde? De eigendom gaat van rechtswege over van de verkrijger onder ontbindende voorwaarde op de oorspronkelijke vervreemder, maar geldt dat ook voor het bezit? Met het door beide partijen erkennen van de retro-eigendomsovergang staat daarmee tévens vast dat de oorspronkelijke vervreemder bij het intreden van de voorwaarde wederom eigenaar én bezitter is geworden. Zoals gezegd kunnen zij immers niet op grond wilsovereenstemming een scheiding tussen eigendom en bezit aanbrengen. Tot zover niets bijzonders.

Dan echter de situatie waarbij de verkrijger onder ontbindende voorwaarde zich ná het intreden van die voorwaarde blijft gedragen als ware hij eigenaar. Wij zijn alsdan geneigd hem als bezitter te beschouwen. Deze verkrijger onder ontbindende voorwaarde heeft ook het wettelijk bewijsvermoeden van art. 3:109 BW aan zijn zijde,⁴⁵ hetgeen uiteraard nog niet betekent dat hij ook bezitter ís. In abstracto stelt deze verkrijger – op grond van de gepretendeerde eigendom – zich op één van de volgende twee standpunten: hij heeft *niet voorwaardelijk* verkregen van deze vervreemder (de overdracht was derhalve onvoorwaardelijk dan wel de verkrijger heeft het betreffende goed niet van déze vervreemder verkregen), óf de overdracht was wél voorwaardelijk, maar

44 Voor zover men de levering uitsluitend als een 'feitelijke' uitvoeringshandeling beschouwt – waarmee het bestaan van de goederenrechtelijke overeenkomst wordt ontkend – is hetgeen ik in deze alinea schrijf overigens zonder betekenis.

45 Waarbij ik ervan uitga dat deze verkrijger onder ontbindende voorwaarde de zaak onder zich houdt.

de voorwaarde is (nog) niet ingetreden.⁴⁶ De verkrijger onder ontbindende voorwaarde kan echter niet enerzijds de voorwaardelijke overdracht en het intreden van de voorwaarde erkennen (en daarmee de retro-eigendomsovergang) en anderzijds ontkennen dat de oorspronkelijke vervreemder wederom bezitter is.⁴⁷

Stel dat vervolgens op enig moment in rechte komt vast te staan dat mét het intreden van de voorwaarde de oorspronkelijke vervreemder inderdaad weer eigenaar is geworden. Is het bezit op de vervreemder 'overgegaan'⁴⁸ per het moment van intreden van de voorwaarde of per het latere moment dat definitief komt vast te staan, dat de verkrijger onder voorwaarde niet (langer) de eigenaar is? We zouden natuurlijk kunnen redeneren dat de verkrijger onder ontbindende voorwaarde vanaf het moment van intreden van de voorwaarde bezitter te kwader trouw is. Bij niet toerekenbare onbekendheid met het intreden van de voorwaarde zou hij wellicht zelfs bezitter te goeder trouw kunnen zijn.⁴⁹ Hoe dan ook, de betreffende verkrijger onder ontbindende voorwaarde zou bij deze benaderingen alsdan bezitter blijven tót het moment dat definitief in rechte komt vast te staan dat de vervreemder onder ontbindende voorwaarde weer eigenaar is geworden. Dit is de benadering zoals de wetgever die hanteert.⁵⁰

Bij een dergelijke redenering gaan we echter wederom voorbij aan het feit dat de vervreemder en verkrijger onder voorwaarde niet willekeurige derden ten opzichte van elkaar zijn. Bij de overdracht onder voorwaarde aan de verkrijger hebben zij ieder beoogd en aanvaard dat de eigendom van rechtswege terugkeert naar de vervreemder ingeval van het intreden van de voorwaarde. In die onderlinge verhouding hebben zij daarom tevens aanvaard dat vanaf het moment van intreden van de voorwaarde de eigendomspretentie

46 Zie voor een vrijwel zelfde benadering: PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 1216.

47 In gelijke zin de wetgever (PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 1216). Fesevur ziet dit geheel anders. In zijn visie vindt t.g.v. het intreden van de ontbindende voorwaarde van rechtswege een retro-overgang van de eigendom plaats, die echter – óók als partijen deze retro-overgang van de eigendom gewoon accepteren – later nog gevolgd moet worden door een retro-overdracht van het bezit (Fesevur 2005, p. 81). Ook bij Huizink treffen we die gedachte aan (Huizink 1995, p. 502). Op grond van deze opvatting zou er een (tijdelijke) op partijwil gebaseerde scheiding van eigendom en bezit optreden. Deze visie is gezien het vorenstaande niet houdbaar. Terzijde kunnen we overigens vaststellen, dat een dergelijke bezitsverschaffing ook geen enkele functie dient.

48 De term 'overgegaan' gebruik ik hier eigenlijk onjuist. Deze term suggereert immers dat bezit, als ware het een recht, d.m.v. een rechtsovergang van de ene partij naar de wederpartij verschuift. Een soort derivatieve bezitsverkrijging derhalve. Bij een puur 'feitelijk' bezitsbegrip kan daar echter geen sprake van zijn. Het zou derhalve juister zijn om vast te stellen dat het bezit van de verkrijger onder ontbindende voorwaarde eindigt met het intreden van de voorwaarde en het bezit bij de wederpartij tegelijkertijd aanvangt.

49 Al zou ik goede trouw overigens bepaald niet snel willen aannemen. De eigenaar onder ontbindende voorwaarde zal immers bekend zijn met het feit dat hij t.g.v. het intreden van de voorwaarde 'ieder moment' zijn eigendom kan verliezen. Zie daarover § 6.2.4.

50 PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 1216, 1217.

respectievelijk het bezit over zal gaan op de oorspronkelijke vervreemder. Zoals we reeds zagen is een ontkenning van de bezitsovergang immers per definitie een ontkenning van de eigendomsovergang en vice versa.

Indien derhalve op enig moment in de toekomst komt vast te staan dát de eigendomsovergang ten gevolge van het intreden van de voorwaarde heeft plaatsgevonden, dan zullen zij ook in hun onderlinge verhouding moeten aanvaarden dat de gepretendeerde – maar niet langer bij de verkrijger onder voorwaarde bestaande – eigendom vanaf datzelfde moment is beëindigd. Eigendom en bezit gaan immers in deze ‘contractuele’ verhoudingen hand in hand, zónder dat de individuele of gezamenlijke partijwil daar iets aan kan veranderen. Met het – latere – bewijs van de eigendomsovergang ten gevolge van het intreden van de voorwaarde is tevens het bewijs geleverd dat de ‘bezitsclaim’ van de verkrijger onder ontbindende voorwaarde *vanaf* het intreden van de voorwaarde nergens op berustte. Hij claimde eigenaar te zijn, maar was dat niet langer. In verhoudingen tussen willekeurige derden zou deze ‘eigenaar’ zeer waarschijnlijk wél als bezitter moeten worden beschouwd. Op grond van de ‘contractuele’ verhouding tussen een vervreemder en verkrijger onder ontbindende voorwaarde echter niet. Het ontkrachten van de ontkenning van de retro-eigendomsovergang ten gevolge van het intreden van de voorwaarde is tevens het bewijs, dat deze verkrijger onder ontbindende voorwaarde niet langer bezitter kón zijn. De verkrijger onder ontbindende voorwaarde is derhalve vanaf het moment van intreden van de voorwaarde houder voor de oorspronkelijke vervreemder.

Tot slot merk ik op dat de (latere) vaststelling van de beëindiging van het bezit per het (eerdere) moment van intreden van de voorwaarde niets te maken heeft met het met terugwerkende kracht vervallen van dit bezit. De enige juiste conclusie is dat op een later moment – namelijk het moment waarop de definitieve vaststelling plaatsvindt dat de eigendom door het intreden van de voorwaarde in het verleden is overgegaan – in rechte blijkt, dat de verkrijger onder voorwaarde vanaf het intreden van de voorwaarde geen bezitter meer was. Een dergelijk inzicht hoeft geen verbazing te wekken, want we (her)kennen dit uit andere verhoudingen in bezitskwesties. Bijvoorbeeld de houder die zich in strijd met het interversieverbod als bezitter gaat gedragen, lijkt in het maatschappelijk verkeer wellicht bezitter te zijn. Indien echter op een later moment komt vast te staan dat hij het betreffende goed als houder onder zich had, dan hebben wij evenmin het idee dat diens ‘bezit’ met terugwerkende kracht is komen te vervallen – hij was gewoon nooit bezitter.

Terug naar het begin. Ik stelde de vraag of er omstandigheden zijn te benoemen die wezenlijk zijn voor het aannemen van bezit bij de eigenaar onder ontbindende voorwaarde en welke omstandigheden tegelijkertijd in een afhankelijke relatie staan tot die zelfde voorwaarde. Als dergelijke omstandigheden zouden bestaan, dan zouden deze mét het intreden van de ontbindende voorwaarde wijzigen en daarmee van belang zijn voor het niet langer voort-

bestaan van het bezit bij de bezwaarde. Een benadering derhalve waarbij het bezit zélf niet voorwaardelijk is, maar de omstandigheden die leiden tot de kwalificatie als bezit wél. Ik wil thans concluderen dat inderdaad een dergelijke omstandigheid bestaat: op grond van de 'contractuele' verhouding tussen vervreemder en verkrijger kunnen deze partijen op basis van partijwil geen scheiding aanbrengen tussen eigendom en bezit. Dat kunnen zij niet ten tijde van de (voorwaardelijke) overdracht en dat kunnen zij evenmin bij het latere intreden van de voorwaarde. Bezit als feit volgt derhalve van rechtswege de eigendom bij het intreden van de voorwaarde.⁵¹

10.2.6 Voorwaardelijk gehouden bezit gekwalificeerd als recht

In § 10.2.4 kwam ik tot de conclusie dat bezit op twee wijzen verbonden zou kunnen zijn aan de voorwaardelijke eigendom. De eerste wijze is de hiervoor besproken verbondenheid van eigendom en bezit in 'contractuele' relaties, die ook van toepassing is in geval van voorwaardelijke eigendom. De tweede wijze is de thans besproken mogelijkheid van bezit als voorwaardelijk recht. Wil daarvan sprake kunnen zijn, dient bezit derhalve geheel of gedeeltelijk een recht te zijn. Dit 'recht' dient alsdan ook voorwaardelijk te kunnen zijn. Met andere woorden, bezit als recht moet voldoen aan de vereisten die gelden voor de mogelijkheid van voorwaardelijkheid zoals deze gelden voor ieder recht. Daarvoor is in elk geval vereist dat bezit als (geheel of gedeeltelijk) recht tevens is te beschouwen als een goederenrechtelijk recht.⁵² Indien bezit slechts een vorderingsrecht jegens de wederpartij zou zijn, kan weliswaar het (voort)bestaan van dit vorderingsrecht afhankelijk zijn van het intreden van een voorwaarde, maar kan geen rechtsovergang van dit bezit bij het intreden van de voorwaarde plaatsvinden. Voor zover bezit zowel feitelijk als een recht zou zijn, zou het (goederenrechtelijk) rechtselement doorslaggevend moeten zijn bij het intreden van de voorwaarde.

Vervolgens zouden wij moeten vaststellen dat de voorwaardelijkheid van het bezit van een goed volledig verbonden is met de voorwaardelijkheid van de gerechtigdheid tot dit goed. Het ontstaan, voortbestaan en de retro-overgang van voorwaardelijke eigendom ten gevolge van het intreden van de voorwaarde zouden derhalve steeds direct moeten doorwerken in het voorwaardelijk gehouden bezit. Dit betekent tevens dat partijen niet de mogelijkheid mogen

51 Let wel, door partijen niet beoogde juridische 'ongelukken' daargelaten, zoals het abusievelijk niet tot stand komen van de voorwaardelijke overdracht. Ook voor het bijzondere geval van een beschikkingsonbevoegde vervreemder is dit anders, zie § 10.2.6.

52 Beekhuis spreekt in dit verband van een 'onvolkomen zakelijk recht' (Beekhuis, p. 393 e.v. (1956).

Ook voor Duits recht wordt wel verdedigd dat bezit een goederenrechtelijk recht zou zijn. Zie voor een overzicht van auteurs: Wieling 2006, p. 135, nt. 4. Kallwas en anderen zien het Duitse *Besitz* als recht, maar van niet-goederenrechtelijke aard (Kallwass 2011, p. 231).

hebben om door (gezamenlijke of eenzijdige) partijwil wijziging te brengen in de voorwaardelijkheid van uitsluitend het bezit. Dit is voornamelijk van belang voor het moment dat de voorwaarde intreedt. De eigenaar onder ontbindende voorwaarde mag bijvoorbeeld niet de mogelijkheid hebben door middel van eenzijdig gewijzigde partijwil bezitter van de zaak te blijven.

De vorenomschreven drie condities zijn derhalve: bezit is niet (uitsluitend) feitelijk maar (tevens) een recht, welk recht als goederenrechtelijk recht voorwaardelijk kan zijn en welke voorwaardelijkheid geheel en blijvend overeenstemt met de voorwaardelijkheid van de gerechtigdheid tot het goed waarop het bezit betrekking heeft. Indien aan vorenomschreven condities zou zijn voldaan, staat daarmee niet uitsluitend vast dat bezit voorwaardelijk kan zijn, maar ook dat het bezit en de voorwaardelijke gerechtigdheid tot een goed steeds samen gaan. Het bezit wordt in dat geval zélf gehouden onder voorwaarde en volgt dientengevolge de voorwaardelijke eigendom alsdan lijdzaam.

Het formuleren van de vorenstaande condities waaronder bezit als recht voorwaardelijk kan zijn, is echter aanzienlijk eenvoudiger dan het bewijzen of falsificeren van de toepasselijkheid van deze condities op bezit. Sterker, veel verder dan het uitspreken van een aantal onderbouwde vermoedens ten aanzien van bezit als voorwaardelijk gehouden recht zal ik niet komen. Zoals ik in de inleiding van dit hoofdstuk reeds heb geschetst, is dit een gevolg van de sterk omstreden aard van het bezit. Als bezit al geheel of gedeeltelijk als een recht moet worden beschouwd, blijft vervolgens nog steeds onduidelijk wat de status en precieze inhoud van dit recht is.

Indien we als uitgangspunt zouden nemen dat bezit geheel of gedeeltelijk een recht is, zou ik willen aannemen dat dit recht van goederenrechtelijke aard moet zijn. Kenmerkend voor bezit is immers dat de bezitter jegens een ieder als bezitter heeft te gelden. Daarnaast kan de bezitter zolang zijn bezit voortduurt zijn rechten als bezitter blijven uitoefenen, ongeacht of het betreffende goed zich onder een ander bevindt. Daarmee is bezit zowel absoluut als exclusief van aard, hetgeen typerend is voor een goederenrechtelijk recht. De mogelijkheid van voorwaardelijkheid van een goederenrechtelijk recht behoeft thans geen onderbouwing. Dit geldt alsdan tevens voor bezit als goederenrechtelijk recht, omdat er geen argumenten bestaan om specifiek voor bezit een uitzondering te maken.

Alsdan zou ik tevens willen aannemen dat dit goederenrechtelijk recht van bezit – voor zover tevens sprake is van voorwaardelijke eigendom en niet uitsluitend van bezit – inderdaad van rechtswege onder *dezelfde* voorwaarde gehouden wordt als het voorwaardelijke eigendomsrecht. Op grond van de in § 10.2.5 besproken onmogelijkheid van scheiding van bezit en eigendom in contractuele verhoudingen op grond van partijwil, is het evenmin mogelijk dat het eigendomsrecht wél en het bezit niet voorwaardelijk is. Zou dit immers anders zijn dan zouden partijen alsnog de mogelijkheid hebben van een

opzettelijke scheiding van eigendom en bezit.⁵³ Samengevat, als bezit een recht is dan moeten we ook aannemen dat bezit een goederenrechtelijk recht is. Dit goederenrechtelijk recht bestaat van rechtswege onder dezelfde voorwaarde als de voorwaardelijke eigendom.

In het a-typische geval van de 'vervreemder' die geen rechthebbende maar wel bezitter is, vindt het vorenstaande eveneens toepassing. Uitgaande van de veronderstelling dat bezit als voorwaardelijk goederenrechtelijk recht aan een wederpartij (die bij gebrek aan goede trouw *geen* beroep op de bescherming van art. 3:86 BW heeft) kan worden verschaft, vindt derhalve eveneens retro-bezitovergang plaats bij het intreden van de voorwaarde. Thans openbaart zich echter een wezenlijk verschil met de in § 10.2.5 besproken visie op bezit als (uitsluitend) feitelijke figuur. In deze laatste visie op bezit is het bezit zélf immers nooit voorwaardelijk. De in voormelde paragraaf besproken overgang van bezit bij het intreden van een voorwaarde vindt immers uitsluitend plaats, omdat de met het bezit verbonden voorwaardelijke eigendom terugkeert bij de oorspronkelijke vervreemder. In de afwijkende situatie van een beschikkingsonbevoegde vervreemder is in beginsel echter geen sprake van een (voorwaardelijke) eigendomsverkrijging bij de wederpartij.⁵⁴ Van retro-overgang van het bezit omdat de daarmee verbonden voorwaardelijke eigendom door het intreden van de voorwaarde terugkeert bij de vervreemder, kan dan ook geen sprake zijn. Anders dan in de visie op bezit als goederenrechtelijk recht verkeren de beschikkingsonbevoegde vervreemder en zijn wederpartij derhalve in de onmogelijkheid om met betrekking tot het (feitelijke) bezit een goederenrechtelijk werkende voorwaarde overeen te komen.

Thans de situatie van de beschikkingsonbevoegde vervreemder die voorwaardelijk overdraagt aan een wederpartij, die *wel* op grond van art. 3:86 BW eigendom verkrijgt. Voor wat betreft de mogelijkheid van bezit als voorwaardelijk goederenrechtelijk recht wijzigt op het eerste gezicht echter niets. De verkrijger die voorwaardelijk bezitter en dankzij art. 3:86 BW voorwaardelijk eigenaar is geworden, verliest met het intreden van de ontbindende voorwaarde zijn bezit aan de beschikkingsonbevoegde vervreemder. Dit bezit werd immers, in het thans besproken uitgangspunt, als voorwaardelijk recht gehouden.

Indien vóór het moment van intreden van de voorwaarde de verkrijger er echter mee bekend zou worden dat hij heeft verkregen van een niet-eigenaar, is dit wellicht anders. Tot het moment van intreden van de voorwaarde blijft hij vanzelfsprekend eigenaar en bezitter. Per het moment van intreden van de ontbindende voorwaarde verliest hij zijn eigendom aan de oorspronkelijke

53 Althans voor zover deze verbondenheid alsdan niet zou voortvloeien uit hetgeen ik in § 10.2.5 heb geschreven.

54 Waarbij ik er als gezegd van uitga dat de verkrijger geen beroep op een beschermingsbepaling heeft.

eigenaar. Tévens verliest hij het bezit, maar de vraag is aan wie: de beschikkingsonbevoegde vervreemder of de werkelijke eigenaar? Ervan uitgaande dat de verkrijger onder voorwaarde de zaak onder zich houdt, kunnen we dezelfde vraag ook formuleren als de vraag voor wie deze verkrijger de zaak gaat houden vanaf het moment van intreden van de voorwaarde.

Indien hij de werkelijke eigenaar niet als zodanig zou erkennen, verliest hij – overeenkomstig de situatie waarin bij gebrek aan goede trouw van de verkrijger art. 3:86 BW geen toepassing vond – het bezit aan de vervreemder respectievelijk zijn wederpartij. Het bezit werd door de verkrijger immers slechts als voorwaardelijk recht gehouden en bij gebrek aan erkenning van de werkelijke eigenaar is er geen enkele reden om aan te nemen dat de verkrijger voor deze werkelijke eigenaar gaat houden. Indien hij de werkelijke eigenaar daarentegen wél als zodanig zou erkennen, ontstaat een nogal complexe situatie. We zouden kunnen concluderen dat het bezit als voorwaardelijk recht door het intreden van de voorwaarde nog steeds is overgegaan op de oorspronkelijke vervreemder. De verkrijger zou derhalve gaan houden voor de vervreemder, ondanks dat hij weet en erkent dat een ander eigenaar is. Het erkennen van de eigendomsherkrijging door de oorspronkelijke eigenaar en het tegelijkertijd erkennen van de bezitsovergang op de vervreemder is echter een zelfde innerlijk tegenstrijdige houding als hiervoor uitgebreid is besproken. De verkrijger onder ontbindende voorwaarde zou zich immers op het standpunt stellen dat zowel de werkelijke eigenaar als de beschikkingsonbevoegde vervreemder vanaf het moment van intreden van de voorwaarde eigenaar zouden zijn. Dit laatste kunnen we als onmogelijk van de hand wijzen, zodat we zouden moeten aannemen dat de verkrijger gaat houden voor de werkelijke eigenaar, die alsdan in de visie van de verkrijger blijkbaar eigenaar én middelijk bezitter is.

Tot op zekere hoogte lijkt het vorenstaande daarmee een afwijzing van de mogelijkheid van bezit als voorwaardelijk recht. Blijkbaar is niet altijd sprake van een retro-bezitsovergang ingeval van 'voorwaardelijk bezit' en het intreden van de voorwaarde. In het vorenomschreven geval prevaleert immers de erkenning van de eigendom van een ander (en de daarmee gepaard gaande middelijke machtsuitoefening door deze) boven de aanvankelijk beoogde retro-bezitsovergang ten gevolge van het intreden van de voorwaarde. Als argument tegen de mogelijkheid van bezit als voorwaardelijk recht is deze redenering echter niet valide. Oók in deze visie op bezit moet de bezitter immers het betere recht van de eigenaar tegen zich laten gelden. In de hiervoor besproken drie-partijenverhouding is het de verkrijger onder voorwaarde die – onder de condities dat hij de zaak onder zich heeft en zowel de vervreemder als de werkelijke eigenaar eigendom claimen – uiteindelijk bepaalt voor wie hij gaat houden. Met de erkenning van de werkelijke eigenaar door de verkrijger eindigt derhalve de mogelijkheid van het herkrijgen van bezit door de vervreemder, ongeacht of dit al dan niet voorwaardelijk werd gehouden.

We bespraken hiervoor de gevolgen van de mogelijkheid van bezit als voorwaardelijk recht en de verschillen met de situatie van bezit als feit. Voor definitieve conclusies blijft de kernvraag derhalve of bezit is te beschouwen als een recht, als een feit, dan wel een combinatie van beide. Daarbij neig ik ernaar bezit als een recht te beschouwen. Bij de bepaling van de aard van het bezit is voor mij wezenlijk dat de bezitter in die hoedanigheid over een aantal rechten beschikt die onlosmakelijk zijn verbonden met het bezit. Vanzelfsprekend kunnen we redeneren dat deze rechten het door de wet geregelde gevolg zijn van de feitelijke toestand die bezit is. Een dergelijk splitsing tussen feitelijke toestand en de daaraan verbonden rechten is mijns inziens echter niet juist: bezit leidt niet tot een gerechtigdheid *tot* vorenbedoelde rechten, maar de inhoudelijke invulling van het begrip bezit wordt mede gevormd *door* deze rechten respectievelijk rechtsgevolgen.⁵⁵ Dit lijkt ook door Meijers te worden onderschreven: 'Hetgeen een wet met "bezit" bedoeld, wordt geheel bepaald door de gevolgen, welke die wet aan het bezit verbindt en de nadere vereisten, welke die wet voor het intreden van die gevolgen stelt'.⁵⁶ Onder 'gevolgen' zijn zonder meer de aan het bezit verbonden *rechtsgevolgen* en daarmee aan bezit verbonden rechten en verplichtingen te verstaan, omdat ook de wet niets kan wijzigen aan eventuele fysieke gevolgen van bezit.⁵⁷ Anders gezegd: de inherente rechten verbonden aan het bezit maken, dat het bezit zélf een recht is.

Zoals ik hiervoor reeds aangaf, kan vanzelfsprekend ook ik niet het definitieve oordeel vellen over de aard van het bezit. Zoals ik hiervoor heb verdedigd, maakt het echter in beginsel voor de mogelijkheid van 'voorwaardelijk gehouden' bezit ook weinig uit. Indien bezit als feit moet worden beschouwd, zal het bezit in de verhouding tussen vervreemder en verkrijger onder voorwaarde de voorwaardelijke eigendom volgen. Indien bezit een recht is, geldt dit zelfs in dubbel opzicht: het bezit zélf is een voorwaardelijk recht, maar kan bovendien – overeenkomstig de visie van bezit als feit – in de relatie tussen partijen niet opzettelijk gescheiden worden van de eigendom.

55 In deze zin ook: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 108; Fesevur 2005, p. 79 e.v.; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 86; Beekhuis 1956, p. 393 e.v.

Anders: Van Schaick 2003, p. 11; Den Dulk 1979, p. 98 e.v.

56 PG Boek 3, TM, p. 424. Ondanks vermeld citaat lijkt de wetgever overigens wel degelijk naar een uitsluitend feitelijke bezitsbegrip te neigen, al zijn ook voor andersluidende visies argumenten aan de PG te ontlelen.

57 Waarbij opgemerkt zij dat ik mij in praktische zin niets kan voorstellen bij fysieke gevolgen verbonden aan bezit. Overigens zullen juist deze (inherente) rechten van de bezitter de wetgever dan ook tot het oordeel hebben gebracht dat een bezitter een zakenrechtelijke positie heeft. Dit blijkt in afwijking van de houder van een goed, PG Boek 3, (inv 3, 5 en 6), MvA II Inv., p.1237. Ook Schut spreekt van 'het zakelijk recht van bezit', welk recht hij onderscheidt van de feitelijke toestand die bezit tevens zou zijn (Schut 1976, p. 13).

10.2.7 Samenvatting en conclusie

De in deze paragraaf besproken, in mijn optiek buitengewoon lastige vraag is of bezit onder voorwaarde kan worden gehouden. Gezien de complexiteit van een en ander wil ik het besprokene nogmaals samenvatten. In het verband van voormelde vraag maak ik in de gehanteerde redeneringen een verschil tussen de visie op bezit als feitelijk gegeven en de visie op bezit als recht. In de visie op bezit als feit kwam ik tot de conclusie dat het feitelijk karakter – in afwijking van een in de literatuur vrij algemeen gedeelde mening – de mogelijkheid van bezit in voorwaardelijke zin niet in de weg staat. De term feit is voor het privaatrecht immers niet zozeer een fysiek gegeven, maar de door het recht als zodanig geaccepteerde interpretatie van alle ter zake doende omstandigheden. Bij deze in aanmerking te nemen omstandigheden is wezenlijk dat in verhoudingen waarin voorwaarden een rol spelen altijd sprake is van een contractuele relatie. Uitsluitend in de contractuele relatie tussen een vervreemder en een verkrijger van een goed kan immers sprake zijn van een *voorwaardelijke* verkrijging door deze laatste.

Zoals we zagen wordt ten gevolge van een overdracht de verkrijger niet slechts de nieuwe eigenaar, maar steeds tévens bezitter. Dit is het logisch gevolg van het feit dat partijen de eigendom en de pretentie van eigendom die bezit is in hun contractuele relatie niet opzettelijk kunnen scheiden. Ingeval van een 'voorwaardelijke' overdracht is dat ingeval van het latere intreden van de voorwaarde en de retro-overgang van de eigendom voor wat betreft het bezit niet anders. Ook in dat geval verkeren partijen in de onmogelijkheid opzettelijk een scheiding aan te brengen tussen eigendom en bezit. Een ontkenning van de retro-bezitsovergang is immers per definitie een ontkenning van de retro-eigendomsovergang en vice versa. Bezit als feit volgt derhalve de (voorwaardelijke) eigendom, óók bij het toekomstige intreden van de voorwaarde.

Indien we bezit naar zijn aard als een recht zouden beschouwen, is bezit vrijwel zeker een vorm van goederenrechtelijk recht.⁵⁸ Dit goederenrechtelijk recht kan alsdan (overeenkomstig ieder goederenrechtelijk recht) voorwaardelijk zijn. In verband met de vorenomschreven onmogelijkheid van een opzettelijke scheiding van eigendom en bezit door partijen wordt dit voorwaardelijke bezit steeds onder dezelfde voorwaarde gehouden als de voorwaardelijke eigendom. Door het intreden van de voorwaarde vindt derhalve zowel een eigendoms- als bezitsovergang plaats naar de oorspronkelijke vervreemder.

Het verschil met de visie van bezit als feit is daarin gelegen, dat het 'feitelijke' bezit zélf niet voorwaardelijk kan zijn, in tegenstelling tot de visie van bezit als – eventueel voorwaardelijk – recht. De juridische gevolgen van dit verschil

58 Een kwalificatie waarvan ik overigens besef dat deze op enigszins gespannen voet lijkt te staan met de numerus clausus.

zijn echter bescheiden. Uitsluitend ingeval van beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder is bezit als voorwaardelijk recht nog steeds mogelijk, terwijl bezit als feit – bij gebrek aan verbondheid met eigendom – niet langer ‘voorwaardelijk’ wordt gehouden.

10.3 DE LEVERING VAN ROERENDE ZAKEN ONDER OPSCHORTENDE VOORWAARDE

10.3.1 De ‘problematiek’ van de bezitsverschaffing bij opschortende voorwaardelijkheid

De levering ten behoeve van de overdracht van roerende, niet-registergoederen vindt plaats door bezitsverschaffing.⁵⁹ Tezamen met de eigendomsoverdracht vindt ten gevolge van deze bezitsverschaffing derhalve tegelijkertijd een verschuiving plaats van de eigendomspretentie die het bezit behelst. Voor wat betreft de levering ter uitvoering van een onvoorwaardelijke titel, maar ook van een titel onder ontbindende voorwaarde is dan ook sprake van een consistent systeem: de verkrijger wordt eigenaar – al dan niet onder ontbindende voorwaarde – en verkrijgt tevens de eigendomspretentie van het bezit.⁶⁰

Ten gevolge van de eigendomspretentie van het bezit lijkt bij de levering ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder *opschortende* voorwaarde echter een systematisch probleem te ontstaan. De verkrijger onder opschortende voorwaarde zou bij een levering door middel van bezitsverschaffing ten gevolge van die bezitsverschaffing het bezit van een goed verkrijgen, waarvan hij eerst bij het intreden van de voorwaarde ook de eigendom verkrijgt. De eigendomspretentie van het bezit zou dientengevolge tot het moment van het intreden van de opschortende voorwaarde bij de verkrijger onder opschortende voorwaarde komen te rusten, terwijl de vervreemder vooralsnog de eigendom behoudt – een door partijen beoogde, opzettelijke scheiding tussen eigendom en bezit derhalve.⁶¹ De vanuit systematisch oogpunt enige

⁵⁹ Art. 3:84 lid 1 jo 3:90 lid 1 BW.

⁶⁰ Voor de verhouding tussen eigendom onder ontbindende voorwaarde en het bezit verwijst ik naar § 10.2.

⁶¹ Zoals ik in § 10.2 heb weergegeven, is een dergelijke scheiding in contractuele relaties niet mogelijk. Hijma en Olthof verbinden hieraan de consequentie, dat een roerende zaak – zonder de leveringswijze van art. 3:91 BW – in het geheel niet onder opschortende voorwaarde zou kunnen worden overgedragen (Hijma & Olthof 2014, p. 97). Ook de wetgever lijkt impliciet te twijfelen, zie: PG Boek 3, MvA II, p. 388. Reehuis stelt daarentegen dat het ontbreken van art. 3:91 BW (en overigens ook van art. 3:92 BW) niets had uitgemaakt voor de mogelijkheid daarvan (Reehuis 2010, p. 94, 95). Opvallend genoeg baseert hij zich daarbij eveneens op de voormelde PG. Deze opvatting van Reehuis kan ik slecht plaatsen in relatie met hetgeen hij eveneens stelt: ‘Overdracht van bezit door een eigenaar die zich tegelijkertijd de eigendom voorbehoudt, is immers niet mogelijk. [] Om onmiddellijke levering op grond van een verbintenis waarbij de eigendom is voorbehouden toch mogelijk te maken, is art. 3:91 BW opgenomen’ (Reehuis 2004, p. 48. Zie ook p. 60.).

mogelijke oplossing voor het desondanks leveren door middel van bezitsverschaffing, namelijk bezitsverschaffing onder dezelfde opschortende voorwaarde, werd door de wetgever op grond van de ongewenste rechtsgevolgen daarvan afgewezen.⁶²

De wetgever onderkende het vorenomschreven systematische probleem en voegde art. 3:91 BW aan afdeling 3.5.2 toe.⁶³ De levering van roerende, niet-registergoederen onder opschortende voorwaarde vindt op grond van deze wetsbepaling niet plaats door bezitsverschaffing, maar door het verschaffen van *macht* over de betreffende zaak.⁶⁴ Onderstaand ga ik nader in op de betekenis van deze term en haar verdere gevolgen, maar we kunnen reeds thans vaststellen dat macht in de zin van art. 3:91 BW in de visie van de wetgever in ieder geval de eigendomspretentie van bezit ontbeert; daar is het de wetgever bij art. 3:91 BW immers om te doen. De verkrijger onder opschortende voorwaarde wordt derhalve houder van het goed en niet bezitter.⁶⁵ We kunnen constateren dat de wetgever ook consequent is geweest in deze zienswijze.⁶⁶

Het verschil in leveringswijze tussen enerzijds de onvoorwaardelijke overdracht en de overdracht onder ontbindende voorwaarde en anderzijds de overdracht onder opschortende voorwaarde heeft echter niet alleen mogelijke consequenties voor de wijze van levering zélf,⁶⁷ maar ook ontstaat de vraag of hetgeen verkregen wordt – de macht over de zaak – zelf weer voorwaarde-

62 In de PG wordt namelijk geconstateerd dat daarmee de levering niet voltooid zou zijn en daarmee het toetsingsmoment voor de vereisten voor de overdracht eveneens zou verschuiven naar het moment waarop de opschortende voorwaarde zou intreden (zie PG Boek 3 (inv 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1237). Ik noemde reeds dat een deel van de auteurs deze wijze van levering – via de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst – verdedigt voor de levering van toekomstige roerende zaken. Daarbij wordt het systematische ‘nadeel’ van het uitgestelde toetsingsmoment vrijwel algemeen onderkend, ongeacht hoe de levering bij voorbaat dogmatisch ook moge worden onderbouwd. In die zin sluit de vorenbedoelde PG derhalve aan bij deze opvatting ter zake de levering bij voorbaat.

63 PG Boek 3, MvA II, p. 387 e.v.; PG Boek 3 (inv 3, 5 en 6), p. 1236 e.v. Uit de PG volgt overigens dat de wetgever bij de weergegeven problematiek die leidde tot artikel 3:91 BW specifiek het oog had op het eigendomsvoorbehoud van art 3:92 BW. Dat neemt niet weg dat art 3:91 toepassing vindt bij iedere levering van de in art 3:90 bedoelde goederen ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde.

64 Brahn lijkt een ander standpunt in te nemen waar hij stelt dat ‘de machtsverschaffing is op het moment waarop zij plaatsvindt nog geen “levering”, nog geen uitvoering geven aan een eigendomsoverdracht’ (Brahn 1981a, p. 890).

65 Waarbij ik ervan uitga dat *macht* in de zin van 3:91 BW geen nieuwe categorie voor *houden* (in de zin van art. 3:108 BW) creëert, naast bezit en houderschap. Zie over de hoedanigheid van de verkrijger onder opschortende voorwaarde ook § 10.3.2.

66 Faber wijst in deze terecht op de artt. 6:180 lid 2 BW en 7:9 lid 3 BW, die overbodig zouden zijn indien een verkrijger onder opschortende voorwaarde vanaf het moment van levering bezitter zou zijn (Faber 1997, p. 208).

67 Te denken valt bijv. aan de vraag of machtsverschaffing d.m.v. de consensuele leveringswijzen van art. 3:115 BW mogelijk is.

lijk kan zijn.⁶⁸ Tevens komt de vraag op wat de gevolgen zijn van het intreden van een opschortende voorwaarde na het eerder verschaffen van macht over de zaak: verkrijgt de eigenaar onder opschortende voorwaarde alsdan steeds en van rechtswege het bezit over de zaak? Bij deze laatste vraag is vooral de redengeving voor het al dan niet van rechtswege verkrijgen van het bezit interessant, omdat daar tevens gevolgtrekkingen voor de inhoudelijke betekenis van het begrip bezit uit voortvloeien.

Voordat ik onderstaand nader inga op een aantal vragen met betrekking tot de levering door machtsverschaffing, wil ik opmerken dat mijns inziens terughoudendheid moet worden betracht voor een al te systematische benadering van de consequenties van art. 3:91 BW. Uit de PG volgt dat de wetgever het voormelde systematische probleem wilde oplossen van de – niet voltooide – eigendomsoverdracht onder opschortende voorwaarde met tegelijkertijd wél een overgang van de eigendomspretentie van het bezit bij een levering op grond van art. 3:90 BW. Méér dan dat wilde de wetgever blijkens de PG van art. 3:91 BW niet bereiken en uit weinig blijkt dat de wetgever veel oog heeft gehad voor nieuwe vragen die ontstaan rond de systematiek van levering van roerende, niet-registergoederen bij een levering gebaseerd op machtsverschaffing.⁶⁹ Ondanks het feit dat met de invoering in het NBW van levering door middel van machtsverschaffing een nieuwe leveringswijze lijkt te worden geïntroduceerd,⁷⁰ dient mijns inziens bij deze wijze van levering dan ook

68 Kan de eigenaar onder opschortende voorwaarde het onder opschortende voorwaarde verkregen goed bijv. weer doorleveren onder ontbindende voorwaarde (en de eerdere opschortende voorwaarde)? Deze vraag staat derhalve náást de vraag of de eigendomsverwachting van de verkrijger onder opschortende voorwaarde zich überhaupt leent voor overdracht of bezwaring. Zie voor die laatste vraag § 11.3.

69 Al wordt in de PG wél melding gemaakt van de opvatting van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, die als volgt wordt weergegeven: 'En anderzijds dreigt het gevaar dat het onderhavige artikel (art. 3:91 BW, HS) te veel wordt verzelfstandigd en aldus juist een bron van moeilijkheden vormt; []' (PG Boek 3 (inv 3, 5 en 6), VV II Inv., p. 1236). Schoordijk constateert zelfs een ware zondvloed aan nieuwe vragen en problemen ter zake de artt. 3:91 en 3:92 BW, maar samengevat kunnen die vrijwel alle teruggebracht worden tot consequenties van het feit dat Schoordijk vraagstukken van goederen- en verbintenissenrecht op weinig overtuigende wijze wijze laat vermengen (zie: Schoordijk 1971, p. 457 e.v.). Daarnaast beschouwt Schoordijk het eigendomsvoorbehoud onterecht als een soort pandrecht respectievelijk ander juridisch zekerheidsrecht, hetgeen eveneens aanleiding geeft tot vele onaannemelijke vraagstellingen. Aan het vorenomschreven systematische probleem van bezitsverschaffing ten behoeve van een verkrijging onder opschortende voorwaarde – de uitdrukkelijk door de wetgever genoemde redengeving voor opname van art. 3:91 BW in het NBW – besteedt Schoordijk in zijn omvangrijke artikel opvallend genoeg nauwelijks aandacht, behalve dat hij de wetsbepaling als 'volkomen overbodig' kwalificeert.

70 Uit de PG kan men echter – met enige terughoudendheid – afleiden dat de wetgever juist géén nieuwe wijze van levering beoogde. De wetgever haalt verkort de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak aan, waarbij wordt vastgesteld dat '[] bijvoorbeeld de stelling verdedigd (wordt) dat artikel 3.5.3.5a een bijzondere leveringsvorm creëert, []'. De wetgever komt hier verder niet op terug, maar lijkt zich impliciet te distantiëren van deze visie op machtsverschaffing als nieuwe leveringswijze (PG Boek 3, (inv 3, 5 en 6), VV II Inv., p. 1236

zoveel mogelijk aansluiting te worden gezocht bij de normale wijze van levering door middel van bezitsverschaffing. Machtsverschaffing als variant van de bezitsverschaffing derhalve.

In het kader van deze figuur van de machtsverschaffing zal ik mij op de volgende drie kwesties richten. In § 10.3.2 bespreek ik de betekenis van het begrip *macht* en het verschil met het begrip *bezit*. In de daarop volgende paragraaf komt de vraag aan de orde waarom macht wijzigt in bezit bij het intreden van een opschortende voorwaarde en of dat ook steeds van rechtswege plaatsvindt. In § 10.3.4 bespreek ik tot slot de vraag of macht tevens door middel van consensuele levering verschaft kan worden.

10.3.2 De betekenis van macht en het verschil met bezit

Op het eerste gezicht lijkt de wetgever de term *macht* als feitelijk te beschouwen. Macht duidt in de visie van de wetgever 'op het ter beschikking hebben van de zaak, hetzij rechtstreeks, hetzij door middel van een ander'.⁷¹ De uitoefening van de macht over een zaak kan klaarblijkelijk zowel onmiddellijk als middellijk geschieden en macht omvat in ieder geval de feitelijke heerschappij. Deze visie op macht als een feitelijke kwestie vinden we ook in een deel van de literatuur.⁷²

De vraag die zich echter bij een vergelijking van de artt. 3:91 en 3:114 BW voordoet is, of bij de machtsverschaffing in het kader van bezitsoverdracht (art. 3:114 BW) aan de term macht dezelfde (feitelijke) betekenis toekomt als bij art. 3:91 BW. Indien dit het geval zou zijn – waarbij ik direct opmerk dat het niet voor de hand ligt dat deze beide termen macht een verschillende betekenis zouden hebben – ontstaat de vraag waarom in het kader van de levering op grond van art. 3:91 BW 'slechts' macht verkregen wordt, terwijl diezelfde wijze van levering in het kader van de artt. 3:90 jo 3:114 BW tot bezitsverschaffing leidt.⁷³

e.v.). Brahn lijkt dit op het eerste gezicht te onderschrijven, maar hij komt tot deze conclusie doordat hij de machtsverschaffing van art. 3:91 BW niet als levering – t.t.v. de machtsverschaffing – beschouwt (Brahn 1981 a, 890 e.v.).

71 PG Boek 3, MvA II, p. 384, 389. In deze zin ook: PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), TM, p. 96.

72 Scheltema 2003, p. 359 nt. 18; (vermoedelijk) Faber 2000, p. 176; Potjewijd 1998, p. 78 nt. 20; Kortmann 1994, p. 749 (en eerder Kortmann 1992, p. 206-208). Wellicht dat Van Mierlo en Van Velten aan de term macht een ruimere strekking geven, waar zij ervan uitgaan dat degeen die deze macht uitoefent aan een derde ook het 'bezit' kan verschaffen (Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 527). Indien bezit in uitsluitend feitelijke zin bedoeld is, is dat juist. Is tevens de overgang van de eigendom bedoeld, dan is dit – derdenbescherming daargelaten – onjuist.

73 Art. 3:114 BW spreekt weliswaar niet van machtsverschaffing, maar van 'in staat [] stellen die macht uit te oefenen, die hij [de bezitter, HS] zelf over het goed kon uitoefenen', maar

Om met de eerste vraag te beginnen: er zijn geen aanwijzingen dat de wetgever aan de term *macht* als gebruikt in de artt. 3:91 en 3:114 BW een inhoudelijk verschillende betekenis zou hebben willen toekennen. Gezien het verband tussen enerzijds de machtsverschaffing die leidt tot bezitsoverdracht (art. 3:114 BW) als wijze van levering en anderzijds de machtsverschaffing van art. 3:91 als wijze van levering had het sterk voor de hand gelegen dat de wetgever een nadere toelichting zou hebben gegeven indien een inhoudelijk verschillende betekenis van de term *macht* was beoogd. Bij gebreke aan een dergelijke toelichting mogen we derhalve voorzichtig aannemen, dat de wetgever in beide wetsartikelen een zelfde betekenis van de term *macht* en daarmee een zelfde begrip voor ogen stond. Ook overigens zijn er niet rechtstreeks argumenten aan te voeren waarom de betekenis van de term *macht* in beide wetsartikelen inhoudelijk zou verschillen, tenzij we de consequenties die aan deze conclusie zijn verbonden (en zoals hierna besproken) niet acceptabel zouden vinden. Het uitgangspunt bij de beantwoording van vorenstaande vraag dient dan ook te zijn dat aan de term *macht* in de artt. 3:91 en 3:114 BW dezelfde betekenis toekomt.

Dan komen wij toe aan de vraag waarom de machtsverschaffing door toepassing van art. 3:114 BW in het kader van de levering van art. 3:90 BW tot bezitsverschaffing leidt, terwijl een zelfde machtsverschaffing in het kader van 3:91 BW géén (directe) bezitsverschaffing tot gevolg heeft. Het antwoord hierop ligt mijns inziens rechtstreeks besloten in de door de wetgever beoogde redengeving van art. 3:91 BW: de partijwil, zoals deze door partijen eerder is neergelegd in de titel. Bij de levering door middel van bezitsverschaffing beogen partijen immers de eigendom en daarmee ook de eigendomspretentie van het bezit direct te doen overgaan op de verkrijger. Bij de overdracht onder opschortende voorwaarde beogen partijen juist geen directe eigendomsoverdracht te bewerkstelligen en derhalve evenmin een bezitsovergang. Een op partijwil gebaseerde scheiding tussen eigendom en bezit zouden zij zelfs niet kunnen bewerkstelligen.⁷⁴ Het is derhalve de partijwil die bij de machtsverschaffing in het geval van art. 3:90 leidt tot bezitsverschaffing en die bij een machtsverschaffing op grond van art. 3:91 BW maakt dat uitsluitend de *macht* over het goed wordt verkregen. Systematisch bezien heeft de wetgever de verhouding tussen de machtsverschaffing van art. 3:91 en 3:114 BW dan ook keurig geregeld, mede dankzij de – zeer impliciete – onderkenning van het belang van de partijwil voor het al dan niet verschaffen van bezit.

Zoals ik in de vorige paragraaf reeds heb besproken, heeft de wetgever de ontbrekende eigendomspretentie van *macht* ten opzichte van de wél aanwezige eigendomspretentie van bezit als onderscheidend kenmerk tussen beide begrip-

in deze redactie kan ik niets anders lezen dan bezitsverschaffing d.m.v. het verschaffen van *macht* over het goed.

⁷⁴ Zie § 10.2.

pen beschouwd. De verkrijger onder opschortende voorwaarde wordt logischerwijs dan ook geen bezitter, maar houder. De juistheid van deze visie van de wetgever is in de literatuur een enkele maal betwist. Vriesendorp en Fesevur verdedigen bijvoorbeeld dat *macht* zowel bezit als houderschap kan betekenen, hetgeen gevolgen zou (kunnen) hebben voor de hoedanigheid van de verkrijger onder opschortende voorwaarde.⁷⁵ De Nederlandse heersende leer is echter zonder meer dat de verkrijger onder opschortende voorwaarde houder is, waar ik mij graag bij aansluit.⁷⁶

Het Duitse recht stemt in deze overeen met het Nederlandse.⁷⁷ In België wordt daarentegen door een groter gedeelte van de auteurs de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud als bezitter beschouwd. Naar Belgisch recht is een dergelijke visie echter aanzienlijk eenvoudiger te verdedigen, omdat in de Belgische heersende leer het eigendomsvoorbehoud is geconstrueerd als een opschortende *tijdsbepaling* en niet als voorwaarde.⁷⁸ De eigendomsovergang is daarbij (vooral) een kwestie van het verstrijken van tijd en niet zoals bij de

75 Vriesendorp beschouwt de vervreemder onder eigendomsvoorbehoud niet als houder, maar als bezitter. Hij meent dat de term *macht* zowel gebruikt kan worden voor een 'houden voor zichzelf' (bezit) als een 'houden voor een ander' (houderschap), zodat de term *macht* de beide tegenpolen van bezit en detentie omvat. Vriesendorp komt echter tot deze conclusie, omdat hij de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud als bezitter ziet. De machtsverschaffing van art. 3:91 BW is in zijn visie derhalve in feite de normale bezitsverschaffing (Vriesendorp 1985, p. 33 e.v.). Anders dan Vriesendorp echter meent te constateren, is de wetgever helder over de positie van de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud: deze is houder (PG Boek 3, MvA II, p. 388). Vriesendorp is met zijn benadering van art. 3:91 BW in de Nederlandse rechtsliteratuur dan ook niet gevolgd.

Fesevur onderkent met Vriesendorp dat de term *macht* wellicht ook gelezen kan worden als *bezit*, naast houderschap in enge zin (Fesevur 2005, p. 107). Fesevur vereenzelvigt bij die visie op de term *macht* deze derhalve met 'bezit' (naast houderschap in enge zin). Dat is m.i. echter een te beperkte visie op bezit, omdat de term *macht* nog niets zegt over de eigendomspretentie die inherent is aan bezit. Fesevur leidt vervolgens echter uit de bedoeling van art. 3:91 BW af dat de wetgever met *macht* houderschap in enge zin heeft bedoeld en niet (tevens) bezit. Ook dat is overeenkomstig hetgeen ik eerder schreef onjuist. Houderschap is weliswaar het gevolg van de machtsverschaffing, maar iemand tot houder maken kan nooit een leveringswijze zijn. *Macht* en *houderschap* zijn derhalve, anders dan Fesevur meent, in dit verband absoluut geen synoniemen.

76 Hijma & Olthof 2014, p. 97; Reehuis 2013, p. 49 (en eerder: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 196; Reehuis 2004, p. 60, 61); Rank-Berenschot 2012, p. 64; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 526 (m.b.t. eigendomsvoorbehoud); Boeve 2007b, p. 340 nt. 8 (m.b.t. eigendomsvoorbehoud); Janssen 2006, p. 748; Van Schaick 2003, 13, 80; Bartels 1997, p. 82 (m.b.t. eigendomsvoorbehoud); Kortmann 1992, p. 206, 207; Van Mierlo & Wammes 1989, p. 793; Brahn 1988, p. 41, 42, 183 (eerder ook: Brahn 1981a, p. 890; Brahn 1974, p. 9); Schoordijk 1986, p. 308 (zie echter ook: Schoordijk 1963, p. 401, waar Schoordijk spreekt van bezit onder opschortende voorwaarde); Mezas 1985, p. 6; Mijnsen 1983a, p. 348; Hartkamp 1977, p. 70. Zie voor de periode tot 1985 het literatuuroverzicht bij Vriesendorp (Vriesendorp 1985, p. 33 nt. 2). Zie ook: HR 29 september 1961, NJ 1962, 14, in welk arrest de Hoge Raad nogmaals vaststelde dat als uitvloeisel van een eigendomsvoorbehoud de koper uitsluitend houder en niet bezitter van de geleverde roerende zaken was.

77 Zie ook: Nieskens-Isphording 1999, p. 65.

78 Dirix 1998, p. 33, 34. In gelijke zin: Nève 2000, p. 75.

opschortende voorwaarde van een onzekere gebeurtenis. Dat deze 'onzekere gebeurtenis' van betaling van de koopprijs ook in het Nederlandse rechtsverkeer vrijwel altijd intreedt, maakt deze naar Nederlands recht echter nog niet tot tijdsbepaling.⁷⁹ Bovendien moeten we niet vergeten dat het eigendomsvoorbehoud – naar ik aanneem – in het rechtsverkeer de meest voorkomende vorm van overdracht onder opschortende voorwaarde zal zijn, maar dat overdrachten onder *andere* opschortende voorwaarden zeer wel denkbaar zijn en in het rechtsverkeer ook zullen voorkomen. Het is systematisch onwenselijk om de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud wél tot bezitter te promoveren, terwijl de met een auto begiftigde zoon onder de opschortende voorwaarde van het behalen van zijn rijbewijs slechts houder wordt. De figuur van het eigendomsvoorbehoud rechtvaardigt zeker niet dat de daaraan verbonden opschortende voorwaarde tot andere juridische consequenties behoort te leiden dan een willekeurige andere opschortende voorwaarde.

Vooralsnog heb ik het verschil tussen *macht* in de zin van 3:91 BW en *bezit* beperkt tot de eigendomspretentie van het bezit.⁸⁰ Daarmee is echter niet direct iets gezegd over de verdere betekenis van macht. Afgezien van de hiervoor geciteerde opmerking van de wetgever dat macht het ter beschikking hebben van een zaak is en zowel middelijk als onmiddelijk kan zijn, bevat de PG weinig aanwijzingen ter zake. Ook in de jurisprudentie en literatuur is aan het begrip weinig aandacht besteed, zodat daarvan – overeenkomstig het begrip bezit – bepaald geen helder beeld bestaat.

Gezien het voorlopige antwoord op de vorenstaande vergelijking tussen bezit en macht zouden we de vraag naar de betekenis van macht echter ook anders kunnen benaderen. Afgezien van de eigendomspretentie van het bezit is macht in mijn veronderstelling gelijk aan bezit. Indien we derhalve de eigendomspretentie van het bezit wegdenken, resteert de inhoudelijke betekenis van macht in de zin van art. 3:91 BW – ongeacht wat deze verder ook moge inhouden. Deze zienswijze op het begrip macht sluit ook aan op hetgeen ik eerder vaststelde: de machtsverschaffing van art. 3:91 BW dient geen ander doel dan het oplossen van een systematisch probleem. Voor het overige dient *macht* zoveel mogelijk aan te sluiten bij het begrip *bezit*, hetgeen met deze zienswijze wordt bereikt. Dat ook de wetgever een dergelijke benadering van de hoedanigheid van de verkrijger onder opschortende voorwaarde voor ogen stond, moge bijvoorbeeld blijken uit art. 6:180 lid 2 BW: de verkrijger onder opschortende voorwaarde⁸¹ – houder van de geleverde zaak – wordt voor wat betreft de risico-aansprakelijkheid van de bezitter met deze gelijkgesteld.

79 Zie voor de verhouding tussen voorwaarde en tijdsbepaling § 2.4.5.

80 Deze visie op *macht* vinden we in de literatuur wel onderschreven: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 347; (waarschijnlijk) Reehuis 2004, p. 61.

81 Althans, de verkrijger onder opschortende voorwaarde van voldoening van een tegenprestatie, zie hierna.

Een stukje reparatiewetgeving derhalve, voor het geval geoordeeld zou worden dat deze verkrijger (inderdaad) geen bezitter zou zijn.⁸²

Betekent het vorenstaande tevens dat de verkrijger onder opschortende voorwaarde een andere, wellicht ruimere positie heeft dan een houder van een goed, in de zin van houden voor een ander? Nee, een dergelijke rechtsfiguur die het midden houdt tussen bezit en houden voor een ander kent ons recht niet en moeten we ook niet ambiëren. De verkrijger onder opschortende voorwaarde respectievelijk verwachter is tot het moment van intreden van de voorwaarde houder voor vervreemder respectievelijk de bezwaarde.⁸³ Dat neemt niet weg dat de rechtsgronden voor het 'normale' houderschap – huur, bruikleen, bewaarneming – uiteraard van een geheel andere orde zijn dan de rechtsgrond die ten grondslag ligt aan het houderschap ontstaan door machtsverschaffing van art. 3:91 BW. Deze laatste rechtsgrond beoogt immers op de eerste plaats een eigendomsoverdracht onder voorwaarde te bewerkstelligen, waarbij het houderschap van de verkrijger niet wezenlijk meer is dan het wetssystematische, maar tussen partijen meestal niet als zodanig bedoelde rechtsgevolg van deze wijze van overdracht.

De consequentie daarvan is dat de verkrijger onder opschortende voorwaarde weliswaar houder van het goed is, maar zijn rechtspositie op onderdelen desondanks afwijkt van die van de 'normale' houder. Daarbij valt te denken aan de mogelijkheid dat het betreffende goed weer in handen van de vervreemder onder opschortende voorwaarde geraakt. Voor de 'normale' houder geldt dat alsdan diens houderschap eindigt en dat hij op grond van de onderliggende overeenkomst hoogstens een obligatoire aanspraak jegens de eigenaar heeft tot hernieuwde afgifte van het goed. Het houderschap van de verkrijger onder opschortende voorwaarde eindigt in het vorenomschreven geval vanzelfsprekend eveneens,⁸⁴ maar aan het feit dat aan de verkrijger rechtsgeldig is geleverd verandert niets. Voor de rechtsgeldigheid van de levering is immers helemaal niet van belang of het wetssystematische neveneffect van houderschap voortduurt of zelfs maar ontstaat. In de volgende paragrafen zal ik het vorenstaande nader uitwerken aan de hand van de aldaar behandelde rechtsvragen.

In abstracto uitgedrukt kunnen we *macht* derhalve omschrijven als bezit minus de aspecten die voortvloeien uit de eigendomspretentie van het bezit.⁸⁵ Dat is vanzelfsprekend een inhoudelijk enigszins ongrijpbare omschrijving en ook de term *eigendomspretentie* is in dit kader wellicht niet geheel helder. De vraag is echter of we dit zo ernstig moeten vinden – ware dogmatici daargelaten.

82 PG Boek 6, MvA II, p. 766, 767.

83 Althans voor zover hij over het goed ook inderdaad de feitelijke macht uitoefent, zie § 10.3.1.

84 Tenzij we zouden aannemen dat de vervreemder onder opschortende voorwaarde alsdan niet alleen bezitter is, maar tevens het houderschap van de 'macht' verkrijgt – een m.i. onnodig complexe en derhalve moeilijk te verdedigen visie.

85 Ook Snijders verdedigt een dergelijke benaderingswijze (Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 347, 348).

De wettelijke systematiek en de daaruit voortvloeiende consequenties van de overdracht onder opschortende voorwaarde van roerende zaken worden aldus duidelijk en voor de praktijk hanteerbaar. Zoals we hierna in de navolgende paragrafen zullen zien, voorkomt een dergelijke visie op macht ook een aantal systematische problemen en in het handelsverkeer ongewenste beperkingen met betrekking tot de consensuele machtsverschaffing en de doorlevering onder voorwaarde door de verkrijger onder opschortende voorwaarde.

10.3.3 De wijziging van macht in bezit bij het intreden van een opschortende voorwaarde

In de voorgaande paragrafen heb ik beschreven dat hét verschil tussen de begrippen *bezit* en *macht* in de zin van art. 3:91 BW is gelegen in de aan bezit inherente eigendomspretentie, welke eigendomspretentie ontbreekt bij macht. Het uitgangspunt van de wetgever, maar ook van de vervreemder en de verkrijger onder opschortende voorwaarde zal zijn dat bij de eigendomsovergang ten gevolge van het intreden van de opschortende voorwaarde de verkrijger niet alleen onvoorwaardelijk eigenaar, maar tévens bezitter wordt. De macht van de verkrijger onder opschortende voorwaarde dient derhalve gewijzigd te worden in bezit. Eigendom en bezit van de voorwaardelijk overgedragen roerende zaak blijven – in elk geval in het vorenbedoelde uitgangspunt – zodoende steeds in één hand.

Bij het vorenstaande komen twee vragen op. Ten eerste vraagt de overgang van macht in bezit ten gevolge van het intreden van een opschortende voorwaarde wellicht om een nadere verklaring. Ten gevolge wáárvan wordt de eerdere machthebber respectievelijk verkrijger onder opschortende voorwaarde bij het intreden van de opschortende voorwaarde alsnog bezitter? Reeds op het eerste gezicht lijken er verschillende mogelijke verklaringen te bestaan: de verkrijger verkrijgt alsnog het bezit *brevi manu*, de eerder verkregen macht wijzigt door de overgang van de eigendom vanzelf in bezit doordat de verkrijger al eerder de feitelijke macht uitoefende of door het intreden van de voorwaarde gaat (alsnog) de ontbrekende eigendomspretentie van het bezit op de verkrijger over. De tweede, hiermee samenhangende vraag is of de overgang van macht in bezit ook steeds van rechtswege plaatsvindt bij het intreden van de opschortende voorwaarde. Een vraag die in de literatuur bevestigend wordt beantwoord,⁸⁶ maar veelal op basis van een beperkte onderbouwing.

86 Reehuis stelt bijv. dat de verwachter (die houder is) 'van rechtswege opklimt tot bezitter en eigenaar' (Reehuis 2004, p. 61. Zie ook: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 197, 694). Tevens: (waarschijnlijk) Hijma & Olthof 2014, p. 97; Rank-Berenschot 2012, p. 64; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 528; Faber 1997, p. 214, 215; Mijnsen 1983a, p. 348; Brahn 1981a, p. 890.

Slechts een enkele auteur heeft naar een verklaring gezocht voor de overgang van macht in bezit. Nieuwenhuis meent – onder de werking van het OBW en in het kader van het creëren van beschikkingsbevoegdheid bij een koper onder eigendomsvoorbehoud vóór de betaling van de koopprijs – dat deze door middel van een *brevi manu* bezitsverschaffing alsnog het bezit verkrijgt.⁸⁷ Voor het NBW is een dergelijke opzet dankzij art. 3:91 BW in ieder geval niet (meer) nodig en in het kader van de overgang van macht in bezit bij het intreden van de voorwaarde waarschijnlijk zelfs niet mogelijk.⁸⁸ Indien de verkrijger onder voorwaarde ten tijde van het intreden van de voorwaarde de zaak feitelijk houdt, zou het immers uiterst overbodig zijn door met de bezitsverschaffing *brevi manu* nog een (rechts-)handeling in het leven te roepen voor de overgang van het bezit. Er was immers al eerder geleverd en de verkrijger onder voorwaarde – thans onvoorwaardelijk eigenaar – oefent deze feitelijke macht voor zich zelf uit.⁸⁹ Wat zou een dergelijke bezitsverschaffing *brevi manu* voor die situatie nog moeten inhouden?

Maar ook als de verkrijger onder voorwaarde niet de feitelijk houder is ten tijde van het intreden van de voorwaarde – er is bijvoorbeeld sprake geweest van een levering door middel van consensuele machtsverschaffing⁹⁰ – dan nóg zou het vereiste van een separate bezitsverschaffing een nauwelijks te begrijpen vereiste voor bezitsovergang zijn. We kunnen in ieder geval direct vaststellen dat een dergelijke bezitsverschaffing geen enkele rol meer speelt aangaande de juridische levering van de zaak, omdat deze levering reeds eerder heeft plaatsgevonden door middel van de machtsverschaffing op grond van art. 3:91 BW. Separate bezitsverschaffing bij of na het intreden van de opschortende voorwaarde zou derhalve niet in het kader van de juridische levering plaatsvinden. De vraag is dan ook wederom wat de functie van een dergelijke bezitsverschaffing zou moeten zijn. Voor het antwoord analyseer ik kort de verschillende functies van de bezitsverschaffing in het kader van de eigendomsoverdracht.

Nieuwenhuis onderscheidt in dit verband drie functies van de bezitsverschaffing: de legitimerende functie, de functie van het individualiseren van de over te dragen zaak en tot slot de markering van het tijdstip van de eigenlijke eigendomsoverdracht.⁹¹ De beide laatste functies zijn in elk geval zonder betekenis voor een eventuele bezitsverschaffing bij of na het intreden van de opschortende voorwaarde. Individualisatie van de zaak heeft reeds plaatsgevonden bij de eerdere levering door middel van machtsverschaffing, bij gebreke waarvan de levering niet tot stand zou zijn gekomen. Markering van

⁸⁷ Nieuwenhuis 1980, p. 51.

⁸⁸ Zo ook Nieuwenhuis (Nieuwenhuis 1980, p. 53).

⁸⁹ De wettelijke vermoedens van de artt. 3:109 en 3:119 BW leiden dan ook tot een resultaat dat overeenstemt met de juridische uitkomst van onvoorwaardelijke eigendomsverkrijging door de verkrijger.

⁹⁰ Zie § 10.3.4.

⁹¹ Nieuwenhuis 1980, p. 22.

het tijdstip van de eigendomsoverdracht is evenmin nog van belang, omdat dit tijdstip juist niet door de bezitsverschaffing wordt bepaald, maar door het tijdstip van het intreden van de voorwaarde. Het ná het intreden van de voorwaarde alsnog verschaffen van het bezit als een vorm van bevestiging tussen partijen van het intreden van de voorwaarde lijkt mij een buitengewoon ver gezochte en voor de praktijk weinig zinvolle argumentatie.

Resteert thans nog de legitimerende functie. Zoals ik hiervoor reeds schreef, is de verkrijger die op grond van de eerdere machtsverschaffing reeds de feitelijke macht over de verkregen zaak uitoefende voor wat betreft deze legitimerende functie niet gebaat bij een (mijns inziens volstrekt fictieve) bezitsverschaffing. Deze verkrijger is door zijn feitelijke macht afdoende jegens derden gelegitimeerd. Om echter aan te tonen dat de legitimerende functie van de bezitsverschaffing óók voor de verkrijger zonder feitelijke macht thans zonder belang is, grijpen we terug op hetgeen ik in de voorgaande paragrafen heb beschreven. Indien één van partijen na het intreden van de opschortende voorwaarde zou stellen dat de verkrijger onder voorwaarde niet tevens bezitter is geworden, is deze stelling niets meer of minder dan een ontkenning van het intussen onvoorwaardelijk verkregen eigendomsrecht van de verkrijger. Zoals ik immers heb beargumenteerd, is het in de relatie tussen de vervreemder en de verkrijger onder voorwaarde niet mogelijk dat partijen enerzijds gezamenlijk of individueel de eigendomsoverdracht aan de verkrijger erkennen, maar tegelijkertijd het bezit – met de daarvan uitgaande eigendomspretentie – aan de vervreemder laten. Eigendom en bezit gaan derhalve tussen partijen hand in hand.⁹² Daarmee is tussen partijen het te leveren bewijs van het verkrijgen van bezit hetzelfde bewijs als van het onvoorwaardelijk verkrijgen van de eigendom door de verkrijger onder voorwaarde.⁹³ Of anders gezegd: met het bewijs van het (onvoorwaardelijk) verkrijgen van eigendom door de verkrijger is tussen partijen tevens bewezen dat het bezit tussen partijen is overgegaan.⁹⁴

De consequentie van dit alles is dat in de rechtsrelatie tussen de vervreemder en de verkrijger een separate bezitsverschaffing ten tijde van of na het intreden van de voorwaarde in de 'legitimerende functie van de overdrachtsprocedure' betekenisloos is. Tevens kunnen we hiermee vaststellen dat geen

92 Zoals reeds gezegd, juridische 'ongelukjes' zoals een aan partijen onbekende nietigheid van de titel daargelaten.

93 Welke onvoorwaardelijke eigendomsverkrijging uiteraard bestaat uit de voorwaardelijke overdracht en het vervolgens intreden van de voorwaarde. Let wel: ik bespreek thans de situatie waarin de verkrijger t.t.v. het intreden van de opschortende voorwaarde niet daadwerkelijk de feitelijke macht houdt. In die situatie kan de verkrijger jegens de vervreemder, i.e.g. tot het moment van wijziging van de feitelijke omstandigheden, zijn bezit slechts aantonen als het tussen partijen logische gevolg van de thans onvoorwaardelijke eigendoms-overdracht.

94 Als materieel bewijs is het op deze wijze aantonen van de bezitsverkrijging uiteraard niet zinvol, omdat tegelijkertijd reeds het bewijs is geleverd van verkregen eigendom.

van de door Nieuwenhuis genoemde functies van de 'normale' bezitsverschaffing van enig belang is voor het eventueel verschaffen van bezit bij of na het intreden van de opschortende voorwaarde. Andere mogelijke functies van bezitsverschaffing in het kader van de levering buiten de voormelde vinden we niet. Bij gebreke aan enige inhoudelijke functie van een dergelijk verschaffen van bezit moeten we dan ook de gedachte van overgang van macht in bezit op basis van een (rechts-)handeling tussen partijen bij of na het intreden van de voorwaarde laten varen.

Rank-Berenschot wijst dan ook terecht de mogelijkheid af van een overgang van macht in bezit door middel van een levering *brevi manu*.⁹⁵ Zij verklaart daarentegen de overgang van het bezit op de verkrijger onder opschortende voorwaarde als 'gevolg van het feit dat de koper op grond van de levering door machtsverschaffing (art. 3:91) eigenaar is geworden'.⁹⁶ Indien de verkrijger onder opschortende voorwaarde ten gevolge van de machtsverschaffing van art. 3:91 BW daadwerkelijke respectievelijk feitelijke heerschappij over de roerende zaak heeft, valt het inderdaad alleszins aan te nemen dat deze verkrijger vanaf het moment van intreden deze feitelijke macht voor zich zelf uitoefent en daarmee tot bezitter is gepromoveerd. Het verkrijgen van het bezit op het moment van het intreden van de voorwaarde is alsdan een indirect gevolg van de eerdere – feitelijke – machtsverschaffing.

Voor zover we willen aannemen dat de machtsverschaffing inderdaad uitsluitend een feitelijke figuur is en een consensuele machtsverschaffing uit dien hoofde uitgesloten zou zijn, is de vorenstaande benadering geheel sluitend. In het verband van de in § 10.3.4 door mij verdedigde mogelijkheid van consensuele machtsverschaffing bevat deze benadering in mijn optiek echter toch een klein hiaat. Het enkele feit dat een partij door het intreden van de opschortende voorwaarde eigenaar wordt, verklaart voor die specifieke situatie namelijk nog niet waarom hij tevens bezitter wordt. Dit laatste lijkt op het eerste gezicht wellicht in tegenspraak met hetgeen ik hiervoor ter zake de legitimerende functie van de bezitsverschaffing schreef, maar dat is het niet. Hiervoor heb ik betoogd dat bezitsverschaffing in het kader van de legitimatie tussen de vervreemder en de verkrijger zonder betekenis is. De *bezitsverschaffing* als wijze van overgang van macht in bezit is (mede) daarom zinloos en als verklaring derhalve onjuist. Dat is echter nog iets anders dan de overgang van macht in bezit uitsluitend te baseren op de eigendomsverkrijging. Zoals we hierna zullen zien, ontbreekt in die redenering nog een tussenstap om het

⁹⁵ Rank-Berenschot 2012, p. 64.

⁹⁶ Naar ik aanneem bedoelt zij door het (tevens) intreden van de voorwaarde. De verkrijger onder opschortende voorwaarde wordt door de levering d.m.v. machtsverschaffing immers juist (nog) geen eigenaar.

verklaringsmechanisme voor de overgang van macht in bezit vanuit theoretisch opzicht te completeren.⁹⁷

Zoals ik in § 10.3.2 beschreef, is de in art. 3:91 BW neergelegde levering door middel van machtsverschaffing geen wezenlijk andere levering dan de levering door middel van bezitsverschaffing voor een onvoorwaardelijke of onder ontbindende voorwaarde bestaande overdracht. Het enige maar wezenlijke verschil bestaat daaruit dat bij de levering door middel van machtsverschaffing de vervreemder in verband met de eigendomspretentie van het bezit vooralsnog bezitter blijft. Het ligt dan ook voor de hand om de overgang van macht in bezit te verklaren door middel van de overgang van de eigendomspretentie op de verkrijger. Deze eigendomspretentie is de naar buiten blijkende wil van de vervreemder onder voorwaarde, welke wil (zoals hiervoor reeds meerdere malen is verwoord) bij de onvoorwaardelijke eigendomsoverdracht tussen de vervreemder en verkrijger rechtstreeks gekoppeld is aan de eigendomsverkrijging tussen partijen.

Bij de eigendomsoverdracht onder opschortende voorwaarde is de partijwil onlosmakelijk verbonden aan de *combinatie* van de eigendomsoverdracht en het intreden van de voorwaarde. Ten tijde van de voorwaardelijke eigendomsoverdracht verbinden partijen zich om mét het intreden van de voorwaarde niet alleen de eigendom van rechtswege te laten overgaan, maar ook de bijbehorende eigendomspretentie. Zoals eerder betoogd kunnen partijen ook niet anders overeenkomen. Bij het intreden van de voorwaarde vindt derhalve niet alleen een eigendomsovergang op de verkrijger plaats, maar tevens een overgang van de eigendomspretentie. Een ontkenning van dit laatste door bijvoorbeeld de vervreemder na het intreden van de voorwaarde verandert daar niets aan. Zoals we reeds zagen, is een dergelijke ontkenning van de overgang van de eigendomspretentie immers niets anders dan een ontkenning van de voorwaardelijke overdracht dan wel van het intreden van de voorwaarde.

Mét de vaststelling dat zowel de voorwaardelijke overdracht tussen partijen heeft plaatsgevonden als dat de voorwaarde is ingetreden, komt tussen partijen vast te staan dat de eigendom op de verkrijger is overgegaan per het moment van het intreden van de voorwaarde. Tevens is daarmee vastgesteld dat per het moment van de eigendomsovergang óók de (vooralsnog ontbrekende) eigendomspretentie op de verkrijger moet zijn overgegaan, omdat partijen noch gezamenlijk noch individueel binnen het kader van deze overdracht een scheiding kunnen aanbrengen tussen de eigendom en de bijbehorende eigendomspretentie van het bezit. De overgang van de voorwaardelijke eigendom en de eigendomspretentie bij het intreden van de opschortende voorwaarde vormt derhalve het spiegelbeeld van de in § 10.2 beschreven retro-eigendoms-

97 Uit hetgeen ik hierna schrijf volgt overigens dat praktisch gezien de eigendomsovergang bij het intreden van de opschortende voorwaarde overeenkomstig de visie van Rank-Berenschot inderdaad steeds tot gevolg heeft dat de verkrijger tévens bezitter wordt.

overgang en bezitsovergang bij het intreden van een ontbindende voorwaarde. Dit laatste óók voor de situatie waarin de machtsverschaffing consensueel heeft plaatsgevonden.

Samengevat, met het intreden van de opschortende voorwaarde verkrijgt de verkrijger onder voorwaarde respectievelijk de verwachter van rechtswege niet alleen de onvoorwaardelijke eigendom, maar tevens de bijbehorende eigendomspretentie van het bezit. Dit laatste is na de eerdere machtsverschaffing van art. 3:91 BW het ontbrekende element om de verkrijger onder voorwaarde tot bezitter te kunnen promoveren. Met het verkrijgen van de eigendom wordt de verkrijger derhalve tevens bezitter. De overgang in de hoedanigheid van machthebber in bezitter vindt daarbij steeds van rechtswege en per het moment van intreden van de voorwaarde plaats, omdat partijen in hun onderlinge verhouding in de onmogelijkheid verkeren om een scheiding tussen eigendom en bezit aan te brengen.

10.3.4 Macht en consensuele levering

In de literatuur is het een nauwelijks omstreden vraag of de machtsverschaffing van art. 3:91 BW uitsluitend kan plaatsvinden door feitelijke – lees: daadwerkelijke – overgave van de zaak of dat deze ook kan geschieden op consensuele wijze. Vrijwel de gehele literatuur onderschrijft deze laatste mogelijkheid.⁹⁸ Zoals ik hierna zal verdedigen, bestaat er inderdaad geen principiële of andersoortige reden om aan te nemen dat de machtsverschaffing van art. 3:91 BW uitsluitend zou kunnen plaatsvinden door daadwerkelijke, fysieke machtsverschaffing. Met andere woorden, ook de leveringswijzen van art. 3:115 BW kunnen in mijn optiek toepassing vinden bij een levering door middel van

⁹⁸ Volgens Reehuis zou consensuele levering mogelijk zijn en wel bij analogie (Reehuis 2013, p. 15; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 693; Reehuis 2004, p. 60). In gelijke zin v.w.b. de toepasbaarheid: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 348 (Snijders sluit uitsluitend de levering c.p. uit i.v.m. het behoud van de feitelijke macht van de vervreemder); Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 527, 528; Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 43; Mijnsen 1983a, p. 349.

Kortmann beschouwt de machtsverschaffing enerzijds als sterk feitelijk, anderzijds acht hij deze mogelijk doordat de leverancier de zaak levert 'door deze voor de koper apart te zetten' (Kortmann 1992, p. 208, nt. 37). In dat laatste kan ik toch weinig anders zien dan een consensuele levering, waarbij – uiteraard – voldaan wordt aan het vereiste van individualisering van de geleverde zaak.

De wetgever komt overigens niet verder dan de opmerking dat macht duidt op het onmiddelijk of middelijk ter beschikking hebben van de zaak (PG Boek 3, MvA II, p. 389). Ik kom daar later op terug.

machtsverschaffing, al dan niet door middel van analoge toepassing van deze bepalingen.⁹⁹ We lopen de verschillende argumenten langs.

Zoals ik in § 10.3.1 heb betoogd, is de machtsverschaffing van art. 3:91 BW niets meer of minder dan een variant op de levering door middel van bezitsverschaffing. Een variant die uitsluitend is ingegeven op grond van terechte wetssystematische argumenten. Het afwijzen van de mogelijkheid van consensuele machtsverschaffing is mijns inziens reeds in dat kader een brug te ver. Een dergelijke consequentie gaat voorbij aan het feit dat art. 3:91 BW slechts een oplossing beoogt te geven voor een systematisch probleem.¹⁰⁰ In zijn algemeenheid zou ik derhalve willen betogen dat onbedoelde gevolgen van de door artikel 3:91 BW geboden oplossing voor het probleem van de overgang van de eigendomspretentie en die afwijken van de gevolgen van de normale bezitsverschaffing zoveel mogelijk zouden moeten worden voorkomen of tenminste beperkt. Naar ik zou menen is dat ook de visie van de wetgever geweest, nu uit de PG (impliciet) volgt dat met art. 3:91 BW géén nieuwe leveringswijze naast de bezitsverschaffing is gecreëerd.¹⁰¹ Ten overvloede wijs ik er in dat kader nogmaals op dat het feit dat de verkrijger onder opschortende voorwaarde 'slechts' houder wordt – en derhalve geen bezitter – voor de onderhavige kwestie van geen enkel belang is. Het creëren van houderschap bij de verkrijger onder opschortende voorwaarde vervult immers geen enkele functie met betrekking tot de levering, doch is slechts een systematisch gevolg van de werking van de opschortende voorwaarde.

Een tweede argument vóór de mogelijkheid van consensuele machtsverschaffing is gelegen in mijn stelling dat goederenrechtelijke verschillen tussen verkrijgingen onder ontbindende en onder opschortende voorwaarden zoveel mogelijk voorkomen dienen te worden. Althans, voor zover dergelijke verschillen niet een rechtstreeks gevolg zijn van het soort voorwaarde. Ontbindende en opschortende voorwaarden dienen waar mogelijk elkaars juridische spiegelbeeld te zijn en zo min mogelijk behandeld te worden als van elkaar onafhankelijke rechtsfiguren. De onmogelijkheid van consensuele levering bij een overdracht onder opschortende voorwaarde zou daarentegen een duidelijk voorbeeld zijn van een ongewenst verschil in rechtsgevolgen tussen ontbinden-

99 Ook A-G Strikwerda heeft de mogelijkheid van machtsverschaffing via de wijzen van art. 3:115 BW onderkend in zijn conclusie bij HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506. De A-G schrijft: "Overlevering" in de zin van art. 7A:1724 BW omvat alle in art. 3:115 BW erkende leveringsvormen. Het valt daarom niet in te zien waarom onder art. 7A:1724 BW levering onder opschortende voorwaarde is uitgesloten'. De A-G doelt hier mee op de gift van hand tot hand van roerende zaken onder een opschortende voorwaarde, waarbij de levering verloopt d.m.v. de machtsverschaffing van art. 3:91 BW.

100 Let wel, in zijn noot bij HR 10 november 1916 stelde Meijers voor het OBW reeds dat een levering onder opschortende voorwaarde – in casu d.m.v. een c.p. – gewoon rechtsgeldig was (Meijers 1917 b). Als we ervan uit zouden gaan dat Meijers opvatting in deze juist was, dan zou een huidige onmogelijkheid van voorwaardelijke machtsverschaffing in die zin een breuk met het OBW zijn.

101 PG Boek 3, (inv 3, 5 en 6), p. 1236-1238.

de en opschortende voorwaarden. De enige mogelijke redengeving voor een dergelijke beperking in de leveringswijze bij een opschortende voorwaarde zou immers van systematische aard zijn – een uitvloeisel van een probleem rond de eigendomspretentie van bezit – waarmee geen rechtspolitieke of economische doeleinden zouden worden gediend. Een dergelijke consequentie staat dan ook in een aanzienlijk te ver verwijderd verband om nog te kunnen spreken van ‘een rechtstreeks gevolg van het soort voorwaarde’.

Een argument van geheel andere orde kunnen we ontleen aan de verhouding tussen de bezitsverschaffing enerzijds en de consensuele leveringswijzen anderzijds. Uit de door Nieuwenhuis zo prachtig beschreven ontwikkeling van de consensuele eigendomsoverdracht volgt dat een levering gebaseerd op het daadwerkelijk verschaffen van bezit via de weg van contractualisering van deze bezitsverschaffing thans vervangen is door een levering van uitsluitend contractuele aard.¹⁰² De consensuele *bezitsverschaffing* vormt in het betoog van Nieuwenhuis slechts nog de façade van hetgeen de consensuele levering werkelijk is: een levering die uitsluitend gevormd wordt door een goederenrechtelijke overeenkomst. Indien we deze visie van Nieuwenhuis op de consensuele leveringswijzen toepassen op de machtsverschaffing van art. 3:91 BW, dan blijkt dat er geen enkel probleem bestaat ten aanzien van consensuele machtsverschaffing. Ook deze vorm van levering is niets anders dan een goederenrechtelijke overeenkomst, waarbij de consensueel te verschaffen *macht* slechts het decorum vormt waarachter de goederenrechtelijke overeenkomst schuil gaat.

Maar ook als we de vorenomschreven visie van Nieuwenhuis niet zouden volgen, kan ik geen argument bedenken waarom de (door velen verdedigde ‘feitelijke’) bezitsverschaffing gecontractualiseerd zou kunnen worden, maar de machtsverschaffing in de zin van art. 3:91 BW niet. Het gegeven dat de consensuele bezitsverschaffing in de historische ontwikkeling wel wordt beschouwd als het verschaffen van een *recht* op heerschappij – in plaats van de oorspronkelijke verschaffing van daadwerkelijke heerschappij – is mijns inziens geen argument tegen de mogelijkheid van een consensuele machtsverschaffing. Weliswaar ontbeert de verkrijger onder opschortende voorwaarde vooralsnog het eigendomsrecht, zoals de verkrijger aan wie onvoorwaardelijk geleverd is door middel van bezitsverschaffing dat wél heeft, maar dat wil niet zeggen dat de eerste geen recht op heerschappij zou hebben. Indien de verkrijger onder opschortende voorwaarde dit recht immers zou ontberen, is tevens onverklaarbaar wat de rechtsgrond zou moeten vormen voor de feitelijke machtsverschaffing van art. 3:91 BW. Juist de onderkenning in art. 3:91 BW dat vóór het intreden van een opschortende voorwaarde een koper ‘onder opschortende voorwaarde’ een recht op levering kan hebben (welke

102 Nieuwenhuis 1980.

levering vervolgens geschiedt door middel van machtsverschaffing),¹⁰³ is het bewijs dat ook de verkrijger onder opschortende voorwaarde een vorm van feitelijke heerschappij uitoefent. Overeenkomstig de bezitsverschaffing is de stap van daadwerkelijke machtsverschaffing naar een recht op machtsverschaffing – consensuele machtsverschaffing derhalve – vervolgens eenvoudig gezet.

Het in § 10.3.2 omschreven inhoudelijke verschil tussen de begrippen *bezit* en *macht*, namelijk de aan het bezit inherente eigendomspretentie, omvat evenmin enige onderbouwing voor de onmogelijkheid van consensuele machtsverschaffing. Bij de consensuele leveringswijzen van art. 3:115 BW vervult de overgang van de eigendomspretentie bij het intreden van de opschortende voorwaarde immers geen specifieke functie. Zoals ik in § 10.3 reeds besprak, onderscheidt Nieuwenhuis in het kader van de eigendomsoverdracht drie doelstellingen: legitimatie van de verkrijger, individualisatie van de verkregen zaak en markering van het tijdstip waarop de zaak wordt verkregen.¹⁰⁴ Voor zover ter zake deze doelstellingen problemen bestaan bij consensuele leveringswijzen, gelden deze ongeacht of sprake is van bezits- dan wel machtsverschaffing. Het enkele feit dat ingeval van machtsverschaffing de eigendomspretentie nog niet overgaat, is voor geen van de voormelde doelstellingen van enig belang. Het intrinsieke onderscheid tussen bezit en macht vormt derhalve evenmin een barrière voor de consensuele machtsverschaffing.

Ik kom nog éénmaal terug op Nieuwenhuis. In zijn oratie met de titel 'Uit de ban van hier en nu' schetst hij de historische ontwikkeling van de overdracht van roerende zaken, waaruit volgt dat ter zake deze overdrachten de elementen van plaatsgebonden ('hier') en tijdsgebonden ('nu') steeds verder zijn losgelaten.¹⁰⁵ De eerste door middel van de ontwikkeling van de consensuele leveringen en de tweede door middel van de overdracht onder eigendomsvoorbehoud (levering onder opschortende voorwaarde) en de levering bij voorbaat. De vraag die zich in het door mij besproken verband voordoet is of er principiële redenen bestaan waarom de combinatie van *zowel* het loslaten van het plaatsgebonden *als* het tijdsgebonden element van een dergelijke overdracht niet mogelijk zou zijn. Dus niet uitsluitend 'Uit de ban van hier *of* nu', maar ook daadwerkelijk 'Uit de ban van hier *en* nu'. Dit laatste zou voor het thans besproken onderwerp de combinatie zijn van consensuele machtsverschaffing bij een overdracht onder eigendomsvoorbehoud (respectievelijk een andere opschortende voorwaarde). Er lijkt echter geen enkel argument te bestaan om een dergelijke combinatie om principiële redenen uit te

103 Art. 3:91 BW bepaalt immers niet alleen hoe de levering 'onder opschortende voorwaarde' van roerende zaken, niet-registergoederen dient te geschieden, maar onderschrijft daarmee tevens dat de overgang van de feitelijke heerschappij op de verkrijger vóór het intreden van de voorwaarde juridisch überhaupt mogelijk is.

104 Nieuwenhuis 1980, p. 22, 23.

105 Nieuwenhuis 1980.

sluiten. Dat verbaast ook in die zin niet, omdat de combinatie van niet langer plaats- en tijdsgebonden overdrachten in het privaatrecht in een andere vorm bekend is: de levering bij voorbaat die plaatsvindt door middel van een bezitsverschaffing *constitutio possessorium* of *longa manu*.¹⁰⁶ Als een dergelijke levering met een zodanige scheiding in plaats én tijdstip van levering mogelijk is, lijkt het voor de hand te liggen dat de iets minder vergaande scheiding in plaats en tijd van de consensuele machtsverschaffing eveneens mogelijk zou moeten zijn.

Zoals ik hiervoor reeds aangaf, bevat de PG geen uitdrukkelijke toelichting op de (on)mogelijkheid van consensuele machtsverschaffing. De wetgever merkt echter wel op dat macht ook de mogelijkheid omvat van het *middelmatig* ter beschikking hebben van de zaak.¹⁰⁷ Strikt genomen zou daarmee bedoeld kunnen zijn dat een eenmaal daadwerkelijk aan de verkrijger onder opschortende voorwaarde overhandigde zaak door deze verkrijger vervolgens aan een houder wordt doorgegeven. Bij die uitleg van de PG zou de wetgever niets anders zeggen dan dat een levering op grond van art. 3:91 BW niet ongedaan wordt gemaakt door het enkele feit, dat de verkrijger onder opschortende voorwaarde de desbetreffende zaak aan een houder overhandigt. Een dergelijke open deur lijkt mij echter een zeer onaannemelijke interpretatie van deze passage. Het ligt dan ook veel meer voor de hand te liggen dat de betreffende PG een impliciete onderkenning bevat van de consensuele machtsverschaffing.

Intermezzo ter zake de levering van toekomstige goederen

Ten behoeve van het verkrijgen van een verdergaand inzicht in de betekenis van het begrip macht en de mogelijkheid van consensuele machtsverschaffing maken we een kleine uitstap naar de in art. 3:97 BW bedoelde levering van toekomstige goederen. Het is in de literatuur betwist of een dergelijke levering bij voorbaat al dan niet moet worden beschouwd als een levering of overdracht onder opschortende voorwaarde van het in de toekomst verkrijgen van beschikkingsbevoegdheid over het geleverde goed respectievelijk van een toekomstig toebehoren van dat goed.¹⁰⁸ Ongeacht het antwoord daarop kunnen we vaststellen dat art. 3:97 BW weliswaar zonder twijfel vaststelt dat een toekomstig goed geleverd kan worden, maar niet hoe deze levering gestalte dient te krijgen.¹⁰⁹ Voor wat betreft de levering van toekomstige roerende zaken, niet-registergoederen bestaan in de literatuur op hoofdlijnen twee visies:

106 Een wijze van levering bij voorbaat die ik overigens volstrekt afwijst – zie het onderstaande intermezzo in deze paragraaf.

107 PG Boek 3, MvA II, p. 389.

108 In deze zin: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 351, 352; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 192; Faber 1997, p. 185 e.v.

Anders: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 249.

109 In gelijke zin: Faber 2000, p. 177; Mijnssen 1983a, p. 349.

bezitsverschaffing¹¹⁰ overeenkomstig art. 3:90 BW – al dan niet door middel van de consensuele leveringswijzen van art. 3:115 BW – of de in art. 3:95 BW bedoelde levering door middel van een akte.¹¹¹

Deze laatste, minst verdedigde visie laat ik voor dit betoog verder buiten beschouwing. Als we ons derhalve richten op de levering bij voorbaat door middel van bezitsverschaffing, vallen ons direct twee onvolkomenheden aan deze leveringswijze op: de vervreemder zal (vrijwel) nooit bezitter zijn ten tijde van de levering bij voorbaat en de verkrijger zal ten gevolge van deze levering nooit per het moment van levering daadwerkelijk bezitter worden.¹¹² De noodzakelijkheid van toepassing van art. 3:97 BW vloeit immers voort uit het feit dat de vervreemder juist géén eigenaar is en in de praktijk derhalve ook vrijwel nooit bezitter zal zijn. De verkrijger die uitdrukkelijk een levering bij voorbaat accepteert wéét bovendien dat hij geen eigendom overgedragen krijgt. Een eventuele bezitsclaim van deze verkrijger kan dan ook niet gebaseerd zijn op de levering bij voorbaat, althans niet voordat aan alle vereisten van de overdracht is voldaan. Vooralsnog is derhalve in de voormelde visie sprake van een levering bij voorbaat door middel van bezitsverschaffing, zónder dat de vervreemder ten tijde van de levering bezit verschaft en zónder dat de verkrijger op dat moment bezitter wordt.

Deze beide onvolkomenheden worden in de literatuur ook veelal onderkend. De algemeen aanvaarde oplossing daarvoor is echter een bij nader inzien uiterst merkwaardige: de bezitsverschaffing vindt niet plaats door middel van ‘feitelijke’ bezitsverschaffing (art. 3:114 BW), maar door middel van consensuele bezitsverschaffing (art. 3:115 BW). Deze wijze van levering heeft op het eerste gezicht uiteraard het voordeel dat de te leveren zaak – die meestal niet feitelijk voorhanden is bij de vervreemder – uitsluitend door wilsovereenstemming wordt geleverd.¹¹³ Desondanks en ondanks de erkenning van deze leveringswijze in de TM en literatuur wil ik deze benadering afwijzen om de volgende twee redenen. De consensuele bezitsverschaffing is een wijze van levering die is ingegeven om in het rechtsverkeer te kunnen ontkomen aan het *plaatsgebonden* element van bezitsverschaffing door middel van feitelijke overhandiging van een zaak.¹¹⁴ Interessant genoeg wordt deze zelfde consensuele bezitsverschaffing bij toepassing op de levering bij voorbaat gebruikt voor een geheel

110 Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 252; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 356; Wibier & Smid 2009, p. 725 (d.m.v. een levering c.p.); Janssen 2006, p. 746; Fesevur 2005, p. 125 e.v. (Fesevur onderkent overigens ook de mogelijkheid van andere leveringswijzen); Reehuis 2004, p. 64; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 198; Faber 2000, p. 176.

111 Out 2003, p. 81 (althans, Out noemt de eventuele mogelijkheid daarvan); Mijnssen 1983a, p. 349 (Mijnssen onderkent tevens de mogelijkheid van levering d.m.v. bezitsverschaffing bij voorbaat). Afwijzend: Faber 2000, p. 177.

112 Voor een theoretisch juist, maar niet direct dagelijks voorbeeld van een fietsendief (bezitter) die tot een zekere mate van inkeer komt: Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 193.

113 Daarin is ook in de TM het argument gelegen om juist de consensuele bezitsverschaffing als wijze van levering bij voorbaat te noemen (PG Boek 3, TM, p. 402).

114 Zie het hiervoor in deze paragraaf beschreven betoog van Nieuwenhuis.

ander doel, namelijk het ontkomen aan het *tijdsgebonden* element van bezitsverschaffing.¹¹⁵ In dit laatste geval gebruiken we een juridisch instrument dat – door het laten vervallen van het vereiste van het verrichten van feitelijke (lees: fysieke) handelingen – bestemd is om óngeacht de locatie van partijen of van de te leveren zaken te kunnen leveren, als ad hoc instrument om de mogelijkheid te creëren van een in de tijd uitgestelde bezitsverschaffing.¹¹⁶ Het werkelijke ‘probleem’ – de vervreemder is nog geen eigenaar en bezitter ten tijde van de levering bij voorbaat – wordt door een dergelijke consensuele bezitsverschaffing echter helemaal niet opgelost. Ook een consensuele bezitsverschaffing doet immers niets af aan het feit dat de vervreemder vooralsnog bij gebreke aan bezit geen bezit *kán* verschaffen en de vervreemder en verkrijger dat ten tijde van de levering bij voorbaat zelfs niet beogen.¹¹⁷

Zoals we in dit hoofdstuk meermaals zagen, gaat bij partijverhoudingen het verkrijgen van bezit samen met de pretentie van het verkrijgen van eigendom. De bezitter pretendeert eigenaar te zijn, ongeacht de vraag of hij ook eigenaar is. Een wérkelijke bezitsverschaffing (al dan niet consensueel) als wijze van levering bij voorbaat is daarmee uitgesloten; noch de vervreemder, noch de verkrijger beogen ten tijde van de levering bij voorbaat de verkrijger eigenaar te maken of hem zelfs maar de eigendomspretentie te laten toekomen. Die gevolgen dienen immers pas in te treden bij het verkrijgen van beschikkingsbevoegdheid door de vervreemder. Dit alles maakt dat bezitsverschaffing als wijze van levering bij voorbaat systematisch niet mogelijk is, tenzij we zouden aannemen dat de verkrijger *voorwaardelijk* bezit verkrijgt. Bezit derhalve dat door de verkrijger gehouden wordt onder de opschortende voorwaarde van het door de vervreemder verkrijgen van beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van de geleverde zaak.

De mogelijkheid van voorwaardelijk bezit wordt echter in de literatuur veelal afgewezen,¹¹⁸ ook door auteurs die bezitsverschaffing als leveringswijze in het kader van een levering bij voorbaat aanvaarden. Zelf onderschrijf ik in zijn algemeenheid wel de mogelijkheid van voorwaardelijk bezit,¹¹⁹ maar niet in het kader van de levering bij voorbaat. Voor het kunnen verschaffen van voorwaardelijk bezit door de vervreemder dienen partijen er immers van uit te gaan dat de vervreemder ook bezitter is. Gezien de beoogde levering

115 Ik verwijs in dat verband naar de fraaie titel van Nieuwenhuis: ‘Uit de ban van hier en nu’.

116 Dit wordt misschien nog wel het duidelijkst in de situatie dat de vervreemder t.t.v. de levering bij voorbaat reeds houder (in enge zin) van de te leveren zaak is. De consensuele bezitsverschaffing wordt ook dan gebruikt ten behoeve van het ontgaan van het tijdsgebonden element van de bezitsverschaffing, terwijl – uitsluitend fysiek beschouwd – het plaatsgebonden element daar geen aanleiding toe geeft.

117 Zeer zeldzame situaties waarbij een eerdere scheiding van eigendom en bezit heeft plaatsgevonden daargelaten.

118 Zie § 10.2.

119 Zie § 10.2.6 en 10.2.7.

bij voorbaat erkennen beide partijen echter dat een derde partij eigenaar (en daarmee naar alle waarschijnlijkheid ook bezitter) is van de betreffende zaak dan wel dat de levering betrekking heeft op een absoluut toekomstige zaak. Partijen beschouwen de vervreemder derhalve juist niet als bezitter. Daarmee is ook in mijn eigen benadering het verschaffen van voorwaardelijk bezit in het kader van levering bij voorbaat uitgesloten.

De conclusie bij het vorenstaande is dat een levering bij voorbaat van roerende zaken, niet-registergoederen niet kan geschieden door een al dan niet consensuele bezitsverschaffing. De onneembare hobbel daarbij is en blijft dat de vervreemder noch de verkrijger claimen eigenaar te zijn respectievelijk te worden, maar juist erkennen dat ze geen eigenaar zijn. De levering bij voorbaat van voormelde roerende zaken is echter op grond van art. 3:97 BW zonder twijfel mogelijk. Daarmee resteert derhalve de vraag op welke wijze deze levering wél kan geschieden.

Het antwoord daarop is wellicht enigszins verrassend: levering bij voorbaat door middel van de machtsverschaffing van art. 3:91 BW. In § 10.3.1 heb ik beschreven dat art. 3:91 BW de oplossing van de wetgever vormt voor het dilemma van het enerzijds leveren van een roerende zaak, niet-registergoed en het anderzijds niet tegelijkertijd verkrijgen van de eigendomspretentie door de verkrijger, die inherent is aan de gebruikelijke levering door middel van bezitsverschaffing. Zoals we hiervoor zagen, lopen we bij de levering bij voorbaat van voormelde roerende zaken door middel van bezitsverschaffing tegen vrijwel hetzelfde probleem aan: er is een levering, echter zónder dat sprake is van een werkelijke bezitsverkrijging. De auteurs die de levering bij voorbaat beschouwen als een levering respectievelijk overdracht onder opschortende voorwaarde van het verkrijgen van beschikkingsbevoegdheid door de vervreemder, zouden een dergelijke leveringswijze bij de levering bij voorbaat in ieder geval moeten onderschrijven.¹²⁰ De levering door middel van machtsverschaffing is immers in het NBW opgenomen juist voor de situatie van een overdracht onder opschortende voorwaarde van roerende zaken, niet-registergoederen. Sterker, in verband met het feit dat alle wijzen van levering van goederen dwingendrechtelijk worden voorgeschreven, is er zelfs geen andere leveringswijze denkbaar indien we de levering bij voorbaat beschouwen als verricht ten behoeve van een levering respectievelijk overdracht onder opschortende voorwaarde.

Maar ook als we de levering bij voorbaat niet zouden willen beschouwen als een constructie onder opschortende voorwaarde, blijft de levering door

120 Faber is de enige mij bekende auteur die zich hierover heeft uitgelaten en wijst die gedachte af (Faber 1997, p. 187 nt. 24). Fabers argumentatie begrijp ik echter niet helemaal, althans ik twijfel: 'Hier blijkt waartoe de verwarring van de begrippen 'overdracht onder voorwaarde' en 'levering onder voorwaarde' kan leiden'. Ik vermoed dat Faber doelt op de z.i. voorwaardelijkheid van de levering zelf bij de overdracht van een toekomstig goed, terwijl de machtsverschaffing van art. 3:91 BW als levering bij een voorwaardelijke overdracht onvoorwaardelijk is.

middel van machtsverschaffing de meest aangewezen. Toegegeven, de letterlijke tekst van art. 3:91 BW ziet uitsluitend op een 'overdracht onder opschortende voorwaarde', zodat bij de zienswijze van een onvoorwaardelijke levering respectievelijk overdracht in het kader van art. 3:97 BW de toepasselijkheid van art. 3:91 BW minder voor de hand ligt. De achterliggende redengeving voor art. 3:91 BW en de strekking van dit wetsartikel sluiten echter geheel aan bij de mogelijkheid van levering bij voorbaat van roerende zaken.¹²¹ Ik wil mij dan ook sterk maken voor een analoge toepassing van art. 3:91 BW ingeval van een levering bij voorbaat, voor zover we deze laatste als een onvoorwaardelijke levering respectievelijk overdracht beschouwen.

Bij de vorenstaande benadering resteert nog één schoonheidsfoutje. Blijkens de PG met betrekking tot art. 3:91 BW en de verwijzing in dit artikel naar de in art. 3:90 BW bedoelde zaken – roerende zaken, niet registergoederen, *die in de macht van de vervreemder zijn* – dient de vervreemder bij een levering door middel van machtsverschaffing blijkbaar de beschikking te hebben over de te leveren zaak.¹²² Bij een levering bij voorbaat zal daar niet vaak sprake van zijn. Daarvoor is immers vereist dat de betreffende zaak reeds bestaat (er is derhalve sprake van een relatief toekomstig goed) en dat deze zaak zich reeds onder de vervreemder bevindt (deze laatste is derhalve reeds houder). Dienaangaande bestaat echter geen verschil tussen een levering door middel van bezits- of machtsverschaffing. Dit is ook geen manco dat voortvloeit uit de artt. 3:90 of 3:91 BW, maar uit het wettelijk gegeven dat art. 3:97 BW een levering bij voorbaat mogelijk maakt van zaken die nu eenmaal *niet* in de macht van de vervreemder zijn. Systematisch bezien derhalve niet heel fraai, maar evenmin een echt probleem voor wat betreft de wijze van levering.

Dan komen wij thans bij de conclusie van dit intermezzo en het belang daarvan voor deze paragraaf. Als we op grond van het vorenstaande aannemen dat de levering bij voorbaat van roerende zaken, niet-registergoederen dient te geschieden door middel van machtsverschaffing, dan zal deze machtsverschaffing slechts in een minderheid van de gevallen kunnen plaatsvinden door middel van een daadwerkelijke fysieke machtsverschaffing. In het merendeel van de gevallen zal derhalve geleverd moeten worden zonder fysieke machtsverschaffing. Voor een algemene toepasbaarheid van machtsverschaffing als leveringswijze ingeval van een levering bij voorbaat is derhalve vereist, dat deze eveneens consensueel kan worden verricht. Daarmee is ook in het kader van art. 3:97 BW het wezenlijke belang aangetoond van de mogelijkheid van consensuele machtsverschaffing.

121 Verstijlen komt in verband met de door hem onderschreven mogelijkheid van overdracht van een Anwartschaftsrecht door de verwachter eveneens tot de mogelijkheid van analoge toepassing van art. 3:91 BW. Hij komt tot die conclusie omdat de bepaling er juist op ziet levering van zaken mogelijk te maken waar bezitsverschaffing twijfelachtig is omdat vooralsnog geen eigendom wordt verschaft (Verstijlen 2007, p. 826).

122 PG Boek 3, MvA II, p. 387 e.v.

Tot slot van deze paragraaf nog een meer pragmatisch argument. De consensuele *bezitsverschaffing* als leveringswijze van roerende zaken is voor het rechtsverkeer van groot praktisch belang, althans zo wordt dit in de rechtsliteratuur gesteld.¹²³ Ik zou echter – zonder dat kwantitatief te onderbouwen – willen aannemen dat voor de praktijk van het handelsverkeer de mogelijkheid van consensuele *machtsverschaffing* eveneens van wezenlijk belang is. Deze laatste is wellicht van mindere betekenis dan de consensuele *bezitsverschaffing*, maar het is niettemin eenvoudig het praktisch nut in te zien. Ik denk bijvoorbeeld aan de overdracht onder eigendomsvoorbehoud van handelsgoederen waarbij de verkrijger onder opschortende voorwaarde reeds een gedeelte van de koopprijs voldoet, maar de fysieke afname op een later tijdstip zal plaatsvinden. De koper onder eigendomsvoorbehoud heeft zonder meer een belang bij de mogelijkheid van consensuele *machtsverschaffing*, al was het maar dat zijn positie daarmee tot op zekere hoogte goederenrechtelijk gesecureerd wordt. Waarom zouden de economische belangen van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud in een dergelijk geval wél wettelijke bescherming verdienen, maar die van de koper onder eigendomsvoorbehoud uitsluitend indien feitelijke levering zou hebben plaatsgevonden?¹²⁴ De bestaande mogelijkheid van vestiging van een pandrecht ten behoeve van de koper is voor het handelsverkeer niet alleen enigszins omslachtig, maar is in vergelijking met het juridisch instrument van het eigendomsvoorbehoud ook geen valide argument tegen een levering door middel van consensuele *machtsverschaffing* aan de koper. In plaats van overdracht onder eigendomsvoorbehoud zou de verkoper immers ook onvoorwaardelijk hebben kunnen leveren – en in dat geval wél door middel van consensuele *bezitsverschaffing* – onder voorbehoud van een pandrecht voor de verkoper ter meerdere zekerheid voor de (resterende) betaling van de koopprijs.¹²⁵ Door te kiezen voor het instrument van het eigendomsvoorbehoud en niet voor de eigendomsoverdracht onder voorbehoud van een pandrecht voor de verkoper, zou de koper – indien consensuele *machtsverschaffing* niet mogelijk zou zijn – opgepadeld worden met de nadelen van een pandrecht.

123 Rank-Berenschot 2012, p. 59; Brahn 1984, p. 8.

124 Nieuwenhuis stelt zich een soortgelijke vraag t.a.v. het eventuele verschil in securisatie van het leverancierskrediet d.m.v. een eigendomsvoorbehoud en het afnemerskrediet d.m.v. levering bij voorbaat. Nieuwenhuis beschouwt het als 'ongerijmd' om tot een onderscheid in bescherming tussen vorenbedoelde verkoper (met verstrekt leverancierskrediet) en de koper (met verstrekt afnemerskrediet) te komen, hetgeen m.i. overeenkomstig geldt voor het door mij besproken geval (Nieuwenhuis 1980, p. 57).

125 Zie art. 3:81 lid 1 BW. De PG bevat ter zake overigens een opvallende vergissing: de wetgever gaat ervan uit dat de vervreemder bij een onvoorwaardelijke overdracht als (bezitloos) pandhouder steeds achtergesteld is bij kredietgevers van de koper die op alle toekomstige goederen van de koper een pandrecht hebben bedongen. Indien echter een bezitloos pandrecht door de vervreemder bij de overdracht is voorbehouden, is er uiteraard geen sprake van een lager gerangschikt pandrecht (PG Boek 3, MvA II, p. 388).

Nog een enkel woord over de vraag of de consensuele leveringswijzen van art. 3:115 BW analoog dan wel rechtstreeks van toepassing zijn op het verschaffen van macht. Enig praktisch verschil tussen analoge of rechtstreekse toepassing zie ik niet, zodat de vraag uitsluitend theoretische betekenis heeft. Omdat de machtsverschaffing van art. 3:91 BW uitsluitend een variant van de bezitsverschaffing is, is er mijns inziens geen reden om aan te nemen dat art. 3:115 BW 'slechts' analoge toepassing zou vinden ingeval van consensuele machtsverschaffing.¹²⁶ Zoals ik hiervoor reeds aangaf, heeft de wetgever naar alle waarschijnlijkheid met de mogelijkheid van levering door middel van machtsverschaffing – terecht – geen wezenlijk andere leveringswijze op het oog gehad dan de levering door middel van bezitsverschaffing. Rechtstreekse toepassing van art. 3:115 BW ligt dan ook in het verlengde daarvan. Het enkele feit dat art. 3:115 BW uitsluitend spreekt van 'overdracht van bezit' is derhalve van weinig belang.

Op grond van het vorenstaande bestaan dan ook nauwelijks of geen redenen om de mogelijkheid van consensuele machtsverschaffing van de hand te wijzen. Integendeel, zowel op grond van juridische als praktische argumenten dienen we deze mogelijkheid zonder meer te onderkennen.

¹²⁶ In de literatuur wordt daarentegen soms uitgegaan van een dergelijke analoge toepassing: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 693; Reehuis 2004, p. 60.

11 | Voorwaardelijke beschikkingen

11.1 EEN VOORWAARDELIJK BESCHIKKEN MET GOEDERENRECHTELIJKE WERKING IS MOGELIJK

11.1.1 Inleiding

De bètacanon van Fokke en Sukke opent met een cartoon waar Sukke aan een laboratoriumtafel zojuist een natuurwetenschappelijke proef met succes heeft uitgevoerd, waarop Fokke reageert met: 'Zeer indrukwekkend, collega [] maar werkt het ook in theorie?'. Interessant genoeg geeft die grap precies de essentie weer van het kernthema van dit hoofdstuk: de verklaring van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden. De goederenrechtelijke werking als zodanig is in het huidige Nederlandse, Duitse en Zwitserse recht feitelijk onomstreden, hetgeen eveneens gold gedurende de laatste decennia van het OBW. De theoretische verklaring vóór die goederenrechtelijke werking is onder het thans geldend Nederlandse recht daarentegen sterk omstreden. Een discussie die zijn grondslag vindt in het verval van de systematiek van terugwerkende kracht van voorwaarden met de invoering van het NBW. Samengevat vormt derhalve de goederenrechtelijke werking van voorwaarden zonder meer het geldend recht, maar de theoretische onderbouwing voor dit materiële gevolg van voorwaarden is onduidelijk.

De aandacht die deze verklaring van de goederenrechtelijke werking in de Nederlandse literatuur heeft getrokken, mag nochthans indrukwekkend worden genoemd.¹ Geen enkel onderwerp dat ik in het kader van dit proefschrift bespreek, mag zich in een dergelijke belangstelling verheugen. Daarmee staat de uiterst bescheiden aandacht voor de in mijn optiek veel interessantere 'voorwaardelijke werking' van voorwaarden in schril contrast.² Dat is des te opvallender omdat in de literatuur veelal wordt geconstateerd dat de verschillende theoretische verklaringen voor de goederenrechtelijke werking niet zouden leiden tot materieelrechtelijke verschillen. Daarmee heeft de discussie in de heersende opvattingen een zeer sterk academisch gehalte. Ook al betwijfel ik dit ontbreken van materiële verschillen in enige mate,³ dat laat

1 De aandacht voor dit onderwerp in de Duitse en Zwitserse literatuur kwalificeert daarentegen als 'bescheiden', het Anwartschaftsrecht daargelaten.

2 Hetgeen ik in hoofdstuk 3 gepoogd heb enigszins goed te maken.

3 Zie § 11.2.7.

onverlet dat ik de aandacht voor deze verklaring zelf relatief beperkt wil houden. Niet alleen beschouw ik het als weinig zinvol de zoveelste opinie over dit onderwerp af te geven, maar vooral heeft het er in mijn optiek alle schijn van dat het hele vraagstuk van deze verklaring voor het NBW redelijk onoplosbaar is. De focus ligt in dit hoofdstuk dan ook niet zozeer op deze verklaring als zodanig, maar veel meer op het ontrafelen van de vraag wáárom die verklaring voor het Nederlands geldend recht nauwelijks of niet valt te geven.

In deze § 11.1 bespreek ik met name de aanvaarding in de onderzochte stelsels van de goederenrechtelijke werking als gevolg van een eerder beschikken onder voorwaarde. Daarbij is vooral van belang wat we verstaan onder dit begrip *goederenrechtelijke werking*. Zoals we in § 11.1.3 zullen zien omvat dit begrip twee geheel verschillende aspecten: een werking tussen partijen alsmede een werking ten opzichte van derden die gedurende de periode van onzekerheid zelf een goederenrechtelijke gerechtigdheid hebben verkregen. In het Duitse en Zwitserse recht wordt dan ook expliciet rekening gehouden met het feit, dat het onderscheid tussen deze beide aspecten leidt tot een onderling verschillende systematiek van goederenrechtelijke werking. Onder het OBW ontbrak een dergelijk verschil in systematiek, maar dat vloeide voort uit (de fictie van) de terugwerkende kracht die veelal werd beschouwd als dé verklaring voor deze werking. Met de invoering van het NBW is deze terugwerkende kracht niet langer mogelijk, althans niet in goederenrechtelijke zin.⁴ Niettemin wordt, anders dan in het Duitse en Zwitserse recht, in de Nederlandse literatuur gezocht naar een systematiek die beide vorenbedoelde aspecten van goederenrechtelijke werking tezamen zou verklaren. Een zoektocht die, mede in samenhang met de overige in § 11.2.2 besproken verstoringen elementen in de huidige discussie, als buitengewoon moeizaam kan worden beschouwd. Dat laat onverlet dat de goederenrechtelijke werking van voorwaarden ook voor het huidige Nederlandse recht volledig aanvaard is, zoals ik in § 11.1.4 zal vaststellen.

11.1.2 Goederenrechtelijke werking als gevolg van voorwaardelijk beschikken

Een systematiek waarbij ingeval van het intreden van een voorwaarde een verplichting tot levering of teruglevering van een goed zou ontstaan, zou op geen enkele wijze bijzondere aandacht vragen. Vanzelfsprekend kunnen obligatoire verplichtingen van voorwaardelijke aard zijn; de partijwil staat in obligatoire verhoudingen voorop en vormt ook de grondslag voor de voorwaardelijke werking en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen van

4 Zie § 2.6.2.5.

de voorwaardelijke rechtsverhouding.⁵ Het bijzondere aan een beschikken onder voorwaarde is dan ook in iets anders gelegen, namelijk in de goederenrechtelijke werking die het intreden van de voorwaarde met betrekking tot de gevolgen van de eerdere beschikking zal hebben. Met andere woorden, het verbinden van een voorwaarde aan de beschikking leidt tot goederenrechtelijke werking indien de voorwaarde intreedt.

Deze op zich overzichtelijke systematiek roept twee vragen op. De eerste daarvan is de in de volgende paragraaf besproken vraag wat we in dit verband precies moeten verstaan onder *goederenrechtelijke werking*. Het antwoord daarop blijkt nauwelijks of niet omstreden te zijn. In het kader van de tweede vraag is het niettemin goed om expliciet vast te stellen welke gevolgen we onder dit begrip plaatsen. Deze tweede vraag is gelegen in de verklaring voor die goederenrechtelijke werking na een eerdere voorwaardelijke beschikking. Of anders gezegd, wat is de systematiek waaruit volgt dat na een beschikken onder voorwaarde het intreden van de voorwaarde leidt tot de gevolgen die we plaatsen onder het begrip goederenrechtelijke werking? Deze vraag bespreek ik voor de verschillende stelsels in § 11.2.

11.1.3 Het begrip 'goederenrechtelijke werking'

Inleiding

In het kader van het intreden van voorwaarden na een eerdere voorwaardelijke beschikking wordt veelal gesproken over 'de' goederenrechtelijke werking van voorwaarden. Daaruit lijkt impliciet te volgen dat de inhoudelijke betekenis van dit begrip eenduidig zou zijn. Zoals we hierna zullen zien, is die veronderstelling op basis van de opvattingen in de literatuur ook vrijwel juist. Toch wil ik een nadere blik werpen op de betekenis van deze goederenrechtelijke werking van voorwaarden. Bij het thans besproken onderwerp hebben we immers te maken met de in de inleidende paragraaf besproken situatie, waarbij niet een bepaalde systematiek leidt tot vast te stellen rechtsgevolgen, maar de vaststaande rechtsgevolgen moeten worden verklaard uit hoofde van een nog vast te stellen systematiek. Wil dit laatste met betrekking tot de goederenrechtelijke werking – als begrip dat de goederenrechtelijke gevolgen samenvat⁶ – überhaupt mogelijk zijn, dan moet in ieder geval geheel duidelijk zijn wat die gevolgen zijn. Overigens zij aangetekend dat de term *goederenrechtelijke*

⁵ Althans, zo heb ik in hoofdstuk 3 verdedigd.

⁶ Hijma en Olthof hebben er reeds op gewezen dat de goederenrechtelijke werking (althans, de 'zakelijke werking') de belichaming is van een gemaakte gevolgtrekking. Dit begrip omvat derhalve geen systematiek of verklaring waarom de desbetreffende gevolgen intreden (Hijma & Olthof 1982, p. 257).

werking pas met de invoering van het NBW in zwang is geraakt.⁷ Niettemin hanteer ik deze ook voor het OBW.

Geldend recht, oud BW

In het kader van voorwaarden heeft de term *goederenrechtelijke werking* in de bestaande opvattingen een specifiekere betekenis dan in andere delen van het algemene vermogensrecht.⁸ Daarbij worden met name twee aspecten onderscheiden.⁹ Enerzijds heeft de goederenrechtelijke werking gevolgen voor de verhouding tussen partijen. De bezwaarde verliest met het intreden van de voorwaarde van rechtswege zijn gerechtigdheid tot een goed en de verwachter verkrijgt deze.¹⁰ Na een beschikking onder ontbindende voorwaarde is derhalve sprake van een retro-overgang en herkrijgt de aanvankelijke vervreemder het goed. Bij een beschikking onder opschortende voorwaarde verkrijgt de wederpartij van de vervreemder van rechtswege het goed. Enige (additionele) leveringshandeling tussen partijen is derhalve voor deze rechtsovergang bij het intreden van de voorwaarde niet vereist.

Daarnaast zouden we eventueel ook het ontstaan of eindigen van een beperkt recht (in de verhouding tussen partijen en in dit verband dus niet in de relatie tot een derde) ten gevolge van het intreden van een voorwaarde onder het begrip van de goederenrechtelijke werking kunnen scharen. Art.

7 Onder het OBW wordt m.n. gesproken van de *zakelijke werking* en soms ook van *zakelijk effect*. De discussie of de huidige term *goederenrechtelijk* al dan niet gelukkig is, laat ik graag aan anderen.

8 In het vermogensrecht wordt daaronder bijv. begrepen dat een partij van rechtswege gebonden raakt aan bepaalde verplichtingen, omdat deze partij gerechtigd wordt tot een bepaald goed. De verplichtingen u.h.v. erfpachtvoorwaarden of kwalitatieve verplichtingen zijn daar voorbeelden van. Ook in het verband van vernietiging wordt bijv. gesproken van goederenrechtelijke werking. Fesevur noemt de goederenrechtelijke werking dan ook een 'diffuus' begrip (Fesevur 2005, p. 92).

9 Zie HR 13 april 2001, NJ 2001, 326, r.o. 3.4.2, alwaar de Hoge Raad deze beide hierna te bespreken aspecten van het begrip *goederenrechtelijke werking* expliciet noemt.

10 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 224; Van Drunen 2013a, p. 54; Hijma e.a. 2013, p. 45; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 143 e.v.; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 94; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 344 e.v.; Wessels 2012, p. 26, 27; Reehuis 2010, p. 87; Struycken 2007, p. 552, 553, 641; Fesevur 2005, p. 92 (echter uitsluitend m.b.t. ontbindende voorwaarden); Scheltema 2003, p. 311; Pitlo/Cahen 2002, p. 39; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 183, 187; Faber 2000, p. 181, 182 (en eerder: Faber 1997, p. 211); Fikkers 1992, p. 67; Van Straaten 1990, p. 47; Chao-Duivis 1988, p. 172 nt. 4; Hijma & Olthof 1982, p. 259, 260; Mijnssen 1981, p. 646. Zie ook: PG Boek 6, MvA II, p. 145 (waar dit aspect van de goederenrechtelijke werking expliciet wordt onderschreven); PG Boek 7 (Inv. 7.4), p. 390. OBW: FVan Buchem-Spapens 1982, p. 61; Van der Grinten 1981, p. 86; Kleijn in zijn noot bij bij HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.); Hofmann/Van Opstall 1976, p. 395; Asser/Beekhuis 1975, p. 153-155, 331 (op p. 331 spreekt Beekhuis van 'zakelijk effect'); Asser/Rutten 1958, p. 161; Asser/Beekhuis 1957, p. 155; Suijling 1940, p. 268; Hofmann 1933, p. 180 (m.b.t. ontbindende voorwaarde); Cleveringa 1919, p. 101 (impliciet); Van Oven 1918, p. 147; Van Proosdij 1917, p. 10, 11; Van Goudoever 1913, p. 61; Diephuis 1886, p. 271 (en eerder: Diephuis 1885, p. 133).

3:81 lid 2 sub b BW stelt in ieder geval voor de vestiging onder ontbindende voorwaarde buiten twijfel, dat het intreden van de voorwaarde dit goederenrechtelijke effect heeft. Dit laatste wordt in de literatuur echter slechts door een enkele auteur genoemd als deel van de goederenrechtelijke werking,¹¹ zij het dat dit effect van een ontbindende voorwaarde als zodanig onbetwist is. Incidenteel vinden we ook nog wel andere voorbeelden van de goederenrechtelijke werking tussen partijen, zoals beëindiging van een contractuele mandeligheid in de zin van art. 5:50 BW.¹² Samengevat ziet het eerste aspect van de goederenrechtelijke werking derhalve op de relatie tussen de handelende partijen of tenminste tussen hun rechtsopvolgers in het goed.¹³

Anderzijds heeft de goederenrechtelijke werking betrekking op de rechtsverhouding tussen bezwaarde en derden. Althans voor zover de bezwaarde ten aanzien van het reeds voorwaardelijk overgedragen of bezwaarde goed gedurende de periode van onzekerheid een rechtshandeling heeft verricht ten behoeve van derden – er is derhalve sprake van een *tussenbeschikking* door de bezwaarde. Zolang een voorwaarde niet is ingetreden, kan een bezwaarde ook in deze zin (en is het hem in obligatoire zin overigens ook vaak toegestaan) over het door hem gehouden goed beschikken.¹⁴ Dit begrip *tussenbeschikking* moeten we daarbij niet te beperkt opvatten: niet uitsluitend zijn daaronder begrepen de situaties van een goederenrechtelijke vervreemding of bezwaring, maar ook andere rechtshandelingen verricht door de bezwaarde waaraan een rechtsopvolger in beginsel gebonden zou zijn. Ik verwijs naar de onderstaande bespreking van het Duitse recht, waar dit begrip breed is uitgewerkt.

11 Zie echter in deze zin ook: Struycken 2007, p. 641; Janssen 2005, p. 136.

12 PG Boek 5, MvA II, p. 230; Gräler 2014, p. 21; Wibbens-de Jong 2006, p. 8; Verstappen 1991, p. 401.

13 Het is onbestreden dat i.e.g. de bezwaarde zijn gerechtigdheid kan overdragen en daarmee sprake kan zijn van de bedoelde rechtsopvolger. Of ook de verwachter zijn 'gerechtigdheid' – hoe die verder ook moge kwalificeren – reeds vóór het intreden van de voorwaarde kan overdragen, is een vraag naar het al dan niet aanvaarden van het Anwartschaftsrecht. Zie verder § 11.3.

14 Dit is zonder twijfel geldend recht: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 94 (en eerder: Reehuis 2010, p. 89, 95); Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 345; Bol 2011, p. 619; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 540 (m.b.t. verkoper bij eigendomsvoorbehoud); Boeve 2007a, p. 17 en Boeve 2007b, p. 341; N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 50 (en eerder: Faber 1997, p. 216); Mollema 2007, p. 145 (i.v.m. voorwaardelijke erfstelling); Struycken 2007, p. 553, 554; Snijders 2006, p. 226; Stein 2004, p. 39 (m.b.t. vestiging hypotheekrecht); Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 119; Bartels 1997, p. 81; Van Hees 1997, p. 99; (impliciet) Bakels 1993, p. 98; Zwitser 1993, p. 528; Kortmann 1992, p. 205; Van Mierlo & Wammes 1989, p. 794 (m.b.t. het eigendomsvoorbehoud); Brahn 1988, p. 139 (m.b.t. reclamerecht); Schoordijk 1986, p. 119; Mezas 1985, p. 35, 36.
Ook: PG Boek 3, TM, p. 186; PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA I Inv., p. 1241; Rb. Utrecht 21 maart 2007, JOR 2007, 278; HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462 (in gelijke zin ook Kleijn in zijn noot); HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745; HR 28 april 1989, NJ 1990, 252 (Puinbreekinstallatie).

Zie voor het Belgisch recht in deze zin: Jansen 2009, p. 386 (met literatuur).

De gevolgen van een dergelijke tussenbeschikking – derhalve als meeromvattend begrip dan uitsluitend goederenrechtelijke handelingen – komen met en per het moment van het intreden van de voorwaarde te eindigen.¹⁵ Door de derde van de bezwaarde verkregen eigendom maakt derhalve niet

-
- 15 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 369; (impliciet) Hijma e.a. 2013, p. 45; Scheltema 2013, p. 156; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 94, 95; Bol 2011, p. 619; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 239, 541; Reehuis 2010, p. 89, 90, 95; Mollema 2007, p. 145 (i.v.m. voorwaardelijke erfstelling); Zwalve 2006, p. 272; Scheltema 2003, p. 311; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 183, 184; Van Hees 1997, p. 100 e.v.; Bakels 1994, p. 58 (en eerder: Bakels 1993, p. 98); Fikkers 1992, p. 67; Van Straaten 1990, p. 47; Brahn 1988, p. 140; (impliciet) Schoordijk 1986 p. 119; Rodenburg 1984, p. 23.
- Zie ook: PG Boek 3, TM, p. 186 en 318 (waar Meijers niet de term 'goederenrechtelijke werking' hanteert, maar het gevolg van het vervallen van tussenbeschikkingen wel uitdrukkelijk onderschrijft); PG Boek 6, MvA II, p. 145 (waar het vervallen van tussenbeschikkingen expliciet wordt onderschreven); PG Boek 6, Rapport aan de Koningin, p. 151. Een bevestiging vinden we ook in het verband van het erfrecht, zie het vervallen art. 4.4.5.4 lid 3 alsmede de bijbehorende PG (m.n. PG Boek 4, TM, p. 811 en PG Boek 4 (Inv. Boek 4), MvT, p. 2045).
- OBW: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 395; Asser/Beekhuis 1975, p. 154, 331 (op p. 331 spreekt Beekhuis van 'zakelijk effect'. En eerder: Asser/Beekhuis 1957, p. 155); Asser/Rutten 1958, p. 161; Hofmann 1933, p. 181 (m.b.t. ontbindende voorwaarde); Cleveringa 1919, p. 101 (impliciet); Van Oven 1918, p. 147; Van Proosdij 1917, p. 10, 11; Van Goudoever 1913; WPNR 1893, p. 577; Diephuis 1886, p. 271 (en eerder: Diephuis 1885, p. 133). Suijling wees dit tweede aspect van de goederenrechtelijke werking van (opschortende) voorwaarden daarentegen af (Suijling 1940, p. 268).
- Zie ook: HR 6 januari 1961, NJ 1962, 19 (Seneca) (waar de Hoge Raad waarschijnlijk voor de eerste maal bevestigde dat goederenrechtelijke werking van voorwaarden inderdaad ook werking had tegenover derden).
- Overigens vinden we in de PG één opvallende uitzondering genoemd op dit verval van tussenbeschikkingen (PG Boek 7 (Inv. 7.4), p. 391). Volgens de Minister is een verwachter na het intreden van een (ontbindende) voorwaarde o.g.v. art. 7:226 BW als opvolgend eigenaar wel degelijk gebonden aan een huurovereenkomst als aangegaan door de bezwaarde. Een casus die naar de opvatting van de Minister overigens van academische aard zou zijn, nu men in verband met de goederenrechtelijke werking van voorwaarden dergelijke voorwaarden in de praktijk van de onroerend goedhandel zou plegen te vermijden. Daarmee gaf de Minister i.e.g. blijk weinig kaas te hebben gegeten van de handel in commercieel vastgoed; de praktijk leert immers anders. Terecht in andere zin dan de Minister: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 221; Bol 2011, p. 618; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 184; Verstappen 1993, p. 162; Hartkamp 1991, p. 871.
- Overigens stellen Bartels en Van Mierlo onterecht dat de huurder – indien onbekend met de eventueel niet in de openbare registers ingeschreven ontbindende voorwaarde – zich wellicht op de artt. 3:24 of 3:26 BW kan beroepen; deze wetbepalingen bescherming immers slechts degen die een recht op een registergoed verkrijgt en daar vallen rechten van persoonlijke aard niet onder.
- Of dit verval van tussenbeschikkingen ook overeenkomstig het Romeinse recht is, wordt overigens meestal onderschreven: HKK/Finkenauer 2003, p. 886; Potjewijd 1998, p. 89; Jörs e.a./Honsell e.a. 1987, p. 93 (die overigens stellen dat bedoeld verval uitsluitend optrad ingeval sprake was van een beperking van het recht van de verwachter). Afwijzend: Cleveringa 1919, p. 34 (Cleveringa's opvatting, dat het intreden van een ontbindende voorwaarde als uitgangspunt voor het Romeinse recht slechts persoonlijke werking had).

langer deel uit van diens vermogen en ten behoeve van de derde gevestigde beperkte rechten eindigen van rechtswege.

Twee nogal theoretische en ook omstreden aspecten worden door geen enkele auteur onder het begrip *goederenrechtelijke werking* gebracht, althans in elk geval niet expliciet. De eerste daarvan betreft de situatie van het *vervallen* van een voorwaarde na een eerdere beschikking onder die voorwaarde. Er is bijvoorbeeld overgedragen onder de opschortende voorwaarde van toekomstige voldoening van de koopprijs, waarna de koper definitief niet betaalt. De voorwaarde vervalt derhalve en de koper wordt geen (onvoorwaardelijk) rechthebbende van de zaak. Is dit laatste een aspect van de goederenrechtelijke werking? Dat is afhankelijk van de verklaring die we ter zake de goederenrechtelijke werking hanteren. Indien we die verklaring zien op het terrein van de overdracht – en niet op terrein van voorwaardelijke gerechtigdheid van (ook) de verwachter – dan is bij dit aspect inderdaad geen sprake van goederenrechtelijke werking. De overdracht blijft alsdan zonder uiteindelijk effect en zonder dat ooit sprake is geweest van een goederenrechtelijke gerechtigdheid bij de verwachter. Van enig goederenrechtelijk effect is derhalve geen sprake. Indien we deze verklaring echter zien op het terrein van de voorwaardelijke gerechtigdheid van de verwachter, zou dit anders moeten zijn. Als de verwachter immers gedurende de periode van onzekerheid een vorm van goederenrechtelijke gerechtigdheid zou hebben, dan leidt het vervallen van de (opschortende) voorwaarde tot beëindiging van die goederenrechtelijke gerechtigdheid. Het vervallen van de voorwaarde heeft in deze laatste zin derhalve wel goederenrechtelijk effect.

Een tweede nooit genoemd aspect betreft het (bij het in vervulling gaan van een voorwaarde) intreden van de rechtsgevolgen van tussenbeschikkingen die niet verricht zijn door de bezwaarde, maar door de *verwachter*. Derhalve een beschikken gedurende de periode van onzekerheid door deze verwachter over zijn opschortend voorwaardelijke recht, of zo men wil zijn Anwartschaftsrecht.¹⁶ Voor de auteurs die deze mogelijkheid van een dergelijk vroegtijdig beschikken afwijzen, spreekt het voor zich dat zij dit aspect niet noemen als onderdeel van de goederenrechtelijke werking. Voor zover we een beschikken over dit Anwartschaftsrecht daarentegen wel mogelijk achten, moeten we het effect van het intreden van de voorwaarde – de derde wordt zonder meer goederenrechtelijk gerechtigde – mijns inziens wel degelijk kwalificeren als deel van de goederenrechtelijke werking. Wat er echter ook zij van deze beide laatste eventuele aspecten van goederenrechtelijke werking, voor het in dit hoofdstuk besproken verband zijn ze nauwelijks van belang.¹⁷

16 De mogelijkheid daarvan is voor het Nederlandse recht zonder meer omstreden, zie § 11.3.

17 Het doel van de vaststelling van hetgeen de term *goederenrechtelijke werking* inhoudt bestaat voor het onderhavige hoofdstuk immers daaruit, dat we inzicht verkrijgen in de rechtsgevolgen die verklaard moeten worden. Deze beide omstreden aspecten behoren daarentegen tot de weinige wél omstreden kwesties aangaande de goederenrechtelijke gevolgen van

De beide eerstgenoemde aspecten van de goederenrechtelijke werking – derhalve tussen partijen en ten opzichte van derden – zijn met name interessant, omdat ten gevolge van of in verband met deze goederenrechtelijke werking niet (meer) voldaan behoeft te worden aan een aantal vereisten die wél gelden voor een vervreemding of bezwaring respectievelijk het ongedaan maken daarvan.¹⁸ Ook bij de goederenrechtelijke werking is namelijk sprake van een werking ‘van rechtswege’, zoals ik deze in § 2.6.1 heb beschreven. Nadere (leverings-)handelingen of voortgezette wilsovereenstemming zijn in de bestaande visies derhalve voor de goederenrechtelijke werking niet vereist.¹⁹ Ook het (nog) bestaan van beschikkingsbevoegdheid is voor het goederenrechtelijk effect zonder belang²⁰ hetgeen eveneens geldt voor het komen te ontbreken van goede trouw gedurende de onzekerheid.²¹

Dankzij het goederenrechtelijke effect van de ingetreden voorwaarde behoeft namelijk niet (nogmaals) overgedragen te worden, zodat het voortbestaan van beschikkingsbevoegdheid bij de bezwaarde respectievelijk de goede trouw bij de verwachter geen vereiste vormt. Dit is voor wat betreft de beschikkingsbevoegdheid met name daarom wezenlijk, omdat aldus de goederenrechtelijke werking van voorwaarden faillissementsbestendig is. De goederenrechtelijke gevolgen treden derhalve in als ware geen sprake van faillissement, ook al is de vervreemder uit hoofde van art. 23 Fw intussen beschikkingsonbevoegd geworden.²² Ingeval van een schuldsanering of sur-

voorwaarden. Voor het vaststellen van de systematiek van de goederenrechtelijke werking is het derhalve minder zinvol om deze onzekere aspecten daarbij te betrekken. Zij worden immers veelal verschillend benaderd juist vanuit de verschillende inzichten die m.b.t. de goederenrechtelijke werking bestaan. Of anders gezegd, oorzaak en gevolg worden bij deze beide aspecten weer in de gebruikelijke volgorde gehanteerd.

18 Althans, dit kunnen we stellen indien we rekening houden met de te onderscheiden verklaringen voor goederenrechtelijke werking. In afwijking van deze stelling wordt bijv. verdedigd dat ingeval de *levering* afhankelijk is gesteld van een opschortende voorwaarde, per het moment van intreden van de voorwaarde alsnog voldaan moet zijn aan de vereisten van beschikkingsbevoegdheid e.d.

19 Zie de literatuurverwijzingen in § 2.6.1.

20 Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 95; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 345; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 3-VI*, p. 527 e.v.; Reehuis 2010, p. 89; Van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18.

21 Dit vloeit voort uit het moment waartegen de goede trouw getoetst wordt. Dat is onweersproken het moment van voltooiing van de levering: Reehuis 2013, p. 79; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 529; Fesevur 2005, p. 179; Faber 2000, p. 182 (ook Faber 1997, p. 212).

22 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 221; Van Drunen 2013a, p. 52 e.v.; Scheltema 2013, p. 156; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 95, 98, 267 (en eerder: Reehuis 2010, p. 89, 95); Steneker 2012, p. 97; Bol 2011, p. 619; Wessels 2012, p. 26, 27; Wibier & Smid 2009, p. 725; Van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18; Van Vliet 2008, p. 330; Boeve 2007b, p. 341, 343; Peter 2007, p. 132; Struycken 2007, p. 553, 557, 641; Snijders 2006, p. 226; Scheltema 2003, p. 311; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 184, 187, 188; Faber 2000, p. 182 (en eerder: Faber 1997, p. 211); Bartels 1997, p. 83; Van Hees 1997, p. 100; Kortmann 1992, p. 209; Mezas 1985, p. 4; Vriesendorp 1985, p. 58 e.v.; Nieuwenhuis 1980, p. 54.

séance van betaling is dit uiteraard niet anders. Tot slot vervalt ook een onder de bezwaarde gelegd beslag.²³

Anders dan de Duitse en Zwitserse literatuur stelt de Nederlandse literatuur niet expliciet dat het gedurende de periode van onzekerheid komen te ontbreken van handelingsbekwaamheid evenmin van belang is voor de goederenrechtelijke werking. Naar we kunnen aannemen staat een dergelijk ontbreken echter inderdaad niet in de weg aan de goederenrechtelijke werking van voorwaarden. Voor de handelingsbekwaamheid vloeit dit reeds daaruit voort, dat voor de goederenrechtelijke werking de bezwaarde geen rechtshandelingen meer behoeft te verrichten. De onmogelijkheid van het verrichten van rechtshandelingen uit hoofde van de handelingsonbekwaamheid staat derhalve niet in de weg aan het goederenrechtelijk effect.

Duits en Zwitsers recht

Het Duitse en Zwitserse recht erkennen eveneens de beide voormelde aspecten van de goederenrechtelijke werking (*dingliche Wirkung*) bestaande uit een werking tussen partijen alsmede ten opzichte van derden na een *Zwischenverfügung*.²⁴ Sterker, de expliciete erkenning door de beide wetgevers van deze te onderscheiden aspecten heeft in dat verband zelfs geleid tot een ten opzichte van het Nederlandse recht deels afwijkende wetssystematiek.²⁵ Vanuit Nederlandse optiek is daarbij enigszins opvallend dat het eerstbedoelde aspect van de werking tussen partijen in de literatuur van beide stelsels nauwe-

Zie in deze ook PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 1237, waar duidelijk blijkt dat het de expliciete wens van de wetgever was de (opschortend) voorwaardelijke overdracht faillissementsbestendig te maken. Twijfel over deze faillissementsbestendigheid wordt slechts geuit door Holtman (Holtman 1991, p. 458).

Voor het OBW: HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.) (m. nt. Kleijn); HR 20 december 1975, NJ 1975, 230 (waarin de Hoge Raad expliciet overweegt dat de ontbindende voorwaarde van art. 1032 OBW ook goederenrechtelijke werking in faillissement heeft); HR 20 december 1974, NJ 1975, 230 (Restirollo, m.b.t. de ontbindende voorwaarde van art. 1302 OBW). Ook: Brahn 1988, p. 37 (m.b.t. faillissement en art. 1302 OBW). Zie voor het Belgisch recht de studie van Jansen (Jansen 2009, hfdst. 2).

23 Scheltema 2013, p. 156 (en eerder: Scheltema 2003, p. 311); Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 527, 530; Reehuis 2010, p. 95; Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 49 (en eerder: Faber 2000, p. 181, 182; Faber 1997, p. 211, 212).

24 Duits recht: Brehm & Berger 2014, p. 493; Jauernig/Mansel 2014, p. 127; PWW/Brinkmann 2014, p. 220, 221; Schellhammer 2014, p. 1065-1067; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 616; Bork 2011, p. 502; Medicus 2010, p. 344-346; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1069; Wieling 2006, p. 295; HKK/Finkenauer 2003, p. 892-894; Wolf 1999, p. 514, 521; Blomeyer 1938, p. 3, 4. Zwitsers recht: Berger 2012, p. 263; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 858, 861; Koller 2009, p. 1296, 1297; Honsell 2008, p. 613, 617, 618; Guhl/Koller 2000, p. 59, 61, 62; Staehelin 1993, p. 22 e.v.

Overigens wordt in beide stelsels de samenvattende term *dingliche Wirkung* slechts incidenteel gebruikt. De beide voormelde aspecten daarvan worden ook zelden tezamen besproken. Ook hierin kunnen we wederom een geheel andere benadering zien dan in het Nederlandse recht.

25 Zie § 11.2.2.3 en 11.2.5.

lijks (meer) aandacht krijgt en zeker niet vanuit de goederenrechtelijke literatuur. Dat wekt op z'n minst de suggestie dat de goederenrechtelijke werking tussen partijen als een vanzelfsprekendheid wordt beschouwd. De werking ten opzichte van derden – derhalve het verval van tussenbeschikkingen – krijgt daarentegen als het aanzienlijk moeilijker te verklaren, maar tegelijkertijd eveneens volkomen aanvaarde aspect van de *dingliche Wirkung* nog de nodige aandacht. Dit zal met name daaruit voortvloeien dat het verval van tussenbeschikkingen het (uitsluitende) gevolg is van § 161 BGB en art. 152 III OR (alsmede ook in art. 211 lid 3 OR 2020), althans in de visie van een zeer groot deel van de literatuur. In beide stelsels bestaat er hoe dan ook geen enkele twijfel over het feit dat de bezwaarde over een goed kan beschikken ten behoeve van derden mét inachtneming van de voorwaardelijkheid van de aanvankelijke beschikking.²⁶

Het begrip *tussenbeschikking* is in de Duitse literatuur vrij ver uitgewerkt. Hieronder worden begrepen al die beschikkingen, waardoor de rechtsovergang bij het intreden van de voorwaarde op de verwachter in het geheel geen doorgang zou kunnen vinden, als ook waarbij het goed zou zijn bezwaard of inhoudelijk gewijzigd. Daarmee vallen onder dit begrip niet uitsluitend de overdracht, bezwaring en inhoudswijziging van een goed (recht) door de bezwaarde,²⁷ maar ook afstand²⁸ en beëindiging van rechten op een goed,²⁹ bezwaring met pandrechten uit hoofde van de wet,³⁰ alsmede beschikkingen verricht door een faillissementscurator³¹ of uit hoofde van (andersoortige) executie, dan wel een gelegd beslag.³² Tevens wordt door Flume hieronder begrepen het door de bezwaarde aanvaarden van een prestatie van een schuldenaar ter voldoening van een reeds door de bezwaarde voorwaardelijk gecedeerde vordering.³³ Obligatoire verplichtingen van de bezwaarde met betrekking tot een goed vallen uiteraard niet onder het begrip tussenbeschikking respectievelijk buiten het bereik van § 161 BGB; de verwachter raakt bij

26 Duits recht: Brehm & Berger 2014, p. 493; Hk-BGB/Dörner 2014, p. 166; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 616; Wolf/Neuner 2012, p. 652, 653; Bork 2011, p. 502, 503; Staudinger/Bork 2010, p. 346; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1069; Wieling 2006, p. 802; Wolf 1999, p. 521; Flume 1992, p. 703, 705.

Zwitsers recht: Berger 2012, p. 263, 266, 267; Schwenger 2012, p. 67, 68; BSK OR I-Ehrat 2011, p. 861, 862; Koller 2009, p. 1294; Honsell 2008, p. 617; Peter 1994, p. 342.

27 PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Staudinger/Bork 2010, p. 347; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1069.

28 Staudinger/Bork 2010, p. 347; Flume 1992, p. 704.

29 PWW/Brinkmann 2014, p. 223.

30 PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 622. Twijfels daarover echter bij MüKo/Westermann 2012, p. 1725.

31 Brehm & Berger 2014, p. 500; Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; PWW/Brinkmann 2014, p. 223; MüKo/Westermann 2012, p. 1725; Staudinger/Bork 2010, p. 348; Blomeyer 1938, p. 4.

32 Dit laatste is expliciet in § 161 lid 1 BGB bepaald.

33 Flume 1992, p. 704. De derde-schuldenaar loopt derhalve het risico dat hij bij het intreden van de voorwaarde (achteraf) aan de verkeerde partij blijkt te hebben voldaan.

het intreden van de voorwaarde hoe dan ook niet gebonden aan een dergelijke verplichting.³⁴ Deze laatste gedachte vinden we ook in de Zwitserse literatuur met betrekking tot art. 152 III OR.³⁵

Naast deze beide aspecten van de goederenrechtelijke werking erkent het Duitse recht ook het aspect van de gevolgen van het Anwartschaftsrecht. De aanvaarding van het niet rechtstreeks op de wet gebaseerde Anwartschaftsrecht vindt zelfs zijn grondslag in de goederenrechtelijke werking. De beide eerstgenoemde aspecten van de goederenrechtelijke werking leidden in de jaren twintig van de vorige eeuw tot de vaststelling, dat de positie van de verwachter in zeer hoge mate was gesecuriseerd. Deze gesecuriseerde positie verkreeg in de jurisprudentie in die zin een zelfstandig karakter, dat deze – onverminderd de voortdurende discussie omtrent de kwalificatie daarvan – zelfstandig overdraagbaar werd als ware sprake van een goederenrechtelijke gerechtigdheid.³⁶ Voor het Zwitsers recht is het bestaan van het Anwartschaftsrecht in enige mate omstreden, hetgeen daarmee tevens geldt voor de vraag of dit een aspect van de goederenrechtelijke werking vormt.

Het door mij bij de bespreking van het Nederlands geldend recht genoemde (eventuele) aspect van de beëindiging van een goederenrechtelijke gerechtigdheid bij het vervallen van een voorwaarde geldt voor het Duitse recht in ieder geval niet. De goederenrechtelijke werking wordt namelijk niet verklaard uit hoofde van een directe goederenrechtelijke gerechtigdheid bij de verwachter. Voor het Zwitsers recht zou dit anders kunnen zijn. De verklaring van de goederenrechtelijke werking is voor het Zwitsers recht enigszins omstreden, waarbij ook de opvatting wordt verdedigd dat de verwachter (uit hoofde van een verdeling van het betreffende goed tussen bezwaarde en verwachter) wel degelijk direct goederenrechtelijk gerechtigd is.

Overeenkomstig het Nederlandse recht blijft een gedurende de periode van onzekerheid opgetreden verlies van handelingsbekwaamheid, tussentijdse (eenzijdige) wilswijziging of eventueel vereiste goede trouw bij de verkrijger voor Duits en Zwitsers recht zonder gevolgen voor wat betreft de goederenrechtelijke werking.³⁷ Evenmin zijn voor dit gevolg voortdurende beschik-

34 Staudinger/Bork 2010, p. 347; Wolf 1999, p. 522.

35 Honsell 2008, p. 617; Peter 1994, p. 342.

36 Zie verder § 11.3.

37 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Jauernig/Mansel 2014, p. 125; PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; MüKo/Westermann 2012, p. 1705, 1708; Wolf/Neuner 2012, p. 648; Staudinger/Bork 2010, p. 337; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 120; Kindl 2008, p. 479; Wieling 2006, p. 295; Wolf 1999, p. 512. Zie v.w.b. de wilswijziging: BGH 21 september 1994, NJW 1994, 3227.

Zwitsers recht: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 379, 381; Berger 2012, p. 265, 266, 267; Schwenzer 2012, p. 68, 69; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 858; Honsell 2008, p. 613, 622; Huguenin e.a. 2008, p. 200; Gutmans 1995, p. 11; Staehelin 1993, p. 17, 19, 30; Keller & Schöbi 1988, p. 108; Buchem 1988, p. 513 nt. 41; Merz 1984, p. 159; Oser 1929, p. 689.

In de Zwitserse literatuur heb ik overigens niet gevonden dat het alsnog komen te ontbreken

kingsbevoegdheid³⁸ of nadere handelingen vereist.³⁹ Voor de bijzondere situatie van het alsnog gedurende de periode van onzekerheid ontstaan van strijd met wet of goede zeden wordt voor het Duitse recht eveneens gesteld, dat deze geen afbreuk doet aan de goederenrechtelijke werking.⁴⁰ In beide stelsels staat een tussentijds faillissement van de bezwaarde (dan wel andersoortige uitwinning door schuldeisers van de bezwaarde) niet aan het goederenrechtelijk effect in de weg.⁴¹

DCFR

Het DCFR vormt met betrekking tot de inhoud van de (ontbindende) goederenrechtelijke werking (*proprietary effect*) in zekere zin het buitenbeentje van de onderzochte stelsels. Zonder meer opvallend is dat bij het intreden van een ontbindende voorwaarde na een eerdere voorwaardelijke overdracht weliswaar de retro-overgang van rechtswege plaatsvindt, maar deze niet leidt tot een verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen door de bezwaarde. Met andere woorden, het hiervoor door mij omschreven eerste aspect van voorwaarden met werking tussen partijen wordt door het DCFR aanvaard, het tweede aspect van de werking ten opzichte van derden niet. Dat betekent dat de verwachter ingeval van bijvoorbeeld vestiging van een beperkt recht op het voorwaardelijk verkregen goed door de bezwaarde bij het intreden van de voorwaarde weliswaar het goed herkrijgt, maar belast met het intussen gevestigde beperkte recht van de derde. Bij algehele vervreemding door de bezwaarde aan een derde vindt bij het intreden van de ontbindende voorwaarde in het geheel geen retro-overgang plaats, hetgeen eveneens geldt ingeval van uitwinning van het goed door crediteuren van de bezwaarde.⁴²

van goede trouw inderdaad zonder gevolgen blijft, maar uit niets volgt dat voor het Zwitsers recht iets anders zou gelden.

38 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Jauernig/Mansel 2014, p. 125; PWW/Brinkmann 2014, p. 220, 221; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Wolf/Neuner 2012, p. 648, 652; Staudinger/Bork 2010, p. 337; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 120; Wolf 1999, p. 512, 514.

Zwitsers recht: BSK OR I-Ehrt 2011, p. 858; Honsell 2008, p. 613; Staehelin 1993, p. 40-43.

39 Duits recht: Wolf/Neuner 2012, p. 649.

Zwitsers recht: Gauch, Schlupe, Emmenegger 2014, p. 379, 381; Berger 2012, p. 266; Schwenzler 2012, p. 69; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 858; Honsell 2008, p. 610, 613; Huguenin e.a. 2008, p. 200; Gutmans 1995, p. 11; Staehelin 1993, p. 23; Keller & Schöbi 1988, p. 108; Bucher 1988, p. 513 nt. 41.

40 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Jauernig/Mansel 2014, p. 125; Wolf 1999, p. 521. In vrijwel gelijke zin ook: Flume 1992, p. 690.

41 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 618; MüKo/Westermann 2012, p. 1725; Staudinger/Bork 2010, p. 323. Zwitsers recht: Staehelin 1993, p. 40-43.

42 De verwachter resteert alsdan uitsluitend de mogelijkheid van een louter persoonlijke aanspraak tot vergoeding van schade door de bezwaarde (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4702, 4703).

Bij het eerste aspect is de goederenrechtelijke werking eveneens beperkter dan in de overige stelsels. Ook een faillissement van de bezwaarde staat namelijk in de weg aan een retro-overgang tussen partijen.⁴³ Evenals de voormelde beperking van het tweede aspect zou deze in theorie verklaard kunnen worden uit de afwijkende systematiek, die het DCFR blijkens de toelichting hanteert voor het vormgeven van de goederenrechtelijke werking.⁴⁴ Echter, de beperking van beide aspecten van de goederenrechtelijke werking ten opzichte van de andere stelsels betreft een expliciete rechtspolitieke keuze van de opstellers van het DCFR. Deze keuze wordt in de toelichting beargumenteerd met een beroep op een onbelemmerd handelsverkeer, op grond waarvan de posities van derden beschermd worden ten koste van die van de verwachter.⁴⁵ Dit argument wordt in de toelichting niet verder uitgewerkt. Dat is spijtig, met name omdat een dermate wezenlijke goederenrechtelijke afwijking van in elk geval de door mij onderzochte rechtsstelsels steviger onderbouwd zou mogen worden dan met uitsluitend een standpunt omschreven in één zin.⁴⁶

11.1.4 De aanvaarding in de verschillende stelsels

Geldend recht

Onder de werking van het NBW bestaat eigenlijk geen enkele discussie meer ten aanzien van het gegeven, dat de goederenrechtelijke gevolgen van beschikkingshandelingen op basis van een daaraan ten grondslag liggende wilsovereenstemming voorwaardelijk kunnen zijn. Dit volgt zowel uit de algemene erkenning daarvan in de literatuur,⁴⁷ de PG⁴⁸ als de rechtspraak.⁴⁹ De wette-

43 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4702, 4703. De toelichting zegt het niet met zoveel woorden, maar als ik deze goed begrijp staat de beschikkingsonbevoegdheid van de bezwaarde u.h.v. diens faillissement de retro-overgang naar de verwachter in de weg (zie ook p. 4701).

44 Deze bestaat daaruit dat de retro-overgang bij een ontbindende voorwaarde in feite een retro-overdracht is, waarbij het toetsingsmoment voor de beschikkingsbevoegdheid is gelegen op het moment van intreden van de voorwaarde (zie § 11.2.5.4).

45 De toelichting noemt daarnaast ook, dat alle onderzochte rechtsstelsels een vorm van bescherming toekennen aan derde-verkrijgers te goeder trouw (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4703). Het behoeft echter weinig betoog dat een dergelijke bescherming van een volstrekt andere orde en ook omvang is, dan de systematiek waar het DCFR thans voor staat.

46 In dit verband is bijv. interessant dat het Duitse recht met zijn abstracte stelsel juist ruim baan gaf aan het vrije handelsverkeer, maar desalniettemin met § 161 BGB koos voor een bescherming van de verwachter tegen tussenbeschikkingen door de bezwaarde.

47 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 323; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 15, 16, 216 e.v.; Van Drunen 2013a, p. 54 (t.a.v. roerende zaken maakt Van Drunen echter weer een uitzondering: Van Drunen 2013b, p. 322. In soortgelijke zin: Abendroth 2013, p. 321); Heyman & Bartels 2012, p. 485; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 93 e.v.; Van Velten 2012, p. 33, 34; Wessels 2012, p. 26; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008, p. 35; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 145 (m.n. t.a.v. vestiging pandrecht); Reehuis 2010, p. 85 e.v.; Van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18 (en eerder: Van Straaten 1990, p. 47); Boeve 2007a, p. 17 e.v.; Peter 2007, p. 132; Verstijlen 2007, p. 825; Janssen 2005, p. 136; Wolfert 2005, p. 455 (en eerder: Wolfert 2001, p. 27); Aertsen 2004,

lijke grondslag van die mogelijkheid wordt door een groot deel van de auteurs gezien in art. 3:84 lid 4 BW. Het lijkt op basis van de PG ook geen twijfel dat de wetgever op enig moment in die richting dacht. Zoals ik echter in § 11.2.2.2 bespreek, heeft het er alle schijn van dat Meijers aan deze wetsbepaling een geheel andere strekking toekende. Wat ook van dit laatste moge zijn, uit art. 3:84 lid 4 BW volgt in ieder geval dat ook de wet de mogelijkheid van een voorwaardelijk beschikken aanvaardt.⁵⁰ Het in vervulling gaan van een dergelijke voorwaarde heeft – qua werking eveneens vrijwel onbetwist⁵¹ – blijkens

-
- p. 130; Mellema-Kranenburg 2004, p. 40; Den Tonkelaar 1994, p. 92 e.v.; Hockx 2003, p. 268; Van Mierlo 2002, p. 93; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 179, 182; Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 268 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132); Verstappen 2000, p. 288 (en eerder: Verstappen 1993, p. 161); Huijgen 1999, p. 30; Van Hees 1997, p. 98 e.v.; Faber 1997, p. 202, 203; Huizink 1995, p. 502; Zwitter 1993, p. 524 (en eerder: Zwitter 1990, p. 36, 113); Fikkers 1992, p. 79; Huijgen 1992, p. 134; Nieskens-Isphording 1992, p. 651; Olthof 1992, p. 301; Holtman 1991, p. 456; Chao-Duvis 1988, p. 172 nt. 4; Schoordijk 1986, p. 117 (en eerder: Schoordijk 1977, p. 109); Mijnssen 1983b, p. 1229; Hijma & Olthof 1982, p. 260; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 402, 403; Hoetink 1955, p. 20. Zie ook de conclusie van A-G Franx bij HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745.
- 48 PG Boek 3, TM, p. 185, 186, 318; PG Boek 3, MvA II, p. 388 (waar de wetgever v.w.b. de mogelijkheid van het eigendomsvoorbehoud stelt dat deze mogelijkheid reeds volgt uit de artt. 3:38 en 3:84 lid 4 BW); PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1202, 1237; PG Boek 6, MvA II, p. 145; PG Boek 6, TM, p. 149; PG Boek 6, MvA II, p. 1011; PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 294, 295; PG Boek 7 (Inv. 7.4), p. 390.
Zie bijv. ook het ontwerp van art. 3.6.1.14c BW dat bepaalde dat een bewind zou kunnen worden ingesteld 'over een goed waarover onder een voorwaarde is beschikt in het belang van hem aan wie het goed bij de vervulling van de voorwaarde toekomt'.
- 49 Een vrij willekeurige selectie: HR 5 december 2008, RN 2009, 13 (waarin de Hoge Raad t.a.v. een overdracht onder opschortende voorwaarde vaststelde dat de vervreemder het gevolg van de eigendomsovergang op de wederpartij bij het intreden van de voorwaarde niet meer kon afwenden); HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18; Hof Arnhem 14 maart 2006, NJF 2006, 366; HR 13 april 2001, NJ 2001, 326; Hof Amsterdam 9 juli 1992, NJ 1994, 79 (waar het hof de mogelijkheid van overdracht onder opschortende voorwaarde onderkent).
- 50 Zie in dat verband ook art. 86a Ow.
- 51 De enige vier uitzonderingen op de algemene erkenning dat voorwaarden naar huidig Nederlands recht goederenrechtelijke werking kunnen hebben, vond ik in de toelichting bij art. III.1:106 van het DCFR, bij Rodrigues Lopes alsmede bij Krans en Brunner. In de toelichting van het DCFR is de – zonder meer onjuiste – constatering opgenomen, dat voorwaarden naar Nederlands recht slechts persoonlijke werking zouden hebben (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 697). In de toelichting bij art. VIII.-2:203 van het DCFR wordt daarentegen wel de goederenrechtelijke werking van voorwaarden vermeld (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4708).
Rodrigues Lopes stelt o.b.v. art. 6:269 BW (en derhalve onterecht niet o.b.v. art. 3:38 BW) dat het intreden van een ontbindende voorwaarde geen terugwerkende kracht heeft (Rodrigues Lopes 2012, p. 356). Daaruit zou volgen dat het intreden van de voorwaarde uitsluitend een verplichting tot teruglevering in het leven zou roepen en – blijkbaar – geen goederenrechtelijke werking zou hebben. Die laatste opvatting vinden we ook bij Krans en Brunner (De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 54; Brunner & De Jong 2004, p. 54). Voor het huidige recht een volstrekt onjuiste opvatting.

literatuur,⁵² PG⁵³ en jurisprudentie⁵⁴ dientengevolge de in de vorige paragraaf besproken goederenrechtelijke werking. Voor wat betreft deze mogelijkheid van een beschikken onder voorwaarde respectievelijk de daaruit voortvloeiende goederenrechtelijke werking geldt, dat deze naar Nederlands recht kan plaatsvinden ongeacht het soort goed respectievelijk ongeacht de aan de verschillende goederen verbonden wijze van levering.⁵⁵ In hoeverre deze mogelijkheid van voorwaardelijk beschikken en goederenrechtelijke werking zijn wortels vindt in het Romeinse recht, is op basis van de literatuur twijfelachtig.⁵⁶

52 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 216 e.v.; Heyman & Bartels 2012, p. 485; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 93, 94, 97; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 274; Van Velten 2012, p. 33, 34; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 238, 239, 526; Jansen 2009, p. 388; Wibier & Smid 2009, p. 725; Peter 2007, p. 132; Struycken 2007, p. 217, 552; Van de Ven 2007, p. 3; Janssen 2005, p. 136; Aertsen 2004, p. 130; Haentjens 2004, p. 480; Mellema-Kranenburg 2004, p. 40; Hockx 2003, p. 268; Scheltema 2003, p. 311 (met uitgebreid literatuuroverzicht); Huijgen 1999, p. 30; Van Hees 1997, p. 100; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132; Huizink 1995, p. 502; Bakels 1994, p. 58 (en eerder: Bakels 1993, p. 98); Verstappen 1993, p. 161; Zwitser 1993, p. 524; Kortmann 1992, p. 202; Plemp 1990, p. 42; Schoordijk 1986, p. 276; Mijnsen 1983b, p. 1229; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 402.

Bij Perrick vinden we echter de voor het geldend recht onjuiste opvatting dat, bij gebrek aan terugwerkende kracht van de voorwaarde, tussenbeschikkingen niet zouden vervallen (Perrick 1992, p. 790, 791).

53 PG Boek 3, TM, p. 186 en (impliciet) 318; PG Boek 6, TM, p. 149; PG Boek 6, MvA II, p. 145, 151.

54 HR 5 december 2008, RN 2009, 13 (waarin de Hoge Raad t.a.v. een overdracht onder opschortende voorwaarde vaststelde dat de vervreemder het gevolg van de eigendomsovergang op de wederpartij bij het intreden van de voorwaarde niet meer kon afwenden); Hof Arnhem 14 maart 2006, NJF 2006, 366.

55 Uitzondering vindt dit slechts t.a.v. wisselbrieven en cheques aan order, welke goederen o.g.v. de artt. 111 en 192 WvK niet voorwaardelijk kunnen worden overgedragen.

56 In de literatuur wordt veelal gesteld dat het Romeinse recht uitsluitend opschortende voorwaarden kende. Wieling stelt niettemin dat het Romeinse recht ook geen opschortend voorwaardelijke overdracht kende (Wieling 2006, p. 792). Het uitgangspunt van uitsluitend opschortende voorwaarden liet onverlet dat een dergelijk voorwaarde in zijn uiteindelijke effect wel van ontbindende aard kon zijn (zie § 2.1.1). In de literatuur wordt veelal verdedigd dat het Romeinse recht – behoudens enkele bescheiden uitzonderingen – aan het intreden van een dergelijke ontbindende voorwaarde slechts persoonlijke werking toekende (Zwalve 2006, p. 11 e.v.; Cleveringa 1919, p. 38). Van Oven stelde dat de goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde voor het Romeinse recht sterk betwist was en derhalve voor het Romeinse recht evenmin thans met zekerheid is te geven (Van Oven 1918, p. 147. In gelijke zin: Schieman 1973, p. 19 e.v., m.n. p. 21). Wel meende Cleveringa bij de Romeinse juristen een zekere zoektocht naar goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde waar te nemen, voortspruitend uit praktische noodzakelijkheid (Cleveringa 1919, p. 62. In deze ook Hofmann, die daarbij echter weer verwijst naar Cleveringa (Hofmann 1933, p. 177)).

Oud BW

In de literatuur van het OBW werd globaal genomen de mogelijkheid van een voorwaardelijk beschikken aanvaard.⁵⁷ Onbetwist was deze echter niet. Qua omvang was de gedeeltelijke of zelfs algehele ontkenning van de mogelijkheid van een dergelijk voorwaardelijk beschikken in de literatuur niettemin bescheiden. Bovendien was ook er nauwelijks een lijn te ontdekken in de verschillende verdedigde varianten van veronderstelde onmogelijkheden.⁵⁸ Van een breder gedragen afwijzing van specifieke onmogelijkheden van voorwaardelijk beschikken was dan ook zeker geen sprake. Van Proosdij stelde dan ook reeds in 1917 met betrekking tot de ontbindende voorwaarde dat aan de 'absolute zakelijke werking' daarvan weinig werd getwijfeld.⁵⁹

Enigszins lastig ten aanzien van de aanvaarding van de mogelijkheid van een beschikken onder voorwaarde bleef, dat nergens een dergelijke algemene

57 Holtman 1991, p. 456 (m.b.t. art. 1302 OBW); Brahn 1988, p. 37 (m.b.t. art. 1302 OBW), p. 42 (m.b.t. eigendomsvoorbehoud); De Groot e.a. 1983, p. 145; Mijnsen & Schut 1982, p. 54 e.v.; Mijnsen 1981, p. 645 e.v.; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 395 (m.b.t. ontbindende voorwaarden); Asser/Beekhuis 1975, p. 153 (en eerder: Asser/Beekhuis 1957, p. 154); Pitlo 1965, p. 197 (m.u.v. zaken op naam resp. onroerend goed bij een opschortende voorwaarde); Asser/Rutten 1958, p. 161 (m.b.t. ontbindende voorwaarden); Veenhoven 1955, p. 23, 24; De Bruijn 1945, p. 235, 236; Melis 1944, p. 79 (m.b.t. ontbindende voorwaarden bij schenkingen); Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 34 e.v., m.n. p. 41, 49 (m.b.t. ontbindende voorwaarden bij roerende zaken en bij onroerende zaken i.i.g. bij opschortende en vermoedelijk ook ontbindende voorwaarden); Kalma 1940, p. 224, 225 (m.b.t. ontbindende voorwaarden); Suijling 1940, p. 93, 268, 269 (*uitsluitend* m.b.t. opschortende voorwaarden); Wiarda in: Houwing & Wiarda 1940, p. 48 e.v. (m.b.t. opschortende voorwaarde, en eerder: Wiarda 1937, p. 126 m.b.t. opschortende en ontbindende voorwaarden); Scholten in zijn noot bij HR 10 juni 1938, NJ 1939, 411 (ter zake onroerend goed onder opschortende voorwaarde); Hofmann 1937, p. 97 (m.b.t. ontbindende voorwaarde, en eerder ook: Hofmann 1933, p. 181, 182); Van Brakel 1935a, p. 22 (m.b.t. opschortende voorwaarden bij onroerend goed); Asser/Scholten 1933, p. 444, 445; Hofmann 1933, p. 180 (m.b.t. ontbindende voorwaarde); Meijers 1933b, p. 86, 87; Wery 1930, p. 179, m.n. nt. 40; Cleveringa 1919, o.a. p. 143, 144; Meijers WPNR 1917, 2476 (noot bij HR 10 november 1916); Van Proosdij 1917, p. 14 (*uitsluitend* m.b.t. onroerende zaken); Van Oven 1916, p. 558 (althans, dit volgt impliciet uit zijn betoog v.w.b. ontbindende voorwaarden); Asser/Van Goudoever 1913, p. 61, 238; Diephuis 1886, p. 271 (en eerder: Diephuis 1885, p. 133 (m.b.t. ontbindende voorwaarden) en p. 129 (m.b.t. opschortende voorwaarden)); Everts 1883, p. 97 e.v., 154 e.v. (m.n. p. 164); Opzoomer 1876, p. 619.

Ook bij het Kadaster werd in de registers rekening gehouden met overdracht van onroerend goed zowel onder opschortende als ontbindende voorwaarde (Van Soest 1929, p. 207).

58 Pitlo 1965, p. 197 (*uitsluitend* m.b.t. zaken op naam bij een opschortende voorwaarde, dit laatste *uitsluitend* 'om praktische redenen'); Kamphuisen 1960, p. 169 (t.a.v. beide soorten voorwaarden, ongeacht het soort goed); Hofmann 1944, p. 231 (levering onder opschortende zou niet mogelijk zijn); Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 42 e.v. (t.a.v. opschortende voorwaarden bij roerende zaken); Suijling 1940, p. 93, 268, 269 (*uitsluitend* m.b.t. ontbindende voorwaarden); Van Proosdij 1917, p. 14, 22, 23 (althans, Van Proosdij lijkt op grond van de strekking van art. 2014 OBW in relatie tot art. 1301 OBW de mogelijkheid van voorwaardelijke eigendom van *roerende* zaken af te wijzen).

59 Van Proosdij 1917, p. 15.

mogelijkheid duidelijk uit het OBW volgde.⁶⁰ Daarnaast leken de leden 1 en 2 van art. 1301 OBW aanleiding te geven tot een tegengestelde conclusie.⁶¹ Uitsluitend uit art. 1215 OBW kon indirect worden afgeleid dat de wet deze mogelijkheid wel degelijk bood.⁶² Volgens die bepaling kon een recht van hypotheek worden gevestigd op onroerend goed dat gehouden werd onder een ontbindende of – let wel – een opschortende voorwaarde.⁶³ Naast deze wetsbepaling werd ook wel aansluiting gezocht bij de huurkoop van de artt. 1576 h en p OBW.⁶⁴ De huurkoop werd in de heersende opvattingen beschouwd als een overdracht onder opschortende voorwaarde van voldoening van alle koopsomtermijnen en had bij die benadering als voorwaardelijke rechtsverhouding uit dien hoofde ook goederenrechtelijke werking.⁶⁵ Deze opvatting bleef in de literatuur niet zonder kritiek, hetgeen de huurkoop als wettelijke aanvaarding van een voorwaardelijk beschikken weer enigszins in twijfel trok.⁶⁶

Wat er verder zij van de (beperkte) kritiek in de literatuur op de mogelijkheid van een voorwaardelijk beschikken en het ontbreken van een duidelijke wettelijke grondslag voor die figuur, in de rechtspraak onder het OBW werd deze mogelijkheid reeds langdurig erkend.⁶⁷ Meijers schreef in 1933 in dat

60 De Bruijn hanteerde het spiegelbeeldige argument, namelijk dat ook het tegendeel – een verbod van voorwaardelijk beschikken – niet uit de wet volgde (De Bruijn 1945, p. 237).

61 De enigszins moeizame verhouding tussen deze beide leden werd vaker onderkend: Asser/Rutten 1958, p. 161; Van Proosdij 1917, p. 15; Everts 1883, p. 167.

62 In deze zin ook: Mezas 1985, p. 6; Van der Grinten 1981, p. 85; De Bruijn 1945, p. 237; Everts 1883, p. 167.

63 Juist deze laatste mogelijkheid werd, t.g.v. de vermeende beschikkingsonbevoegdheid van de hypotheekverlener, in de literatuur overigens ook wel betwist.

64 Overigens werden deze bepalingen ter zake de huurkoop pas in 1936 ingevoerd, zodat voordien uitsluitend art. 1215 OBW enig wettelijk houvast bood voor de mogelijkheid van een voorwaardelijk beschikken.

65 Veenhoven 1955, p. 23, 24.

66 Kamphuisen 1960, p. 168 e.v. (Kamphuisen aanvaardde de voormelde constructie van de huurkoop als heersende leer, maar wees deze zelf af); Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 36, 37.

67 HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745 (waar de Hoge Raad de mogelijkheid van een opschortend voorwaardelijke cessie onderschrijft o.b.v. het argument, dat er geen reden bestaat om voor de cessie een uitzondering aan te nemen op de hoofdregel (!) dat rechtshandelingen onder een voorwaarde kunnen worden verricht); HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.) (waarin de ontbindend voorwaardelijke overdracht van roerende zaken door de Hoge Raad – in het kader van de fiduciaire eigendomsoverdracht – expliciet werd aanvaard); HR 20 december 1975, NJ 1975, 230; HR 8 juni 1973, NJ 1974, 346 (Nat. Grondbezit/Kamphuis); (wellicht) HR 24 mei 1968, NJ 1969, 98 (vermoedelijk was in dit arrest sprake van een overdracht onder tijdsbepaling (in gelijke zin de annotator), maar wellicht was toch sprake van een opschortend voorwaardelijke overdracht van rechten); HR 29 september 1961, NJ 1962, 14 (waarin een eigendomsvoorbehoud de bezitsverkrijging en daarmee de eigendomsverkrijging door een derde voorkomt); HR 6 januari 1961, NJ 1962, 19 (Seneca) (waarin de goederenrechtelijke werking van een ontbindende voorwaarde ook t.a.v. derde-verkrijgers van roerende zaken door de Hoge Raad werd onderkend); Rb. Utrecht 12 mei 1954, NJ 1955, 363 (waarin de Rb. de eigendomsoverdracht onder opschortende voorwaarde

verband dan ook, dat zijns inziens de Hoge Raad 'nooit in enig arrest grond gegeven [heeft] om de zakelijke werking der ontbindende voorwaarde van de artt. 1301 en 1302 B.W. te ontkennen'.⁶⁸ Als gevolg van het eerdere beschikken onder die voorwaarde werd de goederenrechtelijke werking van voorwaarden eveneens aanvaard, uiteraard voor zover een dergelijke voorwaardelijke beschikking als mogelijk werd beschouwd.⁶⁹

Samengevat kunnen we vaststellen dat de mogelijkheid van een beschikken onder voorwaarde en de daaruit voortvloeiende goederenrechtelijke werking van voorwaarden gedurende de gehele periode waarin het OBW gelding had, breed werd aanvaard.⁷⁰ Dat soms een enigszins ander beeld bestaat – als zou die mogelijkheid meer omstreden zijn geweest – kan ik uitsluitend daaruit verklaren, dat de in elk geval in kwantitatief opzicht bescheiden afwijkende opvattingen van enkele auteurs relatief veel aandacht kregen.⁷¹

Duits recht

Het Duitse recht onderkent sinds de invoering van het BGB zonder twijfel de mogelijkheid van zowel opschortende als ontbindende beschikkingshandelingen.⁷² Het was ook de uitdrukkelijke keuze van de Duitse wetgever om beschikkingen met een goederenrechtelijk voorwaardelijk gevolg te erkennen, ondanks de in de negentiende eeuw bestaande – deels sterk afwijzende –

van onroerend goed mogelijk acht); Hof 's-Gravenhage 26 januari 1922, W. 10974 (m.b.t. opschortende voorwaarde van betaling resp. eigendomsvoorbehoud); HR 25 februari 1916, NJ 1916, 501 (m.b.t. ontbindende voorwaarde van wanprestatie resp. 1302 OBW); HR 7 februari 1902, W. 7720 (m.b.t. opschortende voorwaarde van betaling/eigendomsvoorbehoud); HR 21 november 1873, W. 3659.

⁶⁸ Meijers 1933a, p. 534.

⁶⁹ Ik noem enigszins willekeurig: De Groot e.a. 1983, p. 145; Meijers 1933b, p. 36.

Zie m.n. ook: HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.) (waarbij de Hoge Raad de goederenrechtelijke werking van i.e.g. ontbindende) voorwaarden expliciet erkende. Weliswaar had dit arrest betrekking op een fiduciaire eigendomsoverdracht, maar de door de Hoge Raad gehanteerde bewoordingen hebben duidelijk een algemene strekking).

⁷⁰ Ook Scheltema komt (v.w.b. de ontbindende voorwaarde) tot deze conclusie (Scheltema 2003, p. 230). Zwalm stelt dat die vaststelling (m.b.t. de ontbindende voorwaarde) i.e.g. geldt vanaf het moment van het verschijnen van de dissertatie van Wiarda in 1937 (Zwalm 2006, p. 252).

⁷¹ Zie bijv. de TM, waar Meijers stelde dat de overdracht onder voorwaarde in het (destijds) geldend recht 'betwist' zou zijn (PG Boek 3, TM, p. 185, nt. 1). Gezien de stand van literatuur en rechtspraak per het moment waarop Meijers dit stelde, kende (ook) Meijers daarmee relatief veel gewicht toe aan de opvatting van een beperkt aantal auteurs.

⁷² Schellhammer 2014, p. 1065; Medicus 2010, p. 344; Vieweg & Werner 2010, p. 82, 344; Baur & Stürmer 2009, p. 238, 639; Herberger/Beckmann 2009, p. 361; Kindl 2008, p. 477, 479; Van Vliet 2000, p. 36; Wolf 1999, p. 515; Flume 1992, p. 725, 728; Pawlowski 1998, p. 288; Westermann 1973 p. 26, 186.

Cleveringa zag dat overigens t.a.v. roerende zaken voor het Duitse recht onterecht anders (Cleveringa 1919, p. 170, 171).

opvattingen dienaangaande.⁷³ Niettemin zoeken we in het BGB tevergeefs naar een expliciete wetsbepaling waar die mogelijkheid uit volgt; een beschikken onder voorwaarde is in de Duitse systematiek namelijk niets anders dan de 'normale' systematiek van een rechthandeling onder voorwaarde. Iets anders is dat uit het BGB wel *blijkt* dat een voorwaardelijk beschikken mogelijk is, zie bijvoorbeeld § 161 BGB en ook § 449 BGB ter zake het eigendomsvoorbehoud. Van die mogelijkheid zijn met name uitgezonderd voorwaardelijke beschikkingen met betrekking tot onroerende zaken. Dat is echter niet het gevolg van de achterliggende systematiek, maar betreft uitsluitend een uitzondering waar de wetgever om redenen gelegen buiten die systematiek voor koos.⁷⁴ Als uitvloeisel van een voorwaardelijk beschikken aanvaardt het Duitse recht vanzelfsprekend ook de goederenrechtelijke werking van zowel ontbindende als opschortende voorwaarden.⁷⁵

Zwitsers recht

Het is voor het Zwitsers recht niet eenvoudig om nauwkeurig aan te geven in hoeverre beschikkingen met voorwaardelijk rechtsgevolg mogelijk zijn. Globaal genomen wordt die mogelijkheid in de literatuur in ieder geval onderkend.⁷⁶ Daarnaast blijkt die mogelijkheid uit de wet, bijvoorbeeld art. 153 III OR en art. 715 ZGB ter zake het eigendomsvoorbehoud. Een aantal voorwaardelijke beschikkingsmogelijkheden lijkt in de literatuur en rechtspraak ook onbestreden te zijn.⁷⁷ Tegelijkertijd is een voorwaardelijk beschikken op verschillende onderdelen wettelijk beperkt.⁷⁸ Ook in de literatuur is de moge-

73 HKK/Finkenauer 2003, p. 892. Een belangrijk deel van de Duitse rechtswetenschappers zag in het intreden van voorwaarden namelijk uitsluitend de mogelijkheid van persoonlijke ongedaanmakingsverbintenissen (Flume 1992, p. 728). Zie verder ook de Nederlandse literatuur: Zwalve 2006, p. 182 e.v.; (uitgebreid) Scheltema 2003, p. 191 e.v.

74 Zie § 5.3.2. De wetgever beschouwde de aan voorwaarden inherente onzekerheid bij onroerende zaken als ongewenst.

75 PWW/Brinkmann 2014, p. 220; Schellhammer 2014, p. 1065; Staudinger/Bork 2010, p. 337, 338; Kindl 2008, p. 479.

76 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 377 (althans, Emmenegger lijkt dit te onderschrijven, maar noemt uitsluitend de mogelijkheid van voorwaardelijke cessie); Berger 2012, p. 259, 263; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 857, 858 (opschortende voorwaarde) en 866 (ontbindende voorwaarde); Honsell 2008, p. 622; Huguenin e.a. 2008, p. 199, 200; Rey 2007, p. 450; Guhl/Koller 2000, p. 59, 61 (impliciet); Peter 1994, p. 203 e.v., 349; Staehelin 1993, p. 22; Bucher 1988, p. 510; Merz 1984, p. 150, 151, 158, 163.

77 De opschortend voorwaardelijke overdracht van roerende zaken is in ieder geval mogelijk, waarbij het eigendomsvoorbehoud veelal als hét voorbeeld daarvan wordt gehanteerd. Ook vestiging van een opschortend voorwaardelijk pandrecht wordt in de literatuur aanvaard (Peter 1994, p. 297). Tot slot wordt tevens de opschortend voorwaardelijke cessie alsmede de afstand van vorderingen vrijwel algemeen als mogelijk beschouwd (Berger 2012, p. 260; Peter 1994, p. 204 (met vermelding van jurisprudentie); Staehelin 1993, p. 22 nt. 111, p. 24; Bucher 1988, p. 511; Merz 1984, p. 152, 159. Ook: BGE 1 juli 1941, 67 II 123 E.4.

78 Een voorwaardelijk beschikken m.b.t. onroerende goederen is bijv. u.h.v. de wet vrijwel geheel uitgesloten (zie § 5.3.2).

lijkheid van een aantal vormen van voorwaardelijk beschikken tenminste betwist.⁷⁹ De rechtswetenschappelijke discussie dienaangaande zal mede voortvloeien uit het feit, dat (ook) het Zwitsers recht geen algemene wettelijke regeling kent ten aanzien van voorwaardelijke beschikkingshandelingen. Bovendien is ook de systematiek van een voorwaardelijk beschikken respectievelijk de verklaring van de goederenrechtelijke werking voor het Zwitsers recht duidelijk meer omstreden dan in bijvoorbeeld het Duitse recht.⁸⁰ Dat helpt uiteraard evenmin wat betreft een algehele aanvaarding van de mogelijkheid van voorwaardelijk beschikken. Voor zover een voorwaardelijk beschikken wordt aanvaard, geldt dat uiteraard ook voor de goederenrechtelijke werking van het intreden van de voorwaarde.⁸¹

DCFR

Blijkens art. VIII.-2:203 onderschrijft ook het DCFR de mogelijkheid van een overdracht onder ontbindende of opschortende voorwaarde.⁸² Het intreden van de voorwaarde heeft ook – de in de vorige paragraaf beschreven beperkte – goederenrechtelijk werking.

11.2 VERKLARING VAN DE GOEDERENRECHTELIJKE WERKING

11.2.1 Inleiding

In § 11.1.4 kwam ter sprake dat de goederenrechtelijke werking van zowel ontbindende als opschortende voorwaarden voor het Nederlands geldend recht niet ter discussie staat. Ook het begrip van de goederenrechtelijke werking – zowel werking tussen partijen als ten opzichte van derden – is deze voor beide aspecten onbetwist. De theoretische verklaring vóór die goederenrechtelijke werking is dat in het huidige Nederlandse recht daarentegen des te meer. In deze § 11.2 bestudeer ik deze sterk omstreden verklaring.

Zoals ik eerder aangaf, wijkt de benadering die ik daarbij zal hanteren enigszins af van de benadering, zoals deze in de literatuur met betrekking

79 Een duidelijk twistpunt is of ook ontbindend voorwaardelijk kan worden beschikt over roerende zaken (vóór die mogelijkheid: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 378; Staehelin 1993, p. 48. Afwijzend: Berger 2012, p. 260; Bucher 1988, p. 510). De mogelijkheid van cessie onder ontbindende voorwaarde is eveneens omstreden (in deze zin: Berger 2012, p. 260). Zie voor een uitgebreid overzicht van de literatuur: Peter 1994, p. 204, nt. 42.

80 Zie § 11.2.5.

81 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 381; Berger 2012, p. 266, 267; Huguenin e.a. 2008, p. 200, 201; Honsell 2008, p. 615, 622; Guhl/Koller 2000, p. 59, 62; Gutmans 1995, p. 11 (m.b.t. ontbindende voorwaarden); Peter 1994, o.m. p. 262 e.v.; Staehelin 1993, p. 17; Bucher 1988, p. 513, 514; Keller & Schöbi 1988, p. 109; Guhl 1944, p. 59; Becker 1941, p. 729 (m.b.t. ontbindende voorwaarden).

82 Het PECL bevat geen regels omtrent overgang van goederenrechtelijke rechten en derhalve ook niet omtrent eventuele voorwaardelijkheid daarvan.

tot dit onderwerp meestal wordt gehanteerd. Zoals ik zal verdedigen, valt een dergelijke verklaring die beide aspecten van de goederenrechtelijke werking zou omvatten voor het Nederlands geldend recht nauwelijks of niet te geven. De reden dat we deze stelling niet vaker in de literatuur tegenkomen, bestaat mijns inziens op de eerste plaats daaruit dat verscheidene factoren de huidige discussie sterk vertroebelen. Op de tweede plaats heeft de Nederlandse wetgever in het NBW – anders dan de Duitse en Zwitserse wetgevers in de respectievelijke wetboeken – niet de consequenties getrokken om tot een beide aspecten omvattende regeling te komen. Het zijn deze beide redenen die in mijn optiek ten grondslag liggen aan de zich voortslepende discussie ter zake de verklaring voor de goederenrechtelijke werking onder het NBW.

In § 11.2.2 zal ik de vijf elementen bespreken die met wisselend gewicht tezamen verantwoordelijk zijn voor de ondoorzichtigheid in de Nederlandse discussie. Vervolgens komen buiten een rechtstreeks verband met de onderzochte stelsels de vier voornaamste systemen aan bod waaruit de goederenrechtelijke werking zou worden verklaard, alsmede de kritiek op deze verklaringen. In de drie daarop volgende paragrafen volgt een nadere bestudering van deze verklaringen in de individuele stelsels. In § 11.2.7 komt bij wijze van intermezzo ter sprake dat de verschillende mogelijke verklaringen voor het Nederlands geldend recht wel degelijk op beperkte schaal leiden tot materiële verschillen. Vanzelfsprekend eindig ik deze paragraaf met mijn conclusies voor het geldend recht.

11.2.2 Vijf verstorende elementen in de Nederlandse discussie

11.2.2.1 *Geen duidelijk alternatief van de wetgever voor de terugwerkende kracht*

Onder de werking van het OBW werd de verklaring voor de goederenrechtelijke werking vaak gezien in de figuur van de terugwerkende kracht. Zoals ik in § 11.2.4 bespreek, was deze verklaring echter niet onbetwist en zeker niet als we tevens rekening houden met de vele varianten waarin de verschillende auteurs de terugwerkende kracht toepasten. In elk geval vanaf het einde van de negentiende eeuw vormde de terugwerkende kracht *grosso modo* niettemin wel de spil waarlangs het merendeel van de auteurs een verklaring zocht. Voor zover we geen probleem zien in het hanteren van een juridische fictie is de terugwerkende kracht ook een relatief sterke verklaringsgrond, althans voor wat betreft de *ontbindende* voorwaarde in combinatie met een causaal stelsel: beide aspecten van de goederenrechtelijke werking laten zich er, dankzij het

nooit aanwezig geacht worden van een titel, op zich uitstekend mee verklaren.⁸³ Het was dan ook zeker niet de systematiek als zodanig die Meijers deed besluiten de terugwerkende kracht van voorwaarden niet in het OM over te nemen, noch overigens het feit dat Meijers een probleem zou hebben gehad met het fictieve karakter daarvan.⁸⁴ De reden daarvoor ligt buiten het terrein van deze systematiek; aan de figuur van de terugwerkende kracht zijn, onverlet de goede verklaring die de terugwerkende kracht in het kader van de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden biedt, namelijk ook de in § 2.6.2.3 besproken lastig op te lossen problemen en nadelen verbonden.

Voor opschortende voorwaarden werd onder het OBW ook wel aansluiting gezocht bij de terugwerkende kracht. Zoals ik in § 11.2.3.2 bespreek, kan het verbinden van een opschortende voorwaarde aan de titel in de heersende opvattingen echter nauwelijks tot de bedoelde goederenrechtelijke gevolgen leiden. Voor zover de systematiek achter opschortend voorwaardelijke beschikkingen onder het OBW al aandacht kreeg – het merendeel van de auteurs richtte zich uitsluitend op ontbindend voorwaardelijke beschikkingen – werd de opschortende voorwaarde dan ook meestal verbonden aan de levering respectievelijk de goederenrechtelijke overeenkomst. Dit laatste vaak mét terugwerkende kracht van de voorwaarde, maar in de opvattingen van een redelijk aantal auteurs (eventueel) ook zónder.⁸⁵ Met name de variant zonder terugwerkende kracht leidt echter tot de in § 11.2.3.3 besproken systematische problemen bij de verklaring van het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van de opschortende voorwaarde. De systematiek van de levering onder opschortende voorwaarde vormde niettemin de onder het OBW meest aanvaarde verklaring voor de goederenrechtelijke werking van opschortende voorwaarden.

Wat er op deze plaats verder ook zij van de expliciete keuze om met art. 3:38 lid 2 BW de terugwerkende kracht in de ban te doen, de vraag is uiteraard welk alternatief de wetgever voor ogen stond. Dát de goederenrechtelijke werking ondanks het vervallen van de terugwerkende kracht ook bij de wetgever niet ter discussie stond, lijkt immers geen enkele twijfel.⁸⁶ Opvallend

83 Waarbij direct aangetekend zij dat slechts een vrij bescheiden deel van de literatuur ontbindende voorwaarden inderdaad aan de titel verbond. Minstens zo vaak werd deze gekoppeld aan de levering, zie § 11.2.4.

84 Bakels en Scheltema stellen dit dan ook ten onrechte (Scheltema 2003, p. 295; Bakels 1993, p. 73, 74). Zie hierover verder § 2.6.2.3.

85 Zie § 11.2.4.

86 Zie de in § 11.1.4 genoemde PG. In de literatuur is op dit in stand blijven van de goederenrechtelijke werking bij het vervallen van de terugwerkende kracht wel kritisch gereageerd. Brahn sprak bijv. van een 'wonderlijke constructie' (Brahn 1974, p. 5, 6, m.b.t. het reclame-recht). Daarbij wil ik aantekenen dat m.i. de terugwerkende kracht als figuur in feite veel verwonderlijker is: de bezwaarde hééft eigendom, maar met de wijsheid achteraf toch niet.

genoeg zijn echter noch de wet noch de PG bepaald helder omtrent dit alternatief.⁸⁷ We lopen de belangrijkste passages langs.

De TM bij art. 3:84 lid 4 BW stelt: 'Is een overeenkomst, die tot levering verplicht, onder voorwaarde aangegaan, dan is de bedoeling van partijen, dat ook de levering onder dezelfde voorwaarde geschiedt, []'.⁸⁸ In § 11.2.2.2 ga ik verder op deze wetsbepaling in, maar in het thans besproken verband kunnen we in elk geval vaststellen dat in Meijers' visie de *levering* voorwaardelijk is. Een eerste bevestiging van die benadering vinden we in de TM bij art. 6:22 BW: 'Wordt dus een onroerende zaak onder ontbindende voorwaarde geleverd, dan wordt de verkrijger eigenaar onder ontbindende voorwaarde, welke voorwaarde – zakelijk – werkt van de vervulling af'.⁸⁹ Een volgende bevestiging vinden we in de toelichting bij art. 3:38 BW, waar Meijers stelt dat 'met de vervulling der voorwaarde niet alleen het recht van hem [zal] verdwijnen, aan wie dit onder die voorwaarde is overgedragen, maar ook van allen, die hun recht van deze verkrijger afleiden, maar dit is een gevolg van de omstandigheid, dat wie een beperkt recht heeft, ook als regel niet meer recht aan derden kan overdragen, dan hij zelf heeft'.⁹⁰ Meijers doelde met het 'is overgedragen' eveneens op de levering,⁹¹ zodat ook in deze passage bij Meijers sprake is van voorwaardelijkheid van de levering.

Naar we uit hoofde van voormeld citaten echter tevens moeten aannemen, is het gevolg van een dergelijke voorwaardelijke levering dat de verkrijger een in goederenrechtelijke zin 'beperkte' gerechtigdheid verkrijgt. Dit laatste is in mijn optiek een lastig te verklaren stap. Het verkrijgen van een 'beperkte' gerechtigdheid uit hoofde van een aan de levering verbonden voorwaarde is een goocheltruc: hoe zou een aan de levering verbonden voorwaarde immers kunnen leiden tot een wijziging – 'beperking' – van hetgeen wordt overgedragen? Levering is immers een vereiste voor overdracht en geen wijze van juridische vormgeving van hetgeen wordt overgedragen.⁹² Ik ga in § 11.2.3.5 verder op deze kwestie in.

Wat er van deze in het kader van de gezochte verklaring wezenlijke vragen ook zij, we kunnen uit de benadering van Meijers als verwoord in de vorengeciteerde TM bij art. 3:38 BW wellicht nog iets anders afleiden: de beide aspec-

87 In gelijke zin: Scheltema 2003, p. 311; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 179, 180. Ik wijs met name ook op Scheltema's visie van de invloed van Wiarda's opvattingen op Meijers (Scheltema 2003, p. 252 e.v.). Ook Scheltema is bij gebrek aan een duidelijk verwoorde visie van Meijers resp. de TM gedwongen tot de nodige aannames v.w.b. de opvattingen van Meijers.

88 PG Boek 3, TM, p. 318.

89 PG Boek 6, TM, p. 146.

90 PG Boek 3, TM, p. 186.

91 Het onderscheid tussen de *levering* als handeling tussen partijen en de *overdracht* als gevolg daarvan werd (ook) in het OM nog niet gemaakt (Mijnssen & Schut 1982, p. 31; Mijnssen & Schut 1984, p. 62). Meijers hanteerde deze termen nog als synoniemen voor het huidige begrip 'levering'. Zie verder ook: PG Boek 3, VV II en MvA II, p. 307, 308.

92 Zie verder § 11.2.3.

ten van de goederenrechtelijke werking – werking tussen partijen en ten opzichte van derden – lijken in Meijers optiek hun grondslag te vinden in weliswaar samenhangende, maar onderling toch verschillende verklaringen. De werking tussen partijen lijkt in elk geval voort te vloeien uit de voorwaardelijke levering, terwijl uitsluitend de werking ten opzichte van derden door Meijers in de toelichting bij art. 3:38 BW expliciet wordt verbonden aan de beperkte gerechtigdheid. Een scheiding in verklaring tussen de beide aspecten van de goederenrechtelijke werking derhalve, zoals ook het Duitse en Zwitserse recht een dergelijke scheiding aanbrengen.⁹³ Daar staat tegenover dat de vorengeciteerde TM bij art. 6:22 BW weer in enige mate suggereert, dat óók de werking tussen partijen zou kunnen zijn gebaseerd op de beperkte gerechtigdheid van de verkrijger.⁹⁴ We zien derhalve in de TM een zekere tweeslachtigheid: de voorwaarde is in de visie van Meijers zonder meer verbonden aan de levering, maar de goederenrechtelijke werking lijkt vervolgens voor wat betreft de werking ten opzichte van derden – en misschien ook tussen partijen – voort te vloeien uit het feit dat het goed waarover is beschikt, beperkt of belast wordt door de voorwaarde.

Andere delen van de PG bieden evenmin al te stevige houvast. In de MvA bij art. 3:91 BW ter zake het eigendomsvoorbehoud – vormgegeven door middel van een opschortende voorwaarde – worden een aantal mogelijkheden voor de bedoelde overdracht onder opschortende voorwaarde besproken. De toelichting bij de uiteindelijke keuze is echter cryptisch: 'De derde mogelijkheid – die in het wetboek is gekozen – bestaat hierin dat men aanneemt dat [] het in dit geval voor de levering onder opschortende voorwaarde voldoende is dat de verkrijger de macht over de zaak verkrijgt die met een terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde correspondeert []'.⁹⁵ In de MvA bij afd. 6.1.5 komt de systematiek van een voorwaardelijk beschikken nogmaals ter sprake: 'Uit artikel 3.4.2.2 lid 4 [art. 3:84 lid 4 BW] volgt dat de vervulling van de voorwaarde wél zakelijke werking heeft. Wordt bijv. een zaak geleverd uit hoofde van een verbintenis onder ontbindende voorwaarde, dan vindt ingevolge deze bepaling de overdracht onder dezelfde ontbindende voorwaarde plaats en is de eigendom van de verkrijger aan dezelfde voorwaarde onderworpen, zodat door vervulling van de voorwaarde de eigendom van de verkrijger eindigt en de vervreemder wederom eigenaar wordt. Rechten op de zaak (eigendom of beperkte rechten), die derden intussen wellicht

93 Zie § 11.2.5.

94 Waarbij nogmaals zij opgemerkt dat ik er (overeenkomstig ik in § 1.2.2 stel) van uitga dat deze delen van de TM waarschijnlijk óf door Meijers zelf zijn opgesteld, óf door het Driemanschap zijn gebaseerd op de concepten van Meijers.

95 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1238. Het eerste door mij weggelaten gedeelte van de passage heeft uitsluitend betrekking op de specifieke problematiek van bezit 'onder' opschortende voorwaarde.

rechtstreeks of indirect aan de verkrijger hebben ontleend, eindigen eveneens [], waarna verwezen wordt naar de vorengeciteerde TM bij art. 3:38 BW.⁹⁶

Als we ervan uit mogen gaan dat in de laatstvermelde passage met 'overdracht' eveneens de levering is bedoeld,⁹⁷ vinden we derhalve in beide passages het door Meijers genoemde element van de voorwaardelijkheid van de levering. Daarnaast wordt wederom het door de voorwaarde beperkte eigendomsrecht genoemd, derhalve het goederenrechtelijke recht beperkt door of belast met de voorwaarde. Deze laatste benadering vinden we overigens tevens in het Rapport aan de Koningin.⁹⁸ In de voormelde MvA bestaat ook in zekere mate de suggestie dat deze voorwaardelijke eigendom de consequentie is van of tenminste samenhangt met de voorwaardelijke levering. Beide passages zijn op dit laatste punt echter weinig duidelijk. Wel gaat de MvA er zonder meer van uit dat óók de goederenrechtelijke werking *tussen partijen* voortvloeit uit het door de voorwaarde beperkte eigendomsrecht. Bij de vorenstaande bespreking van de TM bleek dat deze benadering niet meer dan een mogelijke interpretatie van Meijers' opvatting dienaangaande is.

Onverminderd dit laatste punt heeft het er derhalve alle schijn van dat de opvattingen in de voormelde MvA en het Rapport aan de Koningin in een lijn staan met de TM. Dit echter wellicht op twee wezenlijke punten na. Op de eerste plaats wordt in de MvA bij art. 3:84 lid 4 BW gesteld: 'Uit artikel 3.4.2.2 lid 4 *volgt* dat de vervulling van de voorwaarde wèl zakelijke werking heeft. Wordt bijv. een zaak geleverd uit hoofde van een verbintenis onder ontbindende voorwaarde, dan vindt *ingevolge* deze bepaling de overdracht onder dezelfde ontbindende voorwaarde plaats [cursivering HS]'.⁹⁹ En bij art. 6:265 BW vinden we: 'Dat de onderhavige ontbinding ook geen zakelijke werking heeft, *volgt, behalve uit het ontbreken van een bepaling als artikel 3.4.2.2 lid 4 voor de ontbindende voorwaarde*, ook uit artikel 6.5.4.14 [cursivering HS]'.¹⁰⁰ Van beide citaten gaat sterk de suggestie uit dat art. 3:84 lid 4 BW in de MvA wordt benaderd als zou daarin de wettelijke grondslag voor een voorwaardelijk beschikken zijn gelegen, waar we op grond van de benadering van Meijers echter sterk aan kunnen twijfelen. Ik kom daar in § 11.2.2.2 op terug.

Op de tweede plaats lijkt de wetgever in de hiervoor reeds genoemde MvA bij art. 3:91 alsmede in de MvA bij art. 6:161 lid 2 sub c BW (ter zake vermen-

⁹⁶ PG Boek 6, MvA II, p. 145.

⁹⁷ Als dat anders is – de *overdracht* vormt alsdan het huidige begrip van het resultaat bestaande uit de eigendomsovergang – zou in deze passage sprake zijn van een tournure bij de wetgever. Aanwijzingen dat de wetgever daar bewust voor koos, ontbreken in dit verband geheel.

⁹⁸ Daarin wordt gesteld: 'Zomin degene die slechts de aan een ontbindende voorwaarde gebonden eigendom van een zaak verkregen heeft, bevoegd is onvoorwaardelijke eigendom over te dragen, zomin is hij bevoegd een niet aan die voorwaarde gebonden beperkt zakelijk recht op de zaak te vestigen; []' (PG Boek 6, Rapport aan de Koningin, p. 151).

⁹⁹ PG Boek 6, MvA II, p. 145.

¹⁰⁰ PG Boek 6, MvA II, p. 1011.

ging van een vordering met de daar tegenoverstaande schuld) alsnog voor een afwijkende benadering te kiezen. Bij art. 3:91 BW wordt in verband met de opschortende voorwaardelijkheid van het eigendomsvoorbehoud aan het slot van de passage gesteld dat de leveringshandeling direct voltooid is en 'onmiddellijk een voorwaardelijk eigendomsrecht [doet] ontstaan'.¹⁰¹ Met andere woorden, ook de verwachter zou reeds vóór het intreden van de voorwaarde over een goederenrechtelijke gerechtigdheid beschikken. Interessant genoeg wordt deze benadering van de positie van de verwachter als een 'zakenrechtelijke positie' kort daarvoor in de MvA nog uitdrukkelijk ontkend.¹⁰² Ook in de PG ter zake het recht van reclame van art. 7:39 BW lijkt de directe gerechtigdheid van de koper onder eigendomsvoorbehoud te worden afgewezen.¹⁰³

In de MvA bij art. 6:161 BW vinden we een soortgelijke benadering: 'Ook in de bepaling sub c is de herlevingsconstructie verlaten. Ook hier kan zij tot misverstand leiden: zo zal bijv. degene die onder ontbindende voorwaarde een vordering aan een ander overdraagt, zelf een recht onder opschortende voorwaarde behouden.'¹⁰⁴ Met andere woorden, de aan de debiteur onder ontbindende voorwaarde overgedragen vordering blijft in de visie van de wetgever vooralsnog bestaan – er vindt derhalve (nog) geen vermenging plaats – omdat de oorspronkelijke crediteur respectievelijk cedent zélf een recht onder opschortende voorwaarde behoudt.¹⁰⁵ Dit recht onder opschortende voorwaarde kan niet anders dan een goederenrechtelijke gerechtigdheid zijn; een uitsluitend obligatoire verwachting van de crediteur respectievelijk verwachter zou immers nooit de verklaring kunnen vormen voor het vooralsnog uitblijven van de goederenrechtelijke gevolgen van vermenging aan de zijde van de debiteur respectievelijk bezwaarde. Dit zou betekenen dat zowel de bezwaarde (debiteur) als de verwachter (crediteur) beiden goederenrechtelijk gerechtigd zijn tot het goed (in dit geval de vordering). Ook al zegt de MvA

101 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1238. T.a.v. art. 3:92 BW vinden we in de MvA II Inv. passages die van deze zelfde systematiek van een directe goederenrechtelijke gerechtigdheid bij de bezwaarde uitgaan.

102 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1237.

103 In PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), VV II, p. 280 vinden we: 'De commissie was voorshands van oordeel dat het recht van reclame niet strookt met een eigendomsvoorbehoud; bij uitoefening van het recht van reclame wordt immers de eigendom *herkregen* [cursivering HS] (hetgeen impliceert dat de eigendom voor degene die het recht van reclame uitoefent verloren is gegaan), en voor degene die zich de eigendom heeft voorbehouden is de eigendom nu juist niet verloren gegaan'. I.e.g. blijkt nergens uit dat de verkrijger onder het eigendomsvoorbehoud een 'voorwaardelijk eigendomsrecht' zou hebben, hetgeen eventuele toepasselijkheid van het recht van reclame m.i. een stuk dichterbij zou hebben gebracht.

104 PG Boek 6, MvA II, p. 592, 593.

105 Let wel, in het OM was sprake van een 'herleven' van de verbintenis (zie artt 6.1.10.2 lid 2 OM) en derhalve niet van een gedurende de voorwaardelijkheid voortbestaan daarvan. Blijkens de voormelde MvA was het een bewuste keuze van de wetgever om deze systematiek te wijzigen, juist mede in verband met het door de wetgever gestelde recht onder opschortende voorwaarde van de verwachter.

het niet met zoveel woorden, iets anders dan een splitsing of deling van het goed tussen bezwaarde en verwachter uit hoofde van zowel een opschortende als een ontbindende voorwaarde kan hier niet in worden gezien. De wetgever hanteert derhalve op deze plaatsen in de PG een systematiek, waar we in de overige besproken delen van de PG geen aanwijzingen voor vinden.

Wat er echter ook van dat laatste zij, we kunnen in elk geval concluderen dat van enige verdere verduidelijking in de MvA van het in de TM gestelde geen sprake is. Met name de verhouding tussen de voorwaardelijkheid van de levering en de door de voorwaarde beperkte of belaste goederenrechtelijke gerechtigdheid dan wel de deling van het goed tussen bezwaarde en verwachter blijft in de PG met vragen omgeven. Dat is ook gedurende het wetgevingsproces niet onopgemerkt gebleven. In het advies van de Raad van State bij het ontwerp van art. 6:24 BW lezen we: 'Of zou men moeten aannemen, dat het zakelijk recht [het door de bezwaarde bij tussenbeschikking gevestigde recht, HS] onder dezelfde voorwaarde is gevestigd? De Raad kan niets vinden wat steun zou kunnen geven aan een bevestigend antwoord op deze vraag []'.¹⁰⁶ En even daarvoor concludeert de Raad van State: 'Het voor de vervulling der ontbindende voorwaarde deugdelijk gevestigde zakelijk recht blijft dus evenzeer in stand als de eigendom der tevoren verkregen vruchten; []'. In dat verband beschouwt de Raad van State het bij tussenbeschikking door de derde verkregen recht als een bezwaring die op grond van *persoonlijke* ongedaanmakingsverplichtingen door de bezwaarde ongedaan zou moeten worden gemaakt.¹⁰⁷

We zien derhalve dat de PG zeker geen helder antwoord biedt voor de verklaring van de goederenrechtelijke werking. De huidige discussies in de Nederlandse literatuur waarin de goederenrechtelijke werking haar verklaring vindt, kunnen dan ook voor een aanzienlijk deel herleid worden tot de PG. Zoals ik in § 11.2.4 zal bespreken, vormt de PG in die zin echter niet meer dan een voortzetting van de uiteenlopende opvattingen die in de literatuur onder het OBW leefden.

11.2.2.2 Art. 3:84 lid 4 BW in de systematiek van de goederenrechtelijke werking

Inleiding

In de rechtswetenschappelijke discussie omtrent de verklaring van de goederenrechtelijke werking neemt art. 3:84 lid 4 BW een bijzondere plaats in. Zonder twijfel blijkt uit deze wetsbepaling dat de wet een beschikken onder voorwaarde aanvaardt. De vraag is echter of deze bepaling ook de wettelijke *grondslag*

¹⁰⁶ PG Boek 6, advies RvS, p. 150, 151.

¹⁰⁷ De Minister bestrijdt deze gedachtengang van de RvS echter met het argument van de beperkte beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde (PG Boek 6, Rapport aan de Koningin, p. 151).

voor een voorwaardelijk beschikken omvat. Een zeer ruime meerderheid van de auteurs ziet – of lijkt dat tenminste te doen – in dit wetsartikel inderdaad een dergelijke grondslag, welke opvatting incidenteel ook in de jurisprudentie is te vinden.¹⁰⁸ Geheel onweersproken is deze benadering van art. 3:84 lid 4 BW echter niet.¹⁰⁹ Deze laatste kritische benadering van de opvatting dat de bedoelde wettelijke grondslag in dit wetsartikel zou zijn gelegen, is ook terecht. Althans, het heeft er alle schijn van dat de strekking van deze bepaling in de opvatting van Meijers – de bepaling heeft sinds het OM geen wijziging onder-

-
- 108 Abendroth 2014, p. 116 (en eerder: Abendroth 2013, p. 320); Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 172, 216, (m.n.) p. 219 en 220, 224, 265; Scheltema 2013, p. 160, 161 (en eerder: Scheltema 2003, p. 252, 313, 315, 320, 321, 355); Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 93 e.v.; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 346; Van Velten 2012, p. 33; Wessels 2012, p. 26; Reehuis 2010, p. 40, 58, 85 en 87 e.v.; Spath 2010, p. 81; Wibier & Smid 2009, p. 725; Vegter 2008-I, p. 169 (m.b.t. herroepelijke schenking); Boeve 2007b, p. 342; Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 40 (waarbij Faber de juistheid van de redactie echter betwist); Peter 2007, p. 137, 165 e.v.; Struycken 2007, p. 217, 552; Verstijlen 2007, p. 825; Sonneveldt & Vegter 2006, p. 631 (abusievelijk naar Boek 4 verwijzend); Zwolve 2006, p. 257, 272; Wolfert 2005, p. 455 (en eerder: Wolfert 2001, p. 27); (vermoedelijk) Haentjens 2004, p. 480; (vermoedelijk) Beekhoven van den Boezem 2003, p. 44; Van Mierlo 2002, p. 93; Wolfert 2001, p. 27; Van Swaaij 2000, p. 72 e.v.; Potjewijd 1998, p. 92 nt. 74; Van Hees 1997, p. 99, 105 e.v., 139; Zwemmer 1997, p. 12; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132, 133 (en eerder: Hartkamp 1991, p. 870); Huizink 1995, p. 502; Faber & Van Hees 1994, p. 193; Den Tonkelaar 1994, p. 79; (vermoedelijk) Wiersma 1994, p. 346; Bakels 1993, p. 97; Salomons 1993, p. 863; Verstappen 1993, p. 161; Zwitser 1993, p. 524, 530; Huijgen 1992, p. 135; Kortmann 1992, p. 199, 209; Nieskens-Isphording 1993, p. 563 (en eerder: Nieskens-Isphording 1992, p. 651; Nieskens-Isphording 1989, p. 73 nt. 11); Rank-Berenschot 1992b, p. 230; Holtman 1991, p. 456; Plomp 1990, p. 42; Van Straaten 1990, p. 47; Fesevur 1989, p. 118; Vriesendorp 1985, p. 30; Mijnsen & Schut 1984, p. 61, 62 (en eerder: Mijnsen & Schut 1982, p. 56); Mijnsen 1983b, p. 1229 (en eerder: Mijnsen 1981, p. 646); Van Buchem-Spapens 1986, p. 100 (en eerder: Van Buchem-Spapens 1982, p. 61); Hofmann/Van Opstall 1976, p. 402; Asser/Beekhuis 1957, p. 157.
- Hof Arnhem 14 maart 2006, NJF 2006, 366. In deze zin ook de toelichting bij het DCFR t.a.v. het Nederlandse recht: Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4708, 4720, 4721.
- A-G Franx verwijst voor het NBW eveneens naar art. 3:38 lid 1 BW (maar tévens naar 3:84 BW) in zijn conclusie bij HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745. Ook Aertsen noemt zowel art. 3:38 lid 1 als 3:84 lid 4 BW (Aertsen 2004, p. 130, 132). Houwer en Bruggink, Blokland, Mellema-Kranenburg, alsmede Verstappen zien de wettelijke grondslag in de combinatie van de artt. 6:22 jo 3:84 lid 4 BW (Houwer & Bruggink 2009, p. 179; Blokland 2007, p. 15; Mellema-Kranenburg 2004, p. 40; Verstappen in: Van Mourik e.a. 2011, p. 658). Deze auteurs vermelden de wettelijke grondslag van (ook) art. 6:22 BW allen in het kader van herroepelijke schenkingen. Daarvan gaat op z'n minst de suggestie uit dat zij zich vooral door de literatuur ter zake schenkingen hebben laten inspireren. Buiten de literatuur ter zake het schenkingsrecht vinden we art. 6:22 BW als deel van de wettelijke grondslag vrijwel niet. A-G Wattel baseert in zijn conclusie bij HR 5 december 2008, RN 2009, 13 buiten een geval van schenking de goederenrechtelijke werking echter eveneens op de artt. 6:22 jo 3:84 lid 4 BW.
- 109 Hijma & Olthoff 2008, p. 95 (Hijma en Olthoff plaatsen deze wetsbepaling uitsluitend in het kader van het wettelijk vermoeden dat onder voorwaarde wordt beschikt. Zie eerder ook: Olthof 1986, p. 39, 42 en weer eerder: Hijma & Olthof 1982, p. 260). Dat geldt ook voor een aantal andere auteurs: Zwitser 2013, p. 250 (en eerder: Zwitser 1993, p. 531, 532; Zwitser 1990, p. 39); Boeve 2007b, p. 342 (v.w.b. de opschortende voorwaarde); (vermoedelijk) Perrick 1992, p. 791; Holtman 1991, p. 456; (vermoedelijk) Den Dulk 1979, p. 132, 133.

gaan – een geheel andere was dan het creëren van een dergelijke wettelijke grondslag en uitsluitend bedoeld was om het hierna besproken wettelijke vermoeden te creëren.

Als we er daarentegen van uitgaan dat art. 3:84 lid 4 BW wel degelijk de in de wet verankerde grondslag is voor een voorwaardelijk beschikken respectievelijk de goederenrechtelijke werking, dan is de te beantwoorden vraag wat de in deze wetsbepaling neergelegde systematiek zou moeten zijn. Benaderd vanuit deze verwachting dat we alhier de systematiek van de goederenrechtelijke werking aantreffen, komen we echter nogal bedrogen uit. *Als* we in de redactie van de bepaling inderdaad de systematiek van de goederenrechtelijke werking proberen te lezen, lopen we in elk geval tegen verscheidene problemen aan. Op welke wijze zou bijvoorbeeld voorwaardelijkheid van de levering kunnen leiden tot voorwaardelijkheid van hetgeen wordt verkregen? Dit laatste zou volgen uit de letterlijke redactie van art. 3:84 lid 4 BW en wordt door een deel van de literatuur ook zonder verdere kritiek onderschreven, maar vormt mijns inziens een zeer discutabele systematiek.¹¹⁰ Een andere kwestie betreft de koppeling tussen de voorwaardelijkheid van de verbintenis en de daarop gebaseerde levering. De opgeschorte werking van een verbintenis uit hoofde van een opschortende voorwaarde zou volgens een deel van de literatuur de systematiek van art. 3:84 lid 4 BW bij opschortende voorwaarden in de weg staan.¹¹¹ Bij die benadering omvat art. 3:84 lid 4 BW derhalve uitsluitend de systematiek van een ontbindend voorwaardelijke overdracht en behoeft die voor opschortende voorwaardelijkheid aanpassing.

Bij de vorenbedoelde problemen spreekt het voor zich dat deze voortvloeien uit de interpretatie van de wetsbepaling als zou daarin de systematiek van de goederenrechtelijke werking zijn gelegen. Zelf wil ik echter verdedigen dat deze interpretatie van art. 3:84 lid 4 BW naar een strekking die deze in de bedoeling van Meijers en derhalve ook qua redactie eigenlijk niet heeft, de verwarring omtrent de systematiek van de goederenrechtelijke werking verder heeft helpen vergroten.

Onderstaand zal ik eerst de waarschijnlijke benadering van de wetsbepaling door Meijers bespreken en vervolgens de latere interpretatie in de PG. De interpretatie in de literatuur komt in § 11.2.6 ter sprake.

Meijers' benadering

De Toelichting bij art. 3:84 lid 4 BW is vrij duidelijk: 'Is een overeenkomst, die tot levering verplicht, onder voorwaarde aangegaan, dan is de bedoeling van

¹¹⁰ Zie verder § 11.2.3 en 11.2.6.

¹¹¹ Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 216; Boeve 2007b, p. 342; Asser/Mijnssen-De Haan 2001 3-1 2001, p. 180; (vermoedelijk) Mezas 1985, p. 3, nt. 10.

Auteurs die expliciet ook voor de opschortende voorwaarde art. 3:84 id 4 BW willen toepassen zijn: Van Hees 1997, p. 139; Vriesendorp 1985, p. 30; Asser/Beekhuis 1957, p. 157.

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'.¹¹² Een aantal zaken valt op. Op de eerste plaats blijkt uit de TM in het geheel niet dat Meijers de bepaling zou hebben bedoeld als wettelijke grondslag voor een voorwaardelijk beschikken. Meijers had uitsluitend een betekenis voor ogen waarbij in het geval ten tijde van de levering niet nogmaals expliciet onder voorwaarde gepresteerd zou worden, tóch een recht onder voorwaarde zou worden verkregen.¹¹³ Ook al wordt de term noch in de wetsbepaling noch in de TM genoemd, het lijdt daarmee eigenlijk geen twijfel dat Meijers de betekenis van de bepaling zag in het wettelijke *vermoeden* dat daaruit volgt. De geciteerde slotwoorden 'om kwesties dienaangaande te voorkomen' benadrukken dit nogmaals.

Voorop zij gesteld dat de redactie van art. 3:84 lid 4 BW ook in de vorenomschreven betekenis van een wettelijk vermoeden niet uitblinkt in duidelijkheid, met name niet indien we bij de interpretatie van het wetsartikel de voormelde TM buiten beschouwing zouden laten. Mét de TM in de hand kan daarentegen de bedoeling van Meijers met deze bepaling mijns inziens nauwelijks of niet anders worden geïnterpreteerd. De gedachte van Meijers ter zake een dergelijk vermoeden vinden we echter niet alleen in de TM, maar bestond bij hem reeds veel langer. Reeds in 1917 schreef Meijers: 'dat wanneer partijen bij een contract om te geven een ontbindende voorwaarde stellen, zij toch deze voorwaarde wel tevens bedoeld hebben als een ontbindende voorwaarde voor de levering. Reeds het Romeinsche recht stelde het vermoeden op, dat wanneer de oorzaak een voorwaardelijk karakter droeg, ook de daarop volgende rechtshandeling vermoed werd onder gelijke voorwaarde te zijn aangegaan. Dit vermoeden heeft ook in onze tegenwoordige maatschappij reden van bestaan'.¹¹⁴ Het kost weinig moeite om dit citaat in één lijn te plaatsen met de voormelde TM bij art. 3:84 lid 4 BW.

Vermeld moet worden dat het in 1917 door Meijers bedoelde vermoeden in de door hem voorgestane systematiek een enigszins andere functie had dan in het latere OM. Meijers verdedigde aanvankelijk voor het Nederlandse recht een abstract stelsel in plaats van het causale stelsel dat in het OM is opgenomen.

¹¹² PG Boek 3, TM, p. 318.

¹¹³ Zie bijv. PG Boek 6, TM, p. 149; PG Boek 6, TM, p. 152. In de TM bij art. 3:38 BW vinden we nog: 'Evenmin is sprake van terugwerkende kracht in de zin van het ontwerp, wanneer rechten onder een voorwaarde worden overgedragen, vergelijk artikel 3.4.2.2' (PG Boek 3, TM, p. 186). Dat Meijers een beschikken onder voorwaarde mogelijk achtte en die mogelijkheid ook terug zag in art. 3:84 lid 4 BW, lijdt dan ook geen twijfel. Dat hij met de voormelde zijdelingse verwijzing naar dit artikel zou hebben bedoeld, dat daarin wel degelijk ook de wettelijke grondslag voor een dergelijk voorwaardelijk beschikken zou zijn gelegen, komt mij uiterst onwaarschijnlijk voor.

¹¹⁴ Meijers 1917a, p. 23. Ook bij Beekhuis vinden we deze gedachte (Asser/Beekhuis 1957, p. 155).

In een abstract stelsel heeft het bedoelde (wettelijke) vermoeden een duidelijke functie. Bij een dergelijk stelsel staat er immers niets aan in de weg, om – ondanks het feit dat partijen overeenkwamen een goed onder voorwaarde te verschaffen – dit goed niettemin onvoorwaardelijk over te dragen. Een afwijking tussen de titel waaraan een voorwaarde is verbonden en de eventuele onvoorwaardelijkheid bij de levering blijft in een abstract stelsel immers zonder gevolg in die zin, dat de verkrijging in goederenrechtelijke zin onvoorwaardelijk is. Het door Meijers bedoelde vermoeden zou in een abstract stelsel alsnog het verband leggen tussen de voorwaardelijkheid verbonden aan de titel en de goederenrechtelijke verkrijging.¹¹⁵

In een causaal stelsel heeft een dergelijk vermoeden en daarmee ook art. 3:84 lid 4 BW als gezegd een enigszins andere functie. Een discrepantie tussen de titel die beoogd een goed onder voorwaarde over te dragen en een uiteindelijk onvoorwaardelijke overdracht blijft als uitgangspunt zonder gevolgen in die zin, dat het goed niet onvoorwaardelijk wordt verkregen. De titel vormt immers geen grondslag voor een onvoorwaardelijke verkrijging, maar uitsluitend voor een voorwaardelijke verkrijging. Of anders gezegd, voor de levering van een goed in onvoorwaardelijke zin ontbreekt de titel.¹¹⁶ De functie van het bedoelde vermoeden is dan ook in iets anders gelegen, namelijk dat partijen – indien zij de voorwaarde ten tijde van de levering niet expliciet herhalen – de bestaande verbintenis ten tijde van de levering niet stilzwijgend hebben gewijzigd in een grondslag tot levering van een onvoorwaardelijk recht.¹¹⁷

Het vorenomschreven verschil in functie van het bedoelde vermoeden in een abstract en in een causaal stelsel wordt door Meijers nergens genoemd. Niettemin ligt het sterk voor de hand dat, ook al bestaat in enige mate dit verschil in functie, Meijers' aanvankelijke idee omtrent een dergelijk vermoeden zijn

115 Het lijkt dan ook nauwelijks toeval dat de TM bij art. 6:24 BW (maar in het onderhavige verband m.b.t. art. 3:84 lid 4 BW) verwijst naar een tweetal *Duitse* handboeken (zie PG Boek 6, TM, p. 149, nt. 1). Duitsland kent immers een abstract stelsel.

116 Deze benadering vinden we ook in de PG (PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1235). Zie ook in deze zin: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 345, 346.

117 Waarbij ik overigens zou durven stellen dat een dergelijk uitgangspunt óók zou hebben gegolden zónder dat daar een wetbepaling aan zou zijn besteed. Zie in deze zin ook het Zwitserse recht, waar zonder een dergelijk wettelijk vermoeden eveneens wordt aangenomen dat een beschikken u.h.v. een (opschortend) voorwaardelijke verbintenis onder dezelfde voorwaarde plaatsvindt (Staehelin 1993, p. 25 (met verdere literatuurverwijzingen); Oser 1929, p. 691). Opvallend genoeg verdedigt Staehelin t.a.v. ontbindende voorwaarden echter anders (p. 46), hetgeen ik in het kader van het Zwitserse causale stelsel (dat ook door Staehelin in dit verband wordt genoemd) niet goed kan plaatsen. Snijders is voor het Nederlands geldend recht t.a.v. mijn vorenstaande conclusie voorzichtig: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 346.

weerslag heeft gekregen in art. 3:84 lid 4 BW.¹¹⁸ Voor zover de TM bovendien al een wettelijke grondslag voor een voorwaardelijk beschikken noemt, is dat art. 3:38 BW. In het kader van die wetsbepaling – derhalve in het verband van de voorwaardelijkheid van rechtshandelingen – stelt Meijers dat overdracht onder voorwaarde alsmede vestiging van beperkte rechten onder voorwaarde mogelijk is.¹¹⁹ Reeds daarmee zou een (tweede) wettelijke grondslag in art. 3:84 lid 4 BW in de opvattingen van Meijers weinig voor de hand liggen. Ik wil derhalve verdedigen dat Meijers, ondanks de enigszins ongelukkige redactie van deze laatste bepaling, in dit wetsartikel dan ook uitsluitend het voormelde wettelijke vermoeden heeft willen neerleggen. Van een wettelijke grondslag voor de goederenrechtelijke werking was in Meijers' opvatting in dit wetsartikel dan ook geen sprake.¹²⁰

De latere PG

De vorenomschreven benadering van art. 3:84 lid 4 BW als het bedoelde wettelijke vermoeden wordt in de latere PG nergens expliciet weersproken en incidenteel ook onderschreven.¹²¹ Zoals ik in § 11.2.2.1 echter reeds stelde, vinden we op tenminste drie plaatsen in de PG redelijk sterke aanwijzingen dat de wetgever de bepaling op enig moment alsnog ging beschouwen als de wettelijke grondslag voor een voorwaardelijk beschikken respectievelijk de goederenrechtelijke werking. Zo stelt de MvA dat uit art. 3:84 lid 4 *'volgt* dat de vervulling van de voorwaarde wèl zakelijke werking heeft. Wordt bijv. een zaak geleverd uit hoofde van een verbintenis onder ontbindende voorwaarde, dan vindt *ingevolge* deze bepaling de overdracht onder dezelfde ontbinden-

118 O.m. Van Swaaij ziet dit geheel anders (Van Swaaij 2000, p. 70 e.v.). Overeenkomstig een deel van de literatuur gaat hij ervan uit dat zonder een bepaling als art. 3:84 lid 4 BW (ontbindende) voorwaarden in het NBW geen goederenrechtelijke werking zouden hebben. Overeenkomstig het aanvankelijk door Meijers' verdedigde abstracte stelsel kan bij gebrek aan terugwerkende kracht de titel ook in het causale stelsel van het OM immers niet leiden tot goederenrechtelijke werking. In de visie van Van Swaaij heeft Meijers dáárom en in navolging van hetgeen hij in 1917 t.a.v. een abstract stelsel schreef (Meijers 1917a, p. 23) de bepaling in het OM opgenomen. Van Swaaij's stelling dat Meijers met deze bepaling beoogde een retro-levering (onder voorwaarde) van rechtswege aan de oorspronkelijke vervreemder te laten plaatsvinden (p. 73), komt mij overigens volstrekt onverdedigbaar voor.

119 PG Boek 3, TM, p. 185.

120 Struycken komt t.a.v. de bedoeling van Meijers tot dezelfde conclusie (Struycken 2007, p. 559). Scheltema is daarentegen abuis waar hij stelt dat de bepaling haar herkomst uit de gedachtewereld van het OBW verraaft, waar deze bepaling de suggestie zou wekken dat de goederenrechtelijke werking voortvloeit uit het overdrachtsmechanisme (Scheltema 2003, p. 320). Ook Zwolve is in die zin abuis waar hij stelt dat de regeling van art. 3:84 lid 4 BW haar verklaring vindt in het feit dat de wetgever de terugwerkende kracht van het OBW afschafte (Zwolve 2006, p. 270). Als gezegd was dit alles immers helemaal niet de strekking van de bepaling die Meijers voor ogen stond.

121 Zie de visie van de Minister (PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1235).

de voorwaarde plaats [cursivering HS]'.¹²² Op zich zouden we dit ook aldus kunnen interpreteren, dat in de visie van de wetgever *blijkens* art. 3:84 lid 4 BW voorwaarden goederenrechtelijke werking hebben. Op een dergelijke zuivere vaststelling van de wetgever dat (ook) uit deze wetsbepaling blijkt dat voorwaarden goederenrechtelijke werking hebben, zou weinig zijn af te dingen. Ik ben echter geneigd om de MvA aldus te interpreteren, dat de wetgever met 'ingevolge' een 'tengevolge van' bedoelde. Met andere woorden, de mogelijkheid van een voorwaardelijke overdracht zou volgens de MvA wel degelijk zijn wettelijke grondslag vinden in deze wetsbepaling.

Deze laatste interpretatie vindt sterke steun in de MvA bij art. 6:265 BW: 'Dat de onderhavige ontbinding ook geen zakelijke werking heeft, volgt, behalve uit het *ontbreken* van een bepaling als artikel 3.4.2.2 lid 4 voor de ontbindende voorwaarde, ook uit artikel 6.5.4.14 [cursivering HS]'.¹²³ Hierin kunnen we toch weinig anders lezen dan dat – blijkbaar – art. 3:84 lid 4 BW bij voorwaarden de essentiële functie vervult van wettelijke grondslag voor goederenrechtelijke werking. Immers, bij het ontbreken van een dergelijke bepaling ontbreekt klaarblijkelijk ook de goederenrechtelijke werking. Tot slot vinden we de voormelde benadering van art. 3:84 lid 4 BW ook nog herhaald in de PG bij art. 4:138 BW.¹²⁴ Reeds uit hoofde van de voormelde twee gedeelten van de MvA heeft het er derhalve alle schijn van dat de wetgever de betekenis van art. 3:84 lid 4 BW anders is gaan zien dan Meijers deed, waar de bij de inleiding vermelde literatuur in is gevolgd.¹²⁵

Bij het vorenstaande is de vaststelling van (ook) Struycken interessant dat de wetsbepaling bij de totstandkoming van het NBW weinig discussie heeft opgeleverd.¹²⁶ In verband met de volledig verschillende benaderingen van de bepaling door Meijers en in de latere PG is het echter de vraag waarom die discussie is uitgebleven. Ik kan dat niet anders verklaren dan dat de wijziging in interpretatie van het wetsartikel stilzwijgend en waarschijnlijk zelfs onbewust is verlopen – zie het ontbreken van enige latere betwisting van het door Meijers beoogde wettelijke vermoeden. Mijn veronderstelling is dat op enig moment behoefte werd gevoeld aan een duidelijker wettelijke grondslag voor de figuur van een voorwaardelijk beschikken en in dat verband art. 3:84 lid 4 BW werd 'gevonden'. Echter, een weinig gelukkige vondst. De

¹²² PG Boek 6, MvA II, p. 145.

¹²³ PG Boek 6, MvA II, p. 1011. Dat de PG bij art. 6:265 BW uitsluitend van de ontbindende en niet van de opschortende voorwaarde spreekt is in die zin begrijpelijk, dat hier de vergelijking met de ontbinding wegens een tekortschieten wordt getrokken.

¹²⁴ PG Boek 4, MvA II, p. 814.

¹²⁵ Wellicht dat we de MvA bij art. 3:91 BW overigens ook in deze gewijzigde betekenis moeten plaatsen. De MvA stelt: 'Wel volgt deze mogelijkheid [van overdracht onder opschortende voorwaarde, HS] reeds uit de artikelen 3.2.5 en 2.4.2.2 lid 4 BW' (PG Boek 3, MvA II, p. 388). Hier wordt echter ook naar art. 3:38 BW verwezen, hetgeen die gewijzigde benadering weer minder waarschijnlijk maakt.

¹²⁶ Struycken 2007, p. 218. Van enige wezenlijke discussie is ook mij niet gebleken.

herinterpretatie van de wetsbepaling is namelijk niet zonder gevolgen gebleven in het verband van de complexiteit van de discussie omtrent de verklaring van de goederenrechtelijke werking. Zodra we er immers van uitgaan dát art. 3:84 lid 4 BW de grondslag voor en zelfs de systematiek van een voorwaardelijk beschikken en de goederenrechtelijke werking omvat, lopen we tegen de grenzen van de redactie van het wetsartikel aan. Een redactie die, als gezegd, door Meijers helemaal niet als zodanig was bedoeld om die systematiek te omvatten, maar waar in de moderne literatuur wél consequenties voor die systematiek uit worden afgeleid.¹²⁷

11.2.2.3 *Twee aspecten van goederenrechtelijke werking, één verklaring?*

In § 11.1.3 kwam ter sprake dat de goederenrechtelijke werking in ieder geval twee aspecten omvat: de werking tussen partijen en de werking ten opzichte van derden die gedurende de periode van onzekerheid van de bezwaarde rechten op het goed hebben verkregen. De terugwerkende kracht onder het OBW vormde als verklaring voor deze *beide* aspecten van goederenrechtelijke werking op zich een – in elk geval voor ontbindende voorwaarden – zonder meer goede systematiek. Immers, in een causaal stelsel verklaart deze zowel de werking tussen partijen als de werking ten opzichte van derden.¹²⁸ Aangevend zij reeds op deze plaats dat de in deze systematiek gelegen fictie ook vervangen zou kunnen worden door de fictie ‘voorwaarden hebben goederenrechtelijke werking’, waaruit het relatieve van de terugwerkende kracht als daadwerkelijke ‘systematiek’ blijkt.

Dit uitgangspunt – twee aspecten van goederenrechtelijke werking, één verklaring – vormt nog steeds de benadering in de Nederlandse literatuur. Met andere woorden, een verklaring die slechts één van beide aspecten zou omvatten, voldoet in deze benadering niet. Zoals ik echter in de § 11.2.6 verder zal betogen, is een dergelijke benadering in het NBW niet goed houdbaar. De werking tussen partijen laat zich bij het ontbreken van terugwerkende kracht namelijk nog het beste verklaren uit de voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste. De werking ten opzichte van derden laat zich daarentegen bij het ontbreken van terugwerkende kracht deels verklaren uit een goederenrechtelijke ‘bezwarende’ van het goed met de voorwaarde, maar juist niet uit

127 Ik noem enkele voorbeelden. Van Hees verdedigt o.b.v. art. 3:84 lid 4 BW dat de wet bij een overdracht onder voorwaarde uitgaat van een gesplitst eigendomsrecht (Van Hees 1997, p. 98 e.v.). Van Swaaij stelt dat art. 3:84 lid 4 BW de fictie van een retro-overdracht behelst voor het geval de overeengekomen ontbindende voorwaarde intreedt (Van Swaaij 2000, p. 73). Dit laatste kan ik overigens met de beste wil niet in de bepaling lezen. In verband met de opgeschorte werking van opschortende voorwaarden en de daaruit voortvloeiende – veronderstelde – onwerkzaamheid van de titel, zou de bepaling geen toepassing kunnen vinden bij een opschortend voorwaardelijke verbintenis tot levering (zie hiervoor in deze paragraaf).

128 Zie § 11.2.3.

voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste. Van eenzelfde afdoende verklaring voor beide aspecten is derhalve geen sprake, onverminderd het feit dat de verklaring van het verval van tussenbeschikkingen hoe dan ook lastig is.¹²⁹ Bij de in § 11.2.2.1 besproken opvattingen van de wetgever voor een alternatief voor de terugwerkende kracht lezen we niettemin tussen de regels door, dat de wetgever in feite eveneens naar een dergelijke 'dubbele' verklaring zocht binnen een en dezelfde systematiek: de levering onder voorwaarde die zou leiden tot verkrijging van een *beperkte* of *belaste* gerechtigdheid. Een systematiek derhalve die met het ene been in de voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste zou staan en met het andere in de voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid. De crux bij een dergelijke benadering wordt daarbij gevormd door de – ook door de wetgever onbesproken – vraag hoe de voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste kan leiden tot een in goederenrechtelijke zin met de voorwaarde *belast* goed.

Mijn vorenstaande opvatting dat de beide aspecten van de goederenrechtelijke werking buiten een systeem van terugwerkende kracht geen eensluidende verklaring (kunnen) hebben, vinden we ook in het Duitse en Zwitserse recht. Beide rechtssystemen kennen evenmin een systematiek van goederenrechtelijk werkende terugwerkende kracht.¹³⁰ Het is dan ook allesbehalve toeval dat de Duitse en voor een wezenlijk deel ook de Zwitserse rechtsleer onderscheid maken tussen de verklaringen voor deze beide aspecten. De werking tussen partijen wordt verklaard uit de voorwaardelijkheid van de levering, waaruit echter niet de werking ten opzichte van derden wordt afgeleid. Dit laatste geschiedt bij gebrek aan beter door middel van wetsduiding: § 161 BGB en art. 152 III OR. Reeds uit deze wetsbepalingen vloeit voort dat beide wetgevers onderkennen, dat een verklaring voor de werking tussen partijen nog geen verklaring voor de werking ten opzichte van derden behelst.

De zoektocht in de Nederlandse literatuur naar één en dezelfde verklaring voor beide aspecten laat zich begrijpelijkerwijs mede daaruit verklaren, dat het NBW geen met deze § 161 BGB en art. 152 III OR overeenstemmende bepalingen kent. Of anders gezegd, de rechtsliteratuur ziet zich daarmee gedwongen een verklaring te vinden die inderdaad beide aspecten zou omvatten. Daarnaast ligt in zekere mate voor de hand dat waar ook onder het OBW veelal het uitgangspunt was dat dezelfde verklaring de gehele goederenrechtelijke werking verklaarde, men onder het NBW wederom op zoek ging naar een dergelijke alomvattende verklaring. Dit – zoals ik in § 11.2.3 zal verdedigen

129 Dit laatste is ook door RvS geconstateerd, op grond waarvan de Raad het vervallen van de terugwerkende kracht aan de wetgever in heroverweging geeft (PG Boek 6, advies RvS, p. 150).

130 Hetgeen voor het Zwitsers recht onverlet laat dat onduidelijk blijft of partijen niet toch terugwerkende kracht met goederenrechtelijk effect overeen kunnen komen, zie § 2.6.2.5.

niet mogelijke – uitgangspunt vormt eveneens een complicerende factor in de Nederlandse discussie.

11.2.2.4 *Twee soorten voorwaarden, één verklaring?*

Een volgende in zekere mate complicerende factor bij de zoektocht naar de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van voorwaarden is gelegen in het feit dat voorwaarden twee vormen kennen: ontbindend of opschortend. In § 11.2.4 zullen we zien dat onder het OBW tussen deze beide vormen incidenteel wel verschil in aanvaarding van de goederenrechtelijke werking bestond. Dat neemt niet weg dat de goederenrechtelijke werking van beide soorten voorwaarden reeds onder het OBW werd en zeker voor het geldend recht (zeer) breed wordt aanvaard.

De gedachte dat ook de verklaring van de goederenrechtelijke werking voor ontbindende en opschortende voorwaarden hetzelfde zou moeten zijn, ligt in redelijke mate voor de hand. Dat is geen noodzakelijkheid, maar als uitgangspunt bij de zoektocht naar die verklaring valt er veel voor te zeggen, al was het maar uit een oogpunt van complexiteit. Het hanteren van onderling verschillende systemen voor wat veelal als spiegelbeeldige figuren wordt beschouwd, maakt de zaken immers nog ingewikkelder dan zij al zijn. Daarnaast is niet uit te sluiten dat onderling verschillende verklaringen onbedoeld en waarschijnlijk ook ongewenst tot verschillende consequenties leiden.¹³¹ Dit laat onverlet dat sommige auteurs zich genoodzaakt zien ten aanzien van beide soorten voorwaarden (deels) verschillende verklaringen te hanteren. Dit betreft met name die auteurs die de voorwaardelijkheid koppelen aan de verbintenis die de grondslag voor de beschikking vormt en die tegelijkertijd de mogelijkheid van nakoming van een verbintenis onder opschortende voorwaarde afwijzen.¹³²

Bij de bespreking van de goederenrechtelijke werking in de PG en literatuur doet zich in dit verband tevens een praktisch probleem voor: vaak is niet zonder meer duidelijk of hetgeen wordt besproken al dan niet betrekking heeft op beide vormen van voorwaarden. Zo wordt meestal uitgegaan van een beschikken onder ontbindende voorwaarde, waarbij het enigszins onzeker blijft of de verdedigde opvatting tevens toepassing kan vinden op opschortende voorwaarden. Soms is dat uitdrukkelijk niet het geval. Vaker roept echter de gevolgde redenering de vraag op of deze wel toepassing kán vinden op de spiegelbeeldige voorwaarde. Ook hierin is een – beperkte – complicerende factor gelegen.

¹³¹ Zie § 11.2.7 m.b.t. de mogelijke materiële consequenties van verschillende verklaringen.

¹³² Zie verder hoofdstuk 3 (m.n. § 3.2.3) en § 11.2.6. In dit verband wordt ook de toepasselijkheid of zelfs juistheid van art. 3:84 lid 4 BW – als de (onterecht) veronderstelde grondslag voor een voorwaardelijk beschikken – afgewezen.

Gezien zowel de in mijn optiek bestaande ongewenstheid van onderling verschillende verklaringen als het feit dat vaak onduidelijk is of de verdedigde opvattingen op beide soorten voorwaarden betrekking hebben, bespreek ik in dit hoofdstuk beide soorten voorwaarden dan ook zoveel mogelijk tezamen.

11.2.2.5 Een alternatief voor een onder het OBW ontbrekende systematiek

De laatste vertroebelende factor in de huidige Nederlandse discussie vindt zijn wortels in het verleden. Hiervoor kwam reeds ter sprake dat met de invoering van het NBW de zoektocht begon naar een alternatief voor de systematiek voor de goederenrechtelijke werking zoals deze onder het OBW van kracht zou zijn geweest. Deze laatste zou in de visies van moderne auteurs in elk geval bij ontbindende voorwaarden zijn gevormd door de terugwerkende kracht, met name door middel van het daaruit afgeleide algehele verval van de titel.¹³³ Van die benadering gaat sterk de suggestie uit dat onder het OBW een breed aanvaarde systematiek zou hebben bestaan.

De gedachte dat het OBW een dergelijke breed aanvaarde systematiek kende, is echter niet terecht. Weliswaar vormde de terugwerkende kracht bij een aanzienlijk deel van de auteurs inderdaad de kern waar de goederenrechtelijke werking uit werd verklaard, maar de verdere – essentiële – uitwerking daarvan verschilde tussen de individuele auteurs sterk.¹³⁴ De huidige benadering dat we door de overgang van het OBW naar het NBW plots op zoek moesten naar een alternatief voor een tot dan toe breed aanvaarde systematiek, is daarmee eveneens onterecht. De discussies zijn uiteraard wel gewijzigd in die zin, dat de terugwerkende kracht geen onderdeel meer kan vormen van welke verdere verklaring dan ook. Dat neemt echter niet weg dat de verklaring van de goederenrechtelijke werking sinds zeer lange tijd in het Nederlandse recht (sterk) omstreden is. Met andere woorden, de huidige situatie waarin de inhoud van die verklaring onduidelijk is, is niets anders dan de voortzetting van een reeds lang bestaande situatie.

133 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 225; Zwitser 2013, p. 250, 256; Reehuis 2010, p. 88; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 139 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132); Scheltema 2003, p. 262; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 187; Den Tonkelaar 1994, p. 86, 92. Bij Van Velten vinden we dit impliciet, waar hij stelt dat t.g.v. het ontbreken van terugwerkende kracht de goederenrechtelijke werking van (ontbindende) voorwaarden moeizaam in het Nederlandse stelsel is onder te brengen (Van Velten 2012, p. 33).

134 Zie § 11.2.4.

11.2.3 Vier systemen, vier problemen

11.2.3.1 Inleiding

In § 11.2.4 en verder bespreek ik de verschillende verklaringen van respectievelijk verdedigde systemen voor de goederenrechtelijke werking in de onderzochte stelsels. Zoals daarbij zal blijken, werd voor het OBW en wordt voor het Nederlands geldend recht een groot aantal varianten verdedigd met betrekking tot die verklaring. In elk geval voor het NBW zullen de verschillende in § 11.2.2 besproken elementen deels debet zijn aan deze hoeveelheid varianten. Daarnaast vindt dit grote aantal varianten waarschijnlijk ook daarin zijn grondslag, dat lang niet alle auteurs een omvattende verklaring verdedigen voor de gezamenlijke vier situaties van ontbindende of opschortende voorwaardelijkheid in combinatie met enerzijds de werking tussen partijen en anderzijds de werking ten opzichte van derden. Deze benadering in een groot deel van de literatuur van slechts een of enkele van de bedoelde vier situaties maakt het namelijk mogelijk varianten – voor de desbetreffende, door een bepaalde auteur besproken situatie op zich terecht – als verklaring te verdedigen, die op andere van de bedoelde vier situaties slecht toepasbaar zijn.

Het is een open deur om te stellen dat de omvang van de te onderscheiden verklaringen de inzichtelijkheid van de discussie niet ten goede komt. Dit grote aantal varianten in de verklaring van de goederenrechtelijke werking neemt echter niet weg, dat we voor de gezamenlijke onderzochte stelsels op hoofdlijnen vier systemen kunnen onderscheiden.¹³⁵ Vier systemen die echter ieder hun beperkingen kennen. In deze paragraaf zal ik als inleiding op de volgende paragrafen – en met name om zoveel mogelijk te voorkomen dat we ten gevolge van het nauwelijks te overziene aantal varianten door de bomen het bos niet meer zien – deze vier systemen bespreken. Daarbij komt tevens ter sprake waarom geen van deze systemen kan worden beschouwd als zaligmakend.

11.2.3.2 Voorwaardelijkheid van de titel met terugwerkende kracht

Eén van de onder het OBW verdedigde systemen betrof de voorwaardelijkheid van de titel, waarbij het intreden van de voorwaarde terugwerkende kracht

¹³⁵ Scheltema ziet drie limitatieve mogelijkheden waarop een *ontbindende* voorwaarde goederenrechtelijk effect kan hebben: het eigendomsrecht zelf is van de ontbindende voorwaarde afhankelijk, de ontbindende voorwaarde bewerkstelligt automatisch (ex nunc) een nieuwe eigendomsoverdracht (derhalve een retro-overdracht) of de oorspronkelijke eigendomsoverdracht zelf wordt (ex tunc) aangetast (Scheltema 2003, p. 82, 83). V.w.b. dit laatste ‘terugdraaien’ van de overdracht onderscheid ik zelf twee verschillende systemen, waarmee ik dan ook op vier te bespreken mogelijkheden kom.

had.¹³⁶ Het intreden van een *ontbindende* voorwaarde leidt ten gevolge van de terugwerkende kracht alsdan tot verval van de titel reeds ten tijde van de levering. Daarmee is de overdracht ten tijde van die levering derhalve (alsnog) zonder rechtsgrond geschiedt, hetgeen in een causaal stelsel tot gevolg heeft dat de overdracht nooit tot stand is gekomen. De goederenrechtelijke werking tussen partijen laat zich derhalve aldus verklaren, dat bij gebrek aan een (geldige) titel de rechtsovergang niet kán hebben plaatsgevonden. Het verval van de gevolgen van eventuele tussenbeschikkingen verricht door de bezwaarde – derhalve de werking ten opzichte van derden – vloeit voort uit de beschikkingsonbevoegdheid van deze bezwaarde, nu hij ten tijde van de tussenbeschikking (alsnog) geen eigenaar blijkt te zijn geweest.¹³⁷ Met andere woorden, de gevolgen van de tussenbeschikking vervallen uit hoofde van het ‘nemo plus’-beginsel.¹³⁸ Zoals ik eerder stelde vormt een dergelijke systematiek in een causaal stelsel bij ontbindende voorwaarden als zodanig een goede verklaring voor de goederenrechtelijke werking.

Deze inzichtelijke systematiek kent echter drie zwakke plekken van geheel verschillende aard. Op de eerste plaats leidt de terugwerkende kracht tot tal van onbedoelde en ongewenste neveneffecten.¹³⁹ Dit aanzienlijke nadeel van terugwerkende kracht werd reeds onder het OBW erkend en vormde voor Meijers de reden om de figuur van de terugwerkende kracht in het NBW in de ban te doen. Weliswaar heeft dit nadeel geen betrekking op de systematiek als zodanig, maar het gewicht ervan moeten we allesbehalve onderschatten. De gemaakte keuze voor het laten vervallen van de terugwerkende kracht is in mijn optiek dan ook alleszins verdedigbaar.

Op de tweede plaats leent terugwerkende kracht bij voorwaardelijkheid van de titel zich slecht voor toepassing bij *opschortende* voorwaarden. Zowel onder het OBW als het NBW wordt er namelijk veelal van uitgegaan dat een verbintenis onder opschortende voorwaarde ten gevolge van de opgeschorte werking niet verschuldigd kán worden nagekomen.¹⁴⁰ Weliswaar zou dit ‘gebrek’ aan de titel door de terugwerkende kracht bij het intreden van de opschortende voorwaarde worden geheeld, maar tot dat (eventuele) moment is de aanvankelijke levering aan de verwachter in een causaal stelsel op niets gestoeld. Vermoedelijk – het komt bij geen enkele auteur expliciet ter sprake – is hierin de reden gelegen dat de goederenrechtelijke werking van opschor-

136 Anders dan heden ten dage soms wordt aangenomen, vormde deze systematiek niet dé verklaring onder het OBW, ook niet in de periode na 1950. Zie § 11.2.4.

137 Dit is overigens de systematiek die voor bijv. het Belgisch recht nog steeds toepassing vindt, zie: Jansen 2009, p. 378.

138 Zie in deze zin bijv. Diephuis die stelde dat de bezwaarde ‘geen vaster regt kon overdragen dan hij zelf had, of waarover hij kon beschikken’ (Diephuis 1886, p. 271).

139 Zie § 2.6.2.3. Deze ongewenste effecten zijn met het nodige creativiteit in de rechtspraak i.e.g. voor een deel opgelost, maar dat leidde soms op zijn beurt weer tot een wat wankelende systematiek.

140 Zie § 3.1.3.1. Een opvatting die ik zelf overigens ten zeerste betwist, zie m.n. § 3.4.

tende voorwaarden onder het OBW merendeels wordt verklaard uit de in § 11.2.3.2 en 11.2.3.3 te bespreken systemen. Daarmee is tevens gegeven dat de verklaring voor de goederenrechtelijke werking tussen ontbindende en opschortende voorwaarden inhoudelijk zou verschillen, hetgeen ik in § 11.2.2.4 als ongewenst beschouwde.

Een laatste zwakte van de terugwerkende kracht is dat deze eigenlijk helemaal geen daadwerkelijke systematiek vormt. Deze 'grondslag' voor het goederenrechtelijke effect van voorwaarden is immers een op de wet gebaseerde fictie.¹⁴¹ Of anders gezegd, de terugwerkende kracht vormt uitsluitend dankzij de wet de 'verklaring' voor de goederenrechtelijke werking. Dat betekent dat deze fictie met gelijkblijvend effect vervangen kan worden door welke wetsduiding dan ook. Een nieuw art. 3:38 lid 3 BW luidende: 'De vervulling van een voorwaarde na een voorafgaand beschikken onder diezelfde voorwaarde heeft goederenrechtelijke werking' vormt derhalve evenveel een verklaring voor goederenrechtelijke werking als de terugwerkende kracht doet.

11.2.3.3 Voorwaardelijkheid van de levering mét en zónder terugwerkende kracht

Het tweede systeem bestaat uit de voorwaardelijkheid van de levering. Een systematiek zoals het Duitse recht en een deel van de Zwitserse literatuur die hanteren en die ook door een deel van de literatuur onder het OBW en het NBW werd respectievelijk wordt verdedigd. Meestal wordt de voorwaarde daarbij specifiek verbonden aan de goederenrechtelijke overeenkomst. Omdat voorwaarden aan rechtshandelingen worden verbonden en de leveringshandeling buiten de goederenrechtelijke overeenkomst nogal eens als een uitsluitend feitelijke handeling wordt beschouwd, is dit laatste in die zin ook begrijpelijk.

De goederenrechtelijke werking tussen *partijen* laat zich met een dergelijke systematiek redelijk verklaren. Bij opschortende voorwaarden 'werkt' de levering pas met het intreden van die voorwaarde of heeft deze ingeval van terugwerkende kracht werking gehad vanaf het moment van de leveringshandeling. Bij ontbindende voorwaarden vervalt (het gevolg van) de aanvankelijke levering alsnog, hetgeen bij terugwerkende kracht eveneens goed verdedigbaar is. Bij het *ontbreken* van terugwerkende kracht wordt dit effect bij ontbindende voorwaarden al enigszins lastiger, omdat het alsdan veronderstelt dat de levering of tenminste de goederenrechtelijke overeenkomst in zijn effecten nog steeds voortbestaat.¹⁴² Met wat goede wil is die hobbel echter nog wel te nemen.

141 Het is in mijn optiek dan ook treffend dat Scheltema, die de terugwerkende kracht als de beste verklaring voor de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden beschouwt, als enige mij bekende auteur het fictieve karakter van de terugwerkende kracht ontkent (Scheltema 2003, p. 295).

142 Zie in een dergelijke zin voor het Zwitsers recht ook Staehelin (Staehelin 1993, p. 44).

Veel moeilijker is het tweede aspect van de goederenrechtelijke werking: de werking ten opzichte van *derden* oftewel het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen. Onverminderd de voorwaardelijkheid van de levering is of wordt de bezwaarde namelijk enig rechthebbende van het geleverde goed. Voor zover we niet het systeem hanteren waarbij het door de bezwaarde gehouden goed tevens in goederenrechtelijk opzicht is 'belast' door de voorwaarde, is de bezwaarde gedurende de periode van onzekerheid daarmee volledig beschikkingsbevoegd ten aanzien van dat goed. Een beschikking ten behoeve van derden is daarmee blijvend van aard in die zin, dat de systematiek er zonder terugwerkende kracht niet toe leidt dat (de gevolgen van) die beschikking bij het intreden van de voorwaarde alsnog vervallen. Terugwerkende kracht zou weer wél tot dat effect leiden; onder het OBW vinden we de voorwaardelijkheid van de levering in combinatie met terugwerkende kracht dan ook vrij veel verdedigd. De ongewenste neveneffecten van terugwerkende kracht gelden alsdan echter onverminderd.

Zoals we in § 11.2.5 zullen zien, hanteren ook het Duitse en Zwitserse recht deze systematiek van de voorwaardelijkheid van de levering respectievelijk goederenrechtelijke overeenkomst, echter zonder terugwerkende kracht. In dit laatste is dan ook de reden gelegen dat de Duitse en Zwitserse wetgevers voor wat betreft het aspect van de – uit hoofde van die systematiek ontbrekende – derdenwerking de eerder genoemde § 161 BGB en art. 152 III OR hebben gecreëerd. De daarin gelegen wetsduiding ondervangt daarbij hetgeen niet uit de systematiek voortvloeit, waardoor het intreden van een voorwaarde alsnog leidt tot verval van de intussen door derden verkregen rechten.

11.2.3.4 Overdracht gevolgd door een voorwaardelijke retro-levering

Een derde systematiek betreft de onvoorwaardelijke overdracht aan de bezwaarde, waarbij direct na de aanvankelijke levering aan de bezwaarde een retro-levering aan de verwachter (oorspronkelijke vervreemder) plaatsvindt onder opschortende voorwaarde. Er is derhalve sprake van twee leveringen, waarbij slechts de tweede – opschortend – voorwaardelijk is. Met de figuur als zodanig wordt echter invulling gegeven aan een ontbindende voorwaardelijkheid van de rechtsverhouding. Beoogd is namelijk de oorspronkelijke vervreemder bij het intreden van de ontbindende voorwaarde wederom eigenaar te laten worden. Zoals ik nog zal bespreken, is dit de systematiek die door het DCFR ten aanzien van ontbindende voorwaarden wordt gevolgd en die ook in het Romeinse recht bekend zou zijn geweest.¹⁴³ Onder het OBW werd een dergelijke systematiek eveneens wel verwoord.¹⁴⁴ De moderne Nederlandse literatuur kent met Van Swaaij één verdediger.¹⁴⁵

143 In deze zin: Scheltema 2003, p. 40 e.v., 95, 96.

144 Opzoomer 1879a, dl. V, p. 123, 124 (echter afwijzend); Van Proosdij 1917, p. 11, 12.

145 Van Swaaij 2000, p. 70, 145.

Het spreekt voor zich dat voren omschreven systematiek van een retro-levering naar zijn aard betrekking heeft op voorwaardelijke beschikkingen onder *ontbindende* voorwaarde. In feite worden echter de twee varianten van een ontbindend en een opschortend voorwaardelijk beschikken gereduceerd tot de variant van een opschortend voorwaardelijk beschikken.¹⁴⁶ Daarmee behoeft ook uitsluitend een opschortend voorwaardelijk beschikken nog een verklaring voor de goederenrechtelijke werking. In zekere zin is daarin ook het eerste probleem gelegen; uit deze systematiek alleen volgt niet waarom opschortende voorwaarden goederenrechtelijke werking zouden hebben. Dit laatste vraagt nog steeds om een additionele verklaring.

Een tweede probleem bestaat daaruit dat de verkrijging door de bezwaarde in goederenrechtelijke zin niet direct voorwaardelijk is. Pas ten gevolge van de direct aansluitende retro-overdracht onder voorwaarde gebeurt dat. Daarmee bestaat een probleem indien de verkrijger reeds bij voorbaat over het goed zou hebben beschikt. Deze eerdere beschikking bij voorbaat zal alsdan in de normale systematiek 'voorgaan' op de retro-overdracht aan de vervreemder. Wetsduiding daargelaten kan ik niet beredeneren hoe dit in een systematiek waarbij onder voorwaarde teruggeleverd wordt anders zou kunnen zijn.¹⁴⁷

Een volgende kwestie betreft de wijze van teruglevering. Voor zover ten aanzien van de levering namelijk aan bepaalde formaliteiten moet worden voldaan – akte, inschrijving in registers, mededeling – zullen partijen deze ook daadwerkelijk moeten naleven.¹⁴⁸ Althans, wederom kan ik niet beredeneren waarom bij een teruglevering niet aan dergelijke formaliteiten behoeft te worden voldaan.¹⁴⁹ Op zich is het vanzelfsprekend mogelijk de terugleve-

146 Van Swaaij zegt dit op een uitzondering na niet met zoveel woorden, maar impliciet volgt dit wel uit zijn betoog: '[] een levering voor het geval dat [cursivering HS] de aan de obligatoire overeenkomst verbonden ontbindende voorwaarde intreedt []' (Van Swaaij 2000, p. 73). In dezelfde zin t.a.v. Van Swaaij: Scheltema 2003, p. 355). Of de ontbindende voorwaarde intreedt, is naar zijn aard onzeker, Daarmee is t.a.v. de 'teruglevering' aan de verwachter inderdaad sprake van een voorwaarde. Deze teruglevering dient echter vanzelfsprekend niet ongedaan gemaakt te worden, maar het effect van die teruglevering – de retro-overdracht – dient alsdan juist pas in te treden. Daarmee is zeker dat in deze systematiek een opschortende voorwaarde en juist geen ontbindende voorwaarde van toepassing is. Bij Van Swaaij vinden we dit in zekere zin onderkend, waar hij spreekt van de opschortende voorwaarde die bestaat in de vervulling van de ontbindende voorwaarde (Van Swaaij 2000, p. 191).

147 Ook Scheltema ziet dit probleem als t.b.v. een derde is beschikt (Scheltema 2003, p. 355).

148 De toelichting bij het DCFR stelt anders – de teruglevering zou 'automatisch' plaatsvinden (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4701) – maar laat de vraag onbesproken waarom dat het geval is.

149 Van Swaaij concentreert zich bij zijn betoog – niet voor niets? – op de teruglevering van roerende zaken, niet-registergoederen. De teruglevering daarvan is immers in de door hem verdedigde visie eenvoudig: een tweezijdige verklaring met de strekking dat de verwachter vanzelf cp weer bezitter is bij het intreden van de voorwaarde (Van Swaaij 2000, p. 73). Wordt die verklaring niet afgelegd, bijv. omdat partijen dit over het hoofd zien, dan zou art. 3:84 lid 4 BW dit verzuim ondervangen en zou de verklaring gelden als te zijn afgelegd.

ring conform alle daaraan gestelde vereisten te laten plaatsvinden. Ik zou echter denken dat een dergelijke benadering voor het handelsverkeer in aanzienlijke mate belastend is – en ook wel erg veel juridisch inzicht vraagt – met als enige doel een bepaalde juridische systematiek te kunnen volgen.

Een laatste mogelijke probleem is gelegen in de titel die ten grondslag moet liggen aan de opschortend voorwaardelijke teruglevering aan de verwachter. Bij de bespreking van het DCFR zullen we zien dat de toelichting ervan uitgaat, dat de eventuele toekomstige ongedaanmakingsverplichting uit hoofde van het intreden van de ontbindende voorwaarde die titel vormt. Daar kunnen we echter in die zin vraagtekens bij zetten, dat in elk geval de verbintenis tot ongedaanmaking door een deel van de auteurs als *toekomstig* van aard wordt beschouwd.¹⁵⁰ Dat zou betekenen dat teruglevering plaatsvindt uit hoofde van een nog niet bestaande verbintenis, hetgeen in elk geval systematische vragen oproept.

Samengevat kent de systematiek van overdracht gevolgd door een retro-levering nogal wat serieuze problemen. Daarnaast verklaart deze niet waarom de (opschortend voorwaardelijke) retro-levering überhaupt goederenrechtelijke werking zou hebben, hetgeen toch wel de kern van de problematiek raakt. Als verklaring voor de goederenrechtelijke werking is de systematiek derhalve hoe dan ook ernstig incompleet. Met uitzondering van de bepaling van het DCFR in § 11.2.5.4 laat ik deze daarom verder voor wat zij is.

11.2.3.5 Voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid

Het vierde en thans als laatste te bespreken systeem onderscheidt zich in zijn werking wezenlijk van de drie vorenbesproken systemen en wordt vrijwel uitsluitend verdedigd door een deel van de Nederlandse literatuur. Terwijl de overige drie systemen betrekking hebben op aspecten die tot de overdracht leiden – titel, levering respectievelijk goederenrechtelijke overeenkomst – is bij deze vierde systematiek sprake van een beperking in goederenrechtelijk opzicht van hetgeen wordt verkregen (of bij een opschortende voorwaarde van hetgeen wordt behouden). Het goed zélf ondervindt derhalve in zekere zin een wijziging ten gevolge van de voorwaarde tot het moment dat de voorwaarde intreedt of vervalt. Hoe we deze goederenrechtelijke wijziging moeten duiden, is bij de betreffende auteurs omstreden: het goed zou zijn 'belast' met de voorwaarde, partijen zouden ten gevolge van de voorwaarde 'beperkt' gerechtigd zijn of ieder van partijen zou een vorm van mede-gerechtigdheid tot het goed hebben. In dit laatste geval zou derhalve sprake zijn van 'gesplitste' of 'gedeelde' eigendom.

Zelf kan ik dit onmogelijk in art. 3:84 lid 4 BW lezen, laat staan voor de gevallen waarin de leveringsformaliteiten m.n. ook een openbaarmakingsfunctie t.o.v. derden vervullen.

150 Zie § 3.3.2.3 en m.n. 6.2.5.7. Een opvatting die ik zelf niet onderschrijf, zodat het thans door mij naar voren gebrachte mogelijke probleem in mijn eigen optiek ontbreekt.

Onverlet de discussie omtrent de duiding van deze goederenrechtelijke wijziging heeft deze systematiek een sterke zijde. De bezwaarde is namelijk hoe dan ook niet beschikkingsbevoegd met betrekking tot het gehele goed. Hij houdt immers een goed dat op enigerlei wijze beperkt wordt door de voorwaarde. Dat maakte het tweede aspect van de goederenrechtelijke werking, de werking ten opzichte van derde-verkrijgers van het goed, voor een *deel* eenvoudig te verklaren. De bezwaarde loopt bij een beschikken over dit goed ten behoeve van een derde immers aan tegen zijn beperkte beschikkingsbevoegdheid ten gevolge van die voorwaardelijkheid. Als voorwaardelijk rechthebbende zou de bezwaarde daarmee ook niet over het goed kunnen beschikken anders dan over het goed dat *beperkt* is door die voorwaarde. De derde verkrijgt derhalve een goed dat op dezelfde wijze door de voorwaarde 'beperkt' zou zijn als het geval is bij de bezwaarde.

Het fraaie aan deze systematiek is dat daarmee verklaard wordt waarom ook de derde die uit hoofde van een tussenbeschikking verkreeg, zelf ook niet meer dan een voorwaardelijk rechthebbende is. In § 11.2.6.3 zullen we zien dat daarin de reden gelegen is dat een deel van de huidige Nederlandse literatuur deze systematiek verdedigt. Ook kunnen we ervan uitgaan dat daarmee de verklaring van de goederenrechtelijke werking ten opzichte van deze derden dezelfde is als tussen partijen. Die verklaring moet namelijk in beide gevallen voortvloeien uit de bezwaring van het goed met de voorwaarde. Zoals ik onderstaand verder zal bespreken, vormt het vorenstaande echter nog geen verklaring als zodanig voor de goederenrechtelijke werking ten opzichte van derden. Immers, vooralsnog verklaart deze systematiek niet méér dan waarom ook de derde zich geconfronteerd ziet met de voorwaarde. Waarom het intreden van de voorwaarde leidt tot een (retro-)overgang op de verwachter is hiermee echter niet verklaard.

Drie andere aspecten van deze systematiek zijn daarentegen veel minder inzichtelijk. De eerste daarvan betreft de vraag waarom de bezwaarde een door de voorwaarde 'beperkte' gerechtigdheid heeft en daarmee ook beperkt beschikkingsbevoegd is ten aanzien van het goed. Als we uitgaan van een deling of splitsing van het goed tussen de bezwaarde en de verwachter is deze beperkte beschikkingsbevoegdheid nog wel inzichtelijk: een deel van de goederenrechtelijke gerechtigdheid bevindt zich alsdan immers in het vermogen van een ander – de verwachter – en uiteraard kan de bezwaarde niet over dat deel beschikken. Een dergelijke splitsing van het goed wordt om dogmatische redenen echter door een deel van de literatuur vrij fel bestreden. In de benadering dat geen sprake is van een dergelijke splitsing, kan de beperkte beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde niet voortvloeien uit het feit dat een deel van de gerechtigdheid (reeds) bij de verwachter berust. Daarmee is tevens de grondslag voor een dergelijke beperkte beschikkingsbevoegdheid onduidelijk. Als de bezwaarde het goed niet deelt met een ander, dan zou men immers verwachten dat deze geheel rechthebbende is en daarmee vanzelfsprekend ook volledig beschikkingsbevoegd is. Vanuit de systematiek

is het alsdan niet verklaarbaar waarom de bezwaarde uit hoofde van de voorwaarde tóch beperkt beschikkingsbevoegd is. Dit effect zou nog wel bereikt kunnen worden door middel van wetsduiding, overeenkomstig het in § 11.2.5 besproken Duitse en Zwitserse recht. Een groot deel van de Nederlandse auteurs ziet in art. 3:84 lid 4 BW ook een dergelijke wetsduiding. Daarmee is in mijn optiek als zodanig weinig mis, als we in dat geval maar voor ogen houden dat niet langer sprake is van een daadwerkelijk systematische verklaring.¹⁵¹

Een tweede weinig inzichtelijk aspect van de thans besproken systematiek is hoe de goederenrechtelijke wijziging van het goed tot stand komt. In de PG en literatuur vinden we daarvoor een benadering die we eufemistisch als 'interessant' kunnen kwalificeren. Zoals in § 11.2.2.1 ter sprake kwam, lijkt er in de TM en de MvA vanuit te worden gegaan dat voorwaardelijkheid van de levering er toe leidt dat de in goederenrechtelijk opzicht 'beperkte' – om het daar maar even op te houden – gerechtigdheid ontstaat. Deze stap van de levering onder voorwaarde naar de bedoelde beperkte gerechtigdheid blijft in de PG echter onverklaard; wáárom leidt een voorwaardelijke levering tot een in goederenrechtelijk opzicht beperkte gerechtigdheid? De levering vormt immers deel van de vereisten voor overdracht, terwijl de bedoelde beperkte goederenrechtelijke gerechtigdheid betrekking heeft op het goed zelf. Of anders gezegd, uit de juridische leveringshandeling als zodanig vloeit voort dát geleverd wordt, maar levering is geen figuur waarmee de goederenrechtelijke gerechtigdheid van een goed als zodanig kan worden aangepast.¹⁵² De systematiek waarbij een wijze van levering de inhoud bepaald van hetgeen wordt verkregen, kent het BW in ieder geval niet in enig ander verband.¹⁵³ Het verbinden van de voorwaarde aan de levering lijkt in deze systematiek dan ook in zoverre onterecht, dat uit de voorwaarde alsnog voortvloeit wát geleverd wordt. Aan dit opvallende aspect van deze systematiek wordt in de nog te bespreken literatuur geen aandacht besteed.

Het laatste lastige aspect van deze systematiek is wellicht nog wezenlijker. Waarom leidt de in verband met de voorwaarde *beperkte* gerechtigdheid bij het intreden van de voorwaarde überhaupt tot een (retro-)overgang tussen

151 Al had bij de aanneming van een dergelijke wetsduiding de complexiteit van de huidige Nederlandse discussie enorm beperkt kunnen worden door bijv. i.p.v. de huidige tekst in art. 3:84 lid 4 BW te bepalen: 'Voorwaarden hebben goederenrechtelijke werking'. Iets anders is dat voormelde wetsbepaling in mijn optiek een geheel andere betekenis heeft of tenminste in de bedoeling van Meijers had, zie § 11.2.2.2.

152 Iets anders is dat de levering uiteraard betrekking heeft op een bepaald goed. Wat dat goed inhoudelijk verder is t.t.v. de levering, wordt echter niet bepaald door de levering, ook niet v.w.b. de juridische aspecten ter zake dat goed.

153 De vestigingshandeling t.b.v. het laten ontstaan van beperkte rechten heeft hier daarentegen wel iets van weg. Bij de vestiging wordt immers de inhoud van hetgeen wordt verkregen binnen de door de wet gestelde grenzen vastgesteld. Een dergelijke vestigingshandeling is echter iets anders dan een levering, juist omdat er een afgeleid respectievelijk andersoortig goederenrechtelijk recht ontstaat.

partijen en het vervallen van tussenbeschikkingen ten opzichte van derden? Een verklaring voor deze effecten is de door de voorwaarde beperkte gerechtigdheid immers niet. Sterker, voor de werking tussen partijen is deze systematiek zelfs buitengewoon moeilijk te verklaren. Bij de vorenbesproken drie andere systemen is de voorwaardelijkheid verbonden aan de aspecten die leiden tot overdracht. Dat maakt het 'heen-en-weer schuiven' van bijvoorbeeld eigendom bij het intreden van een voorwaarde in die zin begrijpelijk; het is niet de voorwaarde die leidt tot de eigendomsverschuiving, maar de (beoogde) overdracht verkrijgt met het intreden van de opschortende voorwaarde effect of dit effect wordt door de ontbindende voorwaarde daaraan juist ontnomen.

Bij een systematiek gebaseerd op voorwaardelijke gerechtigdheid is dit laatste volledig anders. Er is daarbij in het geheel geen sprake van enig 'heen-en-weer schuiven' van eigendom of andersoortige gerechtigdheid uit hoofde van de eerdere overdracht. Voorwaarden zelf kunnen de gevolgen van rechtshandelingen opschorten of beëindigen, maar vormen geen figuur die zelfstandig tot enigerlei rechtsovergang kan leiden. Voorwaarden vormen in de Nederlandse opvatting immers ook een onzelfstandig bestanddeel respectievelijk modaliteit en niet een figuur met zelfstandige betekenis.¹⁵⁴ Dit ontbreken van de mogelijkheid om zelfstandig tot een rechtsovergang te leiden, geldt eveneens voor de gerechtigdheid tot een goed. Waarom zou de door mij gehouden 'ontbindend voorwaardelijke eigendom' – wat dat verder ook is – bij het intreden van de voorwaarde weer terugkeren bij de vervreemder? Het zelfstandig van eigenaar kunnen wisselen – derhalve zonder dat sprake is van een verband met een door de vervreemder en verkrijger verrichte rechtshandeling – is een eigenschap die door niemand aan eigendom of andersoortige gerechtigdheid wordt toegedicht. Het begrip *goed* is ook niet voor niets statisch van aard. In de PG en door de auteurs die deze systematiek verdedigen, wordt het goederenrechtelijk effect niettemin met een hoge mate van vanzelfsprekendheid en nota bene zonder verdere verklaring aangenomen.¹⁵⁵

Zijdelings verwant aan het vorenstaande speelt bij de thans besproken systematiek nóg een vraagstuk. In § 2.3.3 kwam ter sprake dat zonder enige twijfel voorwaarden aan rechtshandelingen kunnen zijn verbonden. In het kader van een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid is daarvan echter geen sprake; niet de rechtshandeling maar het goed zélf is bezwaard of beperkt met dan wel gesplitst door de voorwaarde. Voorwaardelijkheid krijgt daarmee een geheel andere invulling dan in het geval deze aan een

¹⁵⁴ Zie § 2.3.4.

¹⁵⁵ Zie voor een bespreking van de PG § 11.2.2.1. Aangetekend zij dat het nogal de vraag is of Meijers de werking tussen partijen inderdaad verklaarde uit een dergelijke beperkte goederenrechtelijke gerechtigdheid. V.w.b. de werking t.o.v. derden was dat vrij duidelijk wel de opvatting van Meijers. De MvA baseert beide aspecten van de goederenrechtelijke werking wel expliciet op deze beperkte gerechtigdheid. Zie voor de literatuur § 11.2.4 en m.n. 11.2.6.

rechtshandeling of obligatoire aspecten van een rechtsverhouding is verbonden. Het is dan ook niet voor niets dat auteurs die deze systematiek verdedigen, moeite hebben met het kwalificeren van die voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid. Per saldo kent daarmee (ook) deze vierde systematiek stevige problemen als verklaring voor de goederenrechtelijke werking.

De conclusie is dan ook dat ieder van de vorenomschreven vier systemen weliswaar de goederenrechtelijke werking voor een groter of kleiner deel kan verklaren, maar niet voor de gezamenlijke vier situaties die we kunnen onderscheiden: overdracht onder ontbindende of opschortende voorwaarde alsmede werking tussen partijen en ten opzichte van derden. Met deze vier systemen en de daarin gesignaleerde tekortkomingen in gedachten bestuderen we in de komende paragrafen de opvattingen in de verschillende stelsels.

11.2.4 De verklaringen onder het OBW

11.2.4.1 *Inleiding*

In § 2.6.2.2 besprak ik dat onder het OBW breed werd onderschreven dat aan het intreden van voorwaarden – tenminste als uitgangspunt – terugwerkende kracht was verbonden. Globaal genomen werd de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van voorwaarden onder het OBW ook in deze terugwerkende kracht gezien, met name bij ontbindende voorwaarden. Echter, de verschillende opvattingen waren niet alleen aanzienlijk diffuser en genuanceerder dan uit dit globale beeld volgt, maar wijzigden ook nog eens gestaag gedurende de werkingsperiode van het OBW. De terugwerkende kracht vormde derhalve als verklaring voor die werking wel de grootste gemene deler, maar die vaststelling doet als zodanig weinig recht aan de voortdurende en omvangrijke discussies onder het OBW daaromtrent.

In deze paragraaf wil ik geen diepgaande weergave geven van de historische ontwikkeling onder het OBW van deze verklaring van de goederenrechtelijke werking. Op de eerste plaats is er dienaangaande reeds veel onderzoek verricht, relatief recent nog door Scheltema.¹⁵⁶ Belangrijker is echter dat deze historische ontwikkeling en de vele verschillende opvattingen die daaraan ten grondslag lagen voor het onderhavige onderzoek slechts van bescheiden belang zijn. Een groot gedeelte van de discussies richtte zich namelijk op de vraag óf voorwaarden inderdaad goederenrechtelijke werking kenden en óf de verklaring voor die (eventuele) goederenrechtelijke werking in de terugwerkende kracht was gelegen. De goederenrechtelijke werking is intussen echter feitelijk onbetwist en de verklaring voor die werking is voor het geldend recht zeker niet gelegen in de terugwerkende kracht. Daarnaast is het aanvankelijke

156 Scheltema 2003.

discussiepunt of het Nederlandse recht een causaal of abstract stelsel kende, sinds 1950 beslist in het voordeel van de eerste.¹⁵⁷ Voor het thans geldend materiële recht is de historische ontwikkeling onder het OBW in die zin derhalve slechts van beperkt belang.

Niettemin zal ik onderstaand wel een aantal opvattingen onder het OBW in een min of meer chronologische volgorde bespreken, met name in verband met twee aspecten. Ten eerste zijn de verdedigde verklaringen ook voor het huidig recht nog steeds van belang, voor zover die géén aansluiting zochten bij de terugwerkende kracht. Op de tweede plaats werd onder het OBW door een deel van de literatuur verschil gemaakt in de verklaring voor de goederenrechtelijke werking tussen partijen en die ten opzichte van derden. Daaruit blijkt dat dit door mij eveneens voor het Nederlandse geldend recht verdedigde onderscheid derhalve – naast het feit dat het Zwitserse en zeker het Duitse recht ook een dergelijk verschil maken – voor het Nederlandse recht niet nieuw is.

11.2.4.2 *De periode tot 1930*

Voor wat betreft de periode tot 1930 is het vaststellen van de verklaring van de goederenrechtelijke werking niet zo eenvoudig. In de literatuur werd namelijk maar relatief bescheiden aandacht besteed aan die verklaring, zeker waar het betreft de literatuur in de negentiende eeuw.¹⁵⁸ Voor zover dit anders was, waren de gegeven verklaringen veelal niet heel inzichtelijk. Onverminderd dit laatste werd de goederenrechtelijke werking meestal wel in verband gebracht met de terugwerkende kracht, zie de onderstaand besproken literatuur. In de rechtspraak kwam dat verband daarentegen minder duidelijk naar voren. In een arrest uit 1868 stelde de Hoge Raad dat het intreden van een ontbindende voorwaarde in een overeenkomst niet gelijk is te stellen met 'eene volkomene vernietiging, als of zij [de overeenkomst, HS] nimmer had bestaan'.¹⁵⁹ Deze benadering liet onverlet dat de Hoge Raad aan het intreden van een (ontbindende) voorwaarde wel degelijk het verval van tussenbeschikkingen verbond, zie bijvoorbeeld een arrest uit 1873 waarbij een hypotheekrecht om die reden kwam te vervallen.¹⁶⁰ In elk geval in expliciete zin blijkt uit

¹⁵⁷ HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1 (Damhof/Staat).

¹⁵⁸ In gelijke zin: Scheltema 2003, p. 176, 177. Dit was ook reeds in 1919 door Cleveringa geconstateerd: Cleveringa 1919, p. 140.

¹⁵⁹ HR 19 juni 1868, W. 3018. A-G Karseboom drukte zich als volgt uit: 'Art. 1301, al. 1, B.W. spreekt dan ook niet van eene volkomene vernietiging der overeenkomst, alsof deze nimmer bestaan had, maar van een doen ophouden der verbindtenis, dat is, voor het vervolg de rechtsgevolgen ontnemen, []; en het rechtsgevolg wordt er aan verbonden, dat door die ontbinding de zaken weder terugkeeren tot den vorigen stand, even alsof er geene verbindtenis bestaan had'. Overigens handelt het arrest over de ontbindende voorwaarde van wanprestatie van art. 1302 OBW, maar de Hoge Raad verwijst uitdrukkelijk naar art. 1301 OBW, waardoor het arrest toch een algemene strekking heeft.

¹⁶⁰ HR 21 november 1873, W. 3659.

niets dat de Hoge Raad of de AG in dit arrest de relatie met de terugwerkende kracht leggen. Van enige andere duidelijke verklaring blijkt echter evenmin, waar uitsluitend verwezen wordt naar art. 1215 OBW.¹⁶¹ Ook in een arrest uit 1916 wordt de goederenrechtelijke werking van een ontbindende voorwaarde terloops door de Hoge Raad genoemd, maar van enige verklaring blijkt niet.¹⁶²

Zoals gezegd vinden we daarentegen in de literatuur uit deze periode duidelijke aanwijzingen dat de terugwerkende kracht als verklaringsgrond werd beschouwd. Bijvoorbeeld Diephuis en Opzoomer spraken zich uitdrukkelijk in deze zin uit.¹⁶³ Beide auteurs noemden echter wel de terugwerkende kracht, maar plaatsten deze niet in een systematiek waar de goederenrechtelijke werking als een logische consequentie uit zou voortvloeien. Daarbij zij aangetekend dat Diephuis nota bene uitging van een causaal stelsel, terwijl Opzoomer juist een abstract stelsel verdedigde.¹⁶⁴ Van enig verschil in de verklaring voor de goederenrechtelijke werking tussen beiden blijkt echter niet. Meer dan de vaststelling dat de terugwerkende kracht tot de goederenrechtelijke werking leidt, vinden we bij Diephuis en Opzoomer derhalve niet. Ook Everts en later De Savornin Lohman legden de relatie tussen terugwerkende kracht en goederenrechtelijke werking.¹⁶⁵ Anders dan Diephuis en Opzoomer plaatste in elk geval Everts deze wel in een zekere systematiek. Als verklaring bleef die echter enigszins ondoorgrondelijk. Dit laatste mede omdat het er in redelijke mate de schijn van heeft dat Everts uitging van een abstract stelsel, echter zonder dat Everts de consequenties daarvan uitwerkte.¹⁶⁶

161 Overigens merk ik op dat art. 1215 OBW zeker niet per definitie beschouwd hoeft te worden als toepassing van terugwerkende kracht. Zie bijv. de AG bij het voormelde arrest, die de wetsbepaling plaatste in het kader van de 'nemo plus-regel'.

162 HR 25 februari 1916, NJ 1916, 501 (m.b.t. ontbindende voorwaarde van wanprestatie resp. 1302 OBW).

163 Diephuis 1886, p. 269 e.v.; Diephuis 1885, p. 132, 133 (zie ook p. 122 v.w.b. de goederenrechtelijke werking van opschortende voorwaarden die Diephuis 'in overeenstemming' met de terugwerkende kracht beschouwde (Diephuis 1885, p.129); Opzoomer 1879a, p.152 e.v. (in het verband van het verval van tussenbeschikkingen), p. 169 e.v. Zien in dezelfde zin: WPNR 1893, p. 577 (onbekende auteur).

164 Diephuis 1888, p. 69; Opzoomer 1879 a, p. 224 e.v. (zie in gelijke zin: Scheltema 2003, p. 184; Wiarda 1937, p. 144, 145).

165 Land/De Savornin Lohman 1907, p. 61; Everts 1883, p. 134, 145, 176.

166 Zie v.w.b. Everts veronderstelde opvatting ter zake het abstracte stelsel: Everts 1883, p. 160. Zie in deze zin over Everts: Scheltema 2003, p. 179, 182; Wiarda 1937, p. 145; Cleveringa 1919, p. 142 (Cleveringa constateerde in dat verband overigens dat Everts de eerste voor het Nederlandse recht is, die het abstracte stelsel als zodanig aannam).

Uit de koppeling van de terugwerkende kracht aan de gedachte dat een (ontbindende) voorwaarde een 'voorlopig gevolg geeft, dat echter, bij hare vervulling, ten gevolge dier beperkte wilsverklaring, weer wordt te niet gedaan', lijkt Everts i.e.g. de goederenrechtelijke werking van de (ontbindende) voorwaarde te verklaren. Het helderst verwoord vinden we dit bij zijn betoog aangaande het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde: 'Wil dit waar zijn [het verval van tussenbeschikkingen door

Van Goudoever zocht eveneens aansluiting bij de redactie van art. 1301 OBW.¹⁶⁷ Daarbij ging hij uit van een causaal stelsel,¹⁶⁸ waarbij de terugwerkende kracht leidde tot het verval van de titel en daarmee de gevolgen van de levering. Daarmee is Van Goudoever de vroegste door mij bestudeerde auteur die expliciet de systematiek verdedigde waarbij de combinatie van een causaal stelsel met terugwerkende kracht tot goederenrechtelijke werking van (ontbindende) voorwaarden leidde.¹⁶⁹

Ook Van Oven plaatste de goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde in het licht van de terugwerkende kracht. Althans, zónder terugwerkende kracht was goederenrechtelijke werking zijns inziens in elk geval uitgesloten.¹⁷⁰ Daarbij volgde ook hij de redenering dat ten gevolge van de terugwerkende kracht de titel verviel en daarmee tevens de gevolgen van de levering tussen partijen.¹⁷¹ Van Oven ging dan ook uit van een causaal stel-

de bezwaarde bij het intreden van de voorwaarde, HS], dan is het duidelijk, dat die voorwaardelijke toestand van den eigendom reeds moet bestaan hebben vóór de nieuwe eigendomsoverdracht en vóór het verleenen van de hypotheek, dus, 'dat de ontbindende voorwaarde aanstonds bij het aangaan der verbindtenis, waaraan de verkoper of bezwaarder zijn eigendom ontleent, was vastgesteld en als bestanddeel in de overeenkomst opgenomen, zoodat zij aan het zakelijk regt zelf, dat de schuldeischer kreeg, verbonden was' (Everts 1883, p. 100). De aanhalingen in het citaat zijn als zodanig door Everts opgenomen, maar de bedoeling daarvan blijkt niet. Zie aangaande de verklaring van Everts voor het verval van tussenbeschikkingen ook p. 175, 176.

Twijfels vloeien onder andere voort uit het feit dat Everts soms toch aansluiting lijkt te zoeken bij een causaal stelsel. Ik citeer: 'Reeds uit deze beschouwing blijkt en volgt onwedsprekelijk, dat de schuldenaar, al had hij ook reeds voorloopig aan zijn voorwaardelijke schuld voldaan, nooit schuldenaar geweest is, en hij dus altijd ongestoord eigenaar, bezitter, enz. van de door hem geleverde zaken geweest is, d.w.z., dat ook de vervulde ontbindende voorwaarde terugwerkende kracht heeft, die partijen en zaken in den toestand verplaatst, als had tusschen haar nooit eenige rechtsbetrekking bestaan' (Everts 1883, p. 150). Het al dan niet bestaan van een 'schuld' is in een abstract stelsel echter zonder betekenis. Het verband dat Everts hier legt, kan ik derhalve moeilijk plaatsen in de rest van zijn betoog. Ook Cleveringa uit stevige twijfels op dit punt, waar hij constateert dat Everts in het geheel niet inzag dat hij een nieuwe titelopvatting had geïntroduceerd (Cleveringa 1919, p. 142). Daarnaast lijkt Everts de goederenrechtelijke werking soms te beschouwen als een gevolg náást terugwerkende kracht en niet ván de terugwerkende kracht: 'Ook dit is duidelijk [het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van de ontbindende voorwaarde, HS], en volgt uit de terugwerking en de ipso jure werking, want deze handelingen blijken dan door iemand verricht te zijn, die niet het minste recht op het goed had' (Everts 1883, p. 176). Onder de 'ipso jure werking' verstaat Everts blijkens de rest van zijn betoog de goederenrechtelijke werking en niet zozeer de werking van rechtswege.

167 Van Goudoever 1913, p. 61, 237.

168 Van Goudoever 1913, p. 238 nt. 3.

169 Overigens lijkt Van Goudoever in enige mate ook te neigen naar een beperkte beschikkingsbevoegdheid bij de bezwaarde, waar hij spreekt van een 'onvolkomen recht'. Daar gaat in zekere mate de suggestie vanuit dat niet zozeer de titel maar het recht zélf voorwaardelijk zou zijn.

170 Van Oven 1919, p. 303, nt. 1 (en eerder: Van Oven 1918, p. 159).

171 Van Oven 1916, p. 558.

sel.¹⁷² Voor het tweede aspect van de goederenrechtelijke werking – de werking ten opzichte van derden – is de opvatting van Van Oven echter minder duidelijk. In 1918 stelde hij: 'Een rechtsstelsel kan het zeer goed zoo bepalen, en aldus de rechten van derden benadeelen ten behoeve van een der partijen, maar de aard der ontbindende voorwaarde met terugwerkende kracht brengt het niet mee []'.¹⁷³ Oftewel, Van Oven zag in de terugwerkende kracht wel een verklaringsgrond voor goederenrechtelijke werking tussen partijen, maar niet voor wat betreft het aspect van het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen door de bezwaarde. Het met terugwerkende kracht komen te vervallen van de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde vormde voor hem blijkbaar geen afdoende verklaring. Inhoudelijk onderbouwde hij deze benadering met de gedachte dat het partijen in hun onderlinge relatie vrijstond wat tussen hen had te gelden, maar dat zij niet konden beschikken over de (intussen verkregen) rechten van anderen. Dit alles liet onverlet dat Van Oven een dergelijk verval van tussenbeschikkingen niettemin tóch aanvaardde.¹⁷⁴ Hoe we deze opvattingen van Van Oven met elkaar moeten rijmen, is mij niet duidelijk.¹⁷⁵

Een duidelijk afwijkende opvatting werd door Van Proosdij verdedigd. Van Proosdij liet de vraag open of het Nederlandse recht een causaal of een abstract stelsel kende.¹⁷⁶ Voor de eventuele goederenrechtelijke werking van voorwaarden vormde dit wezenlijke verschil in uitgangspunten voor hem echter geen probleem; het al dan niet bestaan van goederenrechtelijke werking in een specifiek geval was in zijn optiek niet zozeer een kwestie van de achterliggende systematiek, maar uitsluitend een gevolg van de billijkheid respectievelijk de algemene rechtsbeginselen.¹⁷⁷ Deze niet-systematische benadering door Van Proosdij vond geen enkele navolging, met uitzondering van de instemming van Polderman.¹⁷⁸

172 Van Oven 1924, p. 101 e.v. Volgens Wiarda zou Van Oven op dit uitgangspunt beperkte uitzonderingen erkent hebben (Wiarda 1937, p. 145).

173 Van Oven 1918, p. 147. Op p. 146 en 147 betoogt Van Oven overigens vrij uitgebreid dat de werking t.o.v. derden geen gevolg is van de systematiek van terugwerkende kracht.

174 Van Oven 1924, p. 101, 102; Van Oven 1916, p. 558.

175 Wellicht dat Van Oven in zijn artikel uit 1918 uitsluitend de systematiek van voorwaarden in abstracto besprak, terwijl hij dat in zijn artikel uit 1916 en het preadvies uit 1924 voor het positieve recht van het OBW deed. Voor die 'in abstracto'-benadering vinden we in het artikel uit 1918 wel een aantal aanwijzingen, maar tegelijkertijd eindigt Van Oven dit artikel juist met de vaststelling dat de wettelijke bepalingen van het OBW alleen niet tot een resultaat leiden v.w.b. de goederenrechtelijke werking. Bovendien beschouwde Van Oven in het preadvies het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde juist als een *toepassing* van het causale stelsel (p. 101). Oftewel, het verval van tussenbeschikkingen zou wel degelijk zijn verklaring vinden in de systematiek.

176 Zie o.a. Van Proosdij 1917, p. 58. Zie ook in deze zin: Polderman 1918 p. 4.

177 Van Proosdij 1917, p. 58 e.v. Zie in deze zin over de opvattingen van Van Proosdij ook: Polderman 1918, p. 4.

178 Polderman 1918.

Van de zijde van Meijers hand ontbreken in de thans besproken periode geschriften over de goederenrechtelijke werking grotendeels. In zijn noot bij HR 10 november 1916 stelt hij in elk geval dat (opschortende) voorwaarden verbonden kunnen zijn aan de (rechtshandeling van de) levering.¹⁷⁹ Ook uit een artikel uit 1917 kunnen we zonder meer afleiden dat hij de goederenrechtelijke werking in deze periode reeds onderschreef.¹⁸⁰ Meijers' promovendus Cleveringa was daarentegen de meest invloedrijke auteur in de periode tot 1930 ter zake de verklaring van de goederenrechtelijke werking. Cleveringa was net als Meijers een verdediger van het abstracte stelsel.¹⁸¹ Bij dit door hem verdedigde stelsel nam hij tevens goederenrechtelijke werking aan van de (ontbindende) voorwaarde, zij het zonder terugwerkende kracht.¹⁸² De combinatie van deze elementen – abstract stelsel, goederenrechtelijke werking en geen terugwerkende kracht – kennen we uit het Duitse recht, zoals dat vanaf de invoering van het BGB gelding had. Niettemin zocht Cleveringa bij zijn opvattingen voor het Nederlandse recht geen aansluiting bij het Duitse.¹⁸³ Als verklaring voor de goederenrechtelijke werking wees Cleveringa de mogelijkheid van een goederenrechtelijke overeenkomst onder voorwaarde in ieder geval af.¹⁸⁴ Uiteindelijk zag hij geen logische verklaring voor het bestaan van de goederenrechtelijke werking en beschouwde het – door hem niet betwiste – bestaan daarvan uitsluitend als wetsduiding en voortvloeiend uit de historische ontwikkeling ter zake.¹⁸⁵

11.2.4.3 De periode 1930 – 1950

We zien derhalve dat gedurende de lange periode tot 1930 de terugwerkende kracht in de visies van veel auteurs enigerlei functie ter zake de goederenrech-

179 HR 10 november 1916, WPNR 2476 (1917), p. 278.

180 Meijers 1917a, p. 23.

181 Zie Cleveringa 1919, p. 69: 'Een onzekerheid bij de overeenkomst merken zij [de verdedigers van het causale stelsel, HS] aan als van invloed op de standvastigheid der levering'. Uit de daarop volgende afwijzing van die gedachte volgt eigenlijk al de richting waarin Cleveringa denkt. Uit zijn betoog op p. 142 e.v. volgt vervolgens zonder twijfel, dat hij het abstracte stelsel aanhangt.

182 Cleveringa wijst weliswaar nergens de terugwerkende kracht expliciet van de hand, maar wezenlijk is dat hij die figuur evenmin ergens hanteerde. Zie o.a.: Cleveringa 1919, p. 144, 154 e.v. en 163 e.v. Opvallend genoeg is Cleveringa in deze meermalen foutief geïnterpreteerd. Van Oven kwam tot de onjuiste conclusie dat Cleveringa de terugwerkende kracht t.b.v. goederenrechtelijke werking juist wel onderschreef (Van Oven 1919, p. 303, nt. 1) en ook Van Swaaij komt tot deze foutieve interpretatie (Van Swaaij 2000, p. 30). Scheltema interpreteert Cleveringa daarentegen wel juist (Scheltema 2003, p. 185, 186).

183 Het heeft er alle schijn van dat de verklaring daarvoor is gelegen in het feit dat Cleveringa zich in die zin vergiste, dat hij meende dat het Duitse recht slechts persoonlijke werking aan het intreden van een (ontbindende) voorwaarde toekende (Cleveringa 1919, p. 137 e.v.).

184 Cleveringa 1919, p. 145.

185 Cleveringa 1919, p. 145, 155, 162 (ter zake verval van tussenbeschikkingen). In gelijke zin: Scheltema 2003, p. 186, 187.

telijke werking van voorwaarden vervulde. Onomstreden was deze echter niet en zeker niet in het verband van de exacte functie die deze in de systematiek zou moeten vervullen. In de navolgende periode tot 1950 bleef de vraag omstreden of het Nederlandse stelsel als abstract dan wel causaal (of eventueel putatief) kwalificeerde. Sommige auteurs probeerden die vraag onbeantwoord te laten in het verband van (de verklaring van) de goederenrechtelijke werking van voorwaarden. Anderen verdedigden wel een bepaald stelsel, maar kwamen vervolgens tot uiteenlopende antwoorden met betrekking tot deze goederenrechtelijke werking respectievelijk de verklaring daarvan. Ook in deze periode was er dan ook geen sprake van een duidelijke lijn in de verscheidene opvattingen.

Hofmann ging ervan uit dat het Nederlandse recht een abstract stelsel kende.¹⁸⁶ Niettemin stelde hij ter zake ontbindende voorwaarden 'dat de ontbinding van de rechtshandeling, die tot de levering aanleiding heeft gegeven, naar ons recht in beginsel zakelijke werking heeft, []'.¹⁸⁷ In de door hem bedoelde rechtshandeling die tot de levering aanleiding heeft gegeven kan weinig anders worden gezien dan de titel. Het is derhalve de vraag hoe Hofmann bij het uitgangspunt van een abstract stelsel desondanks gevolgen verbindt aan de ontbinding van de titel.¹⁸⁸ Wat daar van zij, de terugwerkende kracht vervulde naar Hofmanns opvatting in ieder geval een cruciale rol, in verband met het feit dat bij het ontbreken daarvan zijns inziens ook geen sprake was van goederenrechtelijke werking.¹⁸⁹

Anders dan Hofmann liet Van Brakel de vraag naar de aard van het Nederlandse stelsel als causaal of abstract bewust onbeantwoord. Voor de (verklaring van de) goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde was deze aard in zijn optiek namelijk zonder belang. Van Brakel verdedigde namelijk dat een verval van de titel hoe dan ook niet afdoende was om de grondslag te (kunnen) vormen voor die werking. Althans, hij stelde dat art. 1301 OBW 'slaat [] op de ontbinding der overeenkomst en laat zich met de zakenrechtelijke gevolgen, welke daaraan verbonden kunnen zijn, niet in. Indien men niettemin aan de ontbinding van het contract in sommige of in alle gevallen een zakenrechtelijke werking, hetzij alleen tusschen partijen, hetzij

186 Hofmann 1944, p. 230 (en eerder: Hofmann 1933, p. 180). Wiarda stelt m.b.t. Hofmann onterecht anders (Wiarda 1937, p. 144), maar heeft zich door Hofmann op het verkeerde been laten zetten. Op p. 166 spreekt Hofmann van de wederzijdse bedoeling van partijen om de eigendom over te laten gaan, maar doelt daarmee slechts op de goederenrechtelijke overeenkomst. Daarnaast noemt Hofmann dat de wet het vereiste van een titel op zich kan stellen, maar blijkt zijn betoog op p. 180 niet stelt.

187 Hofmann 1933, p. 182.

188 In 1944 lijkt Hofmann te stellen dat de voorwaarde wel degelijk aan de goederenrechtelijke overeenkomst is verbonden, die echter – bij een voorwaarde die reeds in de titel is opgenomen – niet (nogmaals) bij de goederenrechtelijke overeenkomst uitdrukkelijk behoeft te worden vermeld (Hofmann 1944, p. 231).

189 Hofmann 1933, p. 182.

ook tegenover derden meent te moeten verbinden, dan moet men dit op grond van ons zakenrecht alléén aannemen'.¹⁹⁰ Hoe dit in het 'zakenrecht' zou zijn vormgegeven, omschreef Van Brakel echter niet. Dat laat onverlet dat we kunnen vaststellen, dat Van Brakel het met terugwerkende kracht vervallen van de titel niet beschouwde als de systematiek waarlangs (ontbindende) voorwaarden goederenrechtelijke werking zouden verkrijgen.

P. Scholten verdedigde daarentegen de causale leer.¹⁹¹ De combinatie van dit vereiste van een titel met de terugwerkende kracht van de (ontbindende) voorwaarde vormde voor hem de grondslag voor de goederenrechtelijke werking.¹⁹² Anders dan Scholten maar overeenkomstig Van Brakel liet Wiarda het antwoord op de vraag of het Nederlandse recht een causaal, abstract dan wel putatief stelsel van eigendomsoverdracht kende uitdrukkelijk onbeantwoord.¹⁹³ Door die vraag open te laten, was voor Wiarda de titel als aanknopingspunt voor de verklaring van de goederenrechtelijke werking in ieder geval ongeschikt. Deze verklaring zocht Wiarda dan ook in de goederenrechtelijke overeenkomst onder voorwaarde als ook in de onvoorwaardelijke overdracht van voorwaardelijke eigendom.¹⁹⁴ Beide mogelijkheden hadden zijns inziens tot gevolg, dat mét het intreden van de ontbindende of opschortende voorwaarde de verwachter van rechtswege eigenaar werd.

Niettemin bestond er in Wiarda's opvatting wel een verschil bij het vereiste van terugwerkende kracht. Bij de *opschortende* voorwaarde vervulde de terugwerkende kracht bij geen van beide mogelijkheden een functie, althans niet als dwingend vereiste voor goederenrechtelijke werking.¹⁹⁵ Voor wat betreft de mogelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst onder opschortende voorwaarde was Wiarda's verklaring daarbij gelegen in de goederenrechtelijke gebondenheid die uit die (voorwaardelijke) goederenrechtelijke overeenkomst voor partijen voortvloeit. Ten aanzien van de mogelijkheid van 'eigendom onder opschortende voorwaarde' blijft die verklaring echter steken op de constatering dát deze mogelijk zou zijn.¹⁹⁶

190 Van Brakel 1935c, p. 2. In deze zin ook: Van Brakel 1935a, p. 27 e.v.

191 Asser/Scholten 1933, p. 178, 179 (en eerder: Asser/Scholten 1905, p. 97 e.v.).

192 Asser/Scholten 1933, p. 179.

193 Zie Wiarda 1937, p. 136 e.v. (m.n. p. 149). Deze vaststelling is overigens uitsluitend gebaseerd op het beperkte aantal door mij bestudeerde geschriften van Wiarda. Scheltema komt echter tot dezelfde conclusie (Scheltema 2003, p. 243).

194 Wiarda in: Houwing & Wiarda 1940, p. 48 e.v. (m.n. p. 53); Wiarda 1937, p. 126 e.v.

195 Wiarda in: Houwing & Wiarda 1940, p. 54; Wiarda 1937, p. 126, 130. Mógelijk acht hij die terugwerkende kracht bij de opschortende voorwaarde echter zonder meer, althans v.w.b. bestaande (niet toekomstige) goederen.

196 Zie Wiarda 1937, p. 130 e.v. Scheltema ziet Wiarda's verklaring daarbij in de splitsing van het eigendomsrecht in spiegelbeeldige (voorwaardelijke) eigendom (Scheltema 2003, p. 244). Zelf lees ik in Wiarda's betoog daarentegen niet meer dan de constatering, dát sprake is van een dergelijke splitsing en dát het intreden van de voorwaarde daarbij goederenrechtelijk effect zou hebben (zie m.n. p. 132).

Voor de *ontbindende* voorwaarde was dat naar zijn opvatting anders: de onvoorwaardelijke overdracht van eigendom onder ontbindende voorwaarde zou zeer wel mogelijk zijn zónder het vereiste van terugwerkende kracht te stellen, terwijl bij de goederenrechtelijke overeenkomst onder ontbindende voorwaarde de terugwerkende kracht wél een vereiste vormt.¹⁹⁷ Dit verschil vloeit daaruit voort dat de rol van de goederenrechtelijke overeenkomst bij een (beoogde) verkrijging onder ontbindende voorwaarde direct is uitgespeeld bij de levering, zodat deze zijns inziens zónder terugwerkende kracht op een later moment van het intreden van de voorwaarde niet meer van belang kan zijn. Buitengewoon inzichtelijk is het betoog van Wiarda nochthans niet.¹⁹⁸

Een mogelijke volgende stap werd in 1939 door de Hoge Raad gezet. In dat jaar wees de Hoge Raad arrest waarin de Hoge Raad voor specifiek de overdracht van octrooien aannam, dat ter zake een dergelijke overdracht een abstract stelsel gold.¹⁹⁹ Een nadien opgekomen ontbindende voorwaarde bij een eerdere overdracht (althans de in art. 1302 OBW bedoelde voorwaarde van tekortschieten) waarmee de uiteindelijke verkrijger ten tijde van zijn verkrijging ook bekend was, had volgens de Hoge Raad echter geen goederenrechtelijke effect. Of anders gezegd, de tussenbeschikking waarbij de uiteindelijke verkrijger het octrooi verkreeg, bleef in stand. De vraag is uiteraard hoe de Hoge Raad dit gevolg van het ontbreken van goederenrechtelijke werking onderbouwde. De Hoge Raad stelt in dit verband dat het abstracte stelsel 'meebrengt dat het recht, hetwelk Lamp aan de overdracht van het octrooi ontleende, niet werd getroffen door het feit, dat de overeenkomst, ter uitvoering waarvan Vonk zijn recht zonder voorbehoud aan Lamp (lees: Van de Leemput, *Red.*) overdroeg, later door ontbinding werd tenietgedaan, []'. Hiermee lijkt de Hoge Raad te zeggen dat, omdát de titel in een abstract stelsel voor de overdracht zonder belang is, van goederenrechtelijke werking (in elk geval ten opzichte van derden) geen sprake kan zijn. Daaruit zou volgen dat de Hoge Raad in een *causaal* stelsel de goederenrechtelijke werking van voorwaarden wel degelijk zou afleiden uit de titel, ook al stelt de Hoge Raad dit niet met zoveel woorden.²⁰⁰

Voor de opvattingen in de literatuur maakte het arrest weinig indruk, althans de verschillende auteurs beroepen zich slechts zelden op dit arrest. Zo stelde Houwing zich op het standpunt dat het Nederlandse recht een *causaal* (of tenminste putatief) stelsel kende.²⁰¹ Hij aanvaardde ook de goede-

197 Wiarda 1937, p. 130.

198 Zie ook de uitgebreide bespreking van Wiarda's opvatting door Scheltema, waarbij ik constateer dat ook Scheltema enige moeite heeft met het betoog van Wiarda (Scheltema 2003, p. 243 e.v.).

199 HR 28 april 1939, NJ 1939, 866.

200 In gelijke zin: Scheltema 2003, p. 266, 267.

201 Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 2, 3. In die zin is Scheltema niet helemaal juist, waar hij (uitsluitend) stelt dat Houwing van een *causaal* stelsel uitging (Scheltema 2003, p. 231).

renrechtelijke werking van *ontbindende* voorwaarden bij roerende zaken.²⁰² Hoe Houwing deze goederenrechtelijke werking verklaarde, blijft echter in zekere mate onduidelijk. In ieder geval zag hij bij de overdracht 'onder ontbindende voorwaarde' naast de koopovereenkomst en de zakelijke overeenkomst nóg een obligatoire overeenkomst.²⁰³ Deze behelsde in zijn opvatting een afwijking of aanvulling van de koopovereenkomst: 'Men zal begrijpen, wat ik met deze nadere overeenkomst wil: de aan de obligatoire overeenkomst verbonden ontbindende voorwaarde heeft immers zakelijke werking. Zij doet den eigendom op den vervreemder overgaan – al of niet met terugwerkende kracht – zonder levering, niet door wilsovereenstemming van partijen, maar krachtens wetsbepaling'.²⁰⁴ Het heeft er derhalve de schijn van dat Houwing overeenkomstig de opvattingen van Cleveringa en (vermoedelijk) Hofmann de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden uitsluitend verklaarde uit hoofde van wetsduiding, zelfs al ging Houwing uit van een causaal stelsel. Bij *opschortende* voorwaarden wees Houwing goederenrechtelijke werking bij roerende zaken en rechten daarentegen af op basis van de gedachte, dat ten tijde van het intreden van de voorwaarde nog steeds wilsovereenstemming vereist was.²⁰⁵ Van enige 'zakelijke gebondenheid' wilde Houwing niet weten. Bij onroerende zaken speelde dit probleem van de wilsovereenstemming volgens Houwing niet, zodat de opschortende voorwaarde daarbij zijns inziens wel goederenrechtelijke werking had.²⁰⁶

Suijling wees de mogelijkheid van een overdracht onder *ontbindende* voorwaarde geheel af, zodat we bij hem voor die voorwaarde uiteraard ook geen verklaring van de goederenrechtelijke werking vinden.²⁰⁷ Deze afwijzing volgde uit de gedachte dat ten gevolge van een dergelijke goederenrechtelijke werking de eigendom in de tijd zou zijn gesplitst, hetgeen in strijd zou zijn met het door Suijling verdedigde idee van ondeelbare eigendom.²⁰⁸ Vermoedelijk mogen we die benadering echter ook omdraaien: de goederenrechtelijke werking van voorwaarden zou derhalve in de opvatting van Suijling worden verklaard door een splitsing van de goederenrechtelijke gerechtigdheid tussen

202 Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 41. Vermoedelijk achtte Houwing deze ook mogelijk bij de overdracht van onroerende zaken, maar expliciet is hij daar niet over.

203 Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 40, 41.

204 Gezien dit citaat kan ik dan ook niet inzien, hoe Scheltema tot de conclusie kan komen dat Houwing de opvatting zou zijn toegedaan dat door de terugwerkende kracht van de ontbindende voorwaarde de rechtstitel komt te vervallen en – als uitvloeisel van het causale stelsel – daarmee de eerdere overdracht tenietging (Scheltema 2003, p. 231).

205 Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 42 e.v. (zie ook p. 49). Die visie werd (veel) later door de Hoge Raad afgewezen: HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745.

206 Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 47 e.v. Uit de vereiste inschrijving van de akte zouden partijen alsnog 'zakelijk' zijn gebonden (zie p. 49).

207 Suijling 1940, p. 93, 268 e.v.

208 Suijling 1940, p. 94.

bezwaarde en verwachter.²⁰⁹ Een opvatting die we als een van de beide eerder door Wiarda verdedigde mogelijkheden herkennen, met dien verstande dat Suijling de mogelijkheid van een dergelijke splitsing afwijst. De overdracht onder *opschortende* voorwaarde onderkende Suijling daarentegen wel. De goederenrechtelijke werking van de voorwaarde was zijns inziens daarbij echter beperkt tot de rechtsovergang tussen partijen. De gevolgen van een eventuele tussenbeschikking door de bezwaarde zouden bij het intreden van de voorwaarde niet alsnog vervallen. De reden voor dit laatste zag Suijling daarin dat anders de vooralsnog door de bezwaarde gehouden eigendom op een wijze zou worden beperkt, dat nog slechts een (door hem afgewezen) tijdelijke eigendom zou resteren.²¹⁰

Van Dijk verbond de opschortende voorwaarde (in het kader van het eigendomsvoorbehoud) expliciet niet aan de titel, maar aan de levering.²¹¹ Daaruit zou volgen dat het rechtsgevolg van die levering – de eigendomsovergang – pas intreedt met de vervulling van de voorwaarde. Ook bij De Bruijn vinden we een dergelijke benadering. Hij verdedigde de goederenrechtelijke werking van zowel ontbindende als opschortende voorwaarden, maar ging daarvoor niet uit van het (dwingende) vereiste van terugwerkende kracht.²¹² Wél onderschreef hij de mogelijkheid dat de voorwaarde met goederenrechtelijk effect terugwerkte, maar dat was zijns inziens ook niet meer dan een geboden mogelijkheid. De aanvankelijke verklaring van De Bruijn voor de goederenrechtelijke werking was in ieder geval gelegen in de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst.²¹³ De Bruijn zocht zeker geen verklaring in een splitsing van het eigendomsrecht tussen de verwachter en de bezwaarde, ook al stelt hij dat de gerechtigdheid van de verwachter het midden houdt tussen een persoonlijk en een zakelijk recht. Dit laatste vloeide zijns inziens echter uitsluitend voort uit de mogelijkheid van de verwachter door betaling van de koopprijs de eigendom te verkrijgen en lijkt daarmee meer een beschrijving van de in goederenrechtelijk opzicht beschermde positie van de verwachter. De benadering van een gesplitst eigendomsrecht vinden we tot slot wél bij Van Dijk, maar ook deze worstelde met de exacte kwalificatie van de gerechtigdheid van de verwachter.²¹⁴

209 Het is echter niet uit te sluiten dat Suijling deze splitsing slechts als een (niet mogelijke) consequentie van de voorwaarde zag en deze derhalve geen verklaring als zodanig vormde. Een aanwijzing daarvoor vinden we daarin, dat hij – blijkens een enigszins zijdelingse opmerking – de voorwaarde verbindt aan de levering (Suijling 1940, p. 268 nt. 1).

210 Suijling 1940, p. 268.

211 Van Dijk 1940, p. 45.

212 De Bruijn 1948, p. 361 (en eerder: De Bruijn 1945, p. 235 e.v. (m.n. p. 237)).

213 De Bruijn 1948, p. 360 (en eerder: De Bruijn 1945, p. 243 e.v.). Overigens heb ik niet gevonden of De Bruijn uitging van een causaal of een abstract stelsel voor het Nederlands recht.

214 Van Dijk 1940, p. 60.

11.2.4.4 De periode 1950 – 1992 en de conclusie

We zagen dat in de voorgaande periode tot 1950 de goederenrechtelijke werking in beperkte mate werd betwijfeld, maar met name dat de verklaring voor die goederenrechtelijke werking omstreden was. Het is in zekere zin opvallend dat in de relatief korte periode tussen 1930 en 1950 de terugwerkende kracht als verklaring in de literatuur duidelijk aan betekenis inboet. Een duidelijke reden daarvoor lijkt te ontbreken. Wat daar van zij, in 1950 wijzigde de discussie ten gevolge van het arrest Damhof/Staat wezenlijk doordat de Hoge Raad definitief vaststelde dat het Nederlandse recht een causaal stelsel kende.²¹⁵ Voor de bepaald niet eenvoudig te duiden opvattingen van Meijers verwijs ik naar de TM als besproken in § 11.2.2.1. Samengevat was in Meijers' optiek de levering voorwaardelijk, maar heeft het er tot op zekere hoogte tevens de schijn van dat de verwachter dankzij de voorwaardelijkheid van de levering direct over een goederenrechtelijk recht beschikt.²¹⁶ Gezien art. 3.2.5 OM (het huidige art. 3:38 BW) zag Meijers in ieder geval geen noodzaak de goederenrechtelijke werking uit de terugwerkende kracht te laten voortvloeien.

In de jaren vijftig verdedigde Beekhuis zowel voor ontbindende als opschortende voorwaarden dat het goed dat onder voorwaarde wordt geleverd zélf van die voorwaarde afhankelijk is.²¹⁷ Tegelijkertijd stelde Beekhuis dat de overdracht zelf – hij doelde waarschijnlijk op de *levering* in de huidige terminologie en met name op de goederenrechtelijke overeenkomst – voorwaardelijk was.²¹⁸ Beekhuis lijkt daarbij te duiden op een systematiek waarbij de voorwaardelijkheid van de levering leidt tot een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid. Helemaal duidelijk is hij voor wat betreft dit laatste echter niet. Voor zover hij dit inderdaad bedoelde, blijkt echter niet waarom voorwaardelijkheid van de levering tot een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid zou leiden. In elk geval zocht Beekhuis geen aansluiting bij voorwaardelijkheid van de titel of bij de figuur van de terugwerkende kracht.²¹⁹

Ook bij Veenhoven vinden we geen enkele verwijzing naar de titel noch de terugwerkende kracht. Volgens hem zijn zowel ontbindende als opschortende voorwaarden verbonden aan de goederenrechtelijke overeenkomst (en

215 HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1 (Damhof/Staat).

216 Struycken komt i.e.g. tot de conclusie dat Meijers er vermoedelijk van uitging dat de verwachter inderdaad beschikt over een goederenrechtelijk recht (Struycken 2007, p. 559 e.v.).

217 Asser/Beekhuis 1957, p. 154 e.v.

218 Asser/Beekhuis 1957, p. 154, waar Beekhuis expliciet stelt dat de zakelijke overeenkomst onder opschortende of ontbindende voorwaarde kan worden aangegaan.

219 Wél wijst Beekhuis op de partijbedoeling ter zake de beoogde voorwaardelijkheid van de overdracht ten gevolge waarvan ook de onderliggende verbintenis tot overdracht voorwaardelijk zal zijn.

daarmee derhalve onderdeel van de levering).²²⁰ Daaraan verbond Veenhoven zowel de werking tussen partijen als die ten opzichte van derden. Een verdere verklaring waarom die effecten zouden intreden ontbreekt echter.

In 1961 volgt de Hoge Raad in het Seneca-arrest ten aanzien van ontbindende voorwaarden een andere koers.²²¹ In dit arrest stelt de Hoge Raad dat de terugwerkende kracht van de ontbinding van de koopovereenkomst niet kon wegnemen, dat de verkrijger van de oorspronkelijk verkochte en geleverde zaken door zaaksvorming nieuw gevormde zaken eigenaar was geworden en derhalve ook eigenaar bleef. Wat van deze kwestie van de zaaksvorming ook zij, het uitgangspunt van de Hoge Raad is daarmee duidelijk een goederenrechtelijke werking van de voorwaarde ten gevolge van het met terugwerkende kracht vervallen van de titel.²²² Een benadering die derhalve overeenstemde met de eerdere opvattingen van onder meer van Van Goudoever, Van Oven, en P. Scholten. Deze zijdelingse vaststelling door de Hoge Raad valt ook goed te plaatsen in het licht van het eerdere arrest Damhof/Staat. Dat de Hoge Raad hiermee voor het OBW – vooralsnog – leek vast te stellen dat de systematiek van de goederenrechtelijke werking van (ontbindende) voorwaarden bestond uit het met terugwerkende kracht vervallen van de titel, leidde in de literatuur echter niet tot een breder aanvaarde verklaring.

In Pitlo's zeer onduidelijke visie op de verklaring van de goederenrechtelijke werking vinden we nauwelijks of geen aanknopingspunt bij deze door de Hoge Raad genoemde systematiek. Pitlo stelt bijvoorbeeld: 'Het is [] de vraag of de terugwerking eigen is aan de voorwaarde bij de zakelijke rechtshandeling'.²²³ Tegelijkertijd leed het zijns inziens 'weinig twijfel' dat deze verbonden was aan (ontbindende) voorwaarden en zag hij geen bezwaar tegen terugwerkende kracht bij opschortende voorwaarden.²²⁴ Wat precies de functie van de terugwerkende kracht zou moeten zijn, blijft bij Pitlo niettemin onduidelijk. Expliciete aansluiting bij de onderliggende verbintenis of titel zocht Pitlo in elk geval niet.²²⁵ Voor de goederenrechtelijke werking van zowel opschor-

220 Veenhoven 1955, p. 23, 24.

221 HR 6 januari 1961, NJ 1962, 19 (Seneca).

222 Zie ook het eerdere arrest van de Hoge Raad van 10 december 1943 (NJ 1944, 159), waar de Hoge Raad reeds tot deze zelfde (zeer kort verwoorde) vaststelling komt.

223 Pitlo 1965, p. 198. Overigens verwijst Pitlo in dit verband naar HR 19 december 1935, NJ 1936, 948, maar uit dat arrest valt m.i. v.w.b. de thans besproken kwestie niets af te leiden.

224 Zo komt hij tot de vaststelling dat ook voorstanders van de abstracte leveringstheorie de goederenrechtelijke werking – blijkbaar u.h.v. de terugwerkende kracht – erkennen (Pitlo 1965, p. 198). Zijn suggestie dat de bedoelde voorstanders inderdaad aansluiting zochten bij de terugwerkende kracht is echter, zoals uit de vorenomschreven opvattingen blijkt, voor een belangrijk deel onjuist. Overigens kwam Pitlo zelf tot de vaststelling dat in een abstract stelsel voorwaarden geen goederenrechtelijke werking kennen (Pitlo 1964 p. 83).

225 Zie bijv. Pitlo 1964 p. 83, waar Pitlo stelt: 'In de causale leveringstheorie werkt de ontbindende voorwaarde in de obligatoire verhouding opgenomen door in de daarop volgende zakelijke overeenkomst, zodat bij het uiteenvallen van de obligatoire verhouding de zakelijke overeenkomst mede wegvalt en er een zakelijke vordering tot teruggave ontstaat'. Op dezelfde pagina wekt Pitlo de suggestie dat e.e.a. het gevolg is van de terugwerkende kracht,

tende als ontbindende voorwaarden bij overdracht van roerende zaken is in zijn optiek de 'gebonden wil' van partijen wezenlijk, waar uit lijkt te volgen dat terugwerkende kracht in de visie van Pitlo helemaal geen rol vervult bij de goederenrechtelijke werking.²²⁶ Althans, ik heb geen enkel systematisch verband tussen de bedoelde 'gebonden wil' en de figuur van terugwerkende kracht kunnen vinden. De eerder door de Hoge Raad verwoorde systematiek vinden we bij Pitlo dan ook niet terug.

Schoordijk lijkt in 1971 in overeenstemming met de Hoge Raad de verklaring van goederenrechtelijke werking onder het OBW in de terugwerkende kracht te zien. Hij verbond de voorwaarde echter aan de levering en niet aan de titel.²²⁷ Weliswaar vinden we een dergelijke systematiek ook bij andere auteurs onder het OBW, maar de inzichtelijke systematiek in een causaal stelsel van het verval van de titel bij het intreden van een ontbindende voorwaarde werd derhalve (ook) door Schoordijk niet gevolgd.

Bij Van Opstall vinden we halverwege de jaren zeventig deze laatste systematiek wel uitgebreid verdedigd.²²⁸ Enigszins moeilijker is daarentegen dat Van Opstall tevens stelt, dat de voorwaarde niet op de rechtshandeling moet worden betrokken, maar op het met die rechtshandeling beoogde rechtsgevolg.²²⁹ Naar ik aanneem – ik heb dit bij Van Opstall niet expliciet verwoord gevonden – leidt de meerzijdige rechtshandeling van aanbod en aanvaarding tot de titel, waarmee deze het voorwaardelijke rechtsgevolg zou zijn van die rechtshandeling. Indien deze laatste aanname van de opvatting van Van Opstall onjuist zou zijn, kan ik de door Van Opstall voorgestane systematiek daarentegen niet goed plaatsen.

Den Dulk verdedigde in 1979 dat de goederenrechtelijke werking voortvloeide uit de voorwaarde bij de titel.²³⁰ Of daarbij aan de terugwerkende kracht een functie toe kwam, bespreekt Den Dulk niet. De voorwaarde is zijns inziens in elk geval niet verbonden aan de goederenrechtelijke overeenkomst.

We zien derhalve dat weliswaar een deel van de literatuur de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden benaderde vanuit de systematiek van verval met terugwerkende kracht van de titel, maar dat tegelijkertijd een

maar op welke wijze die systematiek zou werken – zie bijv. de vorengeciteerde moeilijk te duiden verhouding tussen obligatoire en zakelijke overeenkomst – blijft bij Pitlo onduidelijk.

226 Pitlo 1965, p. 198. Overigens constateert Pitlo wel dat de figuur van de gebonden wil in de jurisprudentie werd afgewezen (verwijzend naar HR 6 juni 1930, NJ 1930, 1193).

227 Schoordijk 1971, p. 459 nt. 14 (zie in een zelfde zin: Schoordijk 1986, p. 117, waar Schoordijk de voorwaarde specifiek verbindt aan de goederenrechtelijke overeenkomst). Schoordijk merkt daarbij overigens op dat de terugwerkende kracht als verbonden aan voorwaarden door hem werd beschouwd als het Nederlands geldend recht. Voor zover al juist betwijfel ik echter, of die voorwaarde ook werd beschouwd als verbonden aan de levering.

228 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 395 e.v.

229 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 384.

230 Den Dulk 1979, p. 132, 133.

wezenlijk deel van de auteurs een andere benadering volgde. In 1980 wees de Hoge Raad echter wederom arrest waarbij in het kader van fiduciaire zekerheidseigendom de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden aandacht kreeg.²³¹ In dit arrest herhaalde de Hoge Raad dat de (impliciete) ontbindende voorwaarde aan de overeenkomst is verbonden, waarmee – de Hoge Raad zegt het niet met zoveel woorden – de systematiek van verval van de titel gevolgd lijkt te worden.

Dit arrest werd echter in het thans besproken verband op één belangrijk punt in de literatuur verschillend geïnterpreteerd. Kleijn lijkt in zijn relatief veel besproken noot bij dit arrest een verband te leggen tussen art. 1301 OBW en de terugwerkende kracht van voorwaarden, waarbij hij overigens geen aansluiting zocht bij een verval van de titel.²³² Opvallend genoeg werd juist op grond van ditzelfde arrest door een groot deel van de literatuur verdedigd, dat de Hoge Raad de goederenrechtelijke werking bij het intreden van ontbindende voorwaarden ook zónder terugwerkende kracht mogelijk zou achten.²³³ Althans voor wat betreft de werking tussen partijen. Onder meer Mijnsen baseert deze stelling (uitsluitend) daarop dat de Hoge Raad spreekt van een 'alsdan' en 'weer' overgaan van de eigendom bij het intreden van de voorwaarde, terwijl bij terugwerkende kracht de eigendom geacht moest worden nimmer te zijn overgedragen aan de bezwaarde.²³⁴ Een benadering van dit arrest waar ik duidelijke twijfels bij heb.²³⁵

231 HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.).

232 Heel duidelijk is Kleijn op dit punt echter niet, al wordt hij in de literatuur wel zo geïnterpreteerd (Mezas 1985, p. 23, nt. 62; Bakels 1981, p. 631, nt. 11; Mijnsen 1981, p. 645).

233 Faber & Van Hees 1994, p. 193 (die tevens stellen dat de Hoge Raad geanticipeerd kan hebben op de artt. 3:38 lid 2 en 3:84 lid 4 BW); Zwitter 1993, p. 530; Brahn 1988, p. 55; Mezas 1985, p. 23 (die eveneens stelt dat de Hoge Raad in dit arrest leek te hebben geanticipeerd op art. 3:38 lid 2 NBW, zie p. 24); De Groot e.a. 1983, p. 145; Bakels 1981, p. 631, nt. 11; Mijnsen 1981, p. 645; Brahn 1981b, p. 338; Van der Grinten 1981, p. 86 (Van der Grinten gaat nog een stapje verder, waar hij stelt dat de Hoge Raad de verklaring van de terugwerkende kracht in dit arrest *uitdrukkelijk* verwerpt. Dit laatste kan ik met de beste wil niet in het arrest lezen. Overigens stelt Van der Grinten tevens dat uit dit arrest voor de eerste maal zou volgen dat de Hoge Raad een overdracht onder voorwaarde aanvaardt. Dat is zeker niet juist, zie de in § 11.1.4 en hiervoor in deze § 11.2.4 vermelde rechtspraak). Ook A-G Franx noemt die interpretatie van het arrest, maar oppert duidelijke twijfels t.a.v. die interpretatie (zie zijn conclusie bij HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745). Let wel, met uitzondering van Van der Grinten is de stelling bij de voormelde auteurs *niet* dat de goederenrechtelijke werking niet door de terugwerkende kracht verklaard wordt, maar dat deze blijkens voormeld arrest i.e.g. niet uit de terugwerkende kracht verklaard *behoeft* te worden.

234 Ook Mezas en Brahn hechten sterk aan deze woorden (Mezas 1985, p. 23; Brahn 1981b, p. 338).

235 Het is m.n. de vraag hoeveel gewicht we aan deze woorden van de Hoge Raad mogen toekennen. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest immers niet als zodanig over de terugwerkende kracht bij voorwaarden, noch over de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van voorwaarden. Ook A-G Franx uitte sterke twijfels over die interpretatie (zie zijn conclusie bij HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745).

Mijnssen zelf verdedigde uit hoofde van dit arrest een verklaring van de goederenrechtelijke werking bestaande uit de voorwaardelijkheid van het verkregen recht: een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid derhalve.²³⁶ Korte tijd later nam hij echter tezamen met Schut een ander standpunt in, waarbij wel degelijk de terugwerkende kracht van de aan de levering respectievelijk goederenrechtelijke overeenkomst verbonden ontbindende voorwaarde tot verval van de aanvankelijke levering leidde.²³⁷ Ook de levering onder opschortende voorwaarde zou mogelijk zijn, waarbij de terugwerkende kracht bij het intreden van die voorwaarde geen toepassing zou vinden.

Bij Rutten vinden we in 1981 geen systematische verklaring voor de goederenrechtelijke werking.²³⁸ Overeenkomstig de visie van Cleveringa onderbouwt Rutten het bestaan daarvan met de historische ontwikkeling, al heeft de terugwerkende kracht – gezien zijn stelling *sec* – in zijn opvatting wel betekenis. Hoe we deze terugwerkende kracht in de systematiek moeten plaatsen, beschrijft hij echter niet. Het ten gevolge van een ontbindende voorwaarde met terugwerkende kracht vervallen van de titel en daarmee van de overdracht wordt door hem in elk geval niet verdedigd. Deze laatste opvatting vinden we daarentegen weer wel verdedigd door Brahn, (wellicht) Den Tonkelaar, Hijma en Olthof alsmede Van Buchem-Spapens.²³⁹ Ook Vriesendorp verdedigt de combinatie van voorwaardelijkheid van de titel en terugwerkende kracht als verklaringsgrond, maar dan met betrekking tot opschortende voorwaarden.²⁴⁰ Het dankzij de terugwerkende kracht alsnog ten tijde van de (eerdere) levering blijken te bestaan van een rechtsgeldige titel liet zijns inziens de rechtsovergang met effect intreden.

In 1989 stelt de Hoge Raad vast dat ook vorderingen onder een opschortende voorwaarde kunnen worden geleverd.²⁴¹ Daarbij verbindt de Hoge Raad in dit arrest de opschortende voorwaarde echter aan de rechtshandeling van de cessie en derhalve niet aan de titel. Of de Hoge Raad daarmee een koerswijziging beoogde ten opzichte van de voormelde arresten uit 1961 en 1980, bijvoorbeeld in het kader van anticipatie op het NBW, is onduidelijk. In deze beide laatste arresten ging het immers om *ontbindende* voorwaarden, zodat het ook mogelijk is dat de Hoge Raad in het arrest van 1989 met betrekking

236 Mijnssen 1981, p. 646.

237 Mijnssen & Schut 1982, p. 54 e.v.

238 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 147 e.v. V.w.b. het OBW is Ruttens standpunt daarmee sinds 1958 niet gewijzigd (Asser/Rutten 1958, p. 161 e.v.).

239 Brahn 1988, p. 37 (m.b.t. art. 1302 OBW); Den Tonkelaar 1983, p. 105 (t.a.v. opschortende voorwaarden verdedigt Den Tonkelaar geen duidelijke opvatting, zie p. 87); Hijma & Olthof 1982, p. 259; Van Buchem-Spapens 1982, p. 60, 61. Overigens stellen Hijma en Olthoff voor het NBW dat de *levering* bij gebrek aan terugwerkende kracht niet de verklaringsgrond voor de goederenrechtelijke werking kan vormen (p. 260). *Mét* terugwerkende kracht zou dat – blijkbaar – anders zijn.

240 Vriesendorp 1985, p. 24 e.v.

241 HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745.

tot een *opschortende* voorwaarde een andere systematiek wenste te hanteren. Een tweede interessant punt aan dit arrest is dat de Hoge Raad – mijns inziens wezenlijk duidelijker dan in het arrest uit 1980, maar niettemin niet geheel onbetwistbaar – vaststelt dat terugwerkende kracht op zich geen vereiste vormt voor de goederenrechtelijke werking bij het intreden van de voorwaarde.²⁴² Althans, voor wat betreft de goederenrechtelijke werking tussen partijen. Voor de werking ten opzichte van derden die uit hoofde van een tussenbeschikking door de bezwaarde gerechtigde zijn geworden, is dat anders.²⁴³ De Hoge Raad noemt expliciet de terugwerkende kracht als onderdeel van de verklaring waarom deze derde zijn gerechtigdheid verliest ten gunste van de verwachter. Ondanks (ook) dit arrest hield een aanzienlijke groep van auteurs in de laatste jaren waarin het OBW nog werking had bij ontbindende voorwaarden vast aan de gedachte, dat de goederenrechtelijke werking voortvloeide uit het met terugwerkende kracht vervallen van de titel.²⁴⁴

Conclusie

In de hedendaagse literatuur wordt gesteld dat – in ieder geval vanaf de tweede helft van de twintigste eeuw – breed of zelfs algemeen werd aangenomen, dat de goederenrechtelijke werking van de *ontbindende* voorwaarde onder het OBW voortvloeide uit het met terugwerkende kracht vervallen van de titel.²⁴⁵ Deze opvatting kunnen we op grond van het vorenstaande voor het OBW als geheel echter als onjuist of tenminste als onvoldoende nauwkeurig beschouwen.²⁴⁶ Dat geldt ook voor de periode na 1950, waarin door de Hoge Raad was vastgesteld dat het Nederlandse recht een causaal stelsel kende. Zoals we zagen werd dit verval van de titel ten gevolge van de terugwerkende kracht weliswaar door een aantal auteurs verdedigd, maar deze opvatting vond zeker geen algemene ingang. Bovendien zien we dat een bredere acceptatie van deze benadering pas vanaf 1980 plaatsvindt, derhalve pas in de laatste jaren waarin het OBW werking had. De beste papieren voor deze benadering

242 De Hoge Raad stelt: 'Voor zover aan het onderdeel de gedachte ten grondslag ligt dat bij een cessie naar Nederlands recht de vervulling van de voorwaarde slechts werkt vanaf het ogenblik van de cessie, is het eveneens tevergeefs voorgesteld. Het ziet er immers aan voorbij dat het aan partijen vrijstaat om bij de overeenkomst voor de werking van de vervulling van de voorwaarde een ander tijdstip te bepalen'.

243 Zie ook: Hartkamp 1991, p. 869.

244 Hartkamp 1991, p. 869; Holtman 1991, p. 456; Van Straaten 1990, p. 47; Zwitser 1990, p. 36; Chao-Duivis 1988, p. 172.

245 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 225; Zwitser 2013, p. 250; (impliciet) Van Velten 2012, p. 33; Reehuis 2010, p. 88; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 139 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132); Scheltema 2003, p. 262; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 187; Den Tonkelaar 1994, p. 86, 92; Fikkers 1992, p. 67.

246 Zie in eenzelfde zin: Van der Grinten 1981, p. 86; Rutten in zijn noot bij HR 6 januari 1961, NJ 1962, 19 (Rutten stelt: 'Ook dit [de goederenrechtelijke werking t.o.v. derden, HS] is sedert tal van jaren heersende leer, zij het dat er in het geheel geen eenstemmigheid bestaat omtrent de grondslag daarvan'.

onder het OBW vinden we nog bij voormelde arresten van de Hoge Raad na 1950. Ook bij de Hoge Raad zelf vinden we echter aanwijzingen voor andere verklaringen. Met het vorenstaande kom ik derhalve voor de periode na 1950 tot een wezenlijk andere conclusie dan Scheltema.²⁴⁷

De figuur van de terugwerkende kracht *buiten* het verband van verval van de titel vond in de literatuur duidelijk ruimere aanhang. Toepassing van de terugwerkende kracht leidde bij deze auteurs echter tot talloze varianten in de verdedigde systematiek – voor zover die systematiek bij individuele auteurs overigens al afdoende inzichtelijk is. Van enige breder gedragen opvatting is derhalve geen sprake, met dien verstande dat de terugwerkende kracht als gezegd wel de spil vormde waar de verschillende opvattingen zich om heen bewogen. Voor de periode vóór 1950 is de conclusie niet veel anders, waarbij de discussie omtrent het causale of abstracte karakter van het Nederlandse recht de zaken overigens nog minder inzichtelijk maakte.

Voor wat betreft de goederenrechtelijke werking van opschortende voorwaarden leent de voorwaardelijkheid van de titel zich hoe dan ook slecht. De opschortende voorwaarde werd dan ook meestal aan de levering respectievelijk de goederenrechtelijke overeenkomst verbonden, al dan niet met als consequentie de verkrijging van een in goederenrechtelijke zin voorwaardelijke gerechtigdheid.²⁴⁸ Soms werd aan deze voorwaardelijke levering expliciet terugwerkende kracht gekoppeld, maar ook bleef de terugwerkende kracht in dat verband vaak onbesproken. Per saldo ontbrak voor de goederenrechtelijke werking van opschortende voorwaarden een breder gedragen verklaring, zoals dat (met uitzondering van de laatste jaren van het OBW) ook voor de ontbindende voorwaarden gold. De slotconclusie is dan ook dat de verklaring van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden, voor zover deze inderdaad werd aanvaard, gedurende de gehele werkingsduur van het OBW zeer omstreden is gebleven.

247 Scheltema stelt juist dat in deze periode algemeen werd aangenomen dat het intreden van een ontbindende voorwaarde terugwerkende kracht had en daarmee leidde tot het van aanvang af ontbreken van een geldige titel en daarmee van de overdracht (Scheltema 2003, p. 262). Echter, zoals we zagen werd de terugwerkende kracht veelal helemaal niet verbonden aan het verval van de titel, óók niet door een aantal van de door Scheltema genoemde auteurs.

248 Vriesendorp constateert – overigens tot zijn eigen verbazing – dan ook dat opschortende voorwaardelijkheid van de titel in de literatuur van het OBW nauwelijks werd genoemd (Vriesendorp 1985, p. 27). Bartels en Van Mierlo stellen niettemin dat het dankzij de terugwerkende kracht alsnog van kracht worden van de titel de verklaring voor de goederenrechtelijke werking onder het OBW zou hebben gevormd (Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 225). Dat kunnen we echter als onjuist beschouwen.

11.2.5 De verklaringen naar Duits en Zwitsers recht en het DCFR

11.2.5.1 Inleiding

Het kwam reeds meermalen kort ter sprake dat het Duitse en Zwitserse recht bij de verklaring van de goederenrechtelijke werking een geheel andere koers varen dan het Nederlandse. Met betrekking tot een relatief bescheiden aantal (hierna te bespreken) kwesties vloeien daar wellicht ook materiële verschillen uit voort, maar die zijn van beperkt belang. Het verschil in systematiek met het Nederlandse recht is derhalve vooral van theoretische aard en bestaat daaruit, dat zowel het Duitse als het Zwitserse recht de verklaring van de goederenrechtelijke werking tussen partijen onderscheiden van de verklaring van die werking ten opzichte van derden. Of anders gezegd, de verklaring waarom voorwaarden tussen partijen goederenrechtelijke werking hebben is niet tévens de verklaring waarom voorwaarden leiden tot het verval van tussenbeschikkingen door de bezwaarde. Voor de werking tussen partijen wordt deze in de Duitse literatuur vrijwel algemeen gezien in de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst. In de Zwitserse literatuur wordt die benadering door een deel van de auteurs eveneens onderschreven, maar ook vinden we wel andere opvattingen. De werking ten opzichte van derden wordt daarentegen in beide stelsels afgeleid uit wetsduiding: § 161 BGB en art. 152 III OR. Deze wetsartikelen worden beschouwd als beschermingsbepalingen ten behoeve van de verwachter, juist omdat de gehanteerde systematiek van de werking tussen partijen niet zou leiden tot het verval van tussenbeschikkingen.

Een laatste inleidende opmerking ten aanzien van beide stelsels betreft het volgende. Terwijl in de Nederlandse rechtskring boekenplanken zijn volgeschreven over de goederenrechtelijke werking van voorwaarden, mogen we de aandacht voor die werking in de Duitse en Zwitserse rechtskring als relatief bescheiden aanmerken. Althans, voor wat betreft de *verklaring* van die werking. De aandacht voor het *materiële recht* ter zake het verval van tussenbeschikkingen is daarentegen vrij groot, met name in de Duitse kring. Deze materiële gevolgen zijn mede in die zin interessant, dat de grondslag daarvoor is gelegen in wetsduiding respectievelijk de strekking als beschermingsbepaling van § 161 BGB en art. 152 III OR. Met andere woorden, deze gevolgen worden niet afgeleid uit een achterliggende systematiek voor het verval van tussenbeschikkingen, maar uit de bedoeling van de beide wetgevers met deze wetsbepalingen. In de Nederlandse rechtskring is in zekere zin sprake van een tegengestelde benadering. Het – voor de Nederlandse rechtskring niet bijzonder ver uitgewerkte – materiële recht ter zake het verval van tussenbeschikkingen wordt min of meer als een gegeven beschouwd, terwijl de grondslag voor dat materiële recht juist omstreden is. Bij deze laatste benadering komt aan de verdere uitwerking van het materiële recht in de Zwitserse en met name Duitse rechtskring in die zin betekenis toe, dat deze beide stelsels daarmee inzicht

geven in hetgeen mogelijk (ook) voor het Nederlandse recht zou moeten worden verklaard. Bij de onderstaande bespreking besteed ik daarom de nodige aandacht aan dit materiële recht.

11.2.5.2 *Duits recht*

Hiervoor stelde ik reeds dat de vraag naar de verklaring van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden in de Duitse rechtswetenschap duidelijk minder stof heeft doen opwaaien dan in de Nederlandse rechtskring. Een mogelijke reden daarvoor is dat met de invoering van het BGB in 1900 het bestaan van – maar dus niet de verklaring voor – deze goederenrechtelijke werking in feite onbetwist was.²⁴⁹ Deze verklaring was niettemin in de periode van totstandkoming van het BGB een discussiepunt.²⁵⁰ In die periode deed de visie opgang dat de tot dan toe aanvaarde terugwerkende kracht bij het intreden van voorwaarden tot ongewenste effecten leidde en derhalve niet diende te worden overgenomen in het BGB.²⁵¹ Met het wegvallen van de terugwerkende kracht als grondslag voor de goederenrechtelijke werking moest een andere verklaring gezocht worden; een situatie die wij vanzelfsprekend herkennen met betrekking tot de overgang van het OBW naar het NBW. Het belang van het vinden van een andere verklaring werd vooral gezien met betrekking tot de overdracht onder ontbindende voorwaarde. Voor ontbindende voorwaarden moest immers verklaard worden waarom de eigendom naar de verwachter terug zou vallen zonder teruglevering. Dát sprake moest zijn van een dergelijke retro-overgang, was reeds door de eerste commissie die het ontwerp voor het BGB opstelde als zodanig vastgesteld. De overwegingen van de commissie daarvoor bestonden echter niet uit een juridisch-systematische argumentatie, maar uit het gegeven dat goederenrechtelijke werking het beste overeenstemde met de historische ontwikkeling van de figuur van

249 Een mogelijke, meer feitelijke reden voor de bescheiden omvang van die aandacht is daarin gelegen dat de praktijk in Duitsland weinig gebruik zou maken van de goederenrechtelijke werking die (met name ontbindende) voorwaarden bieden (Zwalve 2006, p. 194, 195 (verwijzend naar Flume); Flume 1992, p. 728).

250 Flume 1992, p. 728.

Zie verder ook de Nederlandse literatuur: Zwalve 2006, p. 182 e.v.; (uitgebreid) Scheltema 2003, p. 191 e.v.

251 Scheltema constateert dat het BGB aan het intreden van een (ontbindende) voorwaarde weliswaar inderdaad geen terugwerkende kracht verbindt, maar aan dat intreden wel dezelfde rechtsgevolgen verbindt als ware sprake van terugwerkende kracht (Scheltema 2003, p. 225). Voor zover hij daarmee doelt op de goederenrechtelijke werking van voorwaarden – in de zin van een retro-overgang op de verwachter en het verval van tussenbeschikkingen – kan men dat op zich stellen. Het is echter de vraag wat alsdan de consequentie van die gedachte zou moeten zijn. We kunnen deze gedachte immers net zo goed omdraaien: de goederenrechtelijke gevolgen van een systeem mét terugwerkende kracht zijn niet anders dan die van het BGB zónder terugwerkende kracht.

voorwaarden, het (destijds) geldende recht alsmede de behoeften van de praktijk.²⁵² Een uitgewerkte dogmatische onderbouwing bleef achterwege.²⁵³

Dit laatste is in de moderne Duitse literatuur nauwelijks anders, zeker voor wat betreft de werking tussen partijen. De merendeels aangehangen verklaring voor de goederenrechtelijke werking tussen partijen bestaat uit de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst, zowel ten aanzien van de ontbindende als de opschortende voorwaarde.²⁵⁴ Deze verklaring bestaande uit de goederenrechtelijke overeenkomst onder voorwaarde wordt in de literatuur als verklaring voor de werking tussen partijen – klaarblijkelijk – als een vanzelfsprekendheid of tenminste als afdoende beschouwd. Een groot deel van de individuele auteurs constateert namelijk nauwelijks of niet meer dan dát aan de goederenrechtelijke overeenkomst een voorwaarde kan worden verbonden. Waarom dit tussen partijen tot goederenrechtelijk effect zou leiden, met name bij gebrek aan terugwerkende kracht of de vaststelling dat de goederenrechtelijke overeenkomst qua effecten voortbestaat na het moment van levering, blijft vrijwel onbesproken.²⁵⁵

Aan het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen als deel van het goederenrechtelijk effect wordt door de verschillende auteurs iets meer aandacht besteed, vermoedelijk daartoe uitgedaagd door de betekenis die § 161 BGB in de systematiek zou moeten hebben. Die betekenis wordt merendeels daarin gezien dat voorwaarden geen (goederenrechtelijk) terugwerkende kracht kennen.²⁵⁶ De bezwaarde is daarmee gedurende de periode van onzekerheid

252 HKK/Finkenauer 2003, p. 892.

253 Hetgeen in ieder geval in de moderne Duitse literatuur als verrassend wordt beschouwd (HKK/Finkenauer 2003, p. 892; Flume 1992, p. 728).

254 Schellhammer 2013, p. 508, 559 (m.b.t. eigendomsvoorbehoud); Wolf/Neuner 2012, p. 645; Vieweg & Werner 2010, p. 82; Wilhelm 2010, p. 950; Bauer/Stürner 2009, p. 238, 639; Herberger/Beckmann 2009, p. 361; Kindl 2008, p. 477, 478; Wieling 2006, p. 43, 294, 295; Flume 1992, p. 725, 728 (waarbij aangetekend zij dat Flume slechts van de voorwaardelijke rechtshandeling spreekt en niet specifiek van de goederenrechtelijke overeenkomst); Banke 1991, p. 21 e.v. (m.b.t. eigendomsvoorbehoud); Westermann 1973 p. 186, 187.

Zie in deze zin ook de Nederlandse auteurs: Zwalve 2006, p. 252; Scheltema 2003, p. 207 e.v. (m.b.t. ontbindende voorwaarden); Van Vliet 2000, p. 36; Nieskens-Isphording 1999, p. 65 (m.b.t. opschortende voorwaarde van eigendomsvoorbehoud).

255 Voor een goederenrechtelijke werking o.b.v. de voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst zou voor een sluitende verklaring aan een van beide vereisten moeten worden voldaan, zie § 11.2.3.3.

256 Wel wordt door Armgardt verdedigd dat terugwerkende kracht een goede verklaring zou bieden voor het verval van tussenbeschikkingen (Vieweg/Armgardt 2010, p. 1062, 1069). Armgardt onderkent echter dat de heersende leer een goederenrechtelijke terugwerkende kracht niet erkent. Ook Westermann beschouwt deze *Pendenztheorie* als een verklaring die voor een groot deel tegemoet komt aan de eisen van de praktijk (MüKo/Westermann, uitgave uit het jaar 2001, p. 1601. In MüKo/Westermann 2012, p. 1600, 1601 ontbreekt deze passage opvallend genoeg). De visie dat terugwerkende kracht tot bedoeld verval zou leiden, werd (ook) t.t.v. de totstandkoming van het BGB onderschreven (HKK/Finkenauer 2003, p. 891). Dat voorwaarden naar Duits recht echter geen (goederenrechtelijke) terugwerkende kracht hebben, is feitelijk onbetwist (zie § 2.6.2).

volledig beschikkingsbevoegd en is dat – achteraf beschouwd na het intreden van de voorwaarde – ook steeds geweest.²⁵⁷ Een systematiek die we ook kunnen afleiden uit § 161 lid 3 BGB.²⁵⁸ Daarmee zouden de gevolgen van een tussenbeschikking bij het intreden van de voorwaarde in stand blijven, ook ten opzichte van de verwachter die (weer) gerechtigde tot het goed is geworden.

Uit deze betekenis van § 161 BGB volgt eigenlijk reeds dat het verval van tussenbeschikkingen het uitsluitende gevolg is van wetsduiding. Of anders gezegd, uit de systematiek van de goederenrechtelijke werking tussen partijen – bestaande uit de voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst – kan een dergelijk verval niet worden afgeleid. Deze benadering van het verval van tussenbeschikkingen uitsluitend uit hoofde van de in § 161 BGB neergelegde wetsduiding wordt in de literatuur ook onderschreven.²⁵⁹ Dat in de literatuur vaak wordt geconstateerd dat § 161 BGB daarmee leidt tot een (wettelijke) beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde²⁶⁰ – in de zin dat deze feitelijk niet langer onvoorwaardelijk over zijn goed kan beschik-

257 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 166; Schellhammer 2014, p. 1067; Weber 2013, p. 283; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 621; MüKo/Westermann 2012, p. 1718, 1719, 1721 e.v.; Bork 2011, p. 502; Staudinger/Bork 2010, p. 333, 346; Wolf 1999, p. 521; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 856.

Ook Bartels komt voor het Duitse recht tot deze vaststelling (Bartels 1997, p. 89). Scheltema constateert dan ook op zich terecht dat 'consequent geredeneerd' de bezwaarde in het Duitse recht (geheel) beschikkingsbevoegd zou moeten zijn (Scheltema 2003, p. 210). Dat laatste is ook het geval, zij het dat § 161 BGB 'ingrijpt'.

Wellicht anders echter Weber en Wolf, die er – zonder nadere onderbouwing – van uitgaan dat de tussenbeschikking vanaf het moment van de beschikkingshandeling (derhalve met terugwerkende kracht) door het intreden van de voorwaarde komt te vervallen (Weber 2013, p. 283; Wolf 1999, p. 521).

258 Volgens deze bepaling zijn de bedoelde derdenbeschermingsbepalingen *analoog* van toepassing, juist omdat de bezwaarde beschikkingsbevoegd is.

259 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 166; Jauernig/Mansel 2014, p. 127; PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Schellhammer 2014, p. 1066; Weber 2013, p. 283; Medicus 2010, p. 345, 346; Staudinger/Bork 2010, p. 333; Wilhelm 2010, p. 909; Wolf 1999, p. 521; Flume 1992, p. 725, 726.

Nieskens-Isphording ziet voor het Duitse recht daarentegen de grondslag voor de bescherming van de verwachter tegen tussenbeschikkingen in het Anwartschaftsrecht dat deze veelal heeft (Nieskens-Isphording 1997, p. 111). Dat is echter onjuist. Zoals ik in § 11.3.2 bespreek is het Anwartschaftsrecht een *gevolg* van de verregaande bescherming – mede dankzij § 161 BGB – van de verwachter en niet andersom. Vriesendorp heeft dan ook terecht betoogd dat voor de bescherming van de verwachter (koper onder eigendomsvoorbehoud) de constructie van het Anwartschaftsrecht in het Duitse recht niet van betekenis is (Vriesendorp 1985, p. 16 e.v.).

260 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; Jauernig/Mansel 2014, p. 127; Flume 1992, p. 703; Wolf 1999, p. 521 (Wolf spreekt weliswaar van een beperking van de *Verfügungsmacht*, maar verwijst daarbij naar Flume die uitgaat van een beperking van de beschikkingsbevoegdheid). Ook Bork stelt dat deze opvatting de heersende leer is, maar anderschrijft deze zienswijze zelf niet. Bork ziet in § 161 BGB de grondslag voor een beschikkingsverbod met absolute werking voor de bezwaarde. Dit verbod bestaat daaruit, dat tussenbeschikkingen die de gevolgen van het intreden van de voorwaarde negatief beïnvloeden met het intreden van de voorwaarde komen te vervallen (Staudinger/Bork 2010, p. 346).

ken – doet niets af aan deze systematiek uit hoofde van de wet. Wél heeft dit laatste een direct materieel gevolg. De tussenbeschikking is namelijk in die zin in zijn gevolgen (ontbindend) voorwaardelijk, dat deze op grond van § 161 BGB afhankelijk blijft van het eventuele intreden van de voorwaarde zoals deze geldt tussen de bezwaarde en de verwachter. Voor het Duitse recht zijn er echter de nodige rechtshandelingen die uitsluitend onvoorwaardelijk kunnen worden verricht.²⁶¹ Wil een tussenbeschikking derhalve überhaupt mogelijk zijn (derhalve tot het eventuele moment dat § 161 BGB toepassing vindt), dan moet die tussenbeschikking ook zelf onder voorwaarde kunnen bestaan.²⁶² Deze handelingen kunnen dan ook niet door de bezwaarde worden verricht, zolang de voorwaarde nog kan intreden.

Ik besteed een enkel woord aan de figuur van de gesplitste of gedeelde eigendom. In § 11.2.6 zal ik bespreken dat in de Nederlandse literatuur wel wordt verdedigd dat ten gevolge van een overdracht onder voorwaarde het eigendomsrecht wordt gedeeld of gesplitst tussen de bezwaarde en de verwachter. Ook in de Duitse literatuur wordt dit – incidenteel – verdedigd, maar tegelijkertijd zeer veel vaker afgewezen.²⁶³ Wezenlijk in dit verband is echter dat deze splitsing van de eigendom in de Duitse dogmatiek hoe dan ook niet wordt gehanteerd als verklaringsgrond voor de goederenrechtelijke werking, noch voor de werking tussen partijen, noch voor de werking ten opzichte van derden. De eventuele kwalificatie als gesplitste eigendom vervult een geheel andere rol, namelijk die van een verdere duiding van het Anwartschaftsrecht.²⁶⁴ Wat er verder zij van de Duitse discussie in deze, voor de thans gezochte verklaringsgrond is deze zonder betekenis.

In verband met het feit dat als gezegd het verval van tussenbeschikkingen geen systematisch gevolg is, maar voortvloeit uit het met § 161 BGB ingrijpen door de wetgever, doet zich de vraag voor wat de materële gevolgen van deze bepaling zijn. § 161 BGB wordt – in overeenstemming met de functie die de Duitse wetgever voor ogen stond – heel expliciet beschouwd als een beschermingsbepaling ten behoeve van de verwachter. De uit deze wetsbepaling voortvloeiende sterke bescherming van de verwachter wordt in de Duitse literatuur beschouwd als de grondslag voor het *Anwartschaftsrecht*.²⁶⁵ Vereist voor die bescherming is dat ten behoeve van de verwachter reeds beschikt

261 Zie § 5.3.1.

262 PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Staudinger/Bork 2010, p. 349; Flume 1992, p. 705.

263 Zie hierover: Staudinger/Bork 2010, p. 327; Nève 2000, p. 48.

264 Dit Anwartschaftsrecht vervult – anders dan door een enkele Nederlandse auteur wordt gesteld – evenmin enigerlei functie in de verklaring van de goederenrechtelijke werking. Zie § 11.3.2.2.

265 MüKo/Westermann 2012, p. 1721; Medicus 2010, p. 345; Staudinger/Bork 2010, p. 324; Wolf 1999, p. 511 en 521 (Wolf plaatst deze grondslag overigens ten dele iets breder, namelijk in de gezamenlijke §§ 160, 161 en 162 BGB). Zie verder § 11.3 voor het Anwartschaftsrecht.

is onder een voorwaarde. Een slechts obligatoire gerechtigdheid van de verwachter op (levering van) het goed is derhalve onvoldoende.

De geboden bescherming bestaat uit het verval van – voor de verwachter negatief uitwerkende – tussenbeschikkingen door de bezwaarde met betrekking tot hetzelfde goed indien de voorwaarde intreedt. Derhalve vervallen bij het intreden van de voorwaarde de in § 11.1.3 beschreven (gevolgen van) tussenbeschikkingen. Het artikel richt zich vanzelfsprekend niet alleen op tussenbeschikkingen verricht door de oorspronkelijke bezwaarde, maar ook op die van eventuele rechtsopvolgers in het goed.²⁶⁶ Gezien het feit dat de wetsbepaling bedoeld is ter bescherming van de positie van de verwachter, zou in theorie sprake kunnen zijn van een slechts relatieve (uitsluitend tussen bezwaarde en verwachter geldende) ongeldigheid van de tussenbeschikking. In de heersende leer betreft dit echter een absolute ongeldigheid.²⁶⁷ Deze geldt derhalve van rechtswege zowel jegens als ten behoeve van een ieder.²⁶⁸

Daarentegen is in de Duitse literatuur enigszins omstreden of na een verval uit hoofde van § 161 BGB een tussenbeschikking geacht moet worden nooit te hebben bestaan, dan wel tót dat verval wel gevolg heeft gehad. In het eerste geval zou derhalve sprake zijn van terugwerkende kracht van de werking van § 161 BGB. Merendeels gaat de literatuur ervan uit dat tussenbeschikkingen zonder een dergelijke terugwerkende kracht en derhalve per het moment van intreden van de voorwaarde vervallen.²⁶⁹ Opvallend genoeg gaat een beperkt aantal auteurs uit van een verval terugwerkend tot het moment van de tussenbeschikking.²⁷⁰ Enige verklaring voor dit effect van terugwerkende kracht geven deze auteurs echter niet, hetgeen reeds op grond van het in zijn algemeenheid ontbreken van terugwerkende kracht opvallend is.

De beschermingsregeling van § 161 BGB kent vier beperkingen. De eerste daarvan is een open deur: beëindiging van de door derden verkregen goederenrechtelijke rechten vindt uitsluitend plaats, indien de voorwaarde ook

266 Staudinger/Bork 2010, p. 349.

267 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; Jauernig/Mansel 2014, p. 127; Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; PWW/Brinkmann 2014, p. 223; MüKo/Westermann 2012, p. 1723; Bork 2011, p. 502; Staudinger/Bork 2010, p. 349; Vieweg & Werner 2010, p. 344; Wolf 1999, p. 522; Hübner 1996, p. 479; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 856. In dezelfde zin t.a.v. Duits recht: Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4705.

268 PWW/Brinkmann 2014, p. 223; MüKo/Westermann 2012, p. 1723; Staudinger/Bork 2010, p. 349; Wolf 1999, p. 522; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 856.

269 Jauernig/Mansel 2014, p. 127; PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Staudinger/Bork 2010, p. 349.

270 Weber 2013, p. 283 (die terugwerkende kracht van voorwaarden afwijst, maar v.w.b. de werking van § 161 BGB deze expliciet aanneemt. Weber verwijst overigens onterecht naar Jauernig); Wolf 1999, p. 521 (die terugwerkende kracht van voorwaarden eveneens afwijst, maar v.w.b. § 161 BGB in de vorenbesproken zin aanneemt); (impliciet) Hübner 1996, p. 479. Een dergelijke visie kan ik in de systematiek niet verklaren en ben ik bij de door mij bestudeerde auteurs verder ook niet tegengekomen. Ook de toelichting bij het DCFR gaat er m.b.t. het Duitse recht van uit dat geen sprake is van een dergelijke terugwerkende kracht (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4705).

daadwerkelijk intreedt.²⁷¹ Ten tweede geldt de in § 161 neergelegde bescherming van de verwachter niet ten opzichte van derdenverkrijgers te goeder trouw. Systematisch juist worden de bedoelde derdenbeschermingsbepalingen op grond van § 161 lid 3 BGB van overeenkomstige toepassing verklaard: de bezwaarde is immers beschikkingsbevoegd ten aanzien van de tussenbeschikking, zodat rechtstreekse toepassing van deze derdenbeschermingsbepalingen niet mogelijk is.²⁷² Een volgende beperking van toepasselijkheid van § 161 BGB bestaat daaruit dat de bepaling van regelend recht is. De verwachter kan derhalve, volgens een deel van de literatuur met toepassing van § 185 BGB,²⁷³ rechtsgeldig tussenbeschikkingen door de bezwaarde toestaan.²⁷⁴

Tot slot blijven de gevolgen van tussenbeschikkingen door de bezwaarde geldig voor zover deze geen negatieve invloed hebben op het door de verwachter verkregen goed. Neutrale of positieve beschikkingen blijven daarentegen in stand.²⁷⁵ De strekking van deze invloed als positief of negatief dient in economische zin te worden beoordeeld.²⁷⁶ Omdat de werking van § 161 BGB absoluut is en als gezegd daarmee ook jegens en ten behoeve van derden strekt, vindt deze beoordeling plaats op basis van objectieve (en niet subjectieve) maatstaven.²⁷⁷ Uit dit in stand blijven van neutrale en positieve tussenbeschikkingen blijkt dat de wetbepaling écht de strekking van bescherming heeft en niet het min of meer toevallige gevolg is van goederenrechtelijke systematiek. Een dergelijke afweging zou uiteraard geen enkel argument zijn voor het buiten toepassing laten, indien sprake was van een uitsluitend goederenrechtelijk gevolg. Juist deze redenering was voor de Duitse wetgever een belangrijk argument om in het BGB af te zien van een terugwerkende kracht bij het intreden van voorwaarden.²⁷⁸ Bij een systematiek gebaseerd op terug-

271 Staudinger/Bork 2010, p. 349.

272 Zie verder § 11.4.4.5.

273 § 185 BGB biedt de mogelijkheid om een beschikkingsonbevoegde met toestemming van de gerechtigde rechtsgeldig beschikkingshandelingen t.a.v. een goed te laten verrichten. Op dit punt hapert m.i. de Duitse dogmatiek echter. Waarom zou immers de toepasselijkheid van § 185 BGB vereist zijn? De bezwaarde is immers – onbetwist – juist niet beschikkingsonbevoegd t.a.v. het door hem gehouden goed.

274 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; Jauernig/Mansel 2014, p. 127; Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Schellhammer 2014, p. 1067; Staudinger/Bork 2010, p. 349; Wolf 1999, p. 522; Hübner 1996, p. 479; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 856. Ook BGH 10 oktober 1984, NJW 1985, 376; BGH 26 november 1997, NJW-RR 98, 1065.

275 § 161 BGB drukt dit – vrij verwoord – anders uit: tussenbeschikkingen zijn onwerkzaam voor zover deze de van de voorwaarde afhankelijke ‘werking’ teniet zouden doen of daaraan afbreuk zouden doen. Dat tussenbeschikkingen met een positieve of neutrale uitwerking voor de verwachter in stand blijven, is onbetwist: (impliciet) Hk-BGB/Dörner 2014, p. 166; Jauernig/Mansel 2014, p. 127; Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Weber 2013, p. 283; Staudinger/Bork 2010, p. 348, 349; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1070; Wolf 1999, p. 522; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 856.

276 MüKo/Westermann 2012, p. 1725.

277 Staudinger/Bork 2010, p. 349.

278 HKK/Finkenauer 2003, p. 891; Schiemann 1973, p. 128 e.v.

werkende kracht zouden immers alle gevolgen van tussenbeschikkingen vervallen, derhalve ook de gevolgen die de verwachter niet deren of voor hem zelfs positief zijn.²⁷⁹

Wat kunnen we uit het vorenstaande afleiden? Op de eerste plaats blijkt uit de betekenis van § 161 BGB duidelijk dat in de Duitse visie voorwaardelijkheid van de levering respectievelijk goederenrechtelijke overeenkomst uitsluitend een verklaring biedt voor de goederenrechtelijke werking tussen partijen. § 161 BGB ondervangt immers het 'hiaat' in de goederenrechtelijke werking ten opzichte van derden respectievelijk het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen. Dat betekent tevens dat de opvatting die we in de Nederlandse PG en literatuur vinden, als zou voorwaardelijkheid van de levering leiden tot een door de voorwaarde 'beperkte' goederenrechtelijke gerechtigdheid en waaruit de werking ten opzichte van derden zou moeten worden afgeleid, in het Duitse recht onbekend is.

Op de tweede plaats leert het op § 161 BGB gebaseerde materiële recht ons iets over de strekking die deze bepaling heeft. Het artikel vormt uitdrukkelijk een beschermingsbepaling voor de verwachter en ook niet meer dan dat. Waar de verwachter geen behoefte heeft aan bescherming – hij stemt bijvoorbeeld in met een voor hem negatieve tussenbeschikking of de tussenbeschikking is voor hem positief – dwingt de systematiek derhalve ook niet tot een verval van die tussenbeschikking. Mijn conclusie is dat deze systematiek van de goederenrechtelijke werking in de (nota bene *Duitse*) dogmatiek wellicht niet *himmelhoch jauchzend* fraai is, maar wel zeer overzichtelijk en werkbaar.

11.2.5.3 *Zwitsers recht*

Overeenkomstig de Duitse literatuur besteedt de Zwitserse niet buitengewoon veel woorden aan de verklaring van de goederenrechtelijke werking tussen bezwaarde en verwachter. Dat is voor het Zwitsers recht echter ook in die zin opvallend, dat de mogelijkheid van een beschikken onder voorwaarde op onderdelen (bijvoorbeeld ten aanzien van de overdracht onder ontbindende voorwaarde van roerende zaken) omstreden is.²⁸⁰ De gedachte ligt voor de hand dat een dergelijke discussie vanzelf ook de nodige aandacht zou creëren voor de verklaring van die goederenrechtelijke werking, hetgeen dus niet het geval is.

Wat daarvan zij, voor zover mogelijke verklaringen in de literatuur ter sprake komen, lijken ook die omstreden. Dat begint reeds met de verhouding tussen het OR en het ZGB. Volgens art. 7 ZGB vinden de algemene bepalingen

²⁷⁹ Ook Scheltema onderschrijft als voorstander van de terugwerkende kracht het nadeel dat een systeem gebaseerd op terugwerkende kracht in dit opzicht heeft (Scheltema 2003, p. 356, 357).

²⁸⁰ Zie § 11.1.4.

van het OR ook toepassing op andere rechtsverhoudingen dan als in het OR omschreven. Sommige auteurs leiden daaruit af dat ook de bepalingen ter zake voorwaarden uit het OR (de artt. 151-157 OR) een dergelijk bredere en daarmee ook goederenrechtelijke toepassing vinden.²⁸¹ Andere auteurs baseren de mogelijkheid van voorwaardelijke goederenrechtelijke verhoudingen daarentegen uitsluitend op het OR, overigens zonder expliciete tegenspraak van (eventuele) toepasselijkheid van art. 7 ZGB.

Maar ook de verklaring van de goederenrechtelijke werking als zodanig *lijkt* – als gezegd bestaat er weinig aandacht voor dit onderwerp – in het Zwitsers recht sterk omstreden te zijn. Zo is het in hoge mate onduidelijk of het Zwitsers recht (in de vorm van regelend recht) de mogelijkheid kent van goederenrechtelijk terugwerkende kracht.²⁸² In het kader van de gezochte verklaring is dat uiteraard wel een zeer wezenlijk punt. In hoeverre door de auteurs die deze mogelijkheid aanvaarden de verklaring voor de goederenrechtelijke werking ook inderdaad uit de terugwerkende kracht wordt afgeleid, blijft echter eveneens onduidelijk.²⁸³ Veel auteurs hanteren een systematiek waarbij terugwerkende kracht in elk geval geen functie wordt toegekend, maar de rechtshandeling van respectievelijk die leidt tot een beschikken – levering, afstand – voorwaardelijk is.²⁸⁴ Of daarmee door de betreffende auteurs bedoeld wordt dat de goederenrechtelijke overeenkomst voorwaardelijk is, blijft echter eveneens veelal onduidelijk.²⁸⁵ Dat laatste kan mede daaruit voortvloeien dat de figuur van de goederenrechtelijke overeenkomst in het Zwitsers recht omstreden is.²⁸⁶ Op welke wijze de voorwaardelijkheid van de (rechtshandeling van de) beschikking tot goederenrechtelijke werking leidt, blijft verder onbesproken.

De enige door mij bestudeerde Zwitserse auteur die uitgebreid ingaat op de verklaring van de goederenrechtelijke werking is Staehelin. Staehelin gaat ervan uit dat een beschikken onder ontbindende voorwaarde in feite een beschikken onder tijdsbepaling is, zodat – heel duidelijk is hij niet – de verkrijger

281 Tuor e.a. 2009, p. 21.

282 Dit wordt zowel aangenomen als afgewezen, maar m.n. wordt die vraag n de literatuur onduidelijk of gewoon niet beantwoord. Zie § 2.6.2.5 en in soortgelijke zin ook de toelichting bij het DCFR t.a.v. het Zwitsers recht (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4706).

283 Bijv. aanvaardde Oser een goederenrechtelijk werkende terugwerkende kracht (Oser 1929, p. 689, 693), maar legt hij niet expliciet het verband met de goederenrechtelijke werking (die Oser ook niet op enige andere wijze verklaarde). Rey lijkt daarentegen de goederenrechtelijke werking wel te koppelen aan (het door partijen overeengekomen zijn van) terugwerkende kracht, maar dit is nogal impliciet omschreven (Rey 2007, p. 102).

284 Schwenzer 2012, p. 66, 68; Berger 2012, p. 259, 260; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 851; Koller 2009, p. 1275; Merz 1984, p. 150.

285 Incidenteel vinden we de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst echter wel expliciet vermeld: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 377 (waar sprake is van voorwaardelijkheid van de *Verfügungsverträge*).

286 Schmid, Hürlimann-Kaup 2012, p. 277; Schwenzer 2012, p. 16; Rey 2007, p. 441, 442; Staehelin 1993, p. 1-9. Berger stelt dat de goederenrechtelijke overeenkomst thans merendeels wordt aanvaard (Berger 2012, p. 90).

slechts een tijdelijke gerechtigdheid verkrijgt.²⁸⁷ Aan het feit dat ook het Zwitsers recht een duidelijk onderscheid kent tussen voorwaarden en tijdsbepalingen besteedt Staehelin in dit verband geen aandacht. Voor een beschikken onder opschortende voorwaarde gaat hij daarentegen uit van een *Verfügungs-erklärung* onder voorwaarde. Onduidelijk is echter wat hij met dit in de Zwitserse literatuur verder niet gebruikte begrip bedoelt, behalve dat Staehelin hiermee expliciet niet het oog heeft op de titel of goederenrechtelijke overeenkomst.²⁸⁸

Zoals ik hierna zal bespreken, gaat de Zwitserse literatuur er overeenkomstig de Duitse van uit dat de bezwaarde gedurende de periode van onzekerheid in het Zwitsers recht geheel beschikkingsbevoegd is. Daarin wordt de functie van het met § 161 BGB min of meer overeenstemmende art. 152 III OR gezien, welke bepaling voor wat betreft de strekking met art. 211 lid 3 ook in het OR 2020 gehandhaafd is. Opvallend genoeg wordt het aan deze wetsbepaling ten grondslag liggende uitgangspunt – de bezwaarde is beschikkingsbevoegd – in de literatuur op geen enkele wijze in verband gebracht met de verklaring voor de goederenrechtelijke werking tussen partijen. Inherent aan dit uitgangspunt is echter dat die verklaring de volledige beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde in stand laat. Reeds daarom passen verklaringen waaruit zou voortvloeien dat de bezwaarde beschikkingsonbevoegd is tot het verrichten van onvoorwaardelijke tussenbeschikkingen niet in de Zwitserse systematiek zoals die in elk geval uit de wet volgt. Terugwerkende kracht of een ‘verdeling’ van de eigendom tussen bezwaarde en verwachter zijn reeds om die reden derhalve geen geschikte verklaringen, wil naar Zwitsers recht sprake zijn van een consistente wettelijke systematiek.

Op grond van het vorenstaande mogen we in elk geval concluderen dat de goederenrechtelijke werking tussen partijen een in het Zwitsers recht slechts beperkt uitgewerkte figuur is. Het Zwitsers recht heeft ons in deze dan ook weinig te bieden.

Zoals gezegd beschermt art. 152 III OR de verwachter aan wie reeds is geleverd tegen tussenbeschikkingen door de bezwaarde.²⁸⁹ Voor toepasselijkheid van deze bescherming is vereist dat reeds aan de verwachter (voorwaardelijk) is overgedragen.²⁹⁰ In art. 211 lid 3 van het OR 2020 blijkt dit ook duide-

287 Staehelin 1993, p. 44, 45.

288 Staehelin 1993, p. 22-24.

289 Volgens Staehelin is art. 152 III in het OR geplaatst in navolging van § 161 BGB (Staehelin 1993, p. 31). Daaruit volgt eigenlijk reeds, dat deze bepalingen inderdaad dezelfde functie in beide rechtstelsels vervullen.

290 Terzijde merk ik op dat voor het Zwitsers recht wordt verdedigd, dat de wetsbepaling door analoge toepassing ook bescherming aan de verwachter zou bieden na een beschikking onder een zogeheten opschortende *Rechtsbedingung* (Staehelin 1993, p. 80). Een dergelijke *Rechtsbedingung* wordt gevormd door een constitutief vereiste voor (bijv.) een beschikking, zoals het alsnog verkrijgen van beschikkingsbevoegdheid t.a.v. het goed waarover is ‘beschikt’. Deze opvatting van (analoge) toepassing van art. 152 III OR is in die zin verras-

lijk uit de redactie. Bij een uitsluitend opschortend voorwaardelijk *recht* op levering van de verwachter vindt de bepaling dan ook geen toepassing.²⁹¹ De redactie van de bepaling is daarbij gericht op opschortend voorwaardelijke beschikkingen. Dat het wetsartikel analoog mag worden toegepast bij ontbindende voorwaardelijkheid lijkt nauwelijks omstreden. Art. 211 lid 3 van het OR 2020 is eveneens van toepassing op beide soorten voorwaarden. Heersende leer is in elk geval dat art. 152 III OR inderdaad analoog kan worden toegepast op ontbindende voorwaarden.²⁹² Een dergelijke expliciete bepaling is voor het verval van tussenbeschikkingen vereist, omdat als gezegd overeenkomstig het Duitse recht de bezwaarde gedurende de periode van onzekerheid als volledig beschikkingsbevoegd wordt beschouwd om tussenbeschikkingen met blijvend effect te verrichten.²⁹³ Het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van de voorwaarde is derhalve niet het gevolg van goederenrechtelijk werkende terugwerkende kracht, van enige goederenrechtelijke gebondenheid van de zaak zelf, noch van een beperkte beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde, maar uitsluitend een gevolg van zuivere wetsduiding.²⁹⁴

send, dat vóór het moment dat aan de *Rechtsbedingung* is voldaan, de beschikking als zodanig nog niet tot stand kan zijn gekomen.

291 Althans, dit is heersende leer. Ingeval art. 152 III OR ook toepassing zou vinden op voorwaardelijke verbintenissen tot levering, dan zou de – uitsluitend verbintenisrechtelijke – positie van de verwachter een mate van bescherming verkrijgen die hij (overeenkomstig Nederlands recht) bij een onvoorwaardelijke verbintenisrechtelijke positie niet zou hebben gehad. Niettemin wordt in de Zwitserse literatuur een enkele maal anders verdedigd. Zie voor dit alles: Koller 2009, p. 1289; Huguenin e.a. 2008, p. 199; Honsell 2008, p. 617; Peter 1994, p. 346 e.v.; Bucher 1988, p. 511, nt. 31; Guhl 1944, p. 56.

292 Berger 2012, p. 263, 264; Schwenger 2012, p. 69; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 866; Honsell 2008, p. 622 (echter anders op p. 617, althans v.w.b. hetgeen volgens Honsell heersende leer zou zijn); Huguenin e.a. 2008, p. 200; Guhl/Koller 2000, p. 61; Staehelin 1993, p. 54; Bucher 1988, p. 512; Merz 1984, p. 163; Guhl 1944, p. 58; Oser 1929, p. 693.

Tegen analoge toepassing: Becker 1941, p. 730. Honsell stelt dan ook onterecht dat de onmogelijkheid van analoge toepassing heersende leer zou zijn, maar dat gezien voormelde auteurs lijkt dat onjuist. Staehelin stelt dan ook het tegenovergestelde (Staehelin 1993, p. 54. Zie ook het literatuuroverzicht van Staehelin op p. 55, nt. 297).

293 Schwenger 2012, p. 68; Honsell 2008, p. 617, 622; Staehelin 1993, p. 30 e.v.; Becker 1941, p. 730 (m.b.t. ontbindend voorwaardelijke verhoudingen).

Peter en Staehelin merken overigens op dat het wetsartikel uitdrukking geeft aan het beginsel dat het oudere recht in rang voorgaat op het jongere. In hun optiek geldt dat ook voor het opschortend voorwaardelijke recht, dat in rang boven het jongere recht uit de tussenbeschikking blijft (Peter 1994, p. 347 e.v.; Staehelin 1993, p. 30-32). Ook Berger lijkt die opvatting te onderschrijven (Berger 2012, p. 263). Als deze visie voor het Zwitsers recht ook de daadwerkelijke goederenrechtelijke werkelijkheid zou weergeven en dus niet slechts een 'beginsel' dat ten grondslag ligt aan art. 152 III OR, zou deze wetsbepaling uiteraard overbodig zijn.

Guhl zoekt de verklaring voor de werking van art. 152 III OR in een wettelijke beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde (Guhl 1944, p. 56).

294 Expliciet in deze zin: Guhl/Koller 2000, p. 59; Staehelin 1993, p. 31.

Overigens wordt als gevolg van art. 152 III OR niettemin wel gesproken van een – wettelijk – beperkte beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde (zie o.a. Guhl/Koller 2000, p. 59; Staehelin 1993, p. 34). Deze kwalificatie van de positie van de bezwaarde is echter, anders

In de Zwitserse literatuur is geprobeerd de werking van art. 152 III OR te plaatsen in een zekere systematiek. Overeenkomstig de Duitse literatuur wordt de bepaling in dat verband wel beschouwd als een (wettelijke) beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde.²⁹⁵ Ook wordt wel gesteld dat de goederenrechtelijke werking van voorwaarden ten aanzien van tussenbeschikkingen qua werking kan worden beschouwd als zouden deze laatste zijn aangegaan onder ontbindende voorwaarde.²⁹⁶ Een andere incidenteel verdedigde, maar veelal afgewezen visie is de 'verdeling' van het betreffende goed tussen de bezwaarde en de verwachter.²⁹⁷ De conclusie blijft echter dat het verval van tussenbeschikkingen uiteindelijk steeds terug te leiden is op de wet.

In de Zwitserse literatuur worden dezelfde vier beperkingen ten aanzien van de werking van art. 152 III OR onderscheiden als in het Duitse ten aanzien van § 161 BGB. Vanzelfsprekend vindt het verval van tussenbeschikkingen op de eerste plaats slechts toepassing indien de voorwaarde intreedt. Ten tweede bestaat de mogelijkheid dat derden een beroep kunnen doen op derdenbescherming.²⁹⁸ Deze laatstbedoelde beperking van de bescherming van de verwachter vloeit daaruit voort, dat de door art. 152 III OR geboden bescherming niet verder strekt dan de bescherming die de verwachter zou hebben genoten, indien de voorwaarde ten tijde van de tussenbeschikking reeds was ingetreden.²⁹⁹ Overeenkomstig de redactie van art. 152 III OR volgt dit ook uit art. 211 lid 3 van het OR 2020. Ten derde is de wetbepaling eveneens van regelend recht. De verwachter zou zelfs ná het intreden van de opschortende voorwaarde alsnog toestemming kunnen verlenen voor het verrichten van de tussen-

dan veelal voor het Nederlandse recht wordt aangenomen, niet het gevolg van de systematiek van een voorwaardelijk beschikken, maar als gezegd uitsluitend van de wetsduiding van art 152 III OR.

295 BSK OR I-Ehrt 2011, p. 862; Guhl/Koller 2000, p. 59.

296 BSK OR I-Ehrt 2011, p. 862; Honsell 2008, p. 618 (voor de omgekeerde situatie van een overdracht onder ontbindende voorwaarde lijkt Honsell dezelfde systematiek t.a.v. de ontbindend voorwaardelijke bezwaarde te verdedigen (p. 622)).

297 Koller 2009, p. 1294. Iets anders is dat bij een dergelijke visie het eenvoudig is te verklaren, waarom partijen gezamenlijk over de gehele – alsdan dus onvoorwaardelijke – eigendom ten behoeve van een derde kunnen beschikken (in deze ook Koller 2009, p. 1294, 1296). Een bepaling als § 185 BGB, op grond waarvan een beschikkingsonbevoegde met toestemming van de gerechtigde rechtsgeldig beschikkingshandelingen kan verrichten, is daarvoor niet nodig.

Andere auteurs bestrijden echter deze visie van gedeelde eigendom: Schwenzer 2012, p. 67, 68; Huguenin e.a. 2008, p. 199; Bucher 1988, p. 511; Becker 1941, p. 728.

298 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 381; Berger 2012, p. 264; Schwenzer 2012, p. 69; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 862, 866; Huguenin e.a. 2008, p. 200.

Terzijde zij opgemerkt dat de bedoelde derdenbescherming volgens de literatuur slechts in een beperkt aantal gevallen toepassing vindt. Dit vloeit naar Zwitsers recht o.a. daaruit voort dat bij cessie van rechten (vrijwel) geen verkrijging te goeder trouw door derden mogelijk is (Schwenzer 2012, p. 69).

299 Schwenzer 2012, p. 68, 69; Honsell 2008, p. 618.

beschikking door de bezwaarde met blijvend effect.³⁰⁰ Uit dit laatste zou volgen dat art. 152 III OR bij het intreden van de voorwaarde geen werking van rechtswege kent, maar dat lijkt wel degelijk het geval te zijn.

De laatste beperking is daarin gelegen dat de ongeldigheid van tussenbeschikkingen uitsluitend intreedt voor zover deze een inbreuk betekenen op de rechten van de verwachter.³⁰¹ Een beschikking met positieve gevolgen voor de verwachter blijft derhalve in stand. Ook voor het Zwitsers recht volgt hieruit duidelijk dat art. 152 III OR een beschermingsbepaling is en niet een min of meer willekeurig effect van goederenrechtelijke systematiek.

De conclusies voor het Zwitsers recht zijn derhalve voor het verval van tussenbeschikkingen niet anders dan voor het Duitse recht. De goederenrechtelijke werking tussen partijen is – hoe deze verder ook verklaard moge worden – in de systematiek evenmin verbonden aan het vervallen van tussenbeschikkingen. Dit verval van tussenbeschikkingen vloeit voort uit de wet en is eveneens gebaseerd op de gedachte dat de verwachter bescherming verdient ten opzichte van derden.

11.2.5.4 DCFR

De toelichting bij art. VIII.-2:203 is niet alleen relatief uitgebreid, maar toont bovendien een tweetal aspecten van goederenrechtelijke werking waarin het DCFR fors afwijkt van de overige onderzochte stelsels. Daarbij komt in het DCFR aan de figuur van de goederenrechtelijk terugwerkende kracht waarschijnlijk geen betekenis toe. Ontbindende voorwaarden kennen in elk geval expliciet geen dergelijke terugwerkende kracht en kunnen deze op grond van afwijkende partijwil ook niet verkrijgen.³⁰² Ten aanzien van opschortende voorwaarden wordt dit niet uitdrukkelijk gesteld, maar geldt waarschijnlijk hetzelfde.³⁰³ Deze keuze voor afwijzing van terugwerkende kracht is uitdrukkelijk daarin gelegen, dat het uit de terugwerkende kracht voortvloeiende verval van tussenbeschikkingen door de bezwaarde bij het intreden van de voorwaarde als ongewenst wordt beschouwd. Met andere woorden, in het DCFR zijn het juist verkrijgende derden die worden beschermd ten opzichte van de

300 Althans, dit wordt in de literatuur aangenomen (Peter 1994, p. 352).

301 (waarschijnlijk) Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 380, 381; BSK OR I-Ehrat 2011, p. 862; Honsell 2008, p. 618; Huguenin e.a. 2008, p. 199; Peter 1994, p. 348, 349; Keller & Schöbi 1988, p. 107; Becker 1941, p. 725.

302 Zowel art. VIII.-2:203 (1) als de toelichting (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4701-4703) stellen dit letterlijk.

303 Art. VIII.-2:203 (2) stelt dit niet als zodanig en ook uit de toelichting volgt dit niet uitdrukkelijk. Wel volgt uit dit lid 2 dat de eigendom pas overgaat met het intreden van de opschortende voorwaarde, waar we de onmogelijkheid van terugwerkende kracht in zouden kunnen zien. Belangrijker is dat blijkens de toelichting terugwerkende kracht (met goederenrechtelijk effect) nergens in Boek VIII mogelijk is (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4703). Uit niets volgt dat voor opschortende voorwaarden een uitzondering wordt gemaakt.

verwachter. Een keuze die daarmee wordt onderbouwd dat aldus 'the free flow of commerce would not be restricted'.³⁰⁴

Een eerste opvallend aspect aan het DCFR is dan ook dat – in afwijking van alle overige onderzochte stelsels – de (gevolgen van) tussenbeschikkingen ten gunste van derden niet eindigen met het intreden van een ontbindende voorwaarde.³⁰⁵ Een consequentie die volgens de toelichting zou voortvloeien uit het genoemde ontbreken van terugwerkende kracht. Aan het feit dat in elk geval het Nederlandse recht een dergelijk verval toch aanneemt zónder terugwerkende kracht, besteedt de toelichting geen aandacht. We kunnen echter wel constateren dat de gedachtengang achter deze systematiek van het DCFR overeenstemt met het Duitse en Zwitserse recht. De bezwaarde is volgens de toelichting bij het DCFR gedurende de periode van onzekerheid eveneens volledig beschikkingsbevoegd. Het verval van tussenbeschikkingen vindt naar Duits en Zwitsers recht derhalve uitsluitend plaats dankzij de wetsduiding van § 161 BGB en art. 152 III OR. Het DCFR kent echter geen equivalent van deze bepalingen, zodat bij eenzelfde benadering als in het Duitse en Zwitserse recht een tussenbeschikking respectievelijk de door derden verkregen gerechtigdheid tot hetzelfde goed inderdaad niet vervalt met het intreden van de voorwaarde.

Het tweede opvallende punt is dat de DCFR de goederenrechtelijke werking bij het intreden van een ontbindende voorwaarde daaruit verklaart, dat direct bij de aanvankelijke levering een geanticipeerde (voorwaardelijke) retro-overdracht plaats heeft.³⁰⁶ De retro-overgang bij het intreden van een ontbindende voorwaarde is derhalve vormgegeven als een retro-overdracht bij voorbaat, namelijk ten tijde van de aanvankelijke voorwaardelijke levering. Aan deze retro-overdracht ligt echter geen daadwerkelijke teruglevering ten grondslag, gezien het feit dat de toelichting ervan uitgaat dat deze direct na de levering aan de verkrijger 'automatic' plaatsvindt.³⁰⁷ Voor het overige wordt de retro-overdracht wel benaderd als een echte overdracht. Uit hoofde van het in het DCFR neergelegde causale stelsel is derhalve ook een geldige titel voor die retro-overdracht vereist. Deze wordt blijkens de toelichting daarin gevonden dat uit hoofde van art. III.-1:106 bij het intreden van een ontbindende voorwaarde tussen partijen ongedaanmakingsverplichtingen bestaan. Deze ongedaanmakingsverplichting vormt de titel voor de voorwaardelijke, geanticipeerde retro-

304 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4703. Of deze redengeving stevig valt te onderbouwen, waag ik op het eerste gezicht te betwijfelen. Tegenover de zekerheid van de derde-verkrijger staat immers de onzekerheid van de verwachter t.a.v. de vraag of hij het voorwaardelijk overgedragen goed bij het intreden van de voorwaarde (onbezwaard) terugkrijgt. De verwachter zou daarmee weinig genegen kunnen zijn goederen direct (voorwaardelijk) over te dragen, hetgeen 'the free flow of commerce' weinig goed zal doen.

305 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4701.

306 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4702. Zie v.w.b. de voorwaardelijkheid van die retro-overdracht onderstaande bespreking van de overdracht onder opschortende voorwaarde.

307 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4701. Ik heb niet onderzocht hoe het DCFR in dat verband omgaat met eventuele leveringsformaliteiten. De toelichting ter zake voorwaardelijke beschikkingen zwijgt daar i.e.g. over.

overdracht aan de oorspronkelijke vervreemder respectievelijk verwachter. Daaruit moeten we afleiden dat de ongedaanmakingsverbintenis reeds ten tijde van de aanvankelijke levering aan de verwachter bestaat en derhalve niet toekomstig van aard is. In een ander verband – de afwijzing van de mogelijkheid van goederenrechtelijke werking met terugwerkende kracht van ontbindende voorwaarden – wordt in de toelichting de ongedaanmakingsverbintenis daarentegen als (nog) niet bestaand beschouwd.³⁰⁸ Hoe we deze lastig te rijmen standpunten in onderling verband moeten zien, blijft onbesproken.

Aan de opschortend voorwaardelijke overdracht besteedt het DCFR daarentegen weinig woorden op grond van het – onjuiste – argument dat een dergelijke overdracht geen vergelijkbare moeilijkheden kent als een ontbindend voorwaardelijke. Opvallend is in elk geval dat een opschortend voorwaardelijke overdracht wordt beschouwd als een overdracht onder tijdsbepaling, met dien verstande dat onzeker is of het overeengekomen tijdstip zal intreden.³⁰⁹ Onduidelijk blijft waarom voor de figuur van de overdracht onder opschortende voorwaarde blijkbaar een andere systematiek zou gelden dan bij een ontbindende voorwaarde. Deze laatste is immers vormgegeven als een retro-overdracht onder voorwaarde aan de verwachter (oorspronkelijke vervreemder), hetgeen per saldo neerkomt op een overdracht onder opschortende voorwaarde.³¹⁰ Dat daarmee de voorwaardelijke overdracht in zijn goederenrechtelijke systematiek altijd de vorm heeft van een opschortend voorwaardelijke overdracht, lijkt in de toelichting over het hoofd te zijn gezien. Daarnaast is ook enigszins onduidelijk of tussenbeschikkingen door de bezwaarde bij het intreden van de opschortende voorwaarde vervallen. Uit het vorenbesproken (waarschijnlijk) ontbreken van terugwerkende kracht zou volgen dat tussenbeschikkingen niet vervallen, maar de toelichting zwijgt hierover.

De conclusie ten aanzien van het DCFR is als volgt. Ten aanzien van tussenbeschikkingen volgt het DCFR bij ontbindende voorwaarden in beginsel dezelfde systematiek als het Duitse en Zwitserse recht: tussenbeschikkingen blijven derhalve op grond van die systematiek in stand. Anders dan voor het Duitse en Zwitserse recht is in het DCFR echter de keuze gemaakt tot het *niet* uit hoofde van wetsduiding laten vervallen van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen. Voor wat betreft de goederenrechtelijke werking tussen partijen van ontbindende voorwaarden volgt het DCFR een geheel afwijkende systematiek, namelijk van de (geanticiperde) voorwaardelijke teruglevering aan de oor-

308 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4703.

309 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4704.

310 De retro-overdracht kan immers zelf niet ontbindend voorwaardelijk noch onvoorwaardelijk van aard zijn. Beoogd is immers dat de verkrijger vooralsnog rechthebbende is en blijft tót het eventuele moment van intreden van de voorwaarde. Die opschortende voorwaarde als verbonden aan de retro-overdracht betreft dan het intreden van de ontbindende voorwaarde, dan wel – eenvoudiger – heeft dezelfde gebeurtenis als de ontbindende voorwaarde als inhoud.

spronkelijke vervreemder. De opschortend voorwaardelijke overdracht zelf is slechts bescheiden uitgewerkt en ook de verhouding daarvan tot de systematiek bij ontbindende voorwaarden is onduidelijk.

11.2.6 Verklaringen voor het Nederlands geldend recht

11.2.6.1 *Inleiding*

Als vertrekpunt voor de verklaringen van de goederenrechtelijke werking voor het Nederlands geldend recht is het goed om het vorenstaande kort samen te vatten. Het gegeven dat voorwaarden in het huidige Nederlandse recht goederenrechtelijke werking kennen, zowel tussen partijen als ten opzichte van derden na tussenbeschikkingen door de bezwaarde, is thans eigenlijk onbestreden. Zoals we echter in deze paragraaf zullen zien, is de verklaring voor die werking dat des te meer. In § 11.2.2 besprak ik de uiteenlopende redenen waarom het welhaast ook niet anders kón dan dat die verklaring onder het NBW sterk omstreden zou zijn. Daar komt bij dat de vier voornaamste denkrichtingen aangaande deze verklaring geen van alle probleemloos zijn, zo zagen we in § 11.2.3.

Blijkens dit laatste brengen de vorenbesproken andere onderzochte stelsels het er dan ook qua systematiek niet heel veel beter vanaf. We zagen bijvoorbeeld dat de verklaring van de goederenrechtelijke werking onder de lange werkingsduur van het OBW veel zwaarder omstreden was dan vandaag de dag in de Nederlandse literatuur wordt aangenomen. In de Duitse en Zwitserse literatuur is die discussie daarentegen duidelijk minder hevig. Voor het verval van tussenbeschikkingen – de werking ten opzichte van derden – is de reden daarvoor echter evident: de beide wetgevers hebben dit verval door middel van wetsduiding geheel buiten iedere systematiek geplaatst. Als zodanig was dit bij gebrek aan terugwerkende kracht mijns inziens een juiste, zo niet zelfs een onontkoombare keuze, die wellicht ook door de Nederlandse wetgever gemaakt had moeten worden. Ten aanzien van de goederenrechtelijke werking tussen partijen bestaat in de Zwitserse literatuur daarentegen zonder meer onduidelijkheid omtrent de verklaring daarvan, maar wordt de discussie dienaangaande nauwelijks gevoerd. Voor het Duitse recht is tot slot de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst als verklaringsgrond nauwelijks omstreden, maar bij de ontbindend voorwaardelijke beschikkingen kunnen we daar toch enige vraagtekens bij plaatsen.³¹¹ Wat verder van dit

311 Zie § 11.2.3.3.

alles zij, het feit dat de huidige Nederlandse discussie dermate complex is, mag niet de minste verbazing wekken.³¹²

Bij een bespreking van de verscheidene verklaringen van de goederenrechtelijke werking in de moderne Nederlandse literatuur lopen we tegen een probleem aan: het aantal onderling verschillende verklaringen en de complexiteit van veel van die verklaringen heeft geleid tot een zeer onoverzichtelijke situatie ten aanzien van de vraag wát als de overheersende opvattingen is te beschouwen. Onder het OBW bestond uiteraard ook een veelvoud aan te onderscheiden opvattingen, maar veel daarvan hadden tenminste nog gemeen dat deze op enigerlei wijze aanknoopten bij de terugwerkende kracht. De moderne visies ontberen een dergelijk, min of meer gemeenschappelijk ijkpunt. In combinatie met de in § 11.2.2 besproken versturende elementen heeft zich daaruit in de huidige discussie een mijns inziens vrijwel onontwarbare kluwen aan opvattingen gevormd. Zoals uit de voorgaande onderdelen van deze § 11.2 bovendien is gebleken, vallen tegen iedere systematische verklaring van de goederenrechtelijke werking behoorlijke bedenkingen in te brengen. Op grond van dit alles vertoont de zoektocht naar een sluitende verklaring voor de goederenrechtelijke werking dan ook de nodige overeenkomsten met die naar de heilige graal.

Niettemin kunnen we wel een zekere ordening aanbrengen. Enerzijds hebben we namelijk de verklaringen die aansluiting zoeken bij de voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste. Anderzijds zijn er de verklaringen die de goederenrechtelijke werking proberen te verklaren uit de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke gerechtigd ten aanzien van het goed waarover onder voorwaarde is beschikt. De hierna besproken opvattingen in het huidige Nederlandse recht heb ik dan ook langs deze twee hoofdlijnen geordend.

Anders dan ik doorgaans bij de bespreking van het geldend recht van de verschillende stelsels doe, komen in deze paragraaf tezamen met de bespreking van de literatuur mijn eigen opvattingen aan bod aangaande de verschillende verklaringen. Dat is in beperkte mate ingegeven door het feit dat we in deze paragraaf tevergeefs zullen zoeken naar 'het' Nederlandse recht aangaande de verklaring voor de goederenrechtelijke werking; een dergelijke breed aanvaarde verklaring ontbreekt als gezegd. Te midden van al de uiteenlopende verklaringen is het daarom van weinig bezwaar dat ik daar mijn eigen ideeën in verwerk. Met name is dit echter ingegeven door overwegingen van efficiëntie.

312 Jansen stelt in zijn Belgische dissertatie n.a.v. de de verklaring van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden in het Nederlandse recht dan ook terecht, dat deze discussies de complexiteit van het Nederlandse zakenrecht aantonen (Jansen 2009, p. 428). Faber spreekt enigszins eufemistisch van de in de literatuur heersende 'verwarring' (Faber 1997, p. 203), in welke term echter in enige mate de onterechte suggestie is gelegen dat voor het thans voorliggende vraagstuk überhaupt een sluitend antwoord zou bestaan.

11.2.6.2 Voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste

Geldend recht, nadere uitwerking

Ten behoeve van een overdracht zijn drie vereisten van belang: de titel, beschikkingsbevoegdheid bij de vervreemder en een levering aan de verkrijger. Zoals we eerder zagen, wordt in de systematiek van het OBW, het Duitse en Zwitserse recht alsmede het DCFR de voorwaardelijkheid verbonden aan een van deze vereisten, waar vervolgens de goederenrechtelijke werking voor een gedeelte uit wordt afgeleid. Slechts voor een *gedeelte*, want tot een 'perfecte' systematiek leidt de voorwaardelijkheid van deze vereisten niet. Voor het OBW werd immers – met name in het kader van het verval van tussenbeschikkingen – terugwerkende kracht van de voorwaarde als vereiste gesteld. Het Duitse en Zwitserse recht vereisen voor dit verval het in § 161 BGB en art. 152 III OR opgenomen wettelijke ingrijpen. Het DCFR tot slot kent geen terugwerkende kracht noch een equivalent van de voormelde Duitse en Zwitserse wetsbepalingen, maar onder het DCFR vervallen tussenbeschikkingen dan ook niet. Op basis van deze vier systemen lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat uitsluitend de voorwaardelijkheid van aspecten van de overdracht de *gehele* goederenrechtelijke werking niet goed kan verklaren.

Dit laatste is ook de teneur van de Nederlandse literatuur. Voorwaardelijkheid van de titel of de beschikkingsbevoegdheid als zodanig wordt slechts zeer incidenteel als verklaring verdedigd. Voorwaardelijkheid van de levering en dan met name van de goederenrechtelijke overeenkomst vinden we daarentegen relatief vaak als verklaring genoemd. Echter, dat laatste vooral in het kader van de goederenrechtelijke werking tussen partijen. Voor de werking ten opzichte van derden – het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen door de bezwaarde – wordt de verklaring veelal alsnog gezocht in de nog te bespreken verklaring bestaande uit de voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid van de bezwaarde. Ik loop een deel van de verschillende opvattingen ter zake voorwaardelijkheid van de drie vereisten voor overdracht langs.

Het aantal hedendaagse Nederlandse auteurs dat aansluiting zoekt bij de titel als verklaringsgrond is bescheiden. Van deze auteurs bespreek ik de opvattingen van Kortmann, Van Vliet en Vriesendorp.³¹³ In de visie van Kortmann

313 Zie daarnaast ook: Fesevur 2005, p. 239, 240 (die de verklaring bij *opschortende* voorwaarden zoekt in de combinatie van titel en levering); Zwemmer 1997, p. 79 (m.b.t. ontbindende voorwaarden); Verstappen 1993, p. 161 (Verstappen hanteert overigens zowel het begrip 'koopovereenkomst onder ontbindende voorwaarde' als 'verbintenis op grond waarvan wordt geleverd', zodat ik niet helemaal zeker ben of hij daadwerkelijk doelt op de voorwaardelijkheid van de titel).

Vriesendorp wijst voor het eigendomsvoorbehoud (als opschortend voorwaardelijke verhouding) de titel in beginsel als verklaringsgrond af, omdat t.g.v. de opschortende voorwaarde die titel juist nog zou ontbreken (Vriesendorp 1985, p. 24 e.v.) en dit bij gebrek

bestaat de titel uit de voorwaardelijke verbintenis die tot levering verplicht.³¹⁴ De overeenkomst waar deze verbintenis uit voortvloeit is zijns inziens daarentegen onvoorwaardelijk. Indien de ontbindende voorwaarde intreedt, wordt niettemin 'de koopovereenkomst A-B ontbonden en vervalt de verbintenis op grond waarvan A verplicht was tot levering'.³¹⁵ Daaruit volgt dat in Kortmanns visie de verbintenis tot levering niet reeds ten gevolge van de eerdere levering teniet is gegaan. Wat daar van zij, als ik Kortmann goed begrijp is aan het verval van de verbintenis die de titel vormt toe te schrijven, dat de gerechtigdheid van de bezwaarde eindigt.³¹⁶ Ook de goederenrechtelijke werking van de opschortende voorwaarde situeert Kortmann in het persoonlijke vorderingsrecht ter zake de (voltooiing van de) overdracht. Voor het verval van de gevolgen van eventuele tussenbeschikkingen door de bezwaarde beschouwt Kortmann dit persoonlijke recht echter als 'niet louter persoonlijk'. Dit goederenrechtelijke aspect van het persoonlijke recht is in de visie van Kortmann een gevolg van het feit, dat de overdracht grotendeels voltooid is.³¹⁷ Op deze benadering van Kortmann is veel kritiek mogelijk en deze heeft in de literatuur dan ook terecht geen navolging gevonden.³¹⁸

Van Vliet stelt dat ten gevolge van het causale stelsel de titel onder opschortende voorwaarde de eigendomsovergang na een levering uitstelt tot het

aan terugwerkende kracht onder het NBW niet wordt 'geheeld' (p. 29). Niettemin effent z.i. art. 3:84 lid 4 in die zin het pad dat uitsluitend door wetsduiding de voorwaardelijkheid van de titel alsnog de mogelijkheid schept van een opschortend voorwaardelijke overdracht met (beschermde) effect bij het intreden van de voorwaarde.

314 Kortmann 1992, p. 209.

315 Kortmann 1992, p. 204, 205.

316 Overigens stelt Kortmann zelf dat de wijze waarop de eigendom bij het intreden van een ontbindende voorwaarde door de verwachter wordt herkegen geenszins duidelijk is (Kortmann 1992, p. 205, nt. 25). Zijn hierna beschreven opvatting kan ik echter niet anders dan als een dergelijke verklaring zien.

317 Kortmann 1992, p. 204.

318 Onduidelijk blijft bijv. waarom de onvoorwaardelijke overeenkomst tóch eindigt met het intreden van de ontbindende voorwaarde. Kortmann stelt immers expliciet dat de overeenkomst zélf onvoorwaardelijk is, maar tegelijkertijd wordt ontbonden bij het intreden van de voorwaarde. Misschien dat Kortmann in het specifieke geval doelt op een ontbinding van de overeenkomst u.h.v. een tekortschieten (6:265 BW) en niet u.h.v. de ontbindende voorwaarde. Ook bij die benadering krijg ik de redenering echter niet sluitend.

Een tweede punt van kritiek is waarom de verbintenis tot levering t.g.v. die levering niet teniet zou zijn gegaan. Met die opvatting wijkt Kortmann derhalve af van hetgeen veelal in de literatuur wordt verdedigd. Daarbij zij opgemerkt dat Kortmann het ontbreken van terugwerkende kracht onder het NBW (uiteraard) onderschrijft, zodat daar geen verklaring voor Kortmanns opvatting gevonden kan worden. En zelfs al zou die verbintenis niet teniet zijn gegaan, ná de levering is haar rol uitgespeeld, zodat onduidelijk is wat haar functie nog zou moeten zijn in het verband van de retro-overgang aan de verwachter.

Een derde punt is de vraag waarom bij opschortende voorwaardelijkheid een obligatoir recht dankzij een grotendeels (maar dus niet geheel) voltooide overdracht alsnog goederenrechtelijke trekjes zou krijgen. Als we dit zouden kunnen onderbouwen, zou daarin voor opschortende voorwaarden het ei van Columbus zijn gelegen. Echter, die onderbouwing gaat buitengewoon lastig worden.

intreden van de voorwaarde.³¹⁹ Door het ontbreken van een geldige en daarmee effectieve rechtsgrond voor de overdracht komt die overdracht in een causaal stelsel in zijn gedachtengang niet tot stand. Voor zover we aannemen dat de opgeschorte werking de geldigheid van de titel inderdaad in de weg staat, is dit laatste uiteraard juist.³²⁰ Desondanks kan ik hierin geen verklaring zien voor de goederenrechtelijke werking van opschortende voorwaarden.³²¹ Een dergelijke systematiek stuit namelijk op twee problemen af. De eerste betreft de onjuiste volgorde waarin aan de vereisten voor overdracht zou worden voldaan. Er wordt alsdan namelijk helemaal niet geleverd *krachtens* een geldige titel, zodat ook niets meer dan een leveringshandeling wordt verricht. Dat heeft – de mogelijkheid van toekomstige convalescentie daargelaten – geen enkel effect, ook niet als later tussen partijen alsnog een titel tot stand zou komen.³²² Het intreden van de opschortende voorwaarde kan derhalve de zonder effect gebleven overdracht niet alsnog van goederenrechtelijk effect voorzien.

Een tweede punt betreft de vraag hoe bij een dergelijke systematiek het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen door de bezwaarde zouden moeten worden verklaard. Zelfs als we in afwijking van het vorenstaande zouden aannemen dat mét het geldig worden van de titel de eerdere levering resulteert in een geldige overdracht tussen partijen, dan nog valt niet in te zien waarom dit consequenties zou hebben op tussentijds door derden verkregen rechten. Bij gebreke aan een tot stand gekomen overdracht en zonder dat sprake is van terugwerkende kracht blijft de bezwaarde immers volledig beschikkingsbevoegd. Een laatste punt betreft het feit dat de benadering van Van Vliet naar zijn aard slechts betrekking heeft op opschortende voorwaarden en niet tevens op ontbindende. Dat maakt deze visie in mijn optiek hoe dan ook minder geschikt.³²³

Ook Vriesendorp verbindt de opschortende goederenrechtelijke werking aan de opschortende voorwaardelijkheid van de titel. Interessant daarbij is echter dat Vriesendorp aan de verklaring voor de goederenrechtelijke werking helemaal geen systematiek ten grondslag legt. In zijn optiek vormt art. 3:84 lid 4 BW de wettelijke grondslag op grond waarvan de voorwaardelijke verbintenis tot eigendomsverschaffing bij het intreden van de voorwaarde tot het goederenrechtelijke effect van de levering leidt.³²⁴ Een dergelijke wetsduiding

319 Van Vliet 2000, p. 84.

320 Ik verdedig zelf anders, zie § 3.2.3.

321 Het is mij overigens niet helemaal duidelijk of Van Vliet dat wél doet, of uitsluitend doelt op het vooralsnog uitblijven van de eigendomsovergang bij gebrek aan een titel.

322 Zie in deze zin ook: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 254.

323 Zie § 11.2.2.3.

324 Vriesendorp 1985, p. 29-31. V.w.b. het verval van tussenbeschikkingen zoekt ook Vriesendorp de verklaring in een beperkte beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde, maar vindt deze niet duidelijk in de wettelijke (respectievelijk door hem verdedigde) systematiek (Vrie-

zou zonder meer de goederenrechtelijke werking verklaren, maar uiteraard niet vanuit een systematische invalshoek. Als kritiekpunt veel wezenlijker is echter dat art. 3:84 lid 4 BW helemaal niet de betekenis heeft die Vriesendorp daaraan toedicht. Niet alleen had Meijers een geheel andere bedoeling met de wetsbepaling,³²⁵ maar ook de redactie als zodanig onderbouwt de visie van Vriesendorp niet. Het is dan ook veelzeggend dat Vriesendorp in 1985 zelf kritiek had op die redactie en dienaangaande aanvulling van het wetsartikel bepleitte.³²⁶

Ik zou dan ook willen stellen dat de Nederlandse literatuur terecht het standpunt huldigt dat de titel – bij het ontbreken van terugwerkende kracht – geen goede systematische verklaringsgrond (meer) vormt voor de goederenrechtelijke werking van in ieder geval de ontbindende voorwaarde.³²⁷ De titel is immers ten tijde van de levering geldig en, ook achteraf beschouwd ná het intreden van de voorwaarde, in stand gebleven voor de periode tot het moment van intreden van de voorwaarde. Maar ook bij opschortende voorwaardelijkheid vormt de titel geen goede verklaring. Bij de benadering dat de opschortende voorwaarde er toe leidt dat er nog geen geldige titel is, blijft met name de vraag hoe het verval van tussenbeschikkingen door de bezwaarde zou moeten worden verklaard. Bij de benadering dat opschortende voorwaardelijkheid de geldigheid van de titel *niet* in de weg staat, valt al helemaal niet in te zien hoe dit tot goederenrechtelijke werking zou moeten leiden.

Het tweede voor de overdracht gestelde vereiste is de beschikkingsbevoegdheid. Beschikkingsbevoegdheid kan naar zijn aard echter slechts van belang zijn voor een deel van de effecten die onder de goederenrechtelijke werking worden verstaan: het verval van tussenbeschikkingen verricht door de bezwaarde. Beschikkingsbevoegdheid zegt immers iets over de – beperkte – goederenrechtelijke mogelijkheid van een (opvolgend) beschikken door de bezwaarde. Deze bezwaarde is ten gevolge van zijn eigen voorwaardelijke gerechtigdheid niet in staat over ‘meer’ te beschikken dan zijn voorwaardelijke recht, zo is de gedachte. In de literatuur vinden we deze benadering in ieder geval met grote regelmaat terug en deze is ook door de Hoge Raad als zodanig verwoord.³²⁸

sendorp 1985, p. 54, 55). Z.i. zou derhalve een uitdrukkelijke wetsbepaling met die strekking – blijkbaar náást art. 3:84 lid 4 BW – moeten worden toegevoegd.

325 Zie § 11.2.2.2.

326 Vriesendorp 1985, p. 30.

327 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 144; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 274; Scheltema 2003, p. 320 e.v.; Asser/Mijnssen-De Haan 3-I 2001, p. 187; Zwitser 1990, p. 37.

328 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 220, 221; Reehuis 2010, p. 93; Snijders 2006, p. 226; Fesevur 2005, p. 173 (en eerder: Fesevur 1989, p. 118); Hartkamp 2003, p. 893 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132); Scheltema 2003, p. 350 nt. 64; Nieskens-Ispording & Van der Putt-Lauwers 2002, p. 39, 40; Asser/Mijnssen-De Haan 3-I 2001, p. 183, 184; Bartels

De in dit verband essentiële vraag is waarom de bezwaarde *beperkt* beschikkingsbevoegd zou zijn. In de Duitse en Zwitserse literatuur wordt in dat verband wel gesteld dat § 161 BGB en art. 152 III OR in feite een *wettelijke* beperking van de beschikkingsbevoegdheid zouden inhouden. Dat is nodig omdat de bezwaarde in beide rechtssystemen (en overigens ook het DCFR) als volledig rechthebbende wordt beschouwd. Voor het Nederlandse recht kan een beperkte beschikkingsbevoegdheid bij gebrek aan een dergelijke wetsduiding daarentegen slechts voortvloeien uit hetgeen de verwachter in goederenrechtelijke zin heeft *verkrege*n. Met andere woorden, verklaard zou moeten worden uit hoofde waarvan de overdracht onder voorwaarde van een goed er toe leidt dat de bezwaarde geen volledige goederenrechtelijke gerechtigdheid van dat goed verkrijgt. Op die vraag ga ik in § 11.2.6.3 verder in.

Met het vorenstaande is eigenlijk reeds gegeven waarom beschikkingsbevoegdheid geen verklaring biedt voor het andere goederenrechtelijke effect van voorwaarden, namelijk de (retro-)overgang tussen partijen. Voor dát effect van het intreden van een voorwaarde is de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde geheel zonder betekenis. Een beperking van de beschikkingsbevoegdheid kan immers naar zijn aard uitsluitend gevolgen hebben in de sfeer van een 'niet-kunnen' respectievelijk onmogelijkheid. Als niet of beperkt beschikkingsbevoegde kan ik een aantal handelingen niet rechtsgeldig verrichten, die ik als volledig beschikkingsbevoegde wél met juridisch gevolg kan verrichten. Een juridische beperking gelegen in de beschikkingsbevoegdheid kan daarentegen op zich zelf niet de grondslag vormen voor het positieve gevolg van een eigendomsverschuiving bij het intreden van een voorwaarde. De gedachte dat een beperking van de beschikkingsbevoegdheid voor de (retro-)overgang tussen partijen van enigerlei belang zou zijn, vinden we dan ook terecht niet in de literatuur.³²⁹

Indien we de voorwaarde willen verbinden aan het derde vereiste dat tot overdracht leidt – de levering – hebben we in theorie de keuze uit twee mogelijkheden. Enerzijds zou de leveringshandeling zélf, bijvoorbeeld de bezitsverschaffing, voorwaardelijk kunnen zijn. Anderzijds zou de voorwaarde kunnen zijn verbonden aan de goederenrechtelijke overeenkomst als onderdeel van de levering. Beide mogelijkheden worden in een deel van de literatuur aan-

1997, p. 82 e.v.; Nieskens-Isphording 1993, p. 563; Huijgen 1992, p. 135; Kortmann 1992, p. 205 e.v.; Van Straaten 1992, p. 195; Olthof 1986, p. 46 nt. 19.

Zie ook HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745, waar de Hoge Raad ter zake het verval van tussenbeschikkingen eveneens verwijst naar het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid bij de bezwaarde t.a.v. een *onvoorwaardelijk* recht.

Incidenteel vinden we overigens ook de gedachte dat de bezwaarde wel degelijk volledig beschikkingsbevoegd is t.a.v. het door hem onder voorwaarde gehouden goed (Salomons 1993, p. 864).

329 Vriesendorp wijst die gedachte dan ook uitdrukkelijk af (Vriesendorp 1985, p. 23). Verstijlen doet dat impliciet (Verstijlen 2007, p. 825).

vaard.³³⁰ Ook de Hoge Raad heeft een aantal malen een voorwaarde verbonden aan de levering aanvaard, deels specifiek ten aanzien van de goederenrechtelijke overeenkomst.³³¹

330 Zie t.a.v. de voorwaardelijkheid van de leveringshandeling: Verstappen 1993, p. 161 (die deze mogelijkheid onderkent náast die van voorwaardelijkheid van de titel); (waarschijnlijk) Schoordijk 1986, p. 306, 307; Mijnsen 1983a, p. 348, 349 (zie p. 345 waaruit volgt dat Mijnsen hier niet doelt op de goederenrechtelijke overeenkomst).

Zie t.a.v. de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst: Peter 2007, p. 165, 166; Struycken 2007, p. 551, 552 (Struycken ziet de voorwaardelijke levering i.i.g. als een mogelijkheid); Fesevur 2005, p. 240 (Fesevur zoekt de verklaring echter in de combinatie van titel en levering); Nieskens-Isphording 1999, p. 65 (in het kader van de opschortende voorwaarde van het eigendomsvoorbehoud); Den Tonkelaar 1994, p. 95 (en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 108, waarbij Den Tonkelaar echter tegelijkertijd en zonder verdere toelichting stelt dat de levering onvoorwaardelijk is, maar het verkregen recht voorwaardelijk zou zijn (Den Tonkelaar 1994, p. 93 resp. Den Tonkelaar 1983, p. 106)); Rank-Berenschot 1992b, p. 229; Mijnsen & Schut 1982, p. 54.

Daarnaast vinden we auteurs die voorwaardelijkheid van de (rechtshandeling van de) levering aanvaarden, maar bij wie onduidelijk blijft of daarmee al dan niet de goederenrechtelijke overeenkomst is bedoeld: Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 145, 238 (zowel m.b.t. vestigingshandeling als levering bij een ontbindende voorwaarde. Zie echter ook p. 523, waar de levering bij een eigendomsvoorbehoud juist onvoorwaardelijk zou dienen te zijn, m.n. om de op p. 527 genoemde reden t.a.v. de rechtspositie van de verwachter); Van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18; Asser/Mijnsen-De Haan 3-1 2001, p. 185, 186 (*uitsluitend* v.w.b. opschortend voorwaardelijk beschikkingen. Eerder verbond Mijnsen de voorwaarde overigens wél expliciet aan de goederenrechtelijke overeenkomst (Mijnsen & Schut 1982, p. 54). Overigens stellen Mijnsen en de Haan tévens dat sprake is van het verschaffen van een recht onder opschortende voorwaarde (p. 186). Of dat in lijn is met het vorenstaande wil ik betwijfelen); Holtman 1991, p. 456; Bakels 1984, p. 481 nt. 13.

331 HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18 (waarbij de Hoge Raad de goederenrechtelijke overeenkomst onder opschortende voorwaarde noemt); HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506; HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745 (de Hoge Raad stelt in r.o. 3.6: 'Er is immers geen reden voor cessie een uitzondering aan te nemen op de hoofdregel dat rechtshandelingen onder een voorwaarde kunnen worden verricht').

Faber en later ook Bartels en Van Mierlo stellen dat de Hoge Raad in het arrest uit 2001 ten onrechte spreekt van een voorwaardelijke *levering* (Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 40; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 217, 218). Bedoeld zou zijn een voorwaardelijke *overdracht*. Ik merk daarbij op dat de Hoge Raad in dit arrest ook spreekt van de 'verbintenis tot *overdracht* onder opschortende voorwaarde'. Ik kan derhalve niet uitsluiten dat de eveneens door de Hoge Raad in dit arrest vermelde *levering* onder voorwaarde inderdaad een *slip of the pen* is. Zie over dit arrest ook: Reehuis 2010, p. 58, 91. Uit de niet mis te verstane bewoordingen in r.o. 3.4 van HR 10 augustus 2007 blijkt echter anders: '[] dat de gunning ook de goederenrechtelijke overeenkomst van overdracht van de aandelen omvat onder de opschortende voorwaarde, dat de koper aan al zijn betalingsverplichtingen heeft voldaan. Die opschortende voorwaarde heeft immers tot gevolg dat tot het moment van haar vervulling de goederenrechtelijke overeenkomst geen werking heeft []'. En in r.o. 3.6: 'De eerste klacht faalt evenwel voor zover daarin wordt betoogd dat de omstandigheid dat aan de goederenrechtelijke overeenkomst een opschortende voorwaarde is verbonden, []'.

Ook in het arrest uit 1989 is de Hoge Raad duidelijk t.a.v. de voorwaardelijkheid van de levering: 'Voor zover onderdeel 6 strekt ten betoge dat naar Nederlands recht vorderingen niet onder opschortende voorwaarde kunnen worden gecedeerd, faalt het omdat dit betoog

Expliciete afwijzing van de mogelijkheid van een voorwaardelijke levering is er in de literatuur ook, althans in elk geval voor zover daar goederenrechtelijke werking mee zou zijn beoogd.³³² Dit met name waar het betreft opschortende voorwaarden en de daaruit voortvloeiende opgeschorte werking, maar ook wel voor wat betreft voorwaardelijkheid in breder verband. In het kader van dit laatste worden twee problemen gesignaleerd. Op de eerste plaats zou de *feitelijkheid* van de levering – met name ingeval van levering door middel van bezits- of machtsverschaffing – het daaraan verbinden van een voorwaarde in de weg staan. Indien we het (steeds) bestaan van een goederenrechtelijke overeenkomst ontkennen, zou deze veronderstelde feitelijkheid inderdaad een argument kunnen zijn.³³³ De Hoge Raad onderkent echter expliciet het bestaan van de goederenrechtelijke overeenkomst respectievelijk zelfs het verbinden van een voorwaarde aan die goederenrechtelijke overeenkomst, zodat we dit argument in elk geval voor het geldend recht terzijde kunnen stellen.³³⁴

Op de tweede plaats wordt bij gebrek aan terugwerkende kracht ook de goederenrechtelijke werking bij voorwaardelijkheid van de levering als zodanig ontkend, zowel wat betreft ontbindende als opschortende voorwaarden. Voor beide soorten voorwaarden worden daarbij onderling verschillende argumentaties gehanteerd. Bij een *ontbindende* voorwaarde zou de reeds uit hoofde van

geen steun vindt in het recht. Er is immers geen reden voor cessie een uitzondering aan te nemen op de hoofdregel dat rechtshandelingen onder een voorwaarde kunnen worden verricht'. A-G Franx oordeelde bij zijn conclusie in dezelfde zin.

332 Abendroth 2013, p. 320, 321; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 217, 218; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 3-VI*, p. 527; Reehuis 2010, p. 90, 91; Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 40 (en eerder: Faber 1997, p. 182); Out 2003, p. 80; Kortmann 1992, p. 208; Vriesendorp 1985, p. 23 e.v.

Mijnssen en De Haan ontkennen niet de mogelijkheid van een levering onder *ontbindende* voorwaarde, maar wel dat – bij gebrek aan terugwerkende kracht – daarin de verklaring voor de goederenrechtelijke werking kan zijn gelegen (Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 183). Eerder stelde Mijnssen dat mét terugwerkende kracht de voorwaardelijke levering wel de bedoelde verklaring voor goederenrechtelijke werking vormt (Mijnssen & Schut 1982, p. 54 e.v.).

Wibier en Smid stellen eveneens dat een levering (bij een eigendomsvoorbehoud) onvoorwaardelijk plaatsvindt, maar beargumenteren dit verder niet (Wibier & Smid 2009, p. 725).

333 Zie in deze zin: Abendroth 2013, p. 320; Van Drunen 2013, p. 322; Reehuis 2010, p. 58, 90, 91 Out 2003, p. 80; Scheltema 2003, p. 324 (hetgeen volgens Scheltema ook zou gelden voor andere leveringsvormen dan bezitsverschaffing – de mededeling bij cessie, de inschrijving van een akte bij levering van registergoederen – omdat ook die van feitelijke aard zouden zijn); Kortmann 1992, p. 208.

334 In r.o. 3.4.2 van het arrest van HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506 stelt de Hoge Raad: 'Iedere rechtshandeling kan blijkens art. 3:38 lid 1 BW onder voorwaarde geschieden, tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit. De wet – die in art. 3:91 BW voorschrijft op welke wijze de levering ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde van bepaalde roerende zaken, niet-registergoederen, geschiedt – verzet zich noch tegen levering onder ontbindende noch tegen levering onder opschortende voorwaarde; *de aard van de levering evenmin*' [cursivering HS].

de levering tot stand gekomen overdracht bij het intreden van die voorwaarde in stand blijven.³³⁵ Daarmee zou uiteraard ook iedere goederenrechtelijke werking ontbreken. Deze benadering staat echter diametraal tegenover het Duitse en Zwitserse recht alsmede de benadering van het DCFR, hetgeen tenminste een zekere terughoudendheid op deze visie rechtvaardigt. Ik werk een en ander een eerste stapje verder uit, om daar in § 11.2.8 op terug te komen.

Zoals ik in § 11.2.3 aangaf, veronderstelt de goederenrechtelijke werking bij ontbindende voorwaardelijkheid van de levering respectievelijk de goederenrechtelijke overeenkomst dat deze in zijn effecten nog steeds voortbestaat ten tijde van het intreden van de voorwaarde. Dit laatste is weer een consequentie van het ontbreken van terugwerkende kracht; wil het intreden van een voorwaarde bij dit uitgangspunt immers effect kunnen hebben, zal de rechtsverhouding uiteraard (nog) moeten bestaan. Willen we bij ontbindende voorwaardelijkheid van de levering derhalve bereiken dat sprake is van goederenrechtelijke werking, dan zou de levering respectievelijk goederenrechtelijke overeenkomst geen momentopname mogen vormen. Of beter gezegd, deze zou tenminste moeten (voort-)bestaan gedurende de periode van onzekerheid, wil het intreden van de voorwaarde überhaupt effect kunnen hebben op die levering respectievelijk goederenrechtelijke overeenkomst. In § 11.2.8 zal ik deze benadering van de vooralsnog voortbestaande goederenrechtelijke overeenkomst verdedigen, zodat in mijn opvatting de overdracht – anders dan de (gevolgen van tussenbeschikkingen door de bezwaarde – bij het intreden van een ontbindende voorwaarde na de levering helemaal niet in stand behoeft te blijven.

De afwijzende argumentatie ten aanzien van de *opschortende* voorwaardelijkheid van de levering – althans met goederenrechtelijke effect bij het intreden van de voorwaarde – is van geheel andere aard. De gedachte achter die afwijzing is daarin gelegen, dat de levering gezien de opgeschorte 'werking' ook pas effect heeft met het intreden van de voorwaarde. Voordien zou de levering dan ook niet zijn voltooid. Met dit laatste zou de verwachter bijvoorbeeld nog geen faillissementsbestendige positie hebben in de zin van art. 35 Fw,³³⁶ maar ook zou de bezwaarde nog geheel beschikkingsbevoegd zijn

335 Zie in deze zin: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 223; Reehuis 2010, p. 58, 90, 91; Hijma & Olthof 1982, p. 260.

336 Abendroth 2013, p. 320, 321; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 222; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 527; Scheltema 2003, p. 314, nt. 23; Faber 2000, p. 181, 182 (en eerder: Faber 1997, p. 208 e.v.); Kortmann 1992, p. 208. Vriesendorp wijst de voorwaardelijkheid van de levering resp. goederenrechtelijke overeenkomst eveneens af, maar o.b.v. een geheel andere benadering (Vriesendorp 1985, p. 28, 29). Enerzijds ontkent hij het bestaan van de goederenrechtelijke overeenkomst, anderzijds beschouwt hij de voorwaardelijkheid van de levering náást de voorwaardelijkheid van de titel als verklaringsgrond niet zinvol.

Uitdrukkelijk anders: Struycken 2007, p. 551 e.v. (m.n. p. 553), die (juist) ook bij de levering onder opschortende voorwaarde faillissementsbestendigheid verdedigt. Deze levering is

en de verwachter daarmee niet zijn beschermd tegen beschikkingen door de bezwaarde. Het uitgangspunt dat het ontbreken van een voltooide levering als zodanig de voormelde effecten zou hebben, is terecht onbestreden.³³⁷ In § 11.2.8 zal ik echter verdedigen dat ook deze benadering van de opgeschorte werking van de opschortende voorwaarde – de levering is niet voltooid ten gevolge van de opgeschorte werking – onjuist is. Voor de werking tussen partijen (maar niet ten opzichte van derden) zou derhalve ook bij opschortende voorwaarden de voorwaardelijkheid van de levering de goederenrechtelijke werking kunnen verklaren.

De conclusie bij de voorwaardelijkheid van de verschillende overdrachtsvereisten is dat geen van deze op brede aanvaarding mag rekenen. Voorwaardelijkheid van de levering en met name voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst heeft van deze opties voor het geldend recht niettemin de beste papieren.

11.2.6.3 Voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid

Geldend recht, nadere uitwerking

De tweede denkrichting op hoofdlijnen in het Nederlandse recht heeft geen betrekking op voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste, maar bestaat uit de voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid. Hoe we die gerechtigdheid exact moeten kwalificeren, is onduidelijk: het goed is 'belast' met de voorwaarde, de bezwaarde (en wellicht ook de verwachter) is 'beperkt' gerechtigd tot het goed of ieder van partijen houdt een vorm van mede-gerechtigdheid tot dit goed. Uit dit kwalificatievraagstuk volgt eigenlijk reeds dat, net als bij de vorenbesproken voorwaardelijkheid van vereisten voor de overdracht, ook deze tweede denkrichting met lastige vragen is omgeven.

Bij het zoeken naar antwoorden op deze en andere vragen kunnen de overige onderzochte stelsels ons niet de helpende hand bieden; geen van deze stelsels kent een systematiek waarbij de goederenrechtelijke werking verklaard wordt uit een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid.³³⁸ Dit verschil in benadering laat zich in elk geval voor een deel verklaren. De

z.i. ondanks de opschortende voorwaarde voltooid en (daarom?) onherroepelijk door de vervreemder. Ook Van Drunen verdedigt de voorwaardelijkheid van de levering mét goederenrechtelijke effect (Van Drunen 2013 a, p. 52-55).

337 Zie in dit verband van opschortende voorwaardelijkheid ook: PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1237.

338 Incidenteel vinden we in de Nederlandse literatuur wel de opvatting dat het Duitse Anwartschaftsrecht in deze een functie vervult, omdat daaruit zou volgen dat de verwachter een goederenrechtelijke gerechtigdheid houdt. Voor zover dit Anwartschaftsrecht inderdaad al als een goederenrechtelijk recht zou moeten worden beschouwd, is die zienswijze niettemin onjuist. Het Anwartschaftsrecht vindt namelijk juist zijn grondslag in de goederenrechtelijke beschermde positie van de verwachter en vormt zelf niet de basis voor die bescherming noch de verklaring voor goederenrechtelijke werking. Zie verder § 11.3.2.2.

Nederlandse ideeën ten aanzien van de goederenrechtelijke werking als gelegen in een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid zijn voor een belangrijk deel daardoor ingegeven, dat hiermee geprobeerd wordt het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van een voorwaarde – derhalve de werking ten opzichte van derden – te verklaren. Zoals we zagen ontbreekt een dergelijke behoefte in de Duitse en Zwitserse literatuur, omdat het verval van tussenbeschikkingen rechtstreeks op de wet kan worden gebaseerd. Ook voor het DCFR ontbreekt die behoefte, echter omdat voor dat stelsel juist de keuze is gemaakt om tussenbeschikkingen bij het intreden van de voorwaarde in stand te laten. Tot slot bestond ook onder het OBW weinig animo voor een benadering op basis van goederenrechtelijke gerechtigdheid. De terugwerkende kracht in zijn verschillende varianten bood immers een tenminste redelijke verklaring voor het verval van tussenbeschikkingen.

De gedachte van goederenrechtelijke werking gebaseerd op een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid wordt in de Nederlandse literatuur van het NBW echter ook gehanteerd als verklaring voor de werking tussen partijen. Als gezegd ontbreekt in de andere onderzochte stelsels die benadering ook in dit verband. Dit verschil in benadering tussen deze stelsels is iets minder begrijpelijk. In elk geval volgt hieruit dat de overige stelsels zich tevreden stellen met verklaringen gelegen op het terrein van voorwaardelijkheid van vereisten voor de overdracht (met name de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst), terwijl dienaangaande in het Nederlandse recht – blijkbaar – twijfels bestaan.³³⁹

Bij deze denkrichting die de goederenrechtelijke werking wil verklaren op basis van een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid moeten met name twee vragen worden beantwoord. De kernvraag bestaat uiteraard daaruit dat verklaard moet worden waarom deze systematiek zou leiden tot goederenrechtelijke werking. Anders dan bij de vorenbesproken verklaringen ter zake voorwaardelijkheid van vereisten die leiden tot overdracht gaat daar echter een vraag aan vooraf. De mogelijkheid van een voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst en zeker van een voorwaardelijke verbintenis die aan een levering ten grondslag ligt, past – ongeacht of dergelijke figuren al dan niet tot goederenrechtelijke werking kunnen leiden – zonder twijfel in een systematiek waarbij rechtshandelingen en verbintenissen voorwaardelijk

339 Hierbij wil ik twee kanttekeningen maken. Een systematiek gebaseerd op terugwerkende kracht zoals het OBW die kende wordt door hedendaagse auteurs niet als zodanig betwijfeld, maar is nu eenmaal o.g.v. art. 3:38 lid 2 BW niet langer mogelijk. Een tweede kanttekening betreft dat ik niet kan uitsluiten dat de gezochte verklaring voor het verval van tussenbeschikkingen door auteurs enigszins 'ad hoc' tevens wordt gehanteerd voor de goederenrechtelijke werking tussen partijen. Twee verschillende verklaringen voor deze beide aspecten van goederenrechtelijke werking verdient immers zeker geen schoonheidsprijs. De neiging om een acceptabel geachte verklaring voor het verval van tussenbeschikkingen 'dan ook maar' te hanteren voor de werking tussen partijen, is in die zin te begrijpen. Duidelijke aanwijzingen dat van dit laatste inderdaad sprake is, heb ik echter niet.

kunnen zijn. Bij een goederenrechtelijke gerechtigdheid onder voorwaarde is het echter de vraag hoe deze zou moeten ontstaan. Met andere woorden, op welke wijze wordt een voorwaarde in goederenrechtelijke zin verbonden aan het goed dat wordt overgedragen?

Deze laatste vraag wordt door een deel van de auteurs beantwoord met een verwijzing naar de wetsduiding die in art. 3:84 lid 4 BW zou zijn gelegen.³⁴⁰ Een benadering van deze wetsbepaling waarvan ik verdedigde, dat deze sterk afwijkt van hetgeen Meijers ermee beoogde en waarvan de redactie dan ook slecht aansluit bij de interpretatie dat hierin de wettelijke grondslag van een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid zou zijn gelegen.³⁴¹ Een ander deel van de literatuur en de PG gaan er daarentegen van uit dat een voorwaarde verbonden aan de levering zou leiden tot een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid.³⁴² Wáárom een 'voorwaardelijke levering' zou leiden tot een dergelijke door de voorwaarde *beperkte* of daarmee *belaste* gerechtigdheid blijft echter onbesproken en ligt ook alles behalve voor de hand. Ook dit is derhalve een benadering waar ik grote moeite mee heb.³⁴³ We lopen een aantal van de auteurs die deze benadering niettemin hanteren langs.

Van de moderne auteurs heeft Scheltema het meest omvattende onderzoek onderzoek naar de goederenrechtelijke werking van *ontbindende* voorwaarden gedaan, zodat ik met zijn visie begin. Scheltema verdedigt dat de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden tussen partijen het gevolg is van de wetsduiding van art. 3:84 lid 4 BW. Een eigendomsovergang onder bijzondere titel van rechtswege derhalve, waarbij in de visie van Scheltema niet aan de vereisten van art. 3:84 lid 1 BW hoeft te worden voldaan.³⁴⁴ In die zin lijkt in de visie van Scheltema geen sprake te zijn van enige goederenrechtelijke gerechtigdheid bij de verwachter. Hij spreekt dan ook van een 'eigendomsverwachtingsrecht'.³⁴⁵ Niettemin beschouwt hij de positie van

340 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 219, 220; (vermoedelijk) Snijders in: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 274, 346; (waarschijnlijk) Reehuis 2010, p. 40, 58, 85 e.v. (Reehuis stelt dit nergens expliciet, maar hij verwijst wel veelvuldig naar de doorwerking van de voorwaarde in de titel naar het recht dat de verkrijger u.h.v. art. 3:84 lid 4 BW verkrijgt. Ook spreekt hij van het 'krachtens' art. 3:84 lid 4 BW aan het recht van de bezwaarde kleven van de bijzondere eigenschap, dat bij het intreden van de ontbindende voorwaarde dat aan de vervreemder terugvalt (Reehuis 2013, p. 12, 13)); Verstijlen 2007, p. 825; Zwalve 2006, p. 272; (vermoedelijk) Fesevur 2005, p. 92; Scheltema 2003, p. 356; Van Straaten 1990, p. 47, 48; (vermoedelijk) Schoordijk 1986, p. 119, 275, 276. Zie verder § 11.2.2.2 voor een overzicht van de auteurs die in art. 3:84 lid 4 BW deze wettelijke grondslag zien ongeacht de verklaring die de verschillende auteurs voor de goederenrechtelijke werking hanteren.

341 Zie § 11.2.2.2.

342 Zie voor deze PG § 11.2.2.1 en voor de bedoelde literatuur hierna in deze paragraaf.

343 Zie § 11.2.3 waar ik deze kritiek uitgebreider bespreek.

344 Scheltema 2003, p. 356.

345 Scheltema 2003, p. 361.

de verwachter als een goederenrechtelijke positie, die hij afleidt uit zijn (hierna besproken) verklaring voor het verval van tussenbeschikkingen. Een goederenrechtelijke positie die – vergelijkbaar met het Duitse Anwartschaftsrecht – ook overdraagbaar is. Onverminderd het feit dat de goederenrechtelijke werking tussen partijen in Scheltema's optiek derhalve uitsluitend voortvloeit uit de voormelde wetsduiding, is dus tóch sprake van een goederenrechtelijke positie bij de verwachter.³⁴⁶ In dit laatste is naar Scheltema's opvatting als gezegd echter niet de verklaring voor de goederenrechtelijke werking tussen partijen gelegen.

De verklaring voor het verval van tussenbeschikkingen, derhalve de goederenrechtelijke werking ten opzichte van derden, ziet hij uitdrukkelijk anders dan de werking tussen partijen. Dit verval van tussenbeschikkingen plaatst Scheltema in het licht van een beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de verkrijger onder ontbindende voorwaarde respectievelijk de bezwaarde. Deze beperking vloeit daaruit voort dat hij de verwachter beschouwt als een – in zekere zin – beperkt gerechtigde tot het goed.³⁴⁷ De bezwaarde kan ten gevolge van dit 'beperkt recht' van de verwachter niet over het gehele respectievelijk onvoorwaardelijke goed beschikken. Waarom de gevolgen van de tussenbeschikking met het intreden van de voorwaarde vervallen – is bijvoorbeeld sprake van een retro-overgang van de derde naar de bezwaarde dan wel rechtstreeks naar de verwachter of 'verdwijnt' het goederenrechtelijke recht van de derde in het niets – bespreekt Scheltema niet. We zien in elk geval dat

346 Waarbij Scheltema overigens aangeeft dat deze positie geen betrekking heeft op de eigendom van een zaak zelf (p. 361).

347 Scheltema 2003, p. 328, 343, 348. Scheltema stelt in dit verband: 'Het eigendomsverwachtingsrecht van de disponent onder ontbindende voorwaarde kan daarom in het systeem van het BW slechts als een beperkt recht worden gekwalificeerd. Deze kwalificatie betekent overigens niet veel meer dan dat er sprake is van een van het eigendomsrecht afgeleid minder omvattend goederenrechtelijk recht op een (eigendoms)recht van een ander' (Scheltema 2003, p. 349).

Snijders en Hartkamp wijzen Scheltema's kwalificatie als 'beperkt recht' van de verwachter af, onder meer op grond van de gedachte dat het verwachtingsrecht van deze niet onder de wettelijke definitie van art. 3:8 BW valt (Snijders 2006, p. 224; Hartkamp 2003, p. 893). Gezien het vorenstaande citaat van Scheltema lijkt mij echter niet dat Scheltema inderdaad doelt op een in art. 3:8 BW omschreven beperkt recht, ook al wordt dit door andere auteurs wel als zodanig opgevat (zie o.a. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 224; Wibier & Smid 2009, p. 727). Overigens stelt Scheltema tevens dat derdenbescherming bij onbekendheid met de voorwaarde kan voortvloeien uit art. 3:86 lid 2 BW, waarin dan toch weer de suggestie is gelegen dat Scheltema wel degelijk uitgaat van een 'echt' beperkt recht (Scheltema 2003, p. 350).

Overigens vinden we de benadering van Scheltema ook bij andere auteurs, zie bijv. Hijma en Olthof, die stellen dat 'de positie van de verkrijger [is] te vergelijken met die van iemand op wiens goed een beperkt recht rust (Hijma & Olthof 2014, p. 97) Zie in een zelfde zin ook eerder: Hijma & Olthof 1982, p. 260. Ook Stein noemt een voorwaardelijk eigendomsrecht in het kader van 'beperkte genotsrechten' (Stein 2004, p. 39). Zie ook Hof Amsterdam 2 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:979, waar het Hof bij de afstand van een eigendomsvoorbehoud eveneens aansluiting zoekt bij de afstand van een beperkt recht.

Scheltema bij de beide aspecten van de goederenrechtelijke werking voor verschillende verklaringen kiest: de werking tussen partijen ontstaat door wetsduiding sec,³⁴⁸ de werking ten opzichte van derden door een beperking van de goederenrechtelijke gerechtigdheid van de bezwaarde.

Door Fesevur wordt expliciet een onderscheid gemaakt tussen ontbindende en opschortende voorwaarden. De ontbindende voorwaarde verbonden aan de titel zou bij levering (vermoedelijk uit hoofde van art. 3:84 lid 4 BW) leiden tot eigendom onder die voorwaarde. Het intreden van de ontbindende voorwaarde heeft in verband daarmee goederenrechtelijke werking, waarvoor Fesevur echter geen nadere verklaring geeft.³⁴⁹ Gedurende de periode van onzekerheid is de bezwaarde op grond van de voorwaardelijke eigendom slechts beperkt beschikkingsbevoegd, hetgeen bij het intreden van de voorwaarde tot het verval van tussenbeschikkingen zou leiden.³⁵⁰ De mogelijkheid dat ook bij opschortende voorwaardelijkheid wordt geleverd, aanvaardt Fesevur zonder meer.³⁵¹ Daarentegen wijst hij de mogelijkheid van eigendom onder opschortende voorwaarde af.³⁵² In zijn visie is bij een dergelijke overdracht de opschortende voorwaarde verbonden aan de goederenrechtelijke overeenkomst, die op haar beurt voorwaardelijk is omdat de titel uit hoofde van deze voorwaarde een beperkte strekking heeft.³⁵³ Van enige voorwaardelijkheid van de eigendom bij de vervreemder respectievelijk bezwaarde is in de visie van Fesevur derhalve geen sprake. Daarmee maakt hij derhalve ten aanzien van beide soorten van voorwaarden een onderscheid in verklaring: bij ontbindende voorwaarden is dit gelegen in de voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid, bij opschortende voorwaarden in voorwaardelijkheid van aspecten die leiden tot de overdracht.

Faber verdedigt daarentegen dat de verwachter aan wie is overgedragen onder *opschortende* voorwaarde wel degelijk gerechtigd is tot een eigendomsrecht onder die voorwaarde.³⁵⁴ Die benadering wordt door Faber met name negatief beargumenteerd in die zin, dat zijns inziens de opschortende voorwaardelijkheid van de titel of de levering geen goederenrechtelijk effect zou hebben.³⁵⁵ De opschortende voorwaardelijkheid van de titel zou een ontbreken van een leveringsverplichting tot gevolg hebben, terwijl deze voorwaardelijkheid van de levering ertoe zou leiden dat de levering nog niet voltooid

348 Scheltema stelt dan ook dat art. 3:84 lid 4 BW 'in ons huidige recht essentieel' is (Scheltema 2013, p. 161).

349 Fesevur 2005, p. 92.

350 Fesevur 2005, p. 146, 151, 195.

351 Fesevur 2005, p. 112, 239 (m.b.t. de levering van registergoederen resp. eigendomsvoorbehoud).

352 Fesevur 2005, p. 92.

353 Fesevur 2005, p. 239, 240.

354 N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 52 e.v.

355 N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 38 e.v. (en eerder: Faber 1997, p. 212 e.v.).

is. Deze benadering dat de verwachter direct een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde houdt, betekent tevens dat de vervreemder respectievelijk bezwaarde in goederenrechtelijk opzicht beperkt is.³⁵⁶ Daar vloeit in de opvatting van Faber dan ook de beperkte beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde uit voort. Uit het intreden van de voorwaarde volgt volgens Faber het verval van tussenbeschikkingen door de bezwaarde zowel als de onvoorwaardelijke verkrijging door de verwachter.³⁵⁷ Een nadere verklaring voor deze effecten geeft hij echter niet.

Een enigszins vergelijkbare benadering als van Faber vinden we ten aanzien van *ontbindende* voorwaarden bij Bartels en Van Mierlo en drie decennia eerder ook bij Hijma en Olthof.³⁵⁸ Voorwaardelijkheid van de levering zou volgens hen bij gebrek aan terugwerkende kracht de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden niet kunnen verklaren. Wel zou een voorwaarde kunnen worden verbonden aan het te vestigen of over te dragen recht, waarmee het verkregen recht zélf van voorwaardelijke aard zou zijn.³⁵⁹ Uit dit laatste leiden zij waarschijnlijk af dat de bezwaarde beperkt is in zijn beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van beschikkingen ten behoeve van derden.³⁶⁰ Het intreden van de ontbindende voorwaarde zou er in de visie van Hijma en Olthof toe leiden dat het recht van de verkrijger respectievelijk bezwaarde van rechtswege ophoudt te bestaan en door de verwachter wordt herkre- gen.³⁶¹ Het intreden van dit effect volgt in de opvatting van voormelde auteurs rechtstreeks uit het feit dat het goederenrechtelijke recht van de bezwaarde zelf voorwaardelijk is; een nadere verklaring daarvoor geven zij dan ook niet. De verklaring voor het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van de voorwaarde komt bij Hijma en Olthof niet expliciet ter sprake, maar zal door hen naar alle waarschijnlijkheid worden herleid naar de voornoemde beperkte beschikkingsbevoegdheid. Bij Bartels en Van Mierlo is dit laatste in elk geval de gedachtengang, waarmee de derde ten behoeve van wie de tussenbeschikking plaatsvindt zelf ook niet meer dan een recht verkrijgt beperkt door de voorwaarde.³⁶²

Mijnssen en De Haan volgen met betrekking tot *ontbindend* voorwaardelijke beschikkingen eveneens een dergelijke systematiek, maar wijken daarvan

356 N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 50.

357 N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 51.

358 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 219 e.v.; Hijma & Olthof 1982, p. 259, 260.

359 Een gedachte die Olthoff enkele jaren later kort herhaalde: 'De partijvoorwaarde alleen zou leiden tot verkrijging van een voorwaardelijk recht, []' (Olthoff 1988, p. 130).

360 Hijma & Olthof 2014, p. 96, 97.

361 Naar ik aanneem bedoelen Hijma en Olthof dit laatste overigens niet letterlijk. Immers, óf de systematiek is dat het recht van de bezwaarde zelf eindigt en de verwachter een nieuw recht verkrijgt, óf – veel beter verdedigbaar – er vindt een rechtsovergang plaats van het bestaande recht van de bezwaarde op de verwachter.

362 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 220, 221.

wellicht toch enigszins af.³⁶³ De levering vindt in hun optiek plaats onder ontbindende voorwaarde, hetgeen een voorwaardelijk resultaat in de zin van een voorwaardelijke overdracht tot gevolg heeft. Deze voorwaardelijke overdracht 'gaat gepaard aan de verkrijging van een voorwaardelijk recht'. Ook eerder leek Mijnsen (tezamen met Schut) te denken in de richting van een recht van de bezwaarde dat in zekere zin is beperkt door de voorwaarde.³⁶⁴ Het intreden van de ontbindende voorwaarde als zodanig en derhalve niet de voorwaardelijkheid van de levering zou in de visie van Mijnsen en De Haan leiden tot het van rechtswege terugkeren van het recht naar de verwachter. Waarom dat het geval zou zijn, verklaren zij niet.

Ook Reehuis onderschrijft dat de gerechtigdheid tot het ontbindend of opschortend voorwaardelijk overgedragen goed wordt beperkt door de voorwaarde, maar wijst uitdrukkelijk de gedachte af dat deze beperking een gevolg zou zijn van de voorwaardelijkheid van de levering.³⁶⁵ Deze goederenrechtelijke 'beperking' zou het gevolg zijn van de voorwaardelijkheid van de verbintenis uit hoofde waarvan is geleverd.³⁶⁶ Wellicht dat Reehuis dit gevolg baseert op de in art. 3:84 lid 4 BW gelegen wetsduiding, maar zeker ben ik niet.³⁶⁷ Waarom het intreden van de voorwaarde leidt tot de rechtsovergang tussen partijen en het verval van eventuele tussenbeschikkingen wordt door Reehuis in het verband van de voorwaardelijke gerechtigdheid evenmin nader verklaard.

De levering ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis leidt in de visie van Snijders tot verkrijging van een recht dat aan dezelfde voorwaarde is onderworpen.³⁶⁸ Het is enigszins de vraag of Snijders hier uitsluitend het oog heeft op ontbindende voorwaarden of ook op opschortende voorwaarden. Voor wat betreft deze laatste stelt hij in elk geval dat ten gevolge van de voorwaarde de overdracht pas tot stand komt bij het intreden van de voorwaarde. Met andere woorden, bij een beschikken onder opschortende voorwaarde lijkt er derhalve nog helemaal geen sprake te zijn van 'verkrijging van een recht onderworpen aan dezelfde voorwaarde'. Niettemin stelt Snijders *en passant* dat bij de figuur van het eigendomsvoorbehoud sprake zou zijn

363 Asser/Mijnsen-De Haan 3-1 2001, p. 183, 187. V.w.b. een beschikking onder opschortende voorwaarde volgen zij de reeds besproken systematiek van voorwaardelijkheid van de levering.

364 Zij stellen althans: 'De verkrijger kreeg een recht dat door de ontbindende voorwaarde was beperkt' (Mijnsen & Schut 1982, p. 56).

365 Reehuis 2013, p. 19 e.v. (en eerder: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 93 e.v.; Reehuis 2010, p. 85 e.v.). Reehuis gaat ervan uit dat aan een onder ontbindende voorwaarde overgedragen goed daarmee de betreffende voorwaarde aan dat goed is 'verbonden' (Reehuis 2010, p. 90).

366 Reehuis 2010, p. 87, 94.

367 Bijv. bij Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 93-95 wordt dit wel vrij sterk gesuggereerd.

368 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 274, 346.

van splitsing van het eigendomsrecht tussen bezwaarde en verwachter,³⁶⁹ maar ontkent hij ditzelfde juist ook.³⁷⁰ Terecht heeft Snijders zijn twijfels geuit over de exacte systematiek respectievelijk positie van de opschortend voorwaardelijke verwachter.³⁷¹ Het goederenrechtelijke effect tussen partijen lijkt hij te baseren op wetsduiding zoals die zou zijn gelegen in art. 3:84 lid 4 BW.³⁷² Een nadere verklaring treffen we bij hem niet aan. Het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen verricht door de bezwaarde bij het intreden van de voorwaarde verklaart hij uit het feit dat de bezwaarde 'geconditioneerd beschikkingsbevoegd' zou zijn, derhalve uitsluitend beschikkingsbevoegd met inachtneming van de voorwaarde.³⁷³ Of Snijders dit effect afleidt uit enigerlei 'bezwaaring' van het goed ten gevolge van de voorwaarde of uit art. 3:84 lid 4 BW blijft bij hem onbesproken.

Schoordijk lijkt de goederenrechtelijke werking uitsluitend te baseren op de wetsduiding van art. 3:84 lid 4 BW, zowel wat betreft de werking tussen partijen als voor het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen.³⁷⁴ Voor dit verval van tussenbeschikkingen stelt hij dat de bezwaarde nooit volledig beschikkingsbevoegd is geweest. Deze beperkte beschikkingsbevoegdheid zou alsdan voortvloeien uit de voorwaardelijkheid van de levering, waar Schoordijk de voorwaarde uit hoofde van art. 3:84 lid 4 BW aan verbindt.³⁷⁵ Tegelijkertijd lijkt Schoordijk uit te gaan van een (hierna te bespreken) gesplijste eigendom tussen bezwaarde en verwachter.³⁷⁶ Hoe de voorwaardelijkheid van de levering en de splitsing van het eigendomsrecht zich tot elkaar zouden verhouden, is mij niet duidelijk geworden. Waarom voorwaardelijkheid van de levering in de visie van Schoordijk zou leiden tot een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid zónder dat sprake zou zijn van een splitsing overigens evenmin.

369 'Het gaat erom dat afgezien van wettelijke uitzonderingen (men denke aan het eigendomsvoorbehoud) geen hybride wordt getolereerd die voorziet in splitsing van een volledig recht (eigendom of ander toebehoren) over meerdere personen (Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 150, 151).

370 Snijders stelt in dit verband: 'Rank-Berenschot merkt op dat het begrip 'eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde' van de verkrijger niet staat voor een met de vervreemder gedeelde eigendom of voor een beperkt recht, maar – zo ook schrijver dezes – voor een op de levering gebaseerde goederenrechtelijke aanspraak welke als gevolg van de vervulling van de opschortende voorwaarde tot een volwaardig eigendomsrecht wordt' (Snijders 2006, p. 226).

371 Snijders 2006, m.n. p. 227.

372 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 274, 346; Snijders 2006, p. 225.

373 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 304.

374 Schoordijk 1986, p. 119, 275, 276.

375 Schoordijk hanteerde in 1986 de begrippen 'levering' en 'overdracht' door elkaar, waaruit i.e.g. lijkt te volgen dat hij deze (zoals onder het OBW veelal het geval was) destijds als synoniemen gebruikte.

376 Schoordijk 1986, p. 117 ('De eigendommen (onder opschortende en ontbindende voorwaarden) completeren elkaar'); Schoordijk 1971, p. 459.

Als laatste van de thans te bespreken groep van auteurs verdedigt Rank-Berenschot dat er twee wijzen zouden zijn waarop een opschortende voorwaardelijke gerechtigdheid kan ontstaan.³⁷⁷ Op de eerste plaats is het volgens haar mogelijk dat uit hoofde van een onvoorwaardelijke verbintenis een goederenrechtelijke overeenkomst onder opschortende voorwaarde wordt aangegaan, die tezamen met de overige leveringsvereisten leidt tot een voorwaardelijk eigendomsrecht. Op de tweede plaats kan ook de opschortend voorwaardelijke verbintenis (direct) worden nagekomen, waarbij ten gevolge van de levering een voorwaardelijk eigendomsrecht ontstaat. Op welke wijze de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst dan wel de verbintenis tot levering leiden tot de voorwaardelijkheid van het eigendomsrecht, bespreekt zij niet.³⁷⁸

Bij de vorenbesproken groep van auteurs zien we derhalve dat de verklaring voor de goederenrechtelijke werking – al dan niet gebaseerd op de veronderstelde wetsduiding van art. 3:84 lid 4 BW – zou zijn gelegen in een vorm van ‘bezwaaring’ van het goed door de voorwaarde. Daarnaast komen deze verklaringen op nóg een punt overeen: geen van de voormelde auteurs zoekt de verklaring in enigerlei splitsing of deling van het goed tussen bezwaarde en verwachter. Voor het overige valt er nauwelijks een lijn in deze uiteenlopende verklaringen te ontdekken en wordt met name ook veel *niet* verklaard. Dit laatste betreft met name de vraag op welke wijze het goed ‘bezwaard’ raakt met de voorwaarde en waarom een dergelijke bezwaaring überhaupt goederenrechtelijk effect zou hebben, wederom de wetsduiding van art. 3:84 lid 4 BW als eventuele verklaring daargelaten.

Dan de auteurs die, anders dan de eerstbesproken groep, juist als uitgangspunt nemen dat een goed op een of andere wijze is gesplitst tussen bezwaarde en verwachter. Met andere woorden, in deze benadering verkrijgt respectievelijk behoudt óók de verwachter een goederenrechtelijk recht. Vooruitlopend op mijn conclusies in § 11.2.8 wil ik vooropstellen dat ik zelf terughoudend ben ten aanzien van een dergelijke benadering. Dat is niet zozeer ingegeven door dogmatische overwegingen, maar met name omdat een dergelijke splitsing van een goed tot buitengewoon lastige goederenrechtelijke vragen aanleiding kan geven.³⁷⁹ Dit laatste is mede een gevolg daarvan dat een nauwkeurige kwalificatie van deze gesplitste eigendom bij de huidige inzichten niet valt te geven en deze daarmee slecht is te plaatsen in het vermogensrecht. Een zelfde problematiek vinden we in het Duitse recht met betrekking tot de figuur

³⁷⁷ Rank-Berenschot 1992b, p. 228-230.

³⁷⁸ Wél verwijst Rank-Berenschot vergelijkenderwijs naar art. 3:84 lid 4 BW.

³⁷⁹ Zie voor een aantal van die vragen § 11.2.7. Overigens heeft Snijders in zijn noot bij HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./Tekstra q.q.) een aantal van dergelijke vragen m.i. overtuigend beantwoord.

van het Anwartschaftsrecht, waarvan de eveneens moeilijke goederenrechtelijke kwalificatie tot zeer stevige dogmatische en praktische vragen leidt.

Ook in een deel van de literatuur wordt deze figuur op dogmatische gronden afgewezen. Scheltema ziet bijvoorbeeld niets in een systeem van gesplitste eigendom, omdat daarmee de 'heldere structuur' van het systeem van het goederenrecht wordt doorbroken.³⁸⁰ Ook wijst hij er op dat eigendom het meest omvattende recht op een zaak is, zodat twee eigendomsrechten op dezelfde zaak per definitie niet mogelijk zouden zijn.³⁸¹ Deze laatste gedachte vinden we ook bij Reehuis, naast diens benadering dat een dergelijke splitsing in strijd zou zijn met art. 3:83 lid 3 BW omdat partijen aldus zouden handelen in strijd met het gesloten stelsel van de beperkte rechten.³⁸² Dergelijke afwijzingen als zodanig leggen – in verband met het feit dat de verschillende verklaringen op theoretische gronden alle sterk omstreden zijn – dan weer minder gewicht in de schaal, maar zij compliceren de discussie op grond van de aard van de gehanteerde argumenten wel verder. Daar komt bij dat de door voor- en tegenstanders gehanteerde dogmatische argumenten ten aanzien van splitsbaarheid de 'andersdenkenden' naar hun aard niet kunnen overtuigen, zoals eerder door Struycken fraai is verwoord.³⁸³

De PG en rechtspraak geven een enigszins gevarieerd beeld. In de eerder besproken MvA bij de artt. 3:91 en 6:161 lid 2 sub c BW lijkt bijvoorbeeld een gesplitste gerechtigdheid te worden aanvaard.³⁸⁴ Dit echter in afwijking van andere delen van de PG, waar in elk geval uit niets volgt dat de wetgever inderdaad uitging van een dergelijke splitsing en de directe verkrijging van een goederenrechtelijke gerechtigdheid van de verwachter incidenteel zelfs

380 Scheltema 2003, p. 169.

381 Scheltema 2003, p. 343 e.v.

382 Reehuis 2013, p. 21, 22; Reehuis 2010, p. 86. Ook bij Kortmann meen ik die opvatting te lezen (Kortmann 1992, p. 201).

Zie verder over dit vraagstuk: Bartels 1997, p. 84-94; Vriesendorp 1985, p. 88 e.v.

383 Struycken stelt: 'De dogmatische vraag in hoeverre vermogensrechten splitsbaar zijn, speelt in deze discussie een dubbelrol, in de ene redenering die van onwrikbaar dogma, in de andere de rol van *petitio principii*. In de stroming die betwist dat aan de koper een voorwaardelijk eigendomsrecht toekomt, vormt de onsplitsbaarheid van het eigendomsrecht het uitgangspunt van de redenering; de onbestaanbaarheid van voorwaardelijke eigendom wordt gepresenteerd als consequentie van het dogmatische uitgangspunt van onsplitsbaarheid. Daarentegen vormt de splitsbaarheid het sluitstuk van de redenering van degenen die de positie van de koper wel als een voorwaardelijk eigendomsrecht aanmerken; de erkenning van het bestaan van dubbele of gesplitste eigendom brengt hen tot de conclusie dat het uitgangspunt van onsplitsbaarheid niet langer onverkort geldt' (Struycken 2007, p. 555).

384 PG Boek 3, MvA II Inv., p. 1238 (bij de verwachter bij een eigendomsvoorbehoud zou onmiddellijk een voorwaardelijk eigendomsrecht ontstaan); PG Boek 6, MvA II, p. 592, 593. Zie § 11.2.2.1.

is afgewezen.³⁸⁵ In het arrest van 12 januari 2001 – met betrekking tot een op een bijzondere kwaliteitsrekening gestort depot – gaat de Hoge Raad uit van een gedeelde gerechtigdheid tussen bezwaarde en verwachter in de vorm van een gemeenschap.³⁸⁶ Ook de verwachter is derhalve direct goederenrechtelijk rechthebbende, zij het uiteraard met inachtneming van de voorwaarde. Wat er verder zij van deze keuze van de Hoge Raad in het voorliggende geval, een algemene strekking heeft het arrest waarschijnlijk niet.³⁸⁷ In een arrest uit 2007 ter zake de levering van een goed lijkt de Hoge Raad ook niets te zien in een dergelijke gesplitste eigendom.³⁸⁸ Daarnaast verbond de Hoge Raad ook in een tweetal eerdere arresten de voorwaarde aan de levering, zonder dat ergens uit volgt dat in de visie van de Hoge Raad daarmee sprake is van een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid, laat staan dat daarmee gesplitste eigendom zou ontstaan.³⁸⁹ We kunnen derhalve vaststellen dat de wetgever en de Hoge Raad niet geheel eenduidig zijn ten aanzien van een aanvaarding of afwijzing van de gesplitste goederenrechtelijke gerechtigdheid tussen bezwaarde en verwachter. Niettemin kunnen we de afwijzing daarvan waarschijnlijk wel afleiden uit de PG en voormelde arresten.

385 Zie voor dit laatste PG Boek 3, MvA II Inv., p. 1237, 1238, waar de theoretische mogelijkheid van een 'zakenrechtelijke positie' van de verwachter respectievelijk koper bij een eigendomsvoorbehoud wordt besproken, maar voor het NBW wordt afgewezen. De verwachter zou dus nog geen eigendom hebben en derhalve ook geen gedeelde eigendom. Deze ontkenning wordt overigens direct daarna gevolgd door (voornoemde) *aanvaarding* van die mogelijkheid (p. 1238).

386 HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./Tekstra q.q.). Zie ook de noot van Snijders bij dit arrest.

387 Het heeft arrest als gezegd betrekking op de specifieke situatie van een bijzondere (notariële) kwaliteitsrekening. De notaris beheert de vordering die – blijkbaar – direct aan bezwaarde en verwachter als deelgenoten in de gemeenschap toekomt. Met name is aan deze figuur bijzonder dat beide partijen volgens de Hoge Raad 'een voorwaardelijk recht op toedeling' hebben. Daarvan is bij de situatie van een voorwaardelijk beschikken geen sprake, al was het maar dat er alsdan geen derde (in het arrest de notaris) bij betrokken is die met uitsluiting van alle anderen het beheer en de beschikkingsmogelijkheid over het goed (i.c. de gelden op de kwaliteitsrekening) heeft. Snijders noemt het arrest in zijn analyse van de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud, waarbij hij de mogelijkheid lijkt open te laten dat de Hoge Raad de benadering van de positie van de verwachter ook buiten het vorenomschreven verband zou kunnen toepassen (Snijders 2006, p. 225).

388 Zie r.o. 3.4 van HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18: 'Die opschortende voorwaarde [verbonden aan de levering resp. goederenrechtelijke overeenkomst, HS] heeft immers tot gevolg dat tot het moment van haar vervulling de goederenrechtelijke overeenkomst geen werking heeft en er in zoverre (nog) geen sprake is van meer dan uitsluitend een recht op levering in de zin van artikel 2, lid 2, laatste volzin, WBRV'.

M.a.w., bij de verwachter is in de opvatting van de Hoge Raad vooralsnog geen sprake van een 'verkrijging', waarmee de figuur van een gesplitste eigendom die (ook) aan de verwachter toekomt door de Hoge Raad lijkt te zijn afgewezen. Weliswaar is hier sprake van een fiscaal arrest, maar dit heeft betrekking op de Wet op belastingen van rechtsverkeer die een sterk civielrechtelijke inslag heeft.

389 HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506; HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745.

Een relatief beperkt aantal auteurs gaat er desondanks van uit dat een voorwaardelijk beschikken leidt tot een gesplitste goederenrechtelijke gerechtigdheid.³⁹⁰ Daarbij zij aangetekend dat niet al deze auteurs daarmee ook de verklaring van de goederenrechtelijke werking in een dergelijke splitsing zoeken. Nieskens-Isphording bijvoorbeeld beschouwt de opschortend voorwaardelijke eigendomsverkrijging (althans in ieder geval bij een eigendomsvoorbehoud) als een deling van het eigendomsrecht tussen de bezwaarde en de verwachter, maar de *verklaring* voor de goederenrechtelijke werking is in haar opvatting gelegen in de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst.³⁹¹ Met andere woorden, de splitsing van het goed tussen bezwaarde en verwachter is weliswaar een gevolg van het voorwaardelijk beschikken, maar de goederenrechtelijke werking bij het intreden van die voorwaarde zou niet tot die splitsing te herleiden zijn.

Bij andere auteurs vindt de verklaring van de goederenrechtelijk haar grondslag wél in de splitsing van het goed. Zwitser stelt bijvoorbeeld dat het verval van tussenbeschikkingen voortvloeit uit die verdeling tussen partijen.³⁹² De bezwaarde is in zijn optiek slechts *beperkt* beschikkingsbevoegd, namelijk uitsluitend voor zijn deel van de eigendom en verkeert daarmee in de onmogelijkheid om tevens ten behoeve van derden te beschikken over het deel van de verwachter. Als ik het goed zie, vloeit deze verdeling volgens Zwitser voort uit de wetsduiding van art. 3:84 lid 4 BW, waarmee derhalve de noodzaak ontbreekt om tot een systematische verklaring te komen. Waarom deze deling zou leiden tot goederenrechtelijke werking tussen partijen, bespreekt Zwitser niet. Het is ook de vraag of hij deze deling ziet als de grondslag voor de werking tussen partijen. In 1990 verdedigde hij (nog) dat de goederenrechtelijke overeenkomst voorwaardelijk zou zijn, waaruit de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden tussen partijen zou voortvloeien.³⁹³ Voor de werking ten opzichte van derden ging Zwitser er destijds echter van uit dat de verkrijger eigendom 'onder ontbindende voorwaarde' verkreeg. Ook bij Zwitser blijft onbesproken waarom dit laatste zou plaatsvinden en waarom een dergelijke 'voorwaardelijke eigendom' bij het intreden zou terugvallen aan de verwachter.

Bij Potjewijd vinden we eveneens de opvatting dat de splitsing van het eigendomsrecht in ontbindende en opschortende eigendom ten behoeve van

390 Naast de hierna vermelde auteurs zijn dat o.m.: Heyman & Bartels 2012, p. 245; Steneker 2012, p. 97; Van Hees 1997, p. 105 e.v. (opgemerkt zij, dat Van Hees vrijwel steeds spreekt van twee eigendomsrechten, maar wel degelijk gesplitste eigendom bedoeld, zie p. 108); Rank-Berenschot 1992b, p. 228-230; Bakels 1985, p. 25, 26; Mezas 1985, p. 3 (m.n. nt. 10), p. 45.

391 Nieskens-Isphording 1999, p. 63.

392 Zwitser 1993, p. 524 e.v. (m.n. p. 528, 529). Later stelde Zwitser dat de goederenrechtelijke werking volgde uit het feit dat 'de ontvanger geen volle eigendom had verkregen, maar slechts eigendom onder ontbindende voorwaarde' (Zwitser 2013, p. 250).

393 Zwitser 1990, p. 36, 39.

de bezwaarde en verwachter de grondslag vormt voor de goederenrechtelijke werking.³⁹⁴ Ook hij onderbouwt deze benadering echter uitsluitend met een verwijzing naar art. 3:84 lid 4 BW. Ook Wolfert gaat uit van een gesplitst eigendomsrecht en beschouwt deze deling als de grondslag voor de goederenrechtelijke werking. Zij baseert dit eveneens uitsluitend op de wetsduiding van art. 3:84 lid 4 BW.³⁹⁵ Ook Nieuwenhuis ziet ten gevolge van de overdracht onder opschortende voorwaarde (eigendomsvoorbehoud) een gedeelde eigendom ontstaan.³⁹⁶ Nieuwenhuis gaat echter niet in op de verklaring voor die deling, noch op de vraag waarom deze tot goederenrechtelijke werking tussen partijen zou leiden.

De conclusie bij de voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid als verklaring voor de goederenrechtelijke werking in het Nederlandse recht is als volgt. De beide denkrichtingen die we kunnen onderscheiden – ‘bezwaring’ van het goed met de voorwaarde en splitsing van het goed tussen bezwaarde en verwachter – lijken als verklaringen op de eerste plaats gericht op het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van de voorwaarde. Zoals ik in § 11.2.3.5 besprak valt voor die benadering zeker wel iets te zeggen, maar de wezenlijke vraag wáárom tussenbeschikkingen zouden vervallen, wordt in de literatuur eigenlijk niet beantwoord. Het enige, veelal impliciete antwoord dat we in de literatuur vinden, bestaat uit de veronderstelde wetsduiding van art. 3:84 lid 4 BW. Datzelfde geldt voor de werking tussen partijen; de verklaring voor die werking wordt door geen enkele auteur uitgewerkt tot een logische systematiek en wordt op zijn best herleid tot vorenbedoelde wetsduiding. Tot slot wordt ook de kernvraag op welke wijze de ‘bezwaring’ respectievelijk splitsing van het goed tussen bezwaarde en verwachter zou moeten plaatsvinden niet beantwoord, wederom met uitzondering van een verwijzing naar art. 3:84 lid 4 BW.

11.2.7 Materiële consequenties van de verschillende verklaringen

Inleiding

In de Nederlandse en Duitse literatuur wordt soms gesteld dat de keuze voor een bepaalde verklaring van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden weinig praktische betekenis heeft. Voor de goederenrechtelijke werking als zodanig is dat uiteraard ook juist. Zoals we in § 11.1 zagen, is die goederen-

³⁹⁴ Potjewijd 1998, p. 92 nt. 74.

³⁹⁵ Wolfert 2001, p. 27, 28. Enigszins bijzonder aan de opvatting van Wolfert is overigens, dat zij ervan uitgaat dat het voorwaardelijke eigendomsrecht van de (opschortend) voorwaardelijke verwachter kwalificeert als afhankelijk van het recht van de bezwaarde. Wolfert beschouwt deze afhankelijkheid als een uitzondering op de regel dat eigendomsrechten absoluut van aard zijn.

³⁹⁶ Nieuwenhuis 1980, p. 53-55.

rechtelijke werking zowel in zijn bestaan als voor wat betreft de inhoud daarvan voor het Nederlands geldend recht immers niet betwist. Voor een aanzienlijk aantal, inhoudelijk sterk uiteenlopende vraagstukken hebben de verschillende verklaringen echter wel degelijk consequenties. Althans, uiteraard voor zover we aan deze verklaringen inderdaad gevolgen willen verbinden ten aanzien van andere vermogensrechtelijke vraagstukken. Deze (mogelijke) consequenties betekenen dat de verklaring van de goederenrechtelijke werking veel minder een 'studeerkameraangelegenheid' is, dan de verklaring voor die werking als zodanig.

In het vorenstaande verband bespreek ik kort een aantal vraagstukken waarbij de verklaring van de goederenrechtelijke werking van belang kan zijn. Het doel daarvan is uitdrukkelijk niet om antwoorden op deze vraagstukken te formuleren, maar uitsluitend om aan te tonen dat de sterk theoretische discussies ten aanzien van die verklaring mogelijk niet zonder consequenties zijn. Met het oog op deze doelstelling heb ik ook zeker niet naar volledigheid gestreefd, al zullen de onderstaand besproken vraagstukken vermoedelijk wel het merendeel van de mogelijke consequenties omvatten. Als gezegd zijn deze vraagstukken zeer divers van aard en ontbreekt tussen deze veelal ook iedere samenhang. De volgorde waarin ik een en ander bespreek, is dan ook geheel willekeurig.

Consequenties van de verschillende verklaringen

Een eerste mogelijke consequentie van de verschillende verklaringen vinden we bij de (verder in § 11.4.4.5 besproken) vraag of de derdenbeschermingsbepalingen van de artt. 3:86 en 3:88 BW toepassing kunnen vinden ten aanzien van tussenbeschikkingen door de bezwaarde ten behoeve van derden te goeder trouw. In een verklaring waarbij de voorwaardelijkheid gevolgen heeft voor de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde ligt toepasselijkheid van in elk geval art. 3:86 BW voor de hand. Als die verklaring echter niet of niet zonder meer consequenties heeft voor de beschikkingsbevoegdheid, dan is de vraag óf en zo ja op welke wijze deze derdenbeschermingsbepalingen nog toepassing kunnen vinden. Ik wijs in dit verband op het Duitse recht waar de voorwaardelijkheid door de koppeling aan de goederenrechtelijke overeenkomst wel werking heeft tussen partijen, maar op zich de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde niet aantast.³⁹⁷ In verband daarmee zijn derdenbeschermingsbepalingen door de Duitse wetgever van *overeenkomstige* toepassing verklaard (§ 161 lid 3 BGB) en dus niet rechtstreeks van toepassing. Voor de werking van art. 3:88 BW is bovendien vereist dat de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder voortvloeit uit de ongeldigheid van een eerdere overdracht uit hoofde van een gebrek in de titel of levering. Voor toepasselijkheid van art. 3:88 BW is derhalve additioneel vereist dat de voorwaardelijkheid

³⁹⁷ Zie § 11.2.5.2.

bij de eerdere overdracht niet kwalificeert als een beschikkingsonbevoegdheid bij de toenmalige vervreemder én dat de voorwaardelijkheid kwalificeert als het bedoelde 'gebrek'.³⁹⁸

Een volgend vraagstuk betreft de situatie dat aan de verwachter onder een opschortende voorwaarde is overgedragen. Voordat de opschortende voorwaarde intreedt, ontbindt een van partijen uit hoofde van een tekortschieten door de wederpartij de overeenkomst uit hoofde waarvan is overgedragen. Een dergelijke ontbinding heeft geen goederenrechtelijke werking, maar er ontstaan in beginsel obligatoire ongedaanmakingsverplichtingen.³⁹⁹ Bij een eerdere onvoorwaardelijke overdracht zal de verkrijger het reeds verkregen goed dan ook overeenkomstig art. 3:84 lid 1 BW moeten terugleveren. Voor zover de verklaring van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden bestaat uit een directe goederenrechtelijke gerechtigdheid van de verwachter, zal door deze verwachter eveneens teruggeleverd moeten worden. De figuur van de ontbinding bij een tekortschieten staat immers geheel los van de werking van voorwaarden respectievelijk de reeds door de verwachter verkregen goederenrechtelijke gerechtigdheid. Voor zover de verwachter daarentegen nog geen goederenrechtelijk recht heeft verkregen, is een ongedaanmakingsverplichting bestaande uit een retro-overdracht vanzelfsprekend zowel uitgesloten als overbodig. De bezwaarde is alsdan immers nog steeds de volle eigenaar van de zaak.⁴⁰⁰ Wél doet zich de vraag voor hoe in dat geval moet worden verklaard waarom, als de opschortende voorwaarde ná de ontbinding alsnog zou intreden, het goed niet alsnog op de verwachter overgaat. Toetsing van de geldigheid van de titel doet zich immers uitsluitend voor per het eerdere moment van de levering, hetgeen bij een overdracht 'onder opschortende voorwaarde' niet anders is. Ik laat de vraag voor wat zij is.⁴⁰¹ Min of meer

³⁹⁸ Zie verder § 11.4.4.5.

³⁹⁹ Art. 6:271 BW.

⁴⁰⁰ Zie in deze zin t.a.v. het Anwartschaftsrecht ook Radke (Radke 2001, p. 78). Bij een retro-overdracht door de (opschortend voorwaardelijke) verwachter aan de vervreemder stelt hij de vraag wat de vormgeving is die leidt tot de 'herkrijging' door de vervreemder/bezwaarde. Is het Anwartschaftsrecht inderdaad een zelfstandig goederenrechtelijk recht zoals dat is verkregen bij de oorspronkelijke overdracht onder opschortende voorwaarde aan de verwachter, dan vindt een dergelijke herkrijging door de vervreemder plaats langs de weg van een normale overdracht van dat goed. Is daarentegen de rechtspositie van de verwachter te beschouwen als de *Vorwirkung* van een onvoorwaardelijke rechtshandeling, dan vindt de herkrijging door de oorspronkelijke vervreemder plaats langs de weg van opheffing van die *Vorwirkung*.

⁴⁰¹ Zie verder: Van Velten 2012, p. 323 en Heuff 1975, p. 195, die (in het kader van een ontbinding van de overeenkomst u.h.v. wilsovereenstemming) stellen dat voor het laten intreden van het beoogde rechtsgevolg – geen rechtsovergang op de verwachter bij het intreden van de voorwaarde – inschrijving van die rechtshandeling in de registers een vereiste vormt.

dezelfde vraagstukken doen zich overigens voor bij een 'afstand van de voorwaarde' door de verwachter.⁴⁰²

In zeker verband met het vorenstaande vraagstuk vinden we een derde mogelijke consequentie van de verschillende verklaringen. Partijen zouden ná een onvoorwaardelijk beschikken – en daarmee een onvoorwaardelijke verkrijging – alsnog een ontbindende voorwaarde aan de verkrijging willen verbinden.⁴⁰³ Voor zover de daaruit voortvloeiende voorwaardelijkheid uitsluitend obligatoir effect zou moeten hebben – een terugleveringsverplichting bij het intreden van de alsnog overeengekomen ontbindende voorwaarde – is aanpassing van de rechtsverhouding in deze zin uiteraard probleemloos. Als deze voorwaarde echter goederenrechtelijke effect dient te verkrijgen, wordt het lastiger.⁴⁰⁴ Bij voorwaardelijkheid van de titel als verklaringsgrond lijkt het alsnog toevoegen van een voorwaarde op zich vrij eenvoudig. Ten aanzien van de levering respectievelijk goederenrechtelijke overeenkomst kunnen we daar al over twijfelen.⁴⁰⁵ Bij een verklaring op het terrein van de goederenrechtelijke gerechtigdheid lijkt het zonder meer 'toevoegen' van een voorwaarde daarentegen niet mogelijk. Het bezwaren met respectievelijk splitsen van het goed tussen bezwaarde en verwachter uit hoofde van de voorwaarde vraagt waarschijnlijk een goederenrechtelijk handelen en niet louter een nadere wilsovereenstemming. Daarvoor zou derhalve een nadere beschikkingshandeling zijn vereist. Dit alles is van overeenkomstige toepassing indien tussen partijen direct onder voorwaarde is overgedragen, maar partijen vervolgens alsnog de inhoud van de voorwaarde wensen te wijzigen.

Als we uitgaan van een situatie waarbij de verkrijger respectievelijk bezwaarde zijn (voorwaardelijk) verkregen goed aan een derde – bekend met de ontbindende voorwaarde – overdraagt, wordt het nog gecompliceerder.

402 De verwachter ziet daarbij af van het voortbestaan van de voorwaarde, zodat deze voorwaarde ook niet meer kan intreden en de verwachter het goed bij het alsnog plaatsvinden van de gebeurtenis evenmin nog kan verkrijgen. Binnen goederenrechtelijke verhoudingen is voor het doen van afstand, althans v.w.b. afstand van een beperkt recht, echter vereist dat voldaan wordt aan de vereisten van overdracht van het betreffende recht (art. 3:98 BW). Zie verder § 8.2.3 onder de 'nadere uitwerking'.

403 Dat partijen een rechtsverhouding alsnog voorwaardelijk kunnen maken, leidt eigenlijk geen twijfel.

404 Van Velten noemt deze kwestie m.b.t. de overdracht van onroerend goed ook, echter met een geheel andere benadering dan ik hierna zal bespreken (Van Velten 2012, p. 318). In de visie van Van Velten is de problematiek gelegen in het feit dat een dergelijke, nieuw overeengekomen voorwaarde niet in de openbare registers is gepubliceerd. Waarschijnlijk doelt Van Velten daarmee op derdenbescherming. Zijn conclusie dat een dergelijke voorwaarde geen goederenrechtelijke werking heeft, lijkt in dat verband uitsluitend juist v.w.b. het aspect van het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen, maar niet v.w.b. de werking tussen partijen.

405 Voor het Duitse recht stelt Wieling (t.a.v. het 'toevoegen' van een opschortende voorwaarde) dat de enkele overeenkomst met die strekking zonder (goederenrechtelijk) effect is (Wieling 2006, p. 799). Dit vraagstuk is naar Duits recht duidelijk omstreden, zie de door Wieling genoemde literatuur en rechtspraak.

Is deze derde, ervan uitgaande dat de oorspronkelijke vervreemder en verkrijger alsnog de voorwaarde zouden kunnen wijzigen, aan die wijziging gebonden zonder zijn medewerking of tenminste instemming? Bij een verklaring gebaseerd op voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid lijkt gebondenheid van de derde aan de gewijzigde voorwaarde uitgesloten. Dit laatste zou immers een wijziging inhouden van zijn goederenrechtelijke recht zónder zijn medewerking.⁴⁰⁶ Wat is echter de situatie als de voorwaarde is verbonden aan de overdracht tussen de oorspronkelijke vervreemder en verkrijger? Of anders gezegd, hoe zou beredeneerd moeten worden dat – als deze partijen op zich in staat zouden zijn de inhoud van de voorwaarde aan te passen – de derde daaraan niet gebonden zou zijn?

Een andere eventuele consequentie heeft eveneens betrekking op het ontstaan van de voorwaardelijkheid met goederenrechtelijk effect. Overeenkomstig art. 3:81 lid 1 BW kan een beperkt recht ontstaan door overdracht van bloot eigendom onder voorbehoud van het beperkte recht. Kan dat beperkte recht echter ook worden voorbehouden onder een ontbindende of een opschortende voorwaarde? Waarschijnlijk zijn we geneigd om deze vraag, voor wat betreft ontbindende voorwaarden mede gebaseerd op art. 3:81 lid 2 sub b BW, direct positief te beantwoorden. Vanuit een meer pragmatische invalshoek zou ik dat ook zeker willen onderschrijven. Vanuit de systematiek lijkt het antwoord echter genuanceerder te liggen.

Als we de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van *ontbindende* voorwaarden plaatsen op het terrein van de overdrachtsvereisten, bestaat het volgende probleem. De verwachter van het beperkte recht (derhalve de partij aan wie reeds de bloot eigendom is geleverd) is zelf nooit gerechtigde geweest tot het door de bezwaarde voorbehouden beperkte recht. De verwachter heeft immers niet meer geleverd gekregen dan de bloot eigendom. Dat is een wezenlijk verschil met de normale situatie waarin een goed wordt overgedragen of een beperkt recht gevestigd 'onder ontbindende voorwaarde'. In die laatste situatie komt het (voorwaardelijk) verkregen recht uit het vermogen van de

⁴⁰⁶ Al bestaan daarover in het Duitse recht m.b.t. het Anwartschaftsrecht – de *opschortend* voorwaardelijke positie van een verkrijger derhalve – duidelijk twijfels over. Voor die situatie worden in de Duitse literatuur drie verschillende opvattingen verdedigd. De eerste is, dat het de oorspronkelijke partijen A en B u.h.v. contractsvrijheid vrij staat de voorwaarde te wijzigen, mét effect voor de positie van C. De tweede opvatting bestaat daaruit, dat A en B niet in staat zijn het zelfstandige Anwartschaftsrecht van een ander (C) te wijzigen door een wijziging in hun onderlinge rechtsverhouding. Tot slot is er de (ook door het BGH onderschreven) visie, dat alle inherente risico's aan de obligatoire rechtsverhouding tussen A en B – bijv. ontbinding, maar ook wijziging daarvan – gevolgen hebben voor het Anwartschaftsrecht van C. Zie verder: Weber 2013, p. 279, 280 en m.n. p. 284, 285. Vieweg en Werner zien dit laatste in die zin anders, dat de bedoelde wijziging wel degelijk steeds instemming van C zou behoeven (Vieweg & Werner 2010, p. 348). Zie ook Bork, die stelt dat een latere wijziging van de (voorwaardelijke) goederenrechtelijke overeenkomst zonder toestemming van C niet mogelijk is (Staudinger/Bork 2010, p. 329).

vervreemder. Met de ongedaanmaking van de (gevolgen van de) overdracht zou het door de bezwaarde verkregen goed – dat immers afkomstig is uit het vermogen van de verwachter – weer terugkeren naar deze verwachter. Indien daarentegen een beperkt recht wordt voorbehouden, heeft dit nooit deel uitgemaakt van het vermogen van de verkrijger van de bloot eigendom. Een overgang van dit beperkte recht naar de verkrijger van de bloot eigendom bij het intreden van de ontbindende voorwaarde kan derhalve niet worden vormgegeven door middel van een ‘terugdraaien’ van de overdracht.

Bij een verklaring van de goederenrechtelijke werking op basis van goederenrechtelijke gerechtigdheid is het relatief eenvoudig om de overgang van het beperkte recht op de bloot eigenaar bij het intreden van de ontbindende voorwaarde te verklaren. Het (voorbehouden) beperkte recht was in dat geval zelf belast met of bestond onder die voorwaarde. Het feit dat de bloot eigenaar niet eerder rechthebbende was van het voorbehouden beperkte recht, is voor de verklaring van de goederenrechtelijke werking zonder enig belang. Althans, als we willen aannemen dat de voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid inderdaad als zodanig een verklaring vormt.⁴⁰⁷

Dan het voorbehoud van een beperkt recht onder opschortende voorwaarde. Dat lijkt een merkwaardige figuur, maar toepassingsmogelijkheden zijn denkbaar.⁴⁰⁸ Bij de verklaring van de goederenrechtelijke werking bestaande uit voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste kan ik wederom geen sluitende systematiek vinden voor het daadwerkelijke voorbehoud van een beperkt recht ‘onder opschortende voorwaarde’. Bij een dergelijke systematiek zou immers eerst het goed moeten worden overgedragen, om vervolgens het beperkte recht onder opschortende voorwaarde te laten ontstaan. De figuur van de overdracht leent zich immers niet om een beperkt recht voor een eventueel toekomstig moment voor te behouden. Als we de goederenrechtelijke werking daarentegen zien in de voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid, dan is deze figuur systematisch geen probleem. De vervreemder behoudt alsdan een vorm van goederenrechtelijke gerechtigdheid, die bij het

407 Zelf heb ik gesteld dat de verklaringen op dit terrein in feite helemaal geen verklaring zijn, zie § 11.2.3.5. Ook de (Nederlandse) auteurs die deze verklaringsgrond verdedigen, geven óf niet aan hoe e.e.a. tot goederenrechtelijke werking leidt, óf brengen deze verklaring terug tot de veronderstelde wetsduiding van art. 3:84 lid 4 BW, zie § 11.2.6.3. De gedachte dat een verklaring gebaseerd op goederenrechtelijke gerechtigdheid de overgang van het voorbehouden beperkte recht wel zou verklaren, is in die zin dan ook bepaald niet vrij van kritiek.

408 Bijv. de overdracht van een vordering op een derde, waarbij de vervreemder bij het intreden van bepaalde omstandigheden – de opschortende voorwaarde – een recht van vruchtgebruik op die vordering wenst te verkrijgen. Zouden partijen de vordering eerst onbezwaard aan de verkrijger cederen en vervolgens het recht van vruchtgebruik onder opschortende voorwaarde vestigen, dan loopt de vervreemder bijv. het risico dat de verkrijger de vordering reeds bij voorbaat verpand had. Het eventuele toekomstige vruchtgebruik zal dit pandrecht alsdan tegen zich moeten laten gelden. Hierin zit voor de vervreemder uiteraard het grote voordeel van het voorbehoud van het beperkte recht.

intreden van de opschortende voorwaarde van rechtswege het 'voorbehouden' beperkte recht in zijn vermogen laat verschijnen. Dankzij de verklaring in de vorm van goederenrechtelijke gerechtigdheid is in dat geval daadwerkelijk sprake van een voorbehouden gerechtigdheid.

Geheel andersoortig is de mogelijke consequentie van het voor het Nederlandse recht bestaan van het Anwartschaftsrecht; de positie van de (met name opschortend voorwaardelijke) verwachter waarover deze reeds vóór het intreden van de voorwaarde en als ware sprake van een reeds in zijn vermogen bestaan goed kan beschikken. In de Nederlandse literatuur wordt de discussie over het al dan niet bestaan van een dergelijke positie vrijwel steeds gevoerd via de vraag hoe de positie van de verwachter moet worden gekwalificeerd: is deze direct goederenrechtelijk van aard of niet? Deze laatste vraag wordt op zijn beurt beantwoord op basis van de verklaring van de goederenrechtelijke werking. Bij een dergelijke benadering van het aannemen of afwijzen van het Anwartschaftsrecht – welke benadering ik overigens zelf niet onderschrijf – spreekt het daarmee voor zich, dat de verklaring van de goederenrechtelijke werking een essentiële functie heeft.⁴⁰⁹ Dat geldt tevens voor de daarmee verbonden vraag op welke wijze aan een dergelijk beschikken vorm moet worden gegeven. Heeft de verwachter een goederenrechtelijke positie op een goed zelf, dan ligt het sterk voor de hand dat geleverd moet worden overeenkomstig de leveringsformaliteiten voor het betreffende, door de verwachter voorwaardelijk gehouden goed. Heeft de verwachter daarentegen geen goederenrechtelijk recht op het goed zelf, dan kan men van mening verschillen over de voorgeschreven wijze van levering.

Indien we de verklaring van de goederenrechtelijke werking zoeken in de vorm van een gesplitste of mede-eigendom, dan roept dit mogelijk ook consequenties op voor de eigenaarsbevoegdheden en/of de gebruiksrechten van een goed.⁴¹⁰ Eventueel zouden die uitsluitend gezamenlijk door verwachter en bezwaarde kunnen worden uitgeoefend, althans zou tenminste onderbouwd moeten

⁴⁰⁹ Zie verder § 11.3.3.3.

⁴¹⁰ De zeer bescheiden literatuur spreekt zich in dat verband uit tégen een gebruiksrecht van de verwachter u.h.v. zijn goederenrechtelijke gerechtigdheid, zie: Van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18; Verstijlen 2007, p. 828; (vermoedelijk) Vriesendorp 1985, p. 33.

Deze opvatting is m.n. van belang ingeval van een faillissement van de bezwaarde, waarbij de curator zich verzet tegen een (voortgezet) gebruik van het goed door de verwachter (zie Verstijlen, voormeld). Voor het Belgisch recht onderschrijft Jansen de beëindigingsmogelijkheid van de curator (Jansen 2009, p. 439). Bij Mezas vinden we voor het OBW daarentegen de opvatting dat een curator het gebruiksrecht van de verwachter *niet* kan beëindigen (Mezas 1985, p. 40).

worden waarom deze niet (ook) aan de verwachter zouden toekomen.⁴¹¹ Een voorbeeld daarvan is de revindicatie, waarvan overigens veelal wordt aangenomen dat uitsluitend de bezwaarde kan uitoefenen.⁴¹² Ook zou een dergelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid van de verwachter van betekenis kunnen zijn ingeval van een onrechtmatige daad door een derde ten aanzien van het goed. Als de gerechtigdheid van de verwachter immers zou kwalificeren als (mede-)gerechtigdheid tot het absolute recht, dan ligt de gedachte voor de hand dat het handelen van de derde tevens een onrechtmatige daad jegens de verwachter inhoudt. Is de positie van de verwachter daarentegen van persoonlijke aard, moet bij de schending door de derde sprake zijn van strijd met een wettelijke plicht dan wel met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Een volgende, door Mezas opgeworpen kwestie betreft de vraag of de gerechtigdheid van de verwachter – als we aan zouden nemen dat deze gerechtigdheid in de vorm van een Anwartschaftsrecht of anderszins in beginsel overdraagbaar is – ook met goederenrechtelijke werking onoverdraagbaar gemaakt kan worden.⁴¹³ Als 'echt' eigendomsrecht is een goederenrechtelijke onoverdraagbaarheid uit hoofde van partijwil naar geldend recht niet mogelijk,⁴¹⁴ maar bij de kwalificatie als vorderingsrecht uit hoofde van art. 3:83 lid 2 BW weer wel. De verklaring van de goederenrechtelijke werking en de daaruit voortvloeiende positie van de verwachter lijken in die zin inderdaad bepalend voor de vraag, of de gerechtigdheid respectievelijke positie van de verwachter in goederenrechtelijke zin onoverdraagbaar gemaakt kan worden.

In een aantal gevallen is het eventueel van belang of de gerechtigde tot een goed een *ouder* of *jonger* recht heeft dan andere partijen. Zwitser noemt in dit verband onder meer de artt. 3:90 lid 2, 3:284, 3:291 en 292 BW.⁴¹⁵ Overeenkomstig de strekking van Zwitsers betoog zou ik eveneens menen dat de verklaring van de goederenrechtelijke werking ook ten aanzien van de ouderdom van een goed in het vermogen van een bepaalde partij verschil zal maken. Indien het goed als geheel tussen partijen overgaat – de goederenrechtelijke werking is derhalve verbonden aan een aspect van de overdracht – dan verkrijgt de verwachter een voor zijn vermogen nieuw en dus als jonger kwalificerend

411 In gelijke zin voor het Zwitsers recht: Peter 1994, p. 266. Hetgeen voor het Zwitsers recht, waar sprake is van een verdeeld eigendomsrecht tussen bezwaarde en verwachter, in de literatuur dan ook wordt aangenomen, zei het niet geheel onweersproken (zie Koller 2009, p. 1295); Becker 1941, p. 728, 729.

412 Vriesendorp 1985, p. 61; Diephuis 1886 p. 257; (vermoedelijk) Everts 1883, p. 104.

413 Mezas 1985, p. 46 e.v.

414 Zie § 5.2.4.2.

415 Zwitser 1993, p. 525.

goed.⁴¹⁶ Indien deze verklaring is gelegen in een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid en met name bij een splitsing of deling van dat goed tussen bezwaarde en verwachter, dan is de verwachter direct gerechtigd en houdt hij derhalve in zijn vermogen een ouder goed.

Weer een andere mogelijke consequentie heeft betrekking op de – als zodanig onbestreden⁴¹⁷ – mogelijkheid van het verrichten van tussenbeschikkingen door de bezwaarde. Indien de bezwaarde een dergelijke tussenbeschikking verricht, zal (het gevolg van) die tussenbeschikking bij het intreden van de voorwaarde uit hoofde van de goederenrechtelijke werking van rechtswege weer vervallen. In dat verband is de vraag interessant of de bezwaarde tezamen met de verwachter ook een onvoorwaardelijke tussenbeschikking kan verrichten, bijvoorbeeld vestiging van een recht van hypotheek dat in stand blijft als de voorwaarde intreedt. Als we die vraag positief beantwoorden is de vraag op welke wijze de verwachter zijn 'goedkeuring' moet verlenen. Voor zover we de verklaring van de goederenrechtelijke werking zien in een aspect van de overdracht, dan lijkt een obligatoire figuur als toestemming afdoende. Indien we die verklaring zien in de goederenrechtelijke gerechtigdheid, dan lijkt medewerking door de verwachter meer voor de hand te liggen.⁴¹⁸

Met betrekking tot tussenbeschikkingen door de bezwaarde bestaat nog een mogelijke consequentie. In de literatuur wordt soms gesteld dat bij het intreden van de voorwaarde uitsluitend de gevolgen van tussenbeschikkingen vervallen, voor zover deze voor de verwachter negatief zijn. Niet-conflicterende of gunstige beschikkingen ten aanzien van de zaak zouden derhalve in stand blijven.⁴¹⁹ Vanuit de visie dat het bedoelde verval slechts voortvloeit uit een aan de verwachter geboden bescherming, zoals in het Duitse en Zwitserse recht § 161 BGB en art. 152 III OR deze bieden, is een dergelijke gedachte goed te begrijpen. De bezwaarde is beschikkingsbevoegd en kan derhalve tussenbeschikkingen verrichten, maar uit hoofde van een (al dan niet wettelijke) bescherming worden de gevolgen van die tussenbeschikkingen bij het intreden van de voorwaarde beëindigd, waardoor de verwachter op enigerlei wijze beperkt zou worden.

416 De opvatting dat alsdan sprake is van een nieuw recht lijkt omstreden. Vóór die opvatting bijv.: Scheltema 2003, p. 355 (waarbij opgemerkt zij dat Scheltema het verval van tussenbeschikkingen verklaart uit het 'beperkte' recht dat de verwachter tóch reeds zou hebben, hetgeen m.i. op gespannen voet staat met zijn benadering van de verkrijging van een nieuw recht door de verwachter, zie § 11.2.6.3). Tegen: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 277; Zwitser 1993.

417 Zie § 11.1.3.

418 In het Duitse recht kan de bezwaarde met toestemming (dus niet medewerking) van de verwachter rechtsgeldige tussenbeschikkingen doen (zie § 11.2.5.2 bij de bespreking van § 161 BGB).

419 Scheltema 2003, p. 356.

Voor wat betreft het resultaat strekt deze benadering tot tevredenheid. Echter, de vraag wáárom de goederenrechtelijke werking – die bij gebrek aan een wettelijke bepaling in het BW de grondslag voor dit verval vormt en ook van rechtswege werkt – slechts conflicterende rechten zou aantasten, blijft in de literatuur onbeantwoord. Bij een verklaring van de goederenrechtelijke werking als afgeleide van wilsovereenstemming – de titel of goederenrechtelijke overeenkomst derhalve – valt hieraan in zoverre invulling te geven, dat partijen de goederenrechtelijke werking ten aanzien van het verval van tussenbeschikkingen impliciet in vorenstaande zin hebben beperkt of alsnog beperken. Bij een verklaring gebaseerd op goederenrechtelijke gerechtigdheid ligt deze benadering duidelijk minder voor de hand. De verdere bedoelingen van partijen zijn voor de inhoud van een goederenrechtelijke gerechtigdheid immers veelal zonder belang, zodat het ook niet eenvoudig is het verval van tussenbeschikkingen te beschouwen als een van die gerechtigdheid deel uitmakende bescherming van de verwachter. Bij deze laatste verklaring van de goederenrechtelijke werking is het derhalve veel lastiger om te verklaren waarom niet-conflicterende of gunstige tussenbeschikkingen niet tóch vervallen.

Een lastige kwestie betreft het volgende. Indien een beperkt gerechtigde zijn beperkte recht overdraagt aan de bloot eigenaar, gaat dit beperkte recht door vermenging teniet (3:81 lid 2 BW). Maar wat is de situatie als die overdracht plaatsvond ‘onder ontbindende voorwaarde’ en de voorwaarde op een later moment intreedt? We zouden geneigd kunnen zijn om het beperkte recht in eerste instantie inderdaad door vermenging teniet te laten gaan, maar dit vervolgens bij het intreden van de voorwaarde weer te laten herleven in het vermogen van de verwachter respectievelijk beperkt gerechtigde. Dit laatste zou dan een geheel andere systematiek zijn dan de wetgever blijkens art. 6:161 lid 2 sub c BW voor ogen stond ten aanzien van het (vooralsnog) juist ontbreken van vermenging bij verbintenissen in het geval vordering en schuld ‘onder ontbindende voorwaarde’ bij dezelfde partij terecht zouden komen.

Bij een verklaring van de goederenrechtelijke werking bestaande uit een splitsing van het goed (beperkte recht) tussen bezwaarde en verwachter kan een soortgelijk effect bestaan. Het aandeel in het beperkte recht van de verwachter (oorspronkelijke beperkt gerechtigde) zal bij een dergelijke systematiek niet door vermenging tenietgaan, omdat het betreffende aandeel immers niet tot het vermogen van de bloot eigenaar is gaan behoren. Van een ‘herleven’ van het beperkte recht bij het later intreden van de voorwaarde is dan ook geen sprake. Dat laatste is bij de overige verklaringen van de goederenrechtelijke werking anders. Het beperkte recht is alsdan immers overgegaan in het vermogen van de bloot eigenaar en – bij gebrek aan een wetsduiding als art. 6:161 lid 2 sub c BW – dan ook door vermenging tenietgegaan. Wil de ontbindende voorwaarde nog goederenrechtelijk effect kunnen hebben, kan het niet anders dan dat het verdwenen beperkte recht weer ontstaat. Dat is uitsluitend mogelijk is als we aannemen dat ook een figuur als vermenging – hetgeen

uitsluitend een goederenrechtelijk gevolg is en geen rechtshandeling – voorwaardelijk kan zijn.⁴²⁰

Een laatste te bespreken mogelijke consequentie betreft de situatie waarbij een vervreemder een goed onder *ontbindende* voorwaarde aan verkrijger A overdraagt en tegelijkertijd hetzelfde goed onder dezelfde *opschortende* voorwaarde aan verkrijger B.⁴²¹ Indien we de goederenrechtelijke werking verklaren uit aspecten van de overdracht, dan staan A en B niet in enigerlei relatie. Bij de retro-overgang van A naar de vervreemder en vervolgens van deze weer naar B vormt de vervreemder de centrale figuur, maar tussen A en B onderling bestaat geen rechtsverhouding. Indien de goederenrechtelijke werking wordt verklaard uit een vorm van medegerechtigdheid, dan dringt de gedachte zich op dat de vervreemding aan B in zekere mate lijkt op een beschikken over een Anwartschaftsrecht.⁴²² Als we de casus enigszins aanpassen in die zin dat de opschortend voorwaardelijke overdracht aan B een juridische seconde eerder plaatsvindt dan de ontbindend voorwaardelijke overdracht aan A, dan is in elk geval uitsluitend sprake van een tussenbeschikking door de vervreemder ten behoeve van A. Wat daar ook van zij, A en B komen dankzij de verklaring uit hoofde van medegerechtigdheid plots wél in een zekere relatie tot elkaar te staan, namelijk als medegerechtigden tot hetzelfde goed.⁴²³

Zoals we in § 11.1 en deze § 11.2 zagen, staat de goederenrechtelijke werking in het Nederlandse recht sinds halverwege vorige eeuw niet meer ter discussie ook al is de verklaring voor die werking sterk omstreden gebleven. In die zin is de stelling juist dat die verklaring als zodanig van beperkte betekenis is. De hiervoor besproken kwesties tonen echter aan dat de verschillende verklaringen van de goederenrechtelijke werking – in elk geval naar het zich zonder diepgaander bestudering laat aanzien – toch tot onderling verschillende consequenties leiden. De opvatting dat bestudering van deze onderling verschillende verklaringen een uitsluitend academisch tijdverdrijf vormt ten aanzien van die verklaring, is dan ook waarschijnlijk onjuist. Dat geldt temeer als we die verklaringen ook buiten het vermogensrecht hanteren, bijvoorbeeld

420 Een redenering dat een dergelijke vermenging reeds voortvloeit uit de voorwaardelijke werking van de ontbindende voorwaarde wil ik afwijzen. Voorwaardelijke werking is in mijn optiek geen verklarend begrip (zie § 3.1.4 en 3.4) en kan dan ook niet de grondslag vormen voor het aannemen van een figuur als 'voorwaardelijke vermenging'.

421 Een tot enkele jaren geleden in de notariële praktijk veel gebruikte structuur ten behoeve van overdracht aan (uiteindelijk) een NV of BV die nog in de oprichtingsfase verkeerde, waarbij deze laatste in voormeld voorbeeld 'B' is.

422 Of bij de overdracht aan verkrijger B sprake is van de figuur van het Anwartschaftsrecht is nog niet zo heel duidelijk. Bij de overdracht aan B is i.e.g. geen sprake van een *onvoorwaardelijke* overdracht van hetgeen de vervreemder – t.g.v. de overdracht aan A – 'behoudt'.

423 Of A en B in een dergelijke relatie tot elkaar komen te staan, *kán* verschil maken.

in het fiscale recht.⁴²⁴ Bestudering van de verklaring van de goederenrechtelijke werking vindt echter vrijwel uitsluitend plaats vanuit óf een historisch kader óf de verklaringen sec. Allerlei mogelijke gevolgen van de verschillende verklaringen alsmede overigens de wezenlijke vraag in hoeverre het überhaupt wenselijk is dat voorwaarden goederenrechtelijke werking hebben, blijven bij die bestudering vrijwel geheel buiten beeld. Dat is een manco dat ik binnen de beperkte grenzen van deze uitsluitend als deelonderwerp onderzochte verklaring van de goederenrechtelijke werking niet kan oplossen. Ik wil het derhalve laten bij de constatering dat de verschillen in verklaringen van de goederenrechtelijke werking waarschijnlijk minder 'onschuldig' zijn dan in de literatuur wel wordt gesteld.

11.2.8 De conclusie voor het Nederlands geldend recht

De goederenrechtelijke werking van voorwaarden vormt, zowel met betrekking tot de werking tussen partijen als ten opzichte van derden, zonder twijfel deel van het Nederlands geldend recht. De zeer enkele auteurs die thans nog anders verdedigen, voeren een volkomen achterhoedegevecht. Zoals ik in deze paragraaf vaker heb geconstateerd, geldt dat allesbehalve voor de *verklaring* van die goederenrechtelijke werking. Deze was – ook al wordt tegenwoordig vaak anders gesteld – onder de gehele werkingsduur van het OBW omstreden en is dat nog steeds. Dit laatste ondanks (of dankzij?) de ruimhartige aandacht die deze verklaring in de literatuur heeft gekregen.

De redenen die ten grondslag liggen aan deze onduidelijkheid zijn voor wat betreft het NBW gevarieerd. Op de eerste plaats mag het opvallend heten dat de wetgever blijkens de PG bepaald geen duidelijke systematiek voor ogen stond ten aanzien van die verklaring voor het NBW. Dat wreekt zich met name ten aanzien van het aspect van het verval van tussenbeschikkingen verricht door de bezwaarde. De Duitse en Zwitserse wetgever onderkennen dat met name dát aspect bij het ontbreken van een systematiek gebaseerd op terugwerkende kracht lastig viel te onderbouwen. Daarom baseerden zij het verval van tussenbeschikkingen met § 161 BGB en art. 152 III OR op wetsduiding. Van dit onderscheid tussen enerzijds de werking tussen partijen en anderzijds ten opzichte van derden lijkt de Nederlandse wetgever zich daarentegen niet erg bewust te zijn geweest, hetgeen overigens ook geldt voor een deel van de Nederlandse literatuur. De wetgever hinkte derhalve op een aantal verschillende gedachten zonder een van de belangrijkste kwesties – het onderscheid

424 Bijv. v.w.b. verschuldigdheid van overdrachtsbelasting indien de (opschortend voorwaardelijke) verwachter direct een goederenrechtelijke gerechtigdheid zou verkrijgen. Zie verder het arrest van HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18, waar de Hoge Raad die verschuldigdheid juist bij gebrek aan een dergelijke directe verkrijging afwijst (r.o. 3.4).

tussen de werking tussen partijen en ten opzichte van derden – als onderdeel van de systematiek in het NBW op te nemen.

In dit laatste vinden we tevens een volgende reden voor de bestaande onduidelijkheid; kan inderdaad één en dezelfde verklaring deze beide aspecten van de goederenrechtelijke werking verklaren? Dit is in ieder geval wel de benadering in de PG en het merendeel van de literatuur. Het Duitse en Zwitserse recht alsmede het DCFR brengen daarentegen een scheiding aan tussen de grondslagen die de verklaring vormen voor beide aspecten.⁴²⁵ Dat laatste mijns inziens ook met goede redenen.⁴²⁶ Ik zou derhalve willen stellen dat de 'alomvattende' verklaring die voor het Nederlandse recht gevonden moet worden om die reden bepaald geen sinecure is.

Wellicht dat in samenhang met het vorenstaande ook de Nederlandse wetgever op enig moment gedurende het wetgevingsproces voor *beide* aspecten van de goederenrechtelijke werking een wettelijke grondslag zocht en deze vond in art. 3:84 lid 4 BW. De literatuur volgde in die zienswijze. Die benadering van het wetsartikel wijkt echter niet alleen af van de bedoeling van Meijers, maar ook roept de redactie daarvan – als we daar inderdaad een grondslag voor de goederenrechtelijke werking in willen zien – vooral veel vragen op. De eerste en misschien ook wezenlijkste daarvan is waarom de wetgever niet eenvoudig heeft volstaan met de redactie: 'Voorwaarden hebben goederenrechtelijke werking'? Als dit laatste inderdaad de strekking van art. 3:84 lid 4 BW zou moeten zijn, dan dient de complexiteit en daaruit voortvloeiende schimmigheid van de huidige redactie geen enkel doel. Daarmee vormt art. 3:84 lid 4 BW een volgende reden voor de onduidelijkheid rondom de verklaring van de goederenrechtelijke werking.

Met de omstreden vraag of de veronderstelde systematiek van art. 3:84 lid 4 BW ook toepassing kan vinden bij opschortende voorwaarden, komen we bij nóg een reden voor de voortdurende discussies omtrent de gezochte verklaring. Kan namelijk een zelfde verklaring voor de goederenrechtelijke werking inderdaad die werking verklaren zowel voor ontbindende als opschortende voorwaarden? Incidenteel vinden we die vraag in de literatuur negatief beantwoord, maar veelal is het tenminste impliciete en mijns inziens ook terechte uitgangspunt dat één verklaring op beide soorten van voorwaarden toepassing zou moeten vinden. Echter, een wezenlijk deel van de auteurs bespreekt slechts de verklaring van óf de ontbindende óf de opschortende voorwaarden. Dat maakt het soms moeilijk om te bepalen of bedoeld is diezelfde verklaring op de niet-besproken voorwaarde toepassing te laten vinden. Ook dat draagt niet bij aan de inzichtelijkheid van de verdedigde verklaringen.

⁴²⁵ Althans, voor het Zwitserse recht is de verklaring voor het verval van tussenbeschikkingen u.h.v. art. 152 III OR duidelijk, maar voor de werking tussen partijen allesbehalve helder. De systematiek voor het DCFR is v.w.b. de werking tussen partijen duidelijk, terwijl tussenbeschikkingen – als expliciete keuze van de opstellers – niet vervallen.

⁴²⁶ Zie § 11.2.3 en 11.2.5.

Een laatste reden voor de huidige onduidelijkheid is gelegen in de onjuiste veronderstelling dat mét de invoering van het NBW de tot dan toe bestaande verklaring van de terugwerkende kracht vervangen moest worden door een nieuwe. Zoals ik in § 11.2.4 echter beschreef was die verklaring wel degelijk ook onder het OBW omstreden. Zelfs voor zover de grondslag in de terugwerkende kracht werd gezien, bestonden uit hoofde van diezelfde terugwerkende kracht uiteenlopende verklaringen. De zoektocht naar een verklaring voor het NBW was derhalve in zekere zin een voortzetting van een reeds onder het OBW bestaande discussie, zij het op basis van andere uitgangspunten. De gedachte dat pas mét de invoering van het NBW die verklaring onduidelijk werd is dan ook onjuist. Samengevat zijn er derhalve nogal wat elementen die de Nederlandse discussie aangaande de voor het NBW gezochte verklaring hebben vertroebeld.

Als we vervolgens in abstracto naar de belangrijkste verklaringen kijken, dan blijkt dat geen van deze verklaringen in ieder opzicht voldoet.⁴²⁷ Een systematiek met terugwerkende kracht heeft voor de gezochte verklaring redelijke papieren,⁴²⁸ met name waar het betreft ontbindende voorwaarden, maar kent weer de vele onbedoelde en vaak ook ongewenste consequenties die voortvloeien uit diezelfde terugwerkende kracht. In een systematiek zónder terugwerkende kracht heeft bij de werking tussen partijen de voorwaardelijkheid van de levering respectievelijk de goederenrechtelijke overeenkomst nog de beste papieren. Deze verklaring leidt echter uit hoofde van systematiek niet tot het eveneens vervallen van tussenbeschikkingen. De Nederlandse wetgever heeft dit laatste niet onderkend. Anders dan in het Duitse en Zwitserse recht is dit manco aan deze verklaring dan ook niet door middel van wetsduiding ondergaan. De door veel Nederlandse auteurs verdedigde voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid komt voor wat betreft het verval van tussenbeschikkingen enigszins beter uit de bus, maar vormt uiteindelijk noch ten aanzien van dit verval, noch voor de werking tussen partijen een verklarende systematiek. Geen van de belangrijkste verklaringen in abstracto voldoet voor het Nederlandse recht dan ook geheel. De verdere uitwerking van de verschillende verklaringen in de literatuur leidt evenmin tot sluitende systemen, omdat de gebreken aan de verklaringen in abstracto bij die uitwerkingen niet worden geheeld.

De keuze die de Hoge Raad in een aantal arresten heeft gemaakt door de voorwaarde te verbinden aan de goederenrechtelijke overeenkomst, is in mijn optiek de juiste keuze geweest tussen alternatieven die geen van alle in ieder opzicht voldoen. De voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst als

⁴²⁷ Zie § 11.2.3.

⁴²⁸ Al wil ik nogmaals benadrukken dat de wettelijke fictie van een goederenrechtelijk terugwerkende kracht vervangen had kunnen worden door de wettelijke fictie 'voorwaarden hebben goederenrechtelijke werking'. In die zin is terugwerkende kracht niet echt een systematiek.

verklaringsgrond wil ik derhalve op deze plaats iets verder uitwerken, te beginnen ten aanzien van de werking tussen partijen. Zoals ik eerder stelde, is de voornaamste systematische zwakte van die verklaring dat deze veronderstelt dat de goederenrechtelijke overeenkomst kwalificeert als *duurovereenkomst*.⁴²⁹ Als deze immers direct bij de levering teniet zou gaan, kan het latere intreden van de voorwaarde logischerwijs geen verdere gevolgen hebben. Op een dergelijke benadering als duurovereenkomst kunnen we kritiek hebben.⁴³⁰ Niettemin is deze in mijn optiek toch redelijk verdedigbaar. Partijen beogen namelijk niet om de rechtsovergang op de verkrijger met zekerheid te laten plaatsvinden. Het is juist de onzekerheid zoals die in de voorwaarde is verdisconteerd waar partijen ten aanzien van die rechtsovergang rekening mee wensen te houden. Waarom zou die in de voorwaarde verdisconteerde onzekerheid niet tot uitdrukking kunnen komen in de goederenrechtelijke overeenkomst als de op de vermogensovergang gerichte wilsovereenstemming? Het alsdan voorwaardelijke gevolg – de vermogensovergang onder voorwaarde – past eigenlijk heel goed in de vermogensrechtelijke systematiek. Als we willen aannemen dat het Nederlandse recht de figuur van de goederenrechtelijke overeenkomst inderdaad kent én dat overeenkomsten voorwaardelijk kunnen zijn, dan vormt de voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst een redelijk aanvaardbare verklaring.⁴³¹

Als gezegd leent de goederenrechtelijke overeenkomst zich daarentegen slecht als verklaring voor de werking ten opzichte van derden. Ik kan althans op geen enkele manier beredeneren waarom het verbinden van een voorwaarde aan de levering enigerlei effect zou hebben op hetgeen door de bezwaarde wordt verkregen of gehouden respectievelijk op diens beschikkingsbevoegdheid. Deze zelfde benadering in het Duitse en Zwitserse recht alsmede het DCFR onderschrijf ik derhalve geheel. In dat verband is het dan ook begrijpelijk dat de Nederlandse literatuur probeert door middel van de verklaring van

429 Zie § 11.2.3.3.

430 Zoals Scheltema dan ook doet juist o.b.v. de gedachte dat mét het plaatsvinden van de levering haar rol is uitgespeeld (Scheltema 2003, p. 323).

431 T.a.v. de vraag of t.g.v. van de opgeschorte werking bij opschortende voorwaarden de levering wel voltooid is, wil ik het volgende opmerken. Voor het NBW is i.e.g. nauwelijks of niet omstreden dat de opgeschorte werking het bestaán van een rechtshandeling niet opschort, maar uitsluitend de gevolgen van die rechtshandeling (zie § 3.1.3.1). Toegepast op de levering zou dit betekenen dat deze ook in juridische zin heeft plaatsgehad, onverminderd het feit dat het gevolg van die levering (waaronder we de overdracht moeten verstaan) is opgeschort. De stelling dat de levering t.g.v. de voorwaarde niet zou zijn voltooid, is in mijn optiek derhalve bepaald niet eenvoudig te verdedigen. Daar komt bij dat t.a.v. deze door mij afgewezen benadering het begrip *voorwaardelijke werking* wordt gehanteerd op een wijze die ik niet onderschrijf. Inherent aan deze benadering is namelijk dat de voorwaardelijke werking een *verklarend* begrip zou vormen: t.g.v. de opgeschorte werking is dus sprake van een niet-voltooid levering. Zoals ik echter eerder verdedigde is de voorwaardelijke werking een *beschrijvend* begrip, waar geen consequenties uit kunnen worden afgeleid (zie hoofdstuk 3, m.n. § 3.1.4.2 en 3.4). Ook in die zin kan ik mij niet vinden in de benadering als zou sprake zijn van een niet-voltooid levering.

de beperkte goederenrechtelijke gerechtigdheid een systematische oplossing te vinden ten behoeve van het verval van tussenbeschikkingen. Deze laatste benadering overtuigt echter niet, alleen al vanwege het feit dat deze eigenlijk helemaal geen verklaring voor de goederenrechtelijke werking omvat.⁴³²

Met de moeilijke verklaarbaarheid van de goederenrechtelijke werking ten opzichte van derden en de niet meer dan redelijke verklaring van de werking tussen partijen wil ik volstrekt niet betogen dat deze werking naar Nederlands recht niet zou bestaan, integendeel. Dit met name omdat ik het belang van een dergelijke verklaring als zodanig zou willen relativeren. Dit laatste derhalve in afwijking van de benadering van de goederenrechtelijke werking in de juridische literatuur, die van oudsher sterk gericht is op een *systematische* verklaring van die werking. Deze mijns inziens nogal beperkte benadering doet het vraagstuk geen goed. Veel wezenlijker is namelijk de vraag of het al dan niet *wenselijk* is dat voorwaarden goederenrechtelijke werking kennen. Dit laatste is een vraag waarbij nogal wat uiteenlopende aspecten van belang zijn die weinig of zelfs geen juridische betekenis hebben. Is het bijvoorbeeld gewenst dat in goederenrechtelijke verhoudingen – vrijwel steeds gekenmerkt door een hoge mate van rechtszekerheid – alsnog de aan voorwaarden inherente onzekerheid wordt verdisconteerd? In het Duitse en Zwitserse recht vormt deze onzekerheid juist de reden om ten aanzien van onroerende goederen geen voorwaardelijke beschikkingen te kunnen treffen.⁴³³ Een andere vraag is of het verval van tussenbeschikkingen als onderdeel van de goederenrechtelijke werking wel positief is te beoordelen. Het DCFR huldigt juist het standpunt dat tussenbeschikkingen in stand dienen te blijven, omdat daarmee ‘the free flow of commerce would not be restricted’.⁴³⁴ Ook de mogelijke economische effecten van voorwaardelijke beschikkingen zullen inderdaad een rol moeten spelen ten aanzien van de vraag in hoeverre goederenrechtelijke werking inderdaad wenselijk is.

Zoals we in de vorige paragraaf zagen, bestaan binnen het vermogensrecht eveneens allerlei vraagstukken waar de verklaring van de goederenrechtelijke werking consequenties voor kan hebben. In die zin kan het van belang zijn de verschillende consequenties nauwkeuriger in beeld te brengen en te beoor-

432 In § 11.2.3.5 bespreek ik een aantal redenen waarom deze benadering geen verklarende systematiek is. De belangrijkste daarvan is dat onduidelijk blijft waarom ‘voorwaardelijke eigendom’ bij het intreden van de voorwaarde van rechtswege naa de verwachter overgaat. Nóch de figuur van de voorwaarde als modaliteit nóch de eigendom (of andersoortig goed) als goederenrechtelijk recht kan op zich zelf verklaren waarom de eigendom op de verwachter overgaat. Bij een voorwaardelijke rechtshandeling is het uiteindelijk toch de rechtshandeling en niet de voorwaarde die gevolgen in het leven roept. Eigendom is een statische figuur die reeds uit hoofde daarvan evenmin zelfstandig tot een dergelijke rechtsovergang kan leiden.

433 Zie § 5.3.2.

434 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4703.

delen, zodat vervolgens – op basis van een terugredenering – een keuze voor een bepaalde verklaring tevens onderbouwd kan worden met de verdere juridische consequenties van die keuze. In de thans gangbare benadering van het éérst vinden van een verklaring om daar de verdere consequenties uit af te leiden, ‘overkomen’ deze consequenties ons als een systematisch gevolg van die reeds aangenomen verklaring. Het lijkt mij sterk de vraag of dat een gewenste wijze is om tot vaststelling van die consequenties te komen.

Dergelijke juridische en vooral niet-juridische overwegingen komen in mijn optiek zeer veel meer gewicht toe dan de theoretische onderbouwing van de goederenrechtelijke werking. Ik sluit mij dan ook graag aan bij Van Schilfgaarde die in een geheel ander verband stelde: ‘dogmatische vooropstellingen dragen zelden bij tot de rechtvaardigheid of praktische hanteerbaarheid van een beslissing’.⁴³⁵ De exacte systematiek van deze werking is in mijn optiek derhalve niet zo heel interessant, in elk geval niet zonder dat allerlei andere overwegingen dan de verklaring van deze werking sec een rol spelen. Een onderzoek naar de verklaring van de goederenrechtelijke werking gebaseerd op dergelijke overwegingen zou ik toejuichen, maar gaat niet van mij komen.

11.3 HET ANWARTSCHAFTSRECHT: EEN BESCHIKKEN DOOR DE VERWACHTER OVER ZIJN GERECHTIGDHEID

11.3.1 Inleiding

Een van de meest omstreden en complexe vraagstukken voor het Duitse recht wordt gevormd door het zogeheten Anwartschaftsrecht. De figuur op grond waarvan een verwachter – in een veel bredere betekenis dan ik deze term normaal gebruik – reeds vóór het intreden van de voorwaarde kan beschikken over zijn positie als eventueel toekomstig gerechtigde tot een goed. Een figuur die ook voor het huidige Nederlandse recht omstreden is, echter in geheel andere zin. Terwijl het Duitse en waarschijnlijk ook het Zwitserse recht deze figuur als zodanig reeds sinds zeer lange tijd hebben aanvaard, woedt de Nederlandse discussie in alle hevigheid over het al dan niet aanvaarden van het Anwartschaftsrecht.

Gezien het vorenstaande zal het geen verbazing wekken dat ik begin met een bespreking van (voornamelijk) het Duitse recht. Daarbij zal blijken dat het Duitse recht met het Anwartschaftsrecht een volledig andere benadering kent dan de huidige Nederlandse benadering. Een verschil dat in de Nederlandse literatuur ook nauwelijks wordt onderkend, zo zullen we in § 11.3.2.3 zien. In § 11.3.3 ga ik in op de Nederlandse visies. De bespreking daarvan houd ik zeer bescheiden, omdat deze sterk samenhangen met de reeds

⁴³⁵ Zie de noot van Van Schilfgaarde bij HR 9 juli 2004, NJ 2004, 618.

besproken verklaringen voor de goederenrechtelijke werking van voorwaarden in het Nederlandse recht.

11.3.2 Het Duitse en Zwitserse Anwartschaftsrecht

11.3.2.1 Inleiding

Bij wijze van inleiding op de bespreking van het Nederlandse recht in de volgende paragraaf werpen we eerst een blik op de figuur van het Anwartschaftsrecht in de Duitse en Zwitserse rechtskring. Deze aandacht blijft relatief bescheiden, zeker in verhouding tot de uiterst omvangrijke (met name Duitse) literatuur ten aanzien van deze figuur. De bedoeling van deze beperkte weergave van het Duitse en – voor zover ik dat kon vaststellen – het Zwitserse recht is dan ook niet om nauwkeurig vast te stellen wat deze figuur naar beide rechtsstelsels in al zijn aspecten zou zijn. De essentie van deze weergave bestaat daaruit, dat in elk geval het Duitse recht een vrijwel compleet andere benadering kent van de overdraagbare positie van de verwachter dan voor het Nederlandse recht door moderne auteurs veelal wordt verdedigd. Dit verschil in benadering lijkt in de Nederlandse literatuur nauwelijks of niet te worden onderkend, hetgeen dan ook soms leidt tot het onterecht trekken van parallellen tussen deze stelsels. Het Zwitsers recht blijft bij deze bespreking grotendeels op de achtergrond, vooral omdat in de Zwitserse literatuur voor het Anwartschaftsrecht geen fractie van de aandacht bestaat als in de Duitse.

11.3.2.2 Duits en Zwitsers recht

Zowel het Duitse als – niet geheel onbestreden – het Zwitserse recht kennen de figuren van de *Anwartschaft* en het *Anwartschaftsrecht*. In de overvloedige Duitse literatuur ter zake deze figuren wordt veelal gesteld, dat deze zijn ontstaan onder invloed van rechtswetenschap en rechtspraak, maar dat het bestaan van beide figuren niet als zodanig door het BGB (en overigens evenmin door het OR of ZGB) wordt onderkend. Ongetwijfeld is het feit dat een belangrijk deel van de rechtswetenschappelijke discussies in beide landen aangaande deze figuren dan ook voortvloeit uit dit ontbreken van een duidelijke wettelijke grondslag.⁴³⁶ Dat neemt niet weg dat van de zijde van de Duitse wetgever wel degelijk sprake was van een zekere vroegtijdige aanvaarding. De tweede commissie die het ontwerp voor het BGB opstelde, hanteerde in het kader van dat ontwerp namelijk reeds de *Anwartschaft* als inhoudelijk begrip.⁴³⁷ Boven-

⁴³⁶ In deze zin i.e.g. Raiser (Raiser 1961, p. 47).

⁴³⁷ Staudinger/Bork 2010, p. 326; HKK/Finkenauer 2003, p. 891; Schiemann 1973, p. 137; Raiser 1961, p. 2. Al deze auteurs vermelden dat deze *Anwartschaft* door de betreffende tweede commissie reeds als overdraagbaar en bezwaarbaar met pandrechten werd beschouwd.

dien is het ontbreken van enige specifieke bepalingen in het BGB in die zin historisch begrijpelijk, dat het achterliggende leerstuk van de *Vorwirkung*⁴³⁸ bij opschortend voorwaardelijke rechtsverhoudingen ten tijde van de totstandkoming van het BGB nog nieuw en derhalve allesbehalve verder uitgewerkt was.⁴³⁹ Een en ander relativeert dan ook dit ontbreken van een wettelijke grondslag.

De *Anwartschaft* en het Anwartschaftsrecht zijn ontwikkelingen die in eerste instantie voortvloeiden uit de rechtsfiguur van het eigendomsvoorbehoud. Bij het eigendomsvoorbehoud lag in de 19e eeuw nog de nadruk op de zekerheidspositie van de verkoper. In de periode vanaf 1900 was het echter vooral de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud die aandacht kreeg.⁴⁴⁰ Deze koper – en zeker ook diens eventuele crediteur – had immers een duidelijk economisch belang bij de opschortend voorwaardelijk verkregen zaak. Het was derhalve de behoefte in het handelsverkeer om deze positie van de verwachter, waaraan een economische waarde werd toegeschreven, ook als verhandelbaar en verpandbaar goed te gelde te kunnen maken. Deze behoefte werd door de voormelde tweede commissie als zodanig onderkend⁴⁴¹ en wordt thans nog steeds beschouwd als rechtvaardiging voor de aanneming van het Anwartschaftsrecht.⁴⁴²

Aldus deed zich met name in het kader van kredietverlening de vraag voor in hoeverre de koper zijn voorwaardelijke rechtspositie ten aanzien van de zaak inderdaad reeds direct, derhalve vóór het intreden van de voorwaarde, kon overdragen of verpanden. In de loop van de decennia na de invoering van het BGB werd die mogelijkheid in de rechtspraak aanvaard, eerst mét het vereiste van instemming van de eigendomsvoorbehoudsverkoper en later ook zónder dit vereiste.⁴⁴³ Om dit aanvankelijke vereiste van instemming van de verkoper respectievelijk bezwaarde alsnog terzijde te kunnen stellen, was vereist dat duidelijkheid ontstond omtrent de vraag of de aanvankelijke wilsovereenstemming al dan niet voort diende te bestaan tot het moment van

Zoals ik onderstaand nader zal bespreken is daarmee in de huidige terminologie eigenlijk sprake van een Anwartschaftsrecht en niet zozeer een *Anwartschaft*.

438 Zie over dit begrip § 3.2.2.

439 In deze zin: HKK/Finkenauer 2003, p. 915.

440 HKK/Finkenauer 2003, p. 895.

441 HKK/Finkenauer 2003, p. 891–899; Rinnewitz 1989, p. 38; Schiemann 1973, p. 137.

Volgens Schiemann vond in deze kwestie een omslag plaats tussen de eerste en de tweede commissie die het ontwerp-BGB opstelden. De eerste commissie ging t.a.v. de positie van de verwachter nog niet verder dan een *Aussicht* en een *Gebundenheit*, terwijl de tweede commissie de mogelijkheid van een beschikken over het Anwartschaftsrecht uitdrukkelijk onderschreef.

442 Weber 2013, p. 275; Staudinger/Bork 2010, p. 326; Baur/Stürner 2009, p. 30; Banke 1991, p. 17, 18; Forkel 1962, p. 30, 31; Raiser 1961, p. 24, 87. In dezelfde zin t.a.v. het Duitse recht: Bartels 1997, p. 85; Zwitter 1993, p. 527.

443 Zie voor een beschrijving van deze historische ontwikkeling in het Duitse recht: HKK/Finkenauer 2003, p. 895 e.v.; Rinnewitz 1989, p. 15 e.v.; Henke 1959, p. 10 e.v.

intreden van de voorwaarde. Dit laatste uitdrukkelijk niet omdat anders bij ontbrekende voortdurende wilsovereenstemming de opschortend voorwaardelijke overdracht alsnog zonder effect zou blijven. De aanvankelijke wilsovereenstemming bij de totstandkoming van de rechtsverhouding was onbetwist afdoende voor dát gevolg tussen bezwaarde en verwachter. Het belang van deze vraag was daarin gelegen dat bij een vereiste van voortbestaande wilsovereenstemming en zonder dat toestemming van de bezwaarde was verkregen, de overdracht van het goed steeds via het vermogen van de koper (verwachter) naar de derde zou verlopen (*Durchgangserwerb*). De aanvankelijke wilsovereenstemming tussen bezwaarde en verwachter bleef in dat geval immers gericht op een overdracht ten behoeve van het vermogen van de (oorspronkelijke) verwachter.⁴⁴⁴ Met andere woorden, er zou alsdan geen sprake zijn van een rechtstreekse verkrijging door de derde van de bezwaarde (*Direkterwerb*).

In 1933 stelde het Duitse Reichsgericht nog vast dat de vorenbedoelde instemming van de bezwaarde vereist was voor een dergelijke *Direkterwerb*. In 1956 besliste het Bundesgerichtshof echter anders, zodat sindsdien ook bij het ontbreken van bedoelde instemming van de bezwaarde de eigendomsovergang rechtstreeks aan de derde (verkrijger van het Anwartschaftsrecht) plaatsvindt.⁴⁴⁵ Een voor het in vervulling gaan van de voorwaarde ingetreden faillissement van de (aanvankelijke) verwachter blijft dan ook voor wat betreft die verkrijging door de derde zonder gevolg.⁴⁴⁶ Daarbij verkrijgt de nieuwe verwachter de onvoorwaardelijke eigendom uit hoofde van een eigen recht en geldt derhalve in deze gerechtigdheid tot de eigendom niet als rechtsopvolger van de oorspronkelijke verwachter.⁴⁴⁷ De dogmatiek is deze ontwikkeling in de rechtspraak gevolgd door het Anwartschaftsrecht als juridische figuur te creëren,⁴⁴⁸ derhalve zonder een rechtstreekse grondslag daarvoor in het BGB of het OR dan wel ZGB. Gezien deze historische ontwikkeling verbaast het niet dat zowel de *Anwartschaft* als het *Anwartschaftsrecht* in een sterke relatie staan tot voorwaarden en in de literatuur dan ook meestal in dat verband

444 Henke 1959, p. 13.

445 BGH 22 februari 1956, NJW 1956, 665. Deze benadering wordt thans voor het Duitse recht algemeen onderschreven: Brehm & Berger 2014, p. 495, 496 (overigens stelden zij eerder dat o.b.v. nieuwere rechtspraak twijfels gerezen zouden zijn (Brehm & Berger 2006, p. 475, 476). In de druk uit 2014 treffen we die opvatting niet meer aan); Weber 2013, p. 279; Staudinger/Bork 2010, p. 329; Vieweg & Werner 2010, p. 348, 349; Wilhelm 2010, p. 912; Baur/Stürner 2009, p. 669; Herberger/Beckmann 2009, p. 374; Herberger/Benning 2009, p. 334; Wolf 1999, p. 707; Hübner 1996, p. 482; Raiser 1961, p. 23. Zwitsers recht: Koller 2009, p. 1295, 1296.

In deze zin ook: Bartels 1997, p. 87.

446 Wilhelm 2010, p. 912.

447 PWW/Prütting 2014, p. 1977; Staudinger/Bork 2010, p. 338; Baur/Stürner 2009, p. 669; Herberger/Beckmann 2009, p. 374; Wieling 2006, p. 805; HKK/Finkenauer 2003, p. 896; Flume 1992, p. 703.

448 In deze zin: Weber 2013, p. 275; Staudinger/Bork 2010, p. 326, 327.

worden besproken. Het is echter van belang om voor ogen te houden dat beide figuren uitdrukkelijk niet beperkt zijn tot voorwaardelijke rechtsverhoudingen.

We werpen een nadere blik op de beide begrippen in het Duitse en Zwitserse recht. Voorop gesteld zij dat beide begrippen zeker niet eenduidig worden gehanteerd. Zowel wat betreft hun onderlinge verhouding als ieder als zodanig zijn zij sinds lange tijd onderwerp van discussie.⁴⁴⁹ Terughoudendheid ten aanzien van de exacte inhoud van deze begrippen naar Duits en Zwitsers recht is derhalve alleszins op zijn plaats.⁴⁵⁰ Dat geldt zeker voor de Zwitserse literatuur, waarin merendeels de term *Anwartschaft* wordt gebruikt en veelal onduidelijk blijft of überhaupt een onderscheid tussen beide begrippen wordt gemaakt.⁴⁵¹ Ook wordt in de Zwitserse literatuur wel bestreden dat de termen

449 Zie in dezelfde zin: Staehelin 1993, p. 18; Steckermeier 1993, p. 15 nt. 4; Banke 1991, p. 99; Rinnewitz 1989, p. 12 e.v.; Sponer 1965, p. 18; Forkel 1962, p. 40; Raiser 1961, p. 4 e.v.

450 In afwijking van hetgeen ik hierna stel, worden bijv. de *Anwartschaft* en het *Anwartschaftsrecht* door een wezenlijk deel van de moderne Duitse auteurs als synoniemen gehanteerd i.p.v. te onderscheiden begrippen: Brehm & Berger 2014, p. 209, 493; Erman/Armbrüster 2014, p. 461 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 475); PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Weber 2013, p. 276; MüKo/Westermann 2012, p. 1722; Baur/Stürner 2009, p. 30; HKK/Finkenauer 2003, p. 895 e.v.; Hübner 1996, p. 480, 481; Wolf 1999, p. 513; Banke 1991, p. 91; Marotzke 1977, p. 13; Schmidt 1969, p. 35. Voor deze auteurs geldt veelal dat zij beide termen hanteren in de zin van het hierna omschreven *Anwartschaftsrecht*. In m.n. oudere Duitse literatuur wordt de term *Anwartschaft* uitsluitend gebruikt voor het begrip van (thans) het *Anwartschaftsrecht*, welke laatste term door deze auteurs dan weer niet wordt gehanteerd. Ook de tweede commissie die het ontwerp voor het BGB opstelde sprak nog uitsluitend van *Anwartschaft* waar in de huidige terminologie eerder van een *Anwartschaftsrecht* gesproken zou worden. Volgens Schiemann werd de term *Anwartschaftsrecht* inderdaad pas op een later moment gebruikelijk (Schiemann 1973, p. 144). Ook het BGH gebruikt de term *Anwartschaftsrecht* (BGH 18 december 1967, NJW 1968, 493), maar ik kan niet uitsluiten dat het BGH ook wel andere termen hanteert.

Vieweg en Werner beschouwen het *Anwartschaftsrecht* – eveneens in afwijking van de hierna besproken benadering – specifiek als de rechtspositie van een verkrijger ‘bei einem mehrstufigen, insbes. bedingten Rechtserwerb’ (Vieweg & Werner 2010, p. 340). Flume hanteert het begrip *Anwartschaftsrecht* weer in het beperktere verband van uitsluitend voorwaardelijke beschikkingen (bijv. Flume 1992, p. 702, 709). Een deel van de literatuur gebruikt de term nog beperkter, namelijk specifiek voor de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud en daarnaast de term *Anwartschaft* weer in bredere zin (Brehm & Berger 2014, p. 493; Wieling 2006, p. 791). Bij Raiser vinden we weer een ruimere benadering van het begrip van het *Anwartschaftsrecht*, namelijk voor de situatie waarin de verwachter beschikt over ‘eine selbstständige, in seinen Willen gestellte Rechtsmacht zum Schutz seiner Interessen’ (Raiser 1961, p. 10). Dit laatste als additioneel criterium naast ‘eine Gebundenheit des bisherigen Rechtsinhabers oder des Gegenstands’.

451 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 380; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 857; Tuor e.a. 2009, p. 695, 1184 (althans waarschijnlijk, vgl. het gebruik van beide begrippen op voormelde pag.); Rey 2007, p. 473; Staehelin 1993, p. 19. Ook in oudere Zwitserse literatuur wordt de term als zodanig gebruikt, zie: Guhl 1944, p. 56; Becker 1941, p. 724; Oser 1929, p. 689. Honsell hanteert daarentegen beide termen (Honsell 2008, p. 613, 615), maar lijkt daarmee hetzelfde begrip (in de zin van het hierna omschreven *Anwartschaftsrecht*) te bedoelen. Schwenzer hanteert de term *Anwartschaftsrecht* in het bredere verband van de rechtshandeling onder voorwaarde, derhalve ook buiten een beschikken (Schwenzer 2012, p. 67). Voor

in de Zwitserse rechtskring überhaupt ingang gevonden zouden hebben.⁴⁵² Wat van deze begripsmatige verwarring zij, in het Duitse recht wordt de *Anwartschaft* in elk geval vaak beschouwd als het juridische vooruitzicht van een partij op de eventuele toekomstige verkrijging van een (onvoorwaardelijk) recht.⁴⁵³ Dit begrip betreft veel meer een verwachting dan een daadwerkelijk gesecureerde positie van de verwachter.⁴⁵⁴ De testamentair tot erfgenaam benoemde partij heeft bijvoorbeeld een *Anwartschaft*, maar uiteindelijk blijft het tot het overlijden van de erflater onzeker of deze partij uiteindelijk ook inderdaad erfgenaam en gerechtigde tot de nalatenschap zal worden.⁴⁵⁵ Ook het Zwitsers recht gaat van een dergelijke brede benadering van de *Anwartschaft* uit, eveneens ook buiten het verband van voorwaardelijke rechtsverhoudingen.⁴⁵⁶

Het *Anwartschaftsrecht* gaat ten opzichte van de *Anwartschaft* een flinke stap verder voor wat betreft de in de Duitse rechtskring aan deze term veelal toegekende betekenis. Daarvan is volgens het Bundesgerichtshof sprake indien 'von einem mehraktigen Erwerbstatbestand schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, daß von einer gesicherten Rechtsstellung des Erwerbers gesprochen werden kann, die der Veräußerer nicht mehr einseitig zu zerstören vermag'.⁴⁵⁷ Essentieel is derhalve de aanwezigheid van een gesecureerde positie

hetzelfde begrip als Schwenzer hanteren Berger en Bucher weer de term *Anwartschaft* (Berger 2012, p. 262; Bucher 1988, p. 510). Volgens Staehelin wordt de term *Anwartschaft* vaker in deze bredere betekenis gebruikt (Staehelin 1993, p. 18, 19).

452 Koller 2009, p. 1288 (en eerder: Guhl/Koller 2000, p. 59, waar Koller zich ook inhoudelijk tegen het begrip *Anwartschaft* keert). Zoals hiervoor bleek, vinden we het begrip van de *Anwartschaft* echter wel degelijk met grote regelmaat (en incidenteel ook dat van het *Anwartschaftsrecht*) in de moderne Zwitserse literatuur.

453 Wolf/Neuner 2012, p. 224; Herberger/Benning 2009, p. 334; Wieling 2006, p. 791; Hübner 1996, p. 480; Spöner 1965, p. 19; Blomeyer 1938, p. 2.

454 Bork 2011, p. 505; Forkel 1962, p. 85, 86.

455 PWW/Kummer 2014, p. 2885; Pawlowski 1998, p. 290. Werner noemt deze situatie niet expliciet een *Anwartschaft*, maar juist het ontbreken van afdoende zekerheid voor de aanstaande erfgenaam laat hem concluderen dat i.e.g. geen sprake kan zijn van een *Anwartschaftsrecht* (Weber 2013, p. 278). Ook voor Raiser vormt dit ontbreken van afdoende zekerheid voor de tot erfgenaam benoemde partij de essentiële factor. Raiser hanteert voor de situatie van het wél bestaan van afdoende zekerheid echter de term *Anwartschaft* i.p.v. *Anwartschaftsrecht* (Raiser 1961, p. 8, 9).

456 In de Zwitserse literatuur zijn de *Anwartschaften* onder andere omschreven als de 'besondere Rechtslagen, die dadurch entstehen, dass die tatbestandselemente eines gewährenden Rechtssatzes noch nicht vollständig erfüllt sind. Es fehlt z.B. eine genehmigung, ein Register-eintrag oder die Erfüllung einer Bedingung. Die Besonderheit von *Anwartschaften* besteht darin, dass die Vollendung des noch unvollständigen Tatbestands (z.B. der Entstehung einer Forderung) als Wahrscheinlichkeit erwartet wird und daher schon in diesem Vorstadium als Vermögensposition Rechtswirkungen entfaltet' (Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 380).

457 Zie relatief recent nog: BGH 24 maart 1994, NJW 94, 3099. Deze omschrijving vindt in de literatuur brede erkenning: PWW/Prütting 2014, p. 1976; Schellhammer 2014, p. 1065; Weber 2013, p. 275; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Staudinger/Bork 2010, p. 324; Kindl 2008, p. 482; Pawlowski 1998, p. 290; Westermann 1973 p. 31.

van de verwachter, maar *ongeacht* de wijze waarop deze zekergesteld is.⁴⁵⁸ In de Zwitserse literatuur vinden we soms overigens ook een andere benadering. Volgens de betreffende auteurs is voor de kwalificatie als Anwartschaftsrecht voldoende dat de vooralsnog ontbrekende elementen voor een definitieve rechtsverhouding ‘waarschijnlijk’ zullen plaatsvinden.⁴⁵⁹

De gerechtigdheid onder tijdsbepaling van een partij kwalificeert bijvoorbeeld als Anwartschaftsrecht.⁴⁶⁰ Maar ook de koper van een onroerende zaak waarvan de koopovereenkomst door middel van een *Vormerkung* is ingeschreven, heeft naar Duits recht in beginsel een Anwartschaftsrecht ook al is beslist nog geen sprake geweest van enige beschikkingshandeling.⁴⁶¹ Daarmee is overigens tevens gegeven dat de kwalificatie van (ook) het Anwartschaftsrecht als goederenrechtelijk recht hoe dan ook niet voor alle gevallen juist is.⁴⁶² Ook een zogeheten *Nacherbe* – vergelijkbaar met de erfrechtelijke verwachter bij een tweetrapsmaking – heeft na het overlijden van de de erflater een Anwartschaftsrecht; ook zijn positie als erfgenaam is immers afdoende gese-

Medicus duidt het verschil tussen *Anwartschaft* en Anwartschaftsrecht aan door de laatste te omschrijven als de ‘rechtlich geschützte Anwartschaft auf Erwerb des Vollrechts’ (Medicus 2010, p. 34).

458 Duits recht: Brehm & Berger 2014, p. 493; PWW/Brinkmann 2014, p. 224; Schellhammer 2014, p. 1065 (en eerder: Schellhammer 2013, p. 63, 64, 559); Weber 2013, p. 275 e.v.; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Wolf/Neuner 2012, p. 224; Staudinger/Bork 2010, p. 325 (Bork spreekt dan ook van ‘obligatorische, dingliche, erbrechtliche oder immaterialgüterrechtliche Anwartschaftsrechte’); Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 121; Vieweg & Werner 2010, p. 340; Wilhelm 2010, p. 909; Herberger/Beckmann 2009, p. 374; Herberger/Benning 2009, p. 334; Weirich 2006, p. 66 (m.b.t. de *onvoorwaardelijke* overdracht van onroerend goed); Pawlowski 1998, p. 291; Flume 1992, p. 702, 710; Rinnewitz 1989, p. 135; Marotzke 1977, p. 13; Schmidt 1969, p. 35; Forkel 1962, p. 105; Raiser 1961, p. 10; Blomeyer 1938, p. 3, 9.

Zwitsers recht: Staehelin 1993, p. 34.

459 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 380; BSK OR I-Ehrtat 2011, p. 858.

Waarschijnlijk moeten we deze benadering aldus interpreteren dat de vereiste geseceurde positie sneller – in de zin van slechts ‘waarschijnlijk’ – wordt aangenomen.

460 Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 627; Staudinger/Bork 2010, p. 361; Marotzke 1977, p. 13; Schmidt 1969, p. 35; Blomeyer 1938, p. 12.

461 Schellhammer 2013, p. 64, 140; Weber 2013, p. 277 (Weber spreekt in deze van de ‘ganz herrschende Meinung’); Wolf/Neuner 2012, p. 224; Staudinger/Bork 2010, p. 325; Baur/Stürner 2009, p. 31, 239; Herberger/Benning 2009, p. 334; Weirich 2006, p. 66.

Zie ook Broekveldt, die stelt dat inderdaad sprake is van een Anwartschaftsrecht, althans indien ‘nog aan enige andere voorwaarden is voldaan’ (Broekveldt 2004, p. 966). Zie t.a.v. deze kwalificatie voor het Duitse recht ook: Hof Amsterdam 9 juli 1992, NJ 1994, 79. Nieskens-Isphording stelt daarentegen – onterecht – dat het recht van de koper door de enkele *Vormerkung* juist geen Anwartschaftsrecht zou vormen (Nieskens-Isphording 1997, p. 108). Vermoedelijk baseert zij zich daarbij op Bauer & Stürner (16e druk uit 1992). Uit de druk uit 2009 volgt i.e.g. anders dan Nieskens-Isphording stelt (Baur/Stürner 2009, p. 31, 239).

462 Staudinger/Bork 2010, p. 327.

reerd.⁴⁶³ Naast deze voorbeelden vinden we in de literatuur nog vele andere vormen van *Anwartschaftsrechte*.⁴⁶⁴

We zien derhalve dat de essentie van het Anwartschaftsrecht gevormd wordt door de juridisch gesecureerde positie die de 'verwachter' – in bredere zin dan ik dit begrip normaal hanteer – om tal van uiteenlopende redenen kan hebben. In de verhouding tot het begrip Anwartschaft vormt bij veel auteurs het Anwartschaftsrecht een gesecureerde Anwartschaft. Andersom is bij het ontbreken van een dergelijke beschermde positie geen sprake van een Anwartschaftsrecht, zelfs al zou sprake zijn geweest van een beschikken onder voorwaarde. Indien de bezwaarde bijvoorbeeld nog steeds eenzijdig kan voorkomen dat de rechtsovergang bij het intreden van de voorwaarde zal plaatsvinden, ontbeert de verwachter een dergelijke beschermde positie en daarmee dus tevens een Anwartschaftsrecht. Dit laatste zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien het al dan niet intreden van de voorwaarde in de macht van de bezwaarde staat.⁴⁶⁵ Ook bij het voormelde voorbeeld van de *Vormerkung* van een koopovereenkomst kan een Anwartschaftsrecht ontbreken.⁴⁶⁶

De in de Duitse literatuur omstreden vraag bij het vorenstaande is uiteraard hoe v6r de bescherming van de verwachter moet strekken om van een Anwartschaftsrecht te kunnen spreken.⁴⁶⁷ Een absolute bescherming is volgens het BGH in ieder geval niet vereist.⁴⁶⁸ Wel is noodzakelijk dat de vereiste bescherming strekt tegen een ieder en niet uitsluitend tegen de bezwaarde. Dat blijkt bijvoorbeeld daaruit dat uit § 160 BGB – dat een verbintenissenrechtelijke aansprakelijkheid van de bezwaarde jegens *uitsluitend* de verwachter in het leven roept⁴⁶⁹ – in de literatuur expliciet geen Anwartschaftsrecht wordt afge-

463 PWW/Kummer 2014, p. 2885; Weber 2013, p. 278; Staudinger/Bork 2010, p. 325; Baur/Stürmer 2009, p. 30; Raiser 1961, p. 8.

464 Spöner bespreekt maar liefst 35 verschillende, zeer uiteenlopende vormen van *Anwartschäfte* resp. *Anwartschaftsrechte* (Spöner 1965, p. 73 e.v.). Iets geheel anders is dat Nieskens-Isphording stelt dat voor het Duitse recht i.v.m. het Anwartschaftsrecht aanvaard zou zijn dat goederenrechtelijke rechten niet alleen door de wet, maar ook uit de gewoonte kunnen ontstaan (Nieskens-Isphording 1999, p. 70). Niet alleen heb ik daar bij geen van de door mij bestudeerde auteurs enige aanwijzing voor gevonden, maar ook strookt deze benadering niet met de gedachte dat *Anwartschaftsrechte* worden afgeleid uit de omvang van de bestaande bescherming.

465 Alsdan is uiteraard nog wel steeds sprake van een *Anwartschaft* (Bork 2011, p. 505; Staudinger/Bork 2010, p. 324; Westermann 1973, p. 31).

466 Dat is het geval als niet de koper (verwachter) de *Vormerkung* heeft verricht, maar de verkoper (bezwaarde). De verkoper is in dat geval namelijk gerechtigd deze inschrijving weer ongedaan te maken, waarmee de koper zijn bescherming u.h.v. de *Vormerkung* zou verliezen (Weber 2013, p. 277).

467 Zie uitgebreid over dit vraagstuk: Rinnewitz 1989, p. 135 e.v.; Forkel 1962, p. 105 e.v.

468 Het BGH heeft bijv. gesteld dat voldoende is dat een inbreuk op de positie van de verwachter 'nach dem normalen Verlauf der Dinge ausgeschlossen ist' (BGH 18 december 1967, NJW 1968, 493).

469 Zie § 6.2.3.

leid.⁴⁷⁰ Op basis van welke criteria de vereiste omvang van bescherming voor de kwalificatie als Anwartschaftsrecht wel moet worden beoordeeld, kan volgens de literatuur in zijn algemeenheid niet worden vastgesteld.⁴⁷¹ Uitsluitend voor de verschillende groepen van gevallen die ieder *Anwartschaftsrechte* vormen zijn dergelijke criteria te geven.⁴⁷²

Als gezegd is het voor de aanname van een Anwartschaftsrecht geen vereiste dat de bescherming van de ‘verwachter’ (in brede zin) voortvloeit uit een goederenrechtelijke positie. Sterker, zelfs als ten behoeve van de verwachter reeds onder voorwaarde is beschikt – en in die zin door Nederlandse auteurs wel verdedigd wordt dat de verwachter een goederenrechtelijk recht heeft – vormt dit niet als zodanig de grondslag voor het (eventuele) Anwartschaftsrecht van de verwachter. Die grondslag wordt namelijk met name gezien in de bescherming die de wet met § 161 BGB respectievelijk art. 152 III OR aan deze verwachter biedt tegen tussenbeschikkingen.⁴⁷³ Zoals we eerder zagen, vervallen bij het intreden van de voorwaarde uit hoofde van deze wetsbepaling door de bezwaarde verrichtte tussenbeschikkingen van rechtswege en zonder dat de bezwaarde dit kan voorkomen.⁴⁷⁴ Een verregaande juridische bescherming derhalve die niets van doen heeft met de (ook naar Duits en Zwitsers recht omstreden) kwalificatie van de positie van de verwachter. Voor wat betreft die (hieronder verder besproken) kwalificatie is het dan ook in zekere zin andersom: uit hoofde van de vergaande bescherming van de verwachter ten behoeve van wie reeds voorwaardelijk is beschikt, is deze gerechtigd tot een Anwartschaftsrecht.⁴⁷⁵ Dit Anwartschaftsrecht wordt door een belangrijk deel van de auteurs vervolgens weer beschouwd als een goederenrechtelijk recht. Oorzaak en gevolg liggen derhalve anders dan soms in de Nederlandse literatuur wordt aangenomen.⁴⁷⁶ De voorliggende systematiek blijkt te meer

470 Staudinger/Bork 2010, p. 343; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 123.

Waarschijnlijk anders: Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 621. Ook andere auteurs wijzen (mede) op § 160 BGB, maar noemen tevens § 161 BGB: Erman/Armbrüster 2014, p. 461 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 475); Jauernig/Mansel 2014, p. 125; PWW/Brinkmann 2014, p. 224; Flume 1992, p. 710.

471 MüKo/Westermann 2012, p. 1722; Baur/Stürner 2009, p. 32; HKK/Finkenauer 2003, p. 896.

472 In deze zin: Baur/Stürner 2009, p. 32.

473 Duits recht: Erman/Armbrüster 2014, p. 461 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 475); (waarschijnlijk) Jauernig/Mansel 2014, p. 125; PWW/Brinkmann 2014, p. 223, 224; MüKo/Westermann 2012, p. 1721, 1722; Staudinger/Eckpfeiler 2014, p. 271, 272; Medicus 2010, p. 345; Staudinger/Bork 2010, p. 324; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 123; Wolf 1999, p. 511, 521 (Wolf plaatst deze grondslag overigens ten dele iets breder, namelijk in de gezamenlijke §§ 160, 161 en 162 BGB); Flume 1992, p. 710.
Zwitsers recht: Staehelin 1993, p. 34.

474 Zie § 11.2.5.2 voor een verdere inhoudelijke bespreking van § 161 BGB.

475 Bork stelt dit aldus: ‘Der bedingt Berechtigte ist gegen Zwischenverfügungen nicht geschützt, weil er ein Anwartschaftsrecht hat, sondern es gehört zu den konstituierenden Merkmalen des Anwartschaftsrechts, daß er wegen § 161 gegen Zwischenverfügungen geschützt ist.’ (Staudinger/Bork 2010, p. 325).

476 Zie § 11.3.2.

in het voormelde geval dat wel reeds voorwaardelijk is beschikt, maar het intreden van de voorwaarde in de macht van de bezwaarde (en niet de verwachter) staat. Alsdan is – ondanks de beschikking – bij gebrek aan een gesecureerde positie geen sprake van een Anwartschaftsrecht en derhalve hoe dan ook evenmin sprake van een goederenrechtelijke gerechtigdheid bij de verwachter.

Het onomstreden gevolg van de kwalificatie als Anwartschaftsrecht – derhalve ongeacht de verschillende mogelijke posities van de verwachter die dit Anwartschaftsrecht kunnen vormen – is dat overdracht en verpanding van dit Anwartschaftsrecht als uitgangspunt steeds mogelijk zijn.⁴⁷⁷ Dit laatste derhalve ook ongeacht of tussen partijen sprake is van een opschortende dan wel ontbindende rechtsverhouding.⁴⁷⁸ De verwachter van bijvoorbeeld een reeds voorwaardelijk overgedragen zaak kan derhalve ten aanzien van zijn (voorwaardelijke) gerechtigdheid bestaande uit het Anwartschaftsrecht reeds direct beschikkingshandelingen verrichten. Het Anwartschaftsrecht kan ook niet op grond van partijafpraak met goederenrechtelijk effect onoverdraagbaar gemaakt worden, zodat een dergelijk beschikken door de verwachter in goederenrechtelijk opzicht in die zin steeds mogelijk is.⁴⁷⁹ Een beschikken geschiedt op dezelfde wijze en binnen dezelfde grenzen als het goed waar het Anwartschaftsrecht betrekking op heeft.⁴⁸⁰ De overdracht vindt derhalve plaats overeenkomstig

477 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; PWW/Brinkmann 2014, p. 224 (zie ook Prütting op p. 1976, 1977); Schellhammer 2014, p. 1065 (en eerder: Schellhammer 2013, p. 141, 559); Weber 2013, p. 279 e.v.; Wolf/Neuner 2012, p. 224; Bork 2011, p. 505; Staudinger/Bork 2010, p. 328; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 121; Vieweg & Werner 2010, p. 347, 442; Wilhelm 2010, p. 912; Baur/Stürner 2009, p. 239, 669; Herberger/Beckmann 2009, p. 374, 375; Herberger/Benning 2009, p. 334; Kindl 2008, p. 484; Weirich 2006, p. 67; Pawlowski 1998, p. 291; Hübner 1996, p. 481; Flume 1992, p. 703, 710; Marotzke 1977, p. 14; Westermann 1973 p. 216; Raiser 1961, p. 22; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 853 e.v.

Zwitsers recht: Gauch, Schlupe, Emmenegger 2014, p. 381; Schwenzer 2012, p. 68; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 858; Koller 2009, p. 1294; Rey 2007, p. 473; Peter 1994, p. 259 e.v., p. 266 e.v. (met overzicht van literatuur en rechtspraak), p. 273; Merz 1984, p. 152; Guhl 1944, p. 56; Becker 1941, p. 724.

Een uitzondering op dit uitgangspunt wordt aangenomen, indien het recht waarop het Anwartschaftsrecht betrekking heeft zelf niet overdraagbaar is (Flume 1992, p. 703; Peter 1994, p. 260, 261). Naar zijn aard kan een dergelijk Anwartschaftsrecht uiteraard niet ontstaan u.h.v. een (voorwaardelijk) beschikken.

478 Duits recht: Jauernig/Mansel 2014, p. 125; PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Staudinger/Bork 2010, p. 338; Wilhelm 2010, p. 910; Hübner 1996, p. 481; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 860. Zwitsers recht: Schwenzer 2012, p. 67.

479 Duits recht: Weber 2013, p. 279; Vieweg & Werner 2010, p. 348; Wolf 1999, p. 234, 707. Ook: BGH 4 februari 1970, NJW 1970, 699.

Zwitsers recht: Koller 2009, p. 1294. Vermoedelijk ook: BGE 85 19 november 1959, 85 II 580.

480 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; PWW/Brinkmann 2014, p. 224; Schellhammer 2014, p. 1065; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Wolf/Neuner 2012, p. 224; Staudinger/Bork 2010, p. 328 e.v.; Vieweg & Werner 2010, p. 347;

de normale vereisten voor overdracht als vereist voor het betreffende goed. De daarvoor in de literatuur gegeven onderbouwing bestaat – bij de opvatting dat het Anwartschaftsrecht als een goederenrechtelijk recht is te beschouwen – daaruit dat het goed zélf als ‘wesensgleiches Minus’ wordt overgedragen.⁴⁸¹ Bij de auteurs die het Anwartschaftsrecht anders kwalificeren vond ik geen verdere beargumentering voor deze benadering. Het gevolg van een dergelijke overdracht van het Anwartschaftsrecht is in elk geval, dat bij het intreden van de opschortende dan wel ontbindende voorwaarde de verkrijger van het Anwartschaftsrecht van rechtswege de onvoorwaardelijke eigendom verkrijgt.⁴⁸²

Met dit kunnen beschikken door de verwachter over diens Anwartschaftsrecht eindigt meteen ook vrijwel iedere eensgezindheid in de Duitse literatuur. Zélfs de vraag of er ter zake de kwalificatie van het Anwartschaftsrecht uit hoofde van een beschikken onder voorwaarde een heersende leer is en zo ja, wat deze dan inhoudt, is in zekere mate omstreden.⁴⁸³ Zo stelt een groot deel van de literatuur dat het Anwartschaftsrecht, althans voor zover dit betrekking heeft op een goed, een goederenrechtelijk recht is⁴⁸⁴ en wordt deels ook gesteld dat deze visie de heersende leer zou zijn.⁴⁸⁵ Andere auteurs nemen daarentegen aan dat het Anwartschaftsrecht eigensoortig is en derhalve een plaats inneemt naast de verbintenissen- en goederenrechtelijke rechten.⁴⁸⁶ Tot slot wordt ook het andere uiterste van het spectrum verdedigd, waarbij de verwachter iedere vorm van goederenrechtelijke gerechtigheid wordt ontzegd tot het moment van intreden van de voorwaarde.⁴⁸⁷ In de Duitse

Kindl 2008, p. 484; Pawlowski 1998, p. 291; Hübner 1996, p. 481; Flume 1992, p. 703; Westermann 1973 p. 217. Zie ook: BGH 2 februari 1984, NJW 1984, 1184.

Zwitsers recht: Peter 1994, p. 264, 267; Merz 1984, p. 152.

Een uitzondering voor het Duitse recht v.w.b. dezelfde wijze van beschikken wordt overigens gemaakt voor verpanding van het Anwartschaftsrecht, die plaatsvindt d.m.v. de figuur van *Rechtspfändung* (art. 857 ZPO).

481 Wilhelm 2010, p. 912.

482 Jauernig/Mansel 2014, p. 125; Staudinger/Bork 2010, p. 338; Vieweg & Werner 2010, p. 348; Flume 1992, p. 703.

483 Zie voor min of meer dezelfde constatering: Nève 1998, p. 8; Vriesendorp 1985, p. 88.

484 Wilhelm 2010, p. 912; Wieling 2006, p. 800; HKK/Finkenauer 2003, p. 899 (met nadere literatuurverwijzingen); Banke 1991, p. 98, 99; Forkel 1962, p. 160 e.v.; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 853 (althans v.z.v. betrekking hebbend op eigendom). Zie voor deels andere auteurs die deze kwalificatie eveneens onderschrijven: Scheltema 2003, p. 212 nt. 87.

485 Brehm & Berger 2014, p. 494; Weber 2013, p. 276; Baur/Stürner 2009, p. 828; Kindl 2008, p. 482; Wieling 2006, p. 800; HKK/Finkenauer 2003, p. 899; Banke 1991, p. 99.

486 Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; Staudinger/Bork 2010, p. 327; Pawlowski 1998, p. 291 (die deze opvatting als heersende leer voor het Duitse recht beschouwt). Westermann is over de kwalificatie van het Anwartschaftsrecht niet erg duidelijk, maar wijst de opvatting van een goederenrechtelijk recht af (MüKo/Westermann 2012, p. 1722).

487 Flume 1992, p. 709, 710. Flume wijst de opvatting van een goederenrechtelijke positie bij de verwachter af o.b.v. de gedachte, dat het voor de rechtsovergang bij het intreden van de voorwaarde helemaal niet vereist is dat de verwachter reeds over een ‘materiële’ positie beschikt (Flume 1992, p. 725).

literatuur wordt deels onderkend dat deze drie verschillende benaderingen ten aanzien van het Anwartschaftsrecht worden verdedigd.⁴⁸⁸ Ook in de Zwitserse literatuur wordt onderschreven dat de bedoelde kwalificatie van het Anwartschaftsrecht omstreden is.⁴⁸⁹ De in rechtspraak en literatuur gehanteerde terminologie, zoals de 'Vorstufe zum dinglichen Recht',⁴⁹⁰ 'wesensgleiches Minus zum Vollrecht'⁴⁹¹ dan wel 'Erwerbsrecht eigener Art'⁴⁹² draagt in dat verband weinig bij aan een eenduidiger inhoudelijk begrip.⁴⁹³ In de literatuur vinden we dan ook de nodige kritiek op deze weinig heldere terminologie.⁴⁹⁴ Aangevend zij dat deze terminologie volgens Bork ook helemaal niet bedoeld is als juridische begripsvorming, maar uitsluitend als beeldspraak.⁴⁹⁵ Voor zover juist kunnen aan deze terminologie al helemaal geen conclusies worden verbonden.

De nogal eens gegeven verklaring voor deze onduidelijkheid ten aanzien van de kwalificatie van het Anwartschaftsrecht bestaat daaruit, dat aanvaarding van deze figuur zou leiden tot een doorbreking van de *numerus clausus*.⁴⁹⁶ Die overweging heeft er volgens een aantal Duitse auteurs toe geleid dat in elk geval een rechtstreekse erkenning in de rechtspraak van het Anwartschaftsrecht als goederenrechtelijk recht vooralsnog is uitgebleven, maar evenmin als zodanig zou zijn afgewezen.⁴⁹⁷ Of die laatste constatering ter zake het ontbreken van een dergelijke afwijzing terecht is, waag ik met Bartels niettemin te betwijfelen.⁴⁹⁸ Door het BGH is immers juist met een beroep op het gesloten systeem van goederenrechtelijke rechten gesteld: 'Das Anwartschaftsrecht []

488 Weber 2013, p. 276; Vieweg & Werner 2010, p. 343, 438, 439; Rinnewitz 1989, p. 118 e.v. Zie voor een korte weergave van de verschillende opvattingen in oudere Duitse literatuur: Westermann 1973 p. 32, 33.

489 Staehelin 1993, p. 34 met vermelding van enige literatuur).

490 PWW/Prütting 2014, p. 1976; Bork 2011, p. 505.

491 Duits recht: PWW/Prütting 2014, p. 1976; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Hübner 1996, p. 481.

Zwitsers recht: (in bijna gelijke zin) Schwenzer 2012, p. 68.

492 Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617.

493 In dezelfde zin: HKK/Finkenauer 2003, p. 898.

494 Schellhammer 2013, p. 559; Weber 2013, p. 275; HKK/Finkenauer 2003, p. 898.

495 Staudinger/Bork 2010, p. 327.

496 Finkenauer stelt overigens dat reeds de tweede commissie die het ontwerp voor het BGB opstelde – anders dan de eerste commissie – de *numerus clausus* zou hebben opgegeven (HKK/Finkenauer 2003, p. 898 nt. 129). Z.i. is er derhalve in die zin geen reden om het Anwartschaftsrecht in het kader van de rechtsontwikkeling niet te erkennen. Bij Brehm en Berger vinden we een andere benadering: de *numerus clausus* zou slechts betrekking hebben op het niet kunnen creëren van nieuwe goederenrechtelijke rechten d.m.v. rechtshandelingen (Brehm & Berger 2014, p. 501). Van dat laatste zou bij het Anwartschaftsrecht echter geen sprake zijn, zodat (ook) in die zin geen reden zou bestaan tot afwijzing van de kwalificatie als goederenrechtelijk recht.

497 HKK/Finkenauer 2003, p. 898. Finkenauer constateert daarbij overigens, dat ondanks het uitblijven van die erkenning de rechtspraak het Anwartschaftsrecht wel behandelt als ware sprake van een goederenrechtelijk recht.

498 Bartels 1997, p. 89.

ist nach überwiegender Meinung kein Sachenrecht und kein gegen jedermann wirkendes dingliches recht an fremder Sache, [].⁴⁹⁹ Daarnaast vinden we ook wel andere (al dan niet systematische) argumenten waarom het Anwartschaftsrecht anders zou kwalificeren. Voor het doel van deze bespreking – een aanzet voor de gedachtenvorming ten behoeve van het Nederlandse recht – zijn deze verdere argumenten zonder belang, zodat ik deze niet zal bespreken.

Ook in een tweede wezenlijk opzicht is de kwalificatie van het Anwartschaftsrecht niet eenduidig. Weliswaar heeft het Anwartschaftsrecht – voor zover dit voortvloeit uit een beschikkingshandeling – duidelijk goederenrechtelijke aspecten, tegelijkertijd kan niet in zijn algemeenheid worden vastgesteld welke rechten de verwachter uit hoofde daarvan toekomen. Dit wordt beschouwd als een gevolg van het feit dat het Anwartschaftsrecht als begrip uitsluitend descriptief en niet normatief van aard is.⁵⁰⁰ Uitsluitend de beoordelingscriteria óf sprake is van een Anwartschaftsrecht zouden hetzelfde zijn (hetgeen overigens vaak ook bestreden wordt⁵⁰¹), niet echter de inhoud daarvan. In dat verband wordt dan ook gesteld dat de juridische kwalificatie van het Anwartschaftsrecht als zodanig (vrijwel) zonder praktische betekenis is respectievelijk uit die kwalificatie geen consequenties kunnen worden afgeleid.⁵⁰² Daarmee is wederom gegeven dat *het* Anwartschaftsrecht helemaal niet bestaat, maar steeds per geval moet worden vastgesteld welke normen gelden voor een specifieke vorm van het individuele Anwartschaftsrecht.⁵⁰³ Of in de woorden van Flume: ‘Das Anwartschaftsrecht [] ist nichts anderes als die begriffliche Zusammenfassung der rechtlichen *Vorwirkungen* des bedingten Rechtsgeschäfts vor eintritt der bedingung’.⁵⁰⁴

We zien derhalve het volgende. Het begrip Anwartschaftsrecht is een kwalificatie die voortvloeit uit het feit dat de ‘verwachter’ (in bredere zin dan ik deze term normaal gebruik) een juridisch beschermde positie heeft, zowel tegenover zijn wederpartij als ten opzichte van derden. Voor zover dit Anwartschaftsrecht betrekking heeft op een (te verkrijgen) goed, wordt deze door een belangrijk

499 BGH 21 september 1959, NJW 1960, 34. Zie voor een bespreking van oudere rechtspraak: Raiser 1961, p. 48 e.v. De strekking van ook deze rechtspraak is blijkens de weergave door Raiser steeds, dat géén sprake is van een goederenrechtelijk recht.

500 Duits recht: Staudinger/Bork 2010, p. 324 e.v. Het Anwartschaftsrecht wordt in die zin dan ook geregeld aangeduid als een ‘verzamelbegrip’ (zie bijv. Raiser 1961, p. 21). Zwitsers recht: Staehelin 1993, p. 19.

501 Raiser 1961, p. 2 e.v.

502 Duits recht: PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Weber 2013, p. 276; MüKo/Westermann 2012, p. 1721, 1722; Staudinger/Bork 2010, p. 326; Kindl 2008, p. 482; Wieling 2006, p. 800 (overigens lijkt Wieling het Anwartschaftsrecht wel degelijk te hanteren als begrip waaruit consequenties kunnen worden afgeleid, zie bijv. p. 804); Westermann 1973 p. 32; Raiser 1961, p. 21.

Zwitsers recht: Staehelin 1993, p. 19.

503 MüKo/Westermann 2012, p. 721, 1722; Westermann 1973 p. 32; Raiser 1961, p. 8.

504 Flume 1992, p. 710 (in gelijke zin p. 737).

deel van de literatuur beschouwd als een goederenrechtelijk recht. Bij dit laatste zijn echter – voor zover die kwalificatie al juist zou zijn – twee wezenlijke opmerkingen te maken. De eventuele kwalificatie als goederenrechtelijk recht is géén rechtstreeks gevolg van het eerdere beschikken, maar een consequentie van het feit dat de vergaand beschermde positie van de gerechtigde tot het Anwartschaftsrecht er toe leidt, dat deze positie in veel opzichten lijkt op een daadwerkelijke gerechtigdheid tot het goed. Daarnaast is deze kwalificatie als goederenrechtelijk recht (evenals die van het Anwartschaftsrecht zelf) in die zin zonder betekenis, dat daaraan geen verdere gevolgen (kunnen) worden verbonden. Deze gevolgen worden immers gevormd door de inhoud en omvang van de bescherming die hebben geleid tot de aanname van het Anwartschaftsrecht en niet andersom.

11.3.2.3 Nederlandse visies op het Duitse Anwartschaftsrecht

Inleiding

In de Nederlandse literatuur worden met enige regelmaat vergelijkingen gemaakt met het Duitse Anwartschaftsrecht. Diepgravende studies ontbreken weliswaar en ook is het aantal Nederlandse auteurs dat een blik op het Anwartschaftsrecht heeft geworpen niet heel erg groot, maar niettemin kan wel tot op zekere hoogte gesproken worden van een Nederlandse visie op aspecten van het Duitse Anwartschaftsrecht. Bij de onderstaande bespreking daarvan ligt sterk de nadruk op die Nederlandse opvattingen, die afwijken van hetgeen ik overeenkomstig § 11.3.2.2 als de Duitse zienswijzen beschouw. De functie daarvan is om aan te tonen dat de figuur van het Duitse Anwartschaftsrecht op wezenlijke aspecten afwijkt van de bestaande Nederlandse visies daarop, dat deze figuur van veel minder betekenis is voor de huidige discussie omtrent een 'Nederlands Anwartschaftsrecht' dan veelal wordt aangenomen.

Van het Duitse recht afwijkende Nederlandse visies

De bestaande Nederlandse visies op het Duitse Anwartschaftsrecht wijken met name op drie essentiële onderdelen van de Duitse opvattingen af. De eerste daarvan is dat het Anwartschaftsrecht in de Duitse heersende opinies zou kwalificeren als een goederenrechtelijk recht.⁵⁰⁵ In het brede verband van

505 In deze zin: Struycken 2007, p. 557; Scheltema 2003, p. 216 en 341; Nève 2000, p. 48 (Nève stelde eerder nog dat er onenigheid over deze kwalificatie zou bestaan, zie Nève 1998, p. 8); Nieskens-Isphording 1999, p. 70 (en eerder: Nieskens-Isphording 1997, p. 109); Zwitser 1993, p. 527 (al noemt Zwitser wel dat in de Duitse literatuur hierover strijd bestaat). Reehuis stelt dat m.b.t. het Anwartschaftsrecht vele controverses bestaan, o.a. over de inhoud en werking daarvan (Reehuis 2013, p. 63). In een eerdere druk noemde hij het Duitse Anwartschaftsrecht echter een 'zelfstandige, zakenrechtelijke aanspraak' (Reehuis 1998, p. 48). Zwalve lijkt eveneens vanuit te gaan van de kwalificatie als goederenrechtelijk recht. Althans, hij nuanceert die kwalificatie voor het Duitse recht verder niet (Zwalve 2008, p. 202).

de *Anwartschaftsrechte* moeten we die benadering in ieder geval als onjuist beschouwen. Blijkens de zeer uiteenlopende grondslagen voor de aanname van de verschillende *Anwartschaftsrechte* bestaat er geen enkele twijfel over dat tenminste een groot deel daarvan géén goederenrechtelijk recht vormt. Dit laatste is naar Duits recht onbetwist. Maar ook indien we deze Nederlandse visie beperken tot specifiek het Anwartschaftsrecht dat voortvloeit uit een voorwaardelijk beschikken, dan nóg is deze Nederlandse benadering discutabel. Zoals ik in § 11.3.2.2 beschreef, is de kwalificatie van ook een dergelijk Anwartschaftsrecht in de Duitse rechtskring omstreden. Zonder meer beschouwt een groot deel van de huidige literatuur dit Anwartschaftsrecht als een goederenrechtelijk recht, maar ook de tegenstand blijft wezenlijk. Daarnaast wil ook de rechtspraak niet van de kwalificatie als goederenrechtelijk recht weten. Anders dan de Nederlandse literatuur derhalve stelt, blijft de kwalificatie van het Anwartschaftsrecht voor het Duitse recht sterk omstreden.

Belangrijker dan deze kwalificatie is de wijze waarop in de Nederlandse visies een dergelijk Anwartschaftsrecht voor het Duitse recht zou ontstaan. De – veelal impliciete – Nederlandse benadering is dat een beschikken onder voorwaarde tot gevolg heeft dat de verwachter daarmee gerechtigde wordt tot het Anwartschaftsrecht.⁵⁰⁶ Per saldo is dat laatste inderdaad vaak het gevolg van een voorwaardelijk beschikken, hetgeen deze onjuiste Nederlandse benadering zal verklaren. De ontstaansgrond voor dit Anwartschaftsrecht is echter een andere. De rechtspositie van de verwachter is – met name dankzij § 161 BGB – in een dusdanig hoge mate beschermd, dat uit hoofde van die bescherming deze positie kwalificeert als Anwartschaftsrecht. Het is immers ook de mate van bescherming van een bepaalde positie die al dan niet leidt tot deze kwalificatie. Ondanks een voorwaardelijk beschikken zou de vereiste bescherming van de verwachter echter kunnen ontbreken, in welk geval ook geen sprake is van het bestaan van een Anwartschaftsrecht. Het ontstaan van een Anwartschaftsrecht uit hoofde van de geboden bescherming is voor het Duitse recht dan ook slechts een indirect gevolg van een voorwaardelijk beschikken.

De derde onterechte visie in de Nederlandse literatuur op de Duitse figuur van het Anwartschaftsrecht betreft de opvatting, dat uit deze figuur als zodanig verdere consequenties (kunnen) worden afgeleid. In § 11.3.2.2 zagen we echter dat deze benadering in de Duitse literatuur stellig wordt afgewezen. Bijvoorbeeld de opvatting van Nieksens-Isphording dat de bescherming van de gerechtigde tot het Anwartschaftsrecht tegen tussenbeschikkingen door de

Jansen stelt daarentegen terecht dat de Duitse doctrine het Anwartschaftsrecht veelal helemaal niet duidelijk kwalificeert (Jansen 2009, p. 433 e.v.). Zie in deze zin ook: Brahn 1981a, p. 892. Scheltema stelt terecht dat over het rechtskarakter van het Anwartschaftsrecht in Duitsland wordt getwijfeld (Scheltema 2013, p. 163). Rank-Berenschot lijkt zelfs te ontkennen dat het Anwartschaftsrecht als een echt goederenrechtelijk recht wordt gezien (Rank-Berenschot 1992b, p. 305).

506 In deze zin o.a.: Scheltema 2003, p. 210, 211.

bezwaarde zijn grondslag vindt in dit Anwartschaftsrecht, is dan ook zonder meer onjuist.⁵⁰⁷ Zoals we reeds zagen, is het ook precies andersom: de verwachter bij een voorwaardelijke beschikking geniet een hoge mate van bescherming en dáárom kwalificeert zijn positie als een Anwartschaftsrecht. Bij Scheltema en Vriesendorp vinden we de gedachte dat het Anwartschaftsrecht betrekking heeft op het gevolg dat de verwachter door het intreden van de voorwaarde van rechtswege de eigendom verkrijgt.⁵⁰⁸ Daarmee leggen (ook) zij een verband met de beschermde positie van de verwachter alsmede de relatie met de verklaring voor de goederenrechtelijke werking, beide als verondersteld gevolg van het Anwartschaftsrecht. Die bescherming is echter juist de grondslag voor het Anwartschaftsrecht en niet het gevolg daarvan. De goederenrechtelijke werking tussen partijen wordt verklaard uit de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst, zodat het Anwartschaftsrecht ook in die zin geen enkele functie heeft.⁵⁰⁹

Samengevat komt het er op neer dat met name drie kwesties aangaande het Duitse Anwartschaftsrecht in de Nederlandse literatuur niet juist worden beoordeeld: de kwalificatie van het Anwartschaftsrecht is wel degelijk (sterk) omstreden, de ontstaansgrond voor een Anwartschaftsrecht is de beschermde positie van de verwachter en niet zozeer het voorwaardelijke beschikken en tot slot kunnen uit de kwalificatie als Anwartschaftsrecht geen verdere gevolgen worden afgeleid.

11.3.3 Een Nederlands Anwartschaftsrecht?

11.3.3.1 Inleiding

In de Nederlandse literatuur wordt onderschreven dat de verwachter – en met name de koper onder eigendomsvoorbehoud – een economisch belang heeft bij zijn voorwaardelijke recht.⁵¹⁰ Deze ‘economische benadering’ van de opschortend voorwaardelijke positie van de verwachter is zeker niet beperkt tot het algemene vermogensrecht. Ook in het erfrecht en het huwelijksvermogensrecht wordt dit economische argument gehanteerd.⁵¹¹ Daarnaast

507 Nieskens-Isphording 1997, p. 111. Wellicht dat ook Bartels in deze richting denkt, maar het is mij niet helemaal duidelijk wat hij als oorzaak en gevolg ziet (Bartels 1997, p. 86).

508 Scheltema 2003, p. 211; Vriesendorp 1985, p. 20 e.v. In deze zin ook: Jansen 2009, p. 433.

509 Zie § 11.2.5.2.

510 Reehuis 2010, p. 96; N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 55; Struycken 2007, p. 568; Verstijlen 2007, p. 825, 826; Scheltema 2003, p. 362.

511 Stollenwerck wijst er op dat de omvang en waarde van de voorwaardelijke gerechtigdheid bijv. van belang kan zijn bij de verdeling van de door echtscheiding ontbonden huwelijks-gemeenschap, waartoe die voorwaardelijke gerechtigdheid behoort (Stollenwerck 2007, p. 9).

wordt de opschortend voorwaardelijke positie van de verwachter sinds lange tijd ook in fiscale zin economisch benaderd in die zin, dat de waarde van die positie mede wordt bepaald aan de hand van de geschatte kans op intreden van de voorwaarde.⁵¹² Het gegeven dat de positie van de verwachter zeker ook economische aspecten heeft, wordt derhalve op verschillende juridische terreinen en overeenkomstig het Duitse recht onderkend.

Anders dan in het Duitse en het Zwitserse recht heeft deze erkenning voor het Nederlands geldend recht vooralsnog niet geleid tot een algemene aanvaarding van enigerlei vorm van Anwartschaftsrecht. Het valt ook nauwelijks te voorspellen wat het eindresultaat van de lopende discussie aangaande het wel of niet aanvaarden van deze figuur zal zijn. Daarbij zij meteen aangetekend dat het begrip van het Anwartschaftsrecht in de Nederlandse literatuur een zeer veel beperktere betekenis heeft dan in de Duitse. Voor het Duitse recht ziet het Anwartschaftsrecht (of indien als synoniem gebruikt de Anwartschaft) op een groot aantal zeer uiteenlopende posities van een 'verwachter', waaronder die van de koper onder eigendomsvoorbehoud. In de Nederlandse rechtskring wordt de term veelal uitsluitend voor de positie van deze koper onder eigendomsvoorbehoud gebruikt of tenminste beperkt tot de positie van de partij aan wie 'onder opschortende voorwaarde' is overgedragen. Op dit inhoudelijke verschil tussen het begrip in het Duitse en in het Nederlandse recht kom ik onderstaand bij de 'nadere uitwerking' terug. Daar zal tevens ter sprake komen dat mijns inziens de huidige Nederlandse discussie aangaande de aanvaarding van het Anwartschaftsrecht op basis van een onjuiste of tenminste te beperkte benadering wordt gevoerd.

Bij de bespreking in deze paragraaf ontbreekt het OBW. Onder het OBW was er slechts een bescheiden aantal auteurs dat uitspraken deed over de eventuele beschikingsmogelijkheden door een verwachter.⁵¹³ Voor zover die mogelijkheid ter sprake kwam, gebeurde dit bijna steeds in het kader van art. 1215 OBW. Blijkens die wetbepaling kon de verwachter direct een recht van hypotheek vestigen op de door hem onder een opschortende voorwaarde gehouden onroerende zaak. Ook deze bepaling bracht de wetenschappelijke pennen echter nauwelijks in beweging.

11.3.3.2 *De richting van de Nederlandse discussie*

Geldend recht, oud BW

Naar Nederlands geldend recht is het bestaan van een zelfstandige overdraagbare gerechtigdheid aan de zijde van de verwachter respectievelijk het Anwart-

⁵¹² Zwemmer 1997, p. 60 e.v.

⁵¹³ Bij de volgende auteurs vond ik (meestal bescheiden) aandacht voor het voorliggende onderwerp: Pitlo 1965, p. 389; Veenhoven 1955, p. 62, 63; De Bruijn 1945, p. 236, 237; Asser/Scholten 1933, p. 444, 445; Land 1902, p. 357; Diephuis 1885, p. 129.

schaftsrecht omstreden. Een aanzienlijk deel van de literatuur aanvaardt (vormen van) het Anwartschaftsrecht,⁵¹⁴ maar tegenstand is er duidelijk ook.⁵¹⁵ Uit de PG volgt nauwelijks enig duidelijk standpunt van de wetgever in deze.⁵¹⁶ Meijers twijfelde in elk geval duidelijk aan de kwalificatie van

-
- 514 Scheltema 2013, p. 162 (en eerder: Scheltema 2003, p. 330, 337 e.v., 361 e.v.); Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 412 (en Snijders – met enige voorzichtigheid – eerder in: Snijders 2006, p. 227, 228); Steneker 2012, p. 97; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 548 e.v.; Spath 2010, p. 82, m.n. nt. 396; J.C. van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18; N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 33 e.v. (overigens lijkt de opvatting van Faber in deze kwestie te zijn gewijzigd. Eerder toonde hij zich in ieder geval sterk terughoudend v.w.b. de aanneming van het Anwartschaftsrecht: Faber 1997, p. 217 e.v.); Verstijlen 2007, p. 824 e.v. (ook Verstijlen is enigszins voorzichtig in zijn oordeel); Janssen 2005, p. 141 (althans, Janssen constateert dat de verwachter – vermoedelijk doelt Janssen op de verwachter bij een ontbindend voorwaardelijke overdracht – kan beschikken over zijn voorwaardelijke eigendom); Wolfert 2001, p. 44 (althans vermoedelijk. Volgens Wolfert kan een partij over dezelfde zaak eerst onder ontbindende en vervolgens t.b.v. een ander onder opschortende voorwaarde beschikken); Potjewijd 1998, p. 92 (althans vermoedelijk. Hij stelt i.e.g. dat de verwachter (legataris) onder opschortende voorwaarde geen zakelijk recht had en derhalve evenmin een Anwartschaftsrecht); Van Hees 1997, p. 101; Zwitter 1993, m.n. p. 530; Van Mierlo & Wammes 1989, p. 796; Mezas 1985, p. 45, 61. Stein, Den Tonkelaar en Huijgen onderkennen i.e.g. de mogelijkheid van vestiging van een hypotheekrecht op opschortend voorwaardelijke eigendom (Stein 2004, p. 48; Den Tonkelaar 1994, p. 77; Huijgen in: Kleijn & Huijgen 1992, p. 7). Van Velten heeft daar door hem niet verder onderbouwde twijfels bij (Van Velten 2012, p. 34). Bartels is niet heel uitgesproken in zijn benadering van het Anwartschaftsrecht, maar lijkt – ik ben voorzichtig – deze figuur te willen aanvaarden (Bartels 1997, m.n. p. 94). Overigens stelt Bartels in zijn noot bij Hof Leeuwarden 26 oktober 2005 (JOR 2006, 54) dat een meerderheid van de auteurs het bestaan van het Anwartschaftsrecht lijkt te ontkennen. Gezien het vorenstaande overzicht in vergelijking met de hierna vermelde afwijzende auteurs lijkt die stelling mij onjuist.
- 515 Wibier & Smid 2009, p. 724 e.v. (al sluiten zij de erkenning van het Anwartschaftsrecht ook niet geheel uit); Boeve 2007a, p. 21 en Boeve 2007b, p. 342 e.v.; Struycken 2007, p. 568 (Struycken onderkent wel het belang van de verwachter, maar ziet binnen de wettelijke kaders nauwelijks ruimte voor een dergelijk recht); Zwalve 2006, p. 271 (Zwalve hanteert hier (te) zware bewoordingen en vergist zich – blijkbaar n.a.v. de visie van A.J.H. Pleysier – bovendien v.w.b. zijn stelling, dat de huidige notariële praktijk overdrachten onder ontbindende voorwaarde niet zou toelaten); Broekveldt 2004, p. 966 (althans, hij is zeer terughoudend); Kortmann 1992, m.n. p. 206 e.v.; Nieskens-Isphording 1997, p. 106 e.v.; Vriesendorp 1985, p. 88-90; Brahn 1981a, p. 892. Bij Reehuis meen ik een zekere omslag in zijn benadering te bespeuren. Aanvankelijk aanvaardde Reehuis het bestaan van een Anwartschaftsrecht (althans de mogelijkheid van directe overdracht door de verwachter/eigendomsvoorbehoudskoper, zie Reehuis 1998, p. 46 e.v.). In een latere opvatting van Reehuis meen ik dienaangaande enige twijfel te bespeuren (Reehuis 2010, p. 95 e.v.), gevolgd door een vrij sterke afwijzing van het Anwartschaftsrecht (Reehuis 2013, 62 e.v.).
- 516 Uit het vervallen art. 4.4.5.4 lid 2 GO volgde echter dat de opschortend voorwaardelijke erfgenaam direct zou kunnen beschikken over diens opschortend voorwaardelijke gerechtigdheid. De bepaling is later geschrapt, maar uitsluitend omdat de strekking dat geen onvoorwaardelijk recht verschaft zou kunnen worden, terecht als overbodig werd beschouwd (PG Boek 4 (Inv. Boek 4), MvT, p. 2045). De vraag is m.i. hoeveel gewicht we

de positie van de verwachter.⁵¹⁷ Of daarmee tevens gegeven is dat hij deze positie als niet overdraagbaar beschouwde, blijft de vraag.

Gezien het feit dat ten aanzien van de aanvaarding van het Anwartschaftsrecht uit de literatuur en PG een omstréden respectievelijk geen helder antwoord volgt, zal dit uit de jurisprudentie moeten komen. We lopen drie uitspraken langs. Het Hof Amsterdam kwam in 1992 tot de conclusie dat een Anwartschaftsrecht (ook) naar Nederlands recht een vermogensrecht vormt in de zin van art. 3:6 BW.⁵¹⁸ Het hof verwijst daarvoor naar de TM, waar wordt gesteld: 'Voor het zijn van vermogensrecht wordt in de eerste plaats gelet op de mogelijkheid van overdracht van het recht. Immers al wat verhandelbaar is, heeft vermogenswaarde en vormt deel van het vermogen van de rechthebbende'.⁵¹⁹ Deze kwalificatie als vermogensrecht wordt door het hof vervolgens op twee nadere gronden onderbouwd. Ten eerste is een Anwartschaftsrecht naar Duits recht verhandelbaar en daarmee geldt volgens het hof deze verhandelbaarheid als uitgangspunt ook voor het Nederlandse recht. Een tweede argument vindt het hof daarin dat het desbetreffende Anwartschaftsrecht bestaat uit een recht op levering van onroerend goed, hetgeen is verkregen 'in ruil voor het in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel'. Een economisch argument ter onderbouwing van de aanvaarding derhalve.

In 2005 werd het Hof Leeuwarden geconfronteerd met een zaak die tenminste in zekere mate de schijn oproept dat geoordeeld zou moeten worden over het bestaan van het Anwartschaftsrecht. Voor zover dáárover geoordeeld werd, besliste het hof negatief.⁵²⁰ Met Faber leid ik echter uit het arrest af dat het

aan deze erfrechtelijke bepaling resp. de opvatting van de wetgever dienaangaande moeten toekennen in het verband van het algemene vermogensrecht.

517 In de TM stelde hij m.b.t. art. 3:296 BW: 'Kan men van hem, die onder tijdsbepaling gerechtigd is, nog wel zeggen, dat hij reeds vóór de vervaldag een subjectief recht heeft, onzekerder is dit bij de opschortende voorwaarde. Tijdens de periode van onzekerheid heeft de belanghebbende ongetwijfeld zekere bevoegdheden maar het is de vraag, of men reeds van een subjectief recht kan spreken' (PG Boek 3, TM, p. 895). De toelichting heeft hier betrekking op een recht onder voorwaarde en derhalve niet specifiek op een recht dat verkregen is u.h.v. een opschortend voorwaardelijk beschikken. Niettemin mogen we hier uit afleiden dat Meijers de kwalificatie van een gerechtigdheid 'onder opschortende voorwaarde' lastig vond. In het verband van Boek 4 is Meijers stilliger: de erfrechtelijke verwachter valt niet te beschouwen als rechthebbende (PG Boek 4, TM, p. 811). In zijn 'Algemene begrippen' lijkt hij daarentegen juist weer wel van een subjectief recht uit te gaan (Meijers 1948, p. 91). Per saldo blijft derhalve nogal onduidelijk wat de benadering van Meijers was. De voorzichtige conclusie van Struycken dat Meijers vermoedelijk wél uitging van een subjectief recht (Struycken 2007, p. 559, 560) kan ik in die zin dan ook niet onderschrijven.

518 Hof Amsterdam 9 juli 1992, NJ 1994, 79.

519 PG Boek 3, TM, p. 89.

520 Hof Leeuwarden 26 oktober 2005, JOR 2006, 54. In zijn noot stelt Bartels dat het hof de verpanding van een Anwartschaftsrecht (bestaande uit een overdracht onder opschortende voorwaarde van een roerende zaak) inderdaad niet aanvaardde en uitsluitend de mogelijkheid van een verpanding bij voorbaat wilde erkennen.

hof helemaal niet oordeelde over het bestaan van het Anwartschaftsrecht.⁵²¹ Het hof stelde namelijk vast dat partijen feitelijk hebben 'beoogd om de vereiste vestigingshandeling (art. 3:237 lid 1 BW) bij voorbaat te verrichten'. Van een door partijen beoogd beschikken over een Anwartschaftsrecht lijkt dan ook geen sprake te zijn, waarmee dit arrest in het thans besproken kader zonder betekenis zou zijn. Tot slot nogmaals het Hof Amsterdam.⁵²² Veerbeek stelt dat uit het arrest voortvloeit dat de opschortend voorwaardelijke verkrijger geen (bezwaarbaar) eigendomsrecht heeft.⁵²³ Wederom kan ik met andere auteurs echter niet zien dat het hof over die stelling zou hebben geoordeeld.⁵²⁴ Al met al kunnen uit deze beide laatste uitspraken (dan wel andere jurisprudentie die in de literatuur vóór of tégen de aanvaarding van het Anwartschaftsrecht naar voren is gebracht) geen overtuigende stellingen voor het geldend recht worden afgeleid.⁵²⁵ Of de Hoge Raad in de toekomst de visie van het Hof Amsterdam uit 1992 zal onderschrijven, zal ook nog maar moeten blijken. Er rest ons voor het geldend recht derhalve vooralsnog weinig anders dan te wachten op een dergelijk toekomstig oordeel.

Over de wijze waarop over het Anwartschaftsrecht zou moeten worden beschikt, bestaat voor het geldend recht wél grote eensgezindheid, althans uiteraard bij de auteurs die het Anwartschaftsrecht aanvaarden. In de bestaande opvattingen gebeurt dit overeenkomstig de wijze waarop een beschikking plaatsvindt ter zake het desbetreffende goed waarop het Anwartschaftsrecht betrekking heeft.⁵²⁶ Een Anwartschaftsrecht ten aanzien van een roerende zaak zou bijvoorbeeld geleverd worden door middel van bezitsverschaffing en met betrekking tot een registergoed door middel van notariële akte en inschrijving in de daartoe bestemde registers.

Nadere uitwerking

In de inleiding van deze paragraaf en bij de eerdere bespreking van het Duitse en Zwitserse recht in § 11.3.2 kwam reeds naar voren dat er een inhoudelijke verschil bestaat tussen het begrip van het Anwartschaftsrecht in de Duitse en Zwitserse rechtskring enerzijds en de Nederlandse anderzijds. Dit verschil vindt zijn oorsprong in een cruciaal onderscheid in benadering van deze figuur tussen beide rechtssystemen. Zoals we zagen vormt het Anwartschaftsrecht in

521 N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 56 nt. 61.

522 Hof Amsterdam 30 maart 2006, JOR 2006, 142.

523 Veerbeek 2007, p. 74.

524 Verstijlen gaat ervan uit dat in het voorliggende geval vermoedelijk een pandrecht bij voorbaat op de zaak zelf is gevestigd en dus niet direct op het Anwartschaftsrecht (Verstijlen 2007, p. 826). Faber hanteert van een zelfde benadering (N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 56 nt. 61).

525 Ik wijs nog op Rb. 's-Gravenhage 12 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7231, waar de Rb. de stelling afwees dat de verwachter direct een opschortend voorwaardelijk eigendomsrecht had.

526 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 548; N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 57; Scheltema 2003, p. 362; Van Hees 1997, p. 106, 107; Mezas 1985, p. 49.

elk geval in het Duitse recht een figuur die zijn ontstaansgrond vindt in de hoge mate van juridische bescherming die een 'verwachter' (in bredere zin dan ik deze term normaal gebruik) ontleent aan uiteenlopende beschermingsregelingen. Deze gesecureerde positie in combinatie met de economische waarde die daar veelal aan kan worden toegekend heeft er toe geleid, dat deze positie als zelfstandig overdraagbaar en te verpanden object wordt beschouwd: het Anwartschaftsrecht. Voor zover een dergelijk Anwartschaftsrecht betrekking heeft op een goed, doet zich naar Duits recht de vraag voor of het Anwartschaftsrecht daarmee ook kwalificeert als een goederenrechtelijk recht. Deze vraag staat echter in geen enkel verband met het naar Duits recht onbetwiste uitgangspunt, dat de positie van deze verwachter in de vorm van het Anwartschaftsrecht overdraagbaar is.

In de huidige Nederlandse discussie kunnen we een diametraal andere denkrichting ontwaren. Het is voor het Nederlandse recht de nog te beantwoorden vraag óf de verwachter reeds direct over zijn positie kan beschikken. In het kader van de beantwoording van die vraag wordt de kwalificatie van de positie van de verwachter als al dan niet van goederenrechtelijke aard merendeels als doorslaggevend beschouwd.⁵²⁷ Terwijl naar Duits recht het door de verwachter direct kunnen beschikken over zijn positie een reeds lang genomen horde is en zónder dat de kwalificatie van deze positie daarbij enige rol heeft gespeeld, vormt deze kwalificatie in de Nederlandse discussie de essentiële factor om tot al dan niet overdraagbaarheid te concluderen. Of anders gezegd: wat voor het Duitse recht een mogelijk *gevolg* is voor (bepaalde vormen van) het Anwartschaftsrecht – de kwalificatie als goederenrechtelijk recht – vormt in de huidige Nederlandse benaderingen de doorslaggevende factor om het Anwartschaftsrecht überhaupt te *aanvaarden*.

Deze Nederlandse benadering is in die zin begrijpelijk dat áls de verwachter inderdaad goederenrechtelijk gerechtigd is, het erkennen van het Anwartschaftsrecht daarmee vrijwel een gegeven wordt. Het zou immers wel heel overtuigende argumenten vragen om te concluderen dat een dergelijk goederenrechtelijk recht voor wat betreft de mogelijkheid van beschikken alsnog een geheel andere positie in de systematiek van het vermogensrecht zou innemen dan andere goederenrechtelijke rechten. Daarin is bij de aanname van het Anwartschaftsrecht dan ook de kracht gelegen van de eventuele vaststelling, dat de verwachter direct goederenrechtelijk gerechtigd is. Andersom wordt in de ontkenning dat de verwachter over een goederenrechtelijk recht beschikt het argument gezien voor de afwijzing van het Anwartschaftsrecht.⁵²⁸ Ook die argumentatie ligt in zekere mate voor de hand: bij gebrek

527 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 548 e.v.; Reehuis 2010, p. 95 e.v.; Boeve 2007b, p. 339 e.v.; Struycken 2007, p. 554; Verstijlen 2007, p. 826; Snijders 2006, m.n. p. 226; Scheltema 2003, p. 361; Van Swaaij 2000, p. 192; Bartels 1997, p. 90; Faber 1997, p. 217 e.v.; Van Hees 1997, p. 99 e.v.; Kortmann 1992, p. 206.

528 Wibier & Smid 2009, p. 728; Boeve 2007b, p. 343.

aan een goederenrechtelijke gerechtigdheid is weinig inzichtelijk waarom over die niet-goederenrechtelijke positie zou kunnen worden beschikt – zie de voortslepende discussies in de Duitse literatuur. Daarmee spitst het verschil van inzicht in de Nederlandse literatuur omtrent het Anwartschaftsrecht zich sterk toe op de kwalificatie van de positie van de verwachter.⁵²⁹ Wat verder inhoudelijk van de verschillende visies zij, uitsluitend bezien vanuit de juridische systematiek is de huidige Nederlandse benadering met zijn verschillende uitkomsten derhalve begrijpelijk.

Niettemin beschouw ik deze Nederlandse benadering als weinig gelukkig. Op de eerste plaats kunnen we vraagtekens zetten bij het Nederlandse uitgangspunt dat de positie van de verwachter daadwerkelijk als een goederenrechtelijk recht zou moeten kwalificeren. In het Duitse recht wordt het in materieel opzicht veel wezenlijkere vereiste gesteld dat de positie van de verwachter afdoende beschermd is tegen zowel de bezwaarde als tegen derden. Een dergelijke afdoende bescherming maakt het ook inhoudelijk verdedigbaar dat een andere partij de positie van de verwachter als zodanig zou moeten kunnen overnemen.

Een tweede argument vinden we daarin dat de huidige benadering leidt tot een min of meer toevallig resultaat ten aanzien van de eventuele aanvaarding van het Anwartschaftsrecht. De kwalificatie van het Anwartschaftsrecht als al dan niet goederenrechtelijk recht hangt namelijk ten nauwste samen met de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van voorwaarden. Een verklaring die, zo betoogde ik in § 11.2.8 voor het Nederlandse recht, niet sluitend valt te maken en om die reden overigens ook omstreden zal blijven. Het laten afhangen van de aanvaarding van het Anwartschaftsrecht van een dergelijk omstreden kwestie als deze verklaring uit hoofde van een (verondersteld) systematisch verband tussen beide, heeft vanzelfsprekend tot gevolg dat de discussie omtrent die verklaring doorwerkt in het al dan niet accepteren van het Anwartschaftsrecht. In de discussie omtrent deze verklaring legt de figuur van het Anwartschaftsrecht echter nauwelijks gewicht in de schaal; deze wordt vrijwel uitsluitend gevoerd op theoretische gronden en niet op basis

529 De enige duidelijke uitzonderingen die ik hierop heb gevonden zijn bij Wibier en Smid (Wibier & Smid 2009) alsmede Scheltema (Scheltema 2013). In de opvatting van Wibier en Smid zijn er ook argumenten tegen de aanname van het Anwartschaftsrecht indien wel sprake zou zijn van een goederenrechtelijke gerechtigdheid bij de verwachter. Samengevat komt die argumentatie daarop neer dat o.g.v. de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de boedel van de failliete bezwaarde het Anwartschaftsrecht zou kunnen worden afgewezen. Dit laatste ondanks het feit dat de eventuele kwalificatie van goederenrechtelijke gerechtigdheid bij de verwachter als dogmatisch argument voor het Anwartschaftsrecht ook in de (op dit punt nogal impliciet omschreven) visie van Wibier en Smid door hen lijkt te worden onderschreven.

Scheltema stelt deze andersoortige benadering – m.i. terecht – nog duidelijker: de vraag naar de aanvaarding van het Anwartschaftsrecht is met name een vraag naar de wenselijkheid van een dergelijke figuur (Scheltema 2013, p. 158).

van de verschillende gevolgen die de te onderscheiden verklaringen eventueel met zich meebrengen.⁵³⁰ Bij de eventuele aanvaarding van het Anwartschaftsrecht is dan ook sprake van een toevallig resultaat. Dat is een weinig overtuigende aanpak, zeker met het oog op de economische belangen die aan deze figuur zijn verbonden.

Overeenkomstig hetgeen ik eerder stelde ten aanzien van de verschillende verklaringen voor de goederenrechtelijke werking zou ik derhalve willen verdedigen, dat de discussie omtrent de figuur van het Anwartschaftsrecht veel breder moet worden dan thans het geval is. Welke argumenten zijn er bijvoorbeeld voor de aanvaarding of afwijzing van deze figuur buiten de vorenbedoelde systematische? In welke gevallen moet een Anwartschaftsrecht worden aanvaard? Wat zouden de verdere juridische consequenties van deze figuur zijn? Hoe gaan we om met de vele vraagstukken die dienaangaande in het Duitse recht reeds zijn gesignaleerd en willen we – ook met het oog op de rechtspraktijk – een dermate complexe figuur eigenlijk wel in ons vermogensrecht opnemen?⁵³¹ Tal van gezichtspunten waaraan tezamen zeer veel meer gewicht zou moeten worden toegekend dan aan de huidige zuiver juridisch-systematische benadering.

Overigens onderschrijf ik het bestaan van een Anwartschaftsrecht voor het Nederlandse recht, maar overeenkomstige de Duitse benadering van de (ook naar Nederlands recht) sterk geseceureerde positie van de verwachter.

11.4 OVERIGE VRAAGSTUKKEN IN VERBAND MET EEN VOORWAARDELIJK BESCHIKKEN

11.4.1 Inleiding

Naast het besproken vraagstuk van de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van voorwaarden bestaat nog een aantal andere vraagstukken die samenhangen met een voorwaardelijk beschikken. Een deel daarvan noemde ik reeds in § 11.2.7 in relatie tot de verschillende verklaringen van de goederenrechtelijke werking. Het voor het algemene vermogensrecht vermoedelijk belangrijkste vraagstuk – kent het huidige Nederlandse recht de figuur van het Anwartschaftsrecht – kwam ter sprake in § 11.3.3, met name voor wat betreft de richting die de discussie mijns inziens zou moeten hebben. Van de overige vraagstukken wil ik er in deze paragraaf drie bespreken: is de goederenrechtelijke werking van voorwaarden van dwingend recht, in hoeverre en op welke wijze kunnen bij voorwaardelijke rechtsverhoudingen derdenbescher-

⁵³⁰ Zie § 11.2.7.

⁵³¹ Ook Jansen, Nieskens-Isphording en Brahn noemen deze kwestie (Jansen 2009, p. 435; Nieskens-Isphording 1997, p. 110 e.v.; Brahn 1981a, p. 892).

mingsbepalingen toepassing vinden en tot slot hoe we de situatie moeten beoordelen waarbij blote eigendom en het van die eigendom afgeleide beperkte recht onder voorwaarde in dezelfde hand komen. De keuze voor deze drie onderwerpen is voor wat betreft de eerste twee gebaseerd op het belang daarvan voor het materiële recht en voor wat betreft het derde onderwerp op een nogmaals proberen te doorgronden van wat voorwaarden in goederenrechtelijke verhoudingen bewerkstelligen.

11.4.2 Is goederenrechtelijke werking van regelend of dwingend recht?

Geldend recht

Voor het geldend recht bestaat er geen twijfel over dat de goederenrechtelijke werking van voorwaarden van regelend recht is.⁵³² In de TM bij art. 6:24 BW

532 PG Boek 6, TM, p. 149, 150, hetgeen ook nergens in de PG wordt weersproken. Zie ook: PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1235; Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 6, p. 7. Bij art. 3:84 lid 4 BW ontbreekt daarentegen deze constatering, waarin we wederom een aanwijzing kunnen zien dat Meijers in die bepaling helemaal niet de grondslag voor de goederenrechtelijke werking zag, maar uitsluitend het in § 11.2.2.2 besproken wettelijke vermoeden. Tevens in deze zin: Asser/Perrick 4 2013, p. 312; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 145; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 97 (en eerder: Reehuis 2010, p. 86, 87); Schols 2011, p. 42; Houwer & Bruggink 2009, p. 179 (m.b.t. herroepelijkheid van een schenking); Vegter 2008-I, p. 170; Van Vijfeijken 2008, p. 173 (m.b.t. herroepelijkheid van een schenking); Blokland 2007, p. 15 (en eerder: Blokland e.a. 2003, p. 13, beide m.b.t. herroepelijkheid van een schenking); Maasland 2007, p. 7; Mellema-Kranenburg 2004, p. 40; Burgerhart & Schols 2003, p. 117; Scheltema 2003, p. 313, 319, 367; Van Swaaij 2000, 75; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 133; Faber & Van Hees 1994, p. 193; Kortmann 1994, p. 748; Verstappen 1993, p. 161; Zwitser 1993, p. 529 (en eerder: Zwitser 1990, p. 37, 39); (vermoedelijk) Holtman 1991, p. 456; Olthof 1986, p. 43; Hijma & Olthof 1982, p. 257-260. Van de auteurs stelt uitsluitend Den Tonkelaar dat de goederenrechtelijke werking van dwingend recht is (Den Tonkelaar 1994, p. 94, 95 en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 107, 108). Als ik het goed begrijp onderbouwt Den Tonkelaar zijn afwijkende opvatting met de PG en beschouwt hij art. 3:84 lid 4 BW als de (dwingendrechtelijk) 'door de wet gedicteerde' partijbedoeling. Deze *partijbedoeling* wordt in verband met art. 3:84 lid 4 BW ook in de TM bij art. 6:24 BW genoemd, maar daaruit volgt juist dat partijen ter zake vrijheid van handelen hebben. Het beroep van Den Tonkelaar op de TM bij art. 6:22 BW is onterecht, nu de door hem bedoelde passage uitsluitend ziet op het dwingendrechtelijk ontbreken van terugwerkende kracht bij het intreden van een voorwaarde. De rechtspraak onderschrijft eveneens het niet-dwingende karakter: HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462; HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.) (m. nt. Kleijn). Dit laatste arrest is uiteraard nog onder het OBW geweest, maar de Hoge Raad zoekt duidelijk reeds aansluiting bij het NBW. De Hoge Raad stelt daarin overeenkomstig de conclusie van de A-G dat fiduciaire eigendom in beginsel zal zijn vormgegeven als bestaand onder ontbindende voorwaarde van algehele voldoening van de gesecureerde schulden. Uit de partijwil kan echter anders voortvloeien. In de literatuur wordt uit dit arrest dan ook terecht afgeleid dat de goederenrechtelijke werking van voorwaarden niet van dwingend recht is (Faber & Van Hees 1994, p. 193; Kortmann 1994, p. 748; Van der Grinten 1981, p. 85). Volgens Scheltema ligt overigens sinds Romeinse tijden de partijbedoeling ten grondslag

vinden we dan ook dat het 'niet altijd [de] strekking van een verbintenis onder ontbindende voorwaarde [zal] zijn dat de op grond daarvan plaatshebbende levering zelve onder dezelfde ontbindende voorwaarde geschiedt. [] Daarom kent het artikel aan de schuldeiser een persoonlijk terugvorderingsrecht toe'.⁵³³ Met andere woorden, partijen hebben de mogelijkheid een goed over te dragen onder een voorwaarde in die zin, dat bij het intreden van de voorwaarde uitsluitend een obligatoire (ongedaanmakings)verplichting bestaat tot levering van dat goed. Deze mogelijkheid binnen het geldend recht is ook terecht; niet valt in te zien waarom goederenrechtelijke werking dwingend aan partijen zou moeten worden opgelegd, zeker niet waar het eventuele regelend karakter daarvan in het rechtsverkeer een zinvolle functie kan hebben.⁵³⁴

Twee zaken wil ik bij het vorenstaande zijdelings opmerken. Op de eerste plaats geldt op grond van art. 3:84 lid 4 BW wél het wettelijke uitgangspunt, dat als de rechtsverhouding uit hoofde waarvan wordt geleverd voorwaardelijk is, ook de overdracht onder die voorwaarde plaatsvindt.⁵³⁵ Zoals ik in § 11.2.2.2 reeds stelde, vormt op grond van deze wetsbepaling de goederenrechtelijke werking derhalve de vermoedelijke partijwil. Of andersom gezegd, de goederenrechtelijke werking wordt op grond van partijwil in het individuele geval uitsluitend terzijde gesteld, indien deze andersluidende partijwil ergens uit blijkt. Overigens maakt dit laatste de verhouding met art. 3:89 lid 2 BW, dat een nauwkeurige vermelding van de titel in de akte van levering voorschrijft en waar in de literatuur tevens vermelding van eventuele voorwaarden onder wordt begrepen, lastig.⁵³⁶ Op de tweede plaats heb ik aanzienlijke bedenkingen bij de vorengeciteerde benadering van Meijers dat art. 6:24 BW de wettelijke grondslag vormt voor deze persoonlijke ongedaanmakingsverplichting. In § 3.3.2 heb ik verdedigd dat het de partijwil is die de grondslag voor een dergelijke verplichting vormt en derhalve niet de wet. Voor de kwalificatie als 'regelend recht' van de goederenrechtelijke werking deze beide kwesties uiteraard geen verschil.

aan het antwoord op de vraag of aan het intreden van een ontbindende voorwaarde al dan niet goederenrechtelijke werking is gekoppeld (Scheltema 2003, p. 119).

533 PG Boek 6, TM, p. 149.

534 Een voorbeeld van dit laatste betreft het volgende. Stel dat wordt overgedragen 'onder' ontbindende voorwaarde, waarbij de verkrijger (koper) de koopsom voor de verkregen zaak voldoet. Als de voorwaarde mét goederenrechtelijke werking intreedt, valt de zaak van rechtswege terug in het vermogen van de vervreemder. Daarmee heeft echter de koper de door hem reeds voldane koopsom nog niet retour en loopt hij dienaangaande risico. Bij een teruglevering van deze zaak door deze koper – de ontbindende voorwaarde heeft derhalve géén goederenrechtelijke werking – kunnen partijen 'gelijk oversteken'; de koper levert terug, terwijl de verkoper de koopsom per hetzelfde moment retourneert.

535 Zie verder § 11.2.2.2 over art. 3:84 lid 4 BW.

536 Zie verder § 11.4.3.

Oud BW

Onder het OBW werd de goederenrechtelijke werking van voorwaarden vaak gebaseerd op verklaringen die samenhangen met de terugwerkende kracht, die voorwaarden uit hoofde van de artt. 1297 en 1301 OBW hadden.⁵³⁷ Tegelijkertijd werd vrij algemeen aangenomen dat deze terugwerkende kracht van regeland recht was.⁵³⁸ Daarmee werd de mogelijkheid geschapen dat het intreden van een voorwaarde uitsluitend ex nunc werking verkreeg en dienvolge goederenrechtelijke werking ontbeerde, in elk geval voor wat betreft de werking ten opzichte van derden.⁵³⁹ Ook auteurs die deze goederenrechtelijke werking niet uit de terugwerkende kracht verklaarden, namen echter aan dat deze goederenrechtelijke werking van regeland recht was.⁵⁴⁰ De goederenrechtelijke werking van voorwaarden was derhalve reeds onder het OBW zonder twijfel van regeland recht.

Duits en Zwitsers recht, DCFR

Voor het Duitse recht is ten aanzien van het al dan niet dwingende karakter van de goederenrechtelijke werking wezenlijk, dat op grond van het *Abstraktionsprinzip* na een beschikkingshandeling enig verband tussen de werkzaamheid van de titel en het – goederenrechtelijke – gevolg van de beschikking ontbreekt. Een voorwaardelijke titel kan dan ook gevolgd worden door een onvoorwaardelijke beschikking.⁵⁴¹ Sterker, als uitgangspunt geldt zelfs dat een beschikking ter nakoming van een voorwaardelijke verbintenis onvoorwaardelijk geschiedt.⁵⁴² Partijen kunnen uiteraard ook beschikken onder voorwaarde, zodat het ook naar Duits recht de partijwil is óf beschikkingshandelingen ter uitvoering van een voorwaardelijke titel (ook) onder die voorwaarde geschieden.⁵⁴³ Ditzelfde geldt overigens ook voor het effect van het verval van tussenbeschikkingen verricht door de bezwaarde. Zoals we in § 11.2.5.2 zagen, wordt dit aspect naar Duits (en overigens ook Zwitsers) recht niet verklaard uit de systematiek van de goederenrechtelijke werking, maar uit

⁵³⁷ Zie § 11.2.4.

⁵³⁸ Zie § 2.6.2.5. Mijnsen stelde in het kader van de fiduciaire eigendomsoverdracht dat het partijen niet vrij stond de goederenrechtelijke werking van de voorwaarde aan die voorwaarde te onthouden (Mijnsen 1981, p. 649). Dit standpunt wordt door hem echter onderbouwd met een argumentatie die specifiek betrekking heeft op een dergelijke eigendomsoverdracht als figuur die strekt tot zekerheid. Het betoog van Mijnsen is dan ook zeker niet van een algemene strekking t.a.v. voorwaarden.

⁵³⁹ Zie § 2.6.2.5. Zie in deze zin ook: Hofmann 1937, p. 98; Land 1902, p. 357. Zie echter § 11.2.4 voor enkele afwijkende opvattingen onder OBW n.a.v. HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks) m. nt. Kleijn.

⁵⁴⁰ Everts 1883, p. 177.

⁵⁴¹ Jauernig/Mansel 2014, p. 125, 126; Wolf 1999, p. 510.

⁵⁴² Staudinger/Bork 2010, p. 336; Wolf 1999, p. 510. In § 11.2.2.2 merkte ik in dit verband reeds op dat Meijers juist i.v.m. het het aanvankelijk door hem aangehangen abstracte stelsel een wettelijk vermoeden als neergelegd in art. 3:84 lid 4 BW van belang achtte (Meijers 1917a, p. 23).

⁵⁴³ Staudinger/Bork 2010, p. 335, 336.

hoofde van de wettelijke bescherming van de verwachter uit hoofde van § 161 BGB (respectievelijk art. 152 III OR). Ook deze wettelijke bescherming respectievelijk het daaruit voortvloeiende gevolg van het verval van tussenbeschikkingen is echter in die zin van regelend recht, dat de verwachter ook kan afzien van die bescherming.⁵⁴⁴

In de Zwitserse literatuur wordt geen aandacht besteed aan de vraag of goederenrechtelijke werking bij het aspect van de werking tussen partijen van regelend of dwingend recht is. Voor wat betreft het verval van tussenbeschikkingen uit hoofde van art. 152 III OR vinden we daarentegen aangenomen, dat deze van regelend recht is.⁵⁴⁵ De toelichting bij art. VIII.-2:203 van het DCFR is in deze volkomen helder: uit hoofde van de partij-autonomie staat het partijen vrij om bij het intreden van een ontbindende voorwaarde uitsluitend obligatoire verplichtingen tot teruglevering te laten ontstaan.⁵⁴⁶

11.4.3 Art. 3:89 lid 2 BW en de opname van een voorwaarde in de akte van levering

Geldend recht

De notariële akte van levering met betrekking tot registergoederen dient blijkens art. 3:89 lid 2 BW ‘nauwkeurig’ de titel van overdracht te vermelden. Dit betreft geen vormvoorschrift, maar een vereiste aan de inhoud van de akte van levering.⁵⁴⁷ In het kader van voorwaarden doen zich in dit verband twee vragen voor. De eerste daarvan is de vraag of uit deze bepaling voortvloeit dat een voorwaarde bij de titel ook in de akte van levering moet worden opgenomen. In dat verband is met name de verhouding tot art. 3:84 lid 4 BW interessant, in welke wetsbepaling Meijers – daarin noch in de verdere PG, noch in de literatuur op enig moment weersproken – het wettelijke vermoeden neerlegde dat als de titel een voorwaarde bevatte, ook de daarop volgende levering onder diezelfde voorwaarde plaatsvond.⁵⁴⁸ Deze vraag bespreek ik tezamen met de tweede naar het gevolg van het eventueel ontbreken van de vermelding van een voorwaarde in de akte.

Het standpunt van de wetgever ter zake beide voormelde vragen is enigszins zwalkend. Uit de TM bij art. 3:84 lid 4 BW volgt waarschijnlijk dat ‘bevestiging’ door partijen van de eerder overeengekomen voorwaarde door opname in de akte van levering als bedoeld in art. 3:89 BW niet is vereist. Meijers noemt

544 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; Jauernig/Mansel 2014, p. 127; Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Schellhammer 2014, p. 1067; Staudinger/Bork 2010, p. 349; Wolf 1999, p. 522; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 856. Ook BGH 26 november 1997, NJW 26 november 1997, NJW-RR 98, 1065.

545 Peter 1994, p. 352.

546 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4702.

547 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1235. Ook: Reehuis 2004, p. 24.

548 Zie § 11.2.2.2.

in de TM bij art. 3:84 lid 4 BW namelijk expliciet de akte van levering, zodat zonder twijfel het in dit wetsartikel bedoelde vermoeden in de opvatting van Meijers ook toepassing diende te vinden bij een levering door middel van deze akte waarin de voorwaarde niet herhaald werd.⁵⁴⁹ Meijers vermeldt in zijn toelichting bij art. 3:84 lid 4 BW echter geen specifieke goederen die bij akte geleverd dienen te worden en waarvoor het in dit wetsartikel neergelegde vermoeden naar Meijers opvatting dan ook zonder meer zou gelden. De levering van onroerende zaken door middel van een akte en als bedoeld in (thans) art. 3:89 lid 2 BW vinden we in de TM bij art. 3:84 lid 4 BW derhalve evenmin door Meijers onderkend of afgewezen.⁵⁵⁰

Het is derhalve niet zeker dat de voormelde TM bij art. 3:84 lid 4 BW inderdaad ook bedoeld is voor de akte van levering van specifiek onroerende zaken en het niet vermelden van voorwaarden daarmee volgens Meijers buiten het bereik van het huidige art. 3:89 lid 2 BW zou moeten blijven. De thans in art. 3:89 lid 2 BW neergelegde rechtsregel is echter wel afkomstig uit het OM.⁵⁵¹ Meijers onderkende deze rechtsregel derhalve als zodanig en plaatste hem slechts enkele artikelen ná art. 3:84 lid 4 BW. Let wel, twee bepalingen die in feite diametraal tegenover elkaar staan. Ik zou denken dat het daarmee in redelijke mate voor de hand ligt dat, áls Meijers ervan uit zou zijn gegaan dat art. 3.4.2.4 lid 3 OM op dit punt een uitzondering vormde op de algemene strekking van art. 3:84 lid 4 BW, dit waarschijnlijk wel ergens uit de TM zou zijn gebleken. Zeker is dit uiteraard niet.⁵⁵²

De latere MvT verklaart daarentegen expliciet dat art. 3:89 lid 2 BW verplicht tot op opname van eventuele voorwaarden in de akte van levering.⁵⁵³ Aan de waarschijnlijk andersluidende opvatting in de TM bij art. 3:84 lid 4 BW besteedt de MvT geen woord en naar de wetsbepaling zélf wordt slechts verwezen zonder verdere toelichting op de verhouding tussen beide bepalingen. Weer later wees de Minister eventuele nietigheid van de levering uit hoofde van het niet vermelden van voorwaarden af en plaatste een dergelijk hiaat in de akte van levering uitsluitend in het licht van bescherming van

549 PG Boek 3, TM, p. 318.

550 Dat laat zich wellicht ook daaruit verklaren dat art. 3.4.2.4 lid 3 OM als uitgangspunt hanteerde dat onroerende zaken geleverd werden door de akte waarin de titel van overdracht was neergelegd (derhalve veelal een schriftelijke koopovereenkomst) en niet door een separate akte van levering. Bij het daarentegen ontbreken van bijv. een schriftelijke koopovereenkomst diende levering volgens het OM weer wel plaats te vinden d.m.v. een akte tot levering. In deze systematiek van Meijers had het niettemin weinig voor de hand gelegen om de akte van levering van onroerende zaken separaat te noemen bij art. 3:84 lid 4 BW.

551 Art. 3.4.2.4 lid 3 OM.

552 Huijgen gaat er bijv. van uit dat Meijers wel degelijk op het niet vermelden van een toepasselijke voorwaarde in de akte van levering de sanctie van nietigheid stelde, die Meijers art. 3.4.2.4 lid 3 OM toedichtte (Huijgen 1992, p. 132).

553 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvT Inv., p. 1232.

derden te goeder trouw.⁵⁵⁴ Dit is ook in overeenstemming met het veel later ingenomen standpunt van de Minister.⁵⁵⁵

In de literatuur wordt er algemeen van uitgegaan dat art. 3:89 lid 2 BW inderdaad een verplichting behelst tot het opnemen van voorwaarden als onderdeel van de titel in de akte van levering.⁵⁵⁶ De sanctie op het niet-nakomen daarvan wordt in overeenstemming met de opvatting van de Minister gezien in eventuele derdenbescherming en niet in nietigheid van de levering.⁵⁵⁷ Zoals Reehuis schetst is dat ook in overeenstemming met de strekking van art. 3:89 lid 2 BW van bescherming van de derde.⁵⁵⁸ Nietigheid zou immers leiden tot het ontbreken van rechten, terwijl de derde er juist op vertrouwde en mocht vertrouwen dat de verkrijger onvoorwaardelijk gerechtigd was. Uit deze eventuele toepasselijkheid van derdenbescherming vloeit impliciet nog iets anders voort: de overdracht tussen partijen als zodanig is wel degelijk voorwaardelijk. Dit was ook het standpunt van de Minister en wordt tevens in de literatuur onderschreven.⁵⁵⁹

11.4.4 Derdenbescherming

11.4.4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk kwam uitgebreid ter sprake dat voorwaarden goederenrechtelijke werking kennen. Eén van de aspecten daarvan is de werking ten opzichte van derden; de gevolgen van een beschikken door de bezwaarde ten behoeve van een derde komen – in beginsel – te vervallen met het intreden van de voorwaarde respectievelijk de verkrijging door de verwachter ten gevolge van het intreden van die voorwaarde. Zonder enigerlei vorm van derdenbescherming zouden deze derden, ook in het geval zij te goeder trouw meenden het

554 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1235.

555 Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 6, p. 7. Ook hier gaat de Minister er impliciet van uit dat een voorwaarde die niet kenbaar is uit de registers – waarbij we er wel vanuit mogen gaan dat de enige redelijkerwijs denkbare mogelijkheid daarvan bestaat uit het onvermeld blijven van die voorwaarde in de akte van levering – niettemin tot een geldige overdracht leidt.

556 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 285, 346, 347; Breedveld-de Voogd 2007, p. 198 nt. 122; Fesevur 2005, p. 112; Huijgen 1992, p. 131; Olthof 1986, p. 39 e.v.

557 Bartels & Tweehuysen 2011, p. 367; Bol 2011, p. 615; Schoordijk 2010, p. 307 (althans, zij onderkent de mogelijkheid van het niet opnemen van de voorwaarde in de leveringsakte); Breedveld-de Voogd & Huijgen 2007, p. 403; Reehuis 2004, p. 24; Fesevur 1998, p. 118; Huijgen 1992, p. 132 e.v.; Olthof 1986, p. 45, 46.

V.w.b. het ontbreken van nietigheid ingeval van een onnauwkeurige vermelding van de titel (buiten voorwaardelijkheid) ook: Rb. Dordrecht (vzr.) 10 augustus 2006, LJN: AY9345.

558 Reehuis 2004, p. 24.

559 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1235; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 346; Breedveld-de Voogd & Huijgen 2007, p. 403 (in gelijke zin ook Breedveld-de Voogd 2007, p. 203 e.v.).

goed onvoorwaardelijk van de bezwaarde te verkrijgen, dit goed bij het intreden van de voorwaarde derhalve verliezen ten gunste van de verwachter.

Indien we, zoals alle van de onderzochte stelsels doen, willen aanvaarden dat derden onder omstandigheden bescherming verdienen tegen allerlei hen onbekende 'gebreken' aan de zijde van de vervreemder, ligt de gedachte voor de hand dat een dergelijke bescherming zich in beginsel ook kan uitstrekken tot een onbekende voorwaardelijkheid of eventueel een onbekendheid met het ingetreden zijn van een voorwaarde. Andersoortige gebreken aan de zijde van de vervreemder of diens rechtsvoorgangers die bij de derde zouden leiden tot verlies van het verkregen goed kunnen immers eveneens door middel van derdenbescherming worden 'geheeld'. Iedere inhoudelijke reden ontbreekt waarom dit in het verband van voorwaarden – en dan met name in het verband van de aan voorwaarden inherente onzekerheid – als zodanig anders zou moeten zijn. Dat laat onverlet dat, zoals in deze paragraaf zal blijken, de verschillende derdenbeschermingsbepalingen in het NBW zich niet steeds even eenvoudig laten toepassen op voorwaardelijke rechtsverhoudingen.

Met betrekking tot de derdenbeschermingsbepalingen zijn in relatie tot voorwaarden met name drie situaties te onderscheiden. Op de eerste plaats is er de mogelijkheid dat een slechts voorwaardelijk gerechtigde pretendeert te beschikken over een door hem onvoorwaardelijk gehouden goed. Op de tweede plaats is er de situatie waarbij zogenaamd beschikt wordt over een voorwaardelijk gehouden goed, terwijl in werkelijkheid de voorwaarde reeds is ingetreden. Tot slot kan de in het geheel niet gerechtigde pretenderen voorwaardelijk te beschikken.⁵⁶⁰ De nadruk zal in deze paragraaf in aanzienlijke mate liggen op de eerstgenoemde situatie.

Aan art. 3:25 BW ter zake de onjuistheid van een met kracht van authenticiteit vastgesteld feit zal ik geen aandacht besteden. In het verband van voorwaarden heb ik geen enkele relatie met deze vorm van bescherming kunnen leggen. Aan het OBW zal ik in deze paragraaf evenmin aandacht besteden. De aandacht voor eventuele derdenbescherming in het kader van voorwaarden was in de literatuur onder het OBW zeer bescheiden.⁵⁶¹ Daarnaast was de strekking van de voornaamste beschermingsbepaling – art. 2014 OBW – in zijn algemeenheid nogal omstreden, zodat een onderzoek naar derdenbescherming

⁵⁶⁰ Als variant op deze derde situatie is er nog de in art. 3:86 lid 2 BW bedoelde mogelijkheid van de vervreemder die pretendeert een niet met een beperkt recht belaste zaak onder een opschortende voorwaarde over te dragen, terwijl die zaak wel degelijk bezwaard is.

⁵⁶¹ Hofmann stelde i.e.g. dat derde-verkrijgers van roerende zaken te goeder trouw zich op art. 2014 OBW konden beroepen (Hofmann 1937, p. 98). Van Opstall stelt dat eventuele bezwaren van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden v.w.b. de rechten van derden (u.h.v. tussenbeschikkingen door de bezwaarde) grotendeels werden ondervangen door de art. 1910 en 2014 OBW (Hofmann/Van Opstall 1976, p. 395). Bijna honderd jaar eerder onderkende ook Everts de bezwaren die de goederenrechtelijke werking van voorwaarden kon hebben t.a.v. derde-verkrijgers te goeder trouw, maar niettemin wees hij iedere vorm van derdenbescherming af (Everts 1883, p. 176, 177).

onder het OBW zich sterk zou richten op wát de strekking van die bepaling eigenlijk was. Dat is in het kader van het onderhavige onderzoek weinig zinvol. Tot slot zijn een aantal van de derdenbeschermingsbepalingen van het NBW voor wat betreft hun bereik en vereisten voor toepassing nogal specifiek, zodat ook in die zin een onderzoek naar de situatie onder het OBW weinig toegevoegde waarde heeft.

Het vorenstaande is voor het Duitse en Zwitserse recht in die zin niet wezenlijk anders, dat ook in deze stelsels de aandacht voor derdenbescherming in het specifieke verband van voorwaardelijke gerechtigdheid beperkt is. Daarnaast kennen beide stelsels nogal wat uitzonderingen op het überhaupt kunnen beschikken onder voorwaarden,⁵⁶² zodat voor die gevallen derdenbescherming hoe dan ook niet aan de orde is. Wél is de Duitse systematiek interessant op welke wijze de toepasselijkheid van derdenbeschermingsbepalingen in het kader van beschikkingsonbevoegdheid is vormgegeven. Deze bespreek ik in § 11.4.4.5.

De eventuele toepasselijkheid van de thans besproken derdenbeschermingsbepalingen in relatie tot voorwaarden is voor het geldend recht voor wezenlijke delen omstreden. Een overtuigende vaststelling van hetgeen het geldend recht vormt, was dan ook lang niet altijd mogelijk. In dat verband bespreek ik het geldend recht en de nadere uitwerking daarvan in de komende paragrafen tezamen.

11.4.4.2 De niet-ingeschreven voorwaarde: art. 3:24 of 3:26?

Geldend recht, nadere uitwerking

In de onderstaand vermelde PG en literatuur bestaat geen discussie ten aanzien van het feit dat een derde, die van een voorwaardelijke gerechtigde tot een registergoed verkreeg terwijl van die voorwaarde niet uit de openbare registers bleek, zich in beginsel kan beroepen op derdenbescherming. Met andere woorden, de derde die in voormelde situatie meent te verkrijgen van een onvoorwaardelijk rechthebbende, verkrijgt uit hoofde van derdenbescherming een onvoorwaardelijk recht.⁵⁶³ In hoeverre eigen kennis van respectievelijk de goede trouw met betrekking tot het bestaan van een voorwaarde aan deze bescherming eventueel in de weg staat, verschilt per wetsbepaling waar we die bescherming op zouden baseren.

Daarentegen is duidelijk wél omstreden de vraag uit hoofde van welke wettelijke bepaling(en) een derde de bedoelde bescherming verkrijgt. De eerste discussie dienaangaande bestaat ten aanzien van de in deze paragraaf besproken

⁵⁶² Zie § 5.3.

⁵⁶³ De opvatting dat de derde in het vorenomschreven geval i.e.g. bescherming verdient, vinden we reeds in algemene zin door Meijers verwoord (PG Boek 3, TM, p. 318).

vraag of alsdan art. 3:24 of 3:26 BW toepassing vindt. Naast deze wetsbepalingen wordt tevens van de artt. 3:36 en 3:86 respectievelijk 3:88 BW verdedigd dat deze – (ook) buiten het specifieke verband van het ontbreken van een inschrijving in de registers – aan de derde eventueel bescherming kunnen verlenen. Die bepalingen bespreek ik in de navolgende paragrafen. In ieder geval zij voorop gesteld dat, met uitzondering van de onderlinge verhouding tussen de artt. 3:24 en 3:26 BW respectievelijk de artt. 3:86 en 3:88 BW, toepasselijkheid van de ene beschermingsbepaling toepassing van een andere niet uitsluit.⁵⁶⁴ Ten aanzien van (onder meer) de überhaupt niet in de openbare registers ingeschreven voorwaarde lijkt deze eventuele meervoudige bescherming ook in de PG te worden onderkend. De PG noemt in dit verband toepasselijkheid van de artt. 3:24, 3:25, 3:26 en 3:88 BW.⁵⁶⁵ Anders dan voor de in § 11.4.4.3 besproken situatie waarbij de *vervulling* van een als zodanig wél ingeschreven voorwaarde niet is ingeschreven, suggereert de wetgever derhalve dat meerdere beschermingsbepalingen toepassing kunnen vinden bij het ontbreken van de inschrijving van de voorwaarde *zelf*.⁵⁶⁶

Het verschil in mogelijke grondslag voor bescherming tussen de artt. 3:24 en 3:26 BW is niet alleen theoretisch van aard. Art. 3:26 BW biedt de derde immers uitsluitend bescherming tegen een partij ‘die redelijkerwijze voor overeenstemming van de registers met de werkelijkheid had kunnen zorgdragen’. Art. 3:24 BW kent een dergelijke beperking niet. Daarnaast biedt art. 3:26 BW de derde evenmin bescherming indien deze de *mogelijkheid* van de onjuistheid door raadpleging van de registers had kunnen kennen. Met andere

564 Samenloop van de artt. 3:24 en 3:26 BW is reeds per definitie uitgesloten: een niet-ingeschreven feit (art. 3:24 BW) kan niet tevens een wel ingeschreven onjuist feit (art. 3:26 BW) vormen. Gezien het verschil in goederen waar de artt. 3:86 en 3:88 BW betrekking op hebben, geldt voor deze bepalingen hetzelfde. Voor het overige wordt de eventuele gelijktijdige toepasselijkheid breed onderschreven. Een uitzondering hierop t.a.v. de verhouding van de artt. 3:24 en 3:88 BW vinden we verdedigd bij Rank-Berenschot (Rank-Berenschot 1992a, m.n. p. 334 e.v.).

565 In de MvA II Inv. bij art. 3:89 lid 2 BW vinden we namelijk: ‘De sanctie van dit onderdeel van de regel [de ‘nauwkeurige vermelding’ van de titel in een akte van levering, HS] is derhalve dat deze derden zich daarop kunnen beroepen bij de toepassing van artikelen 3.1.2.7 tot 8a en artikel 3.4.2.3b. Hen onbekende bedingen of voorwaarden kunnen derhalve niet tegen hen worden ingeroepen’ (PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1235). Ook Meijers ging in het verband van voorwaardelijke erfrechtelijke makingen overigens uit van brede toepasbaarheid van de derdenbeschermingsbepalingen (PG Boek 4, TM, p. 811). Als gezegd kan ik niet inzien waaruit de in de MvA genoemde bescherming van art. 3:25 BW in het verband van voorwaarden zou moeten bestaan. Ook opvallend – maar naar alle waarschijnlijkheid onbedoeld – is dat niet tevens art. 3:36 BW wordt genoemd. Het ontbreken van art. 3:86 BW in deze opsomming is daarentegen begrijpelijk; art. 3:89 lid 2 BW heeft uitsluitend betrekking op onroerende zaken (en dankzij lid 4 tevens op andere registergoederen), waarmee het op roerende zaken gerichte art. 3:86 BW op deze plaats in de PG terecht buiten beschouwing blijft.

566 Dat de wetgever dit inderdaad bedoelde is echter niet zeker. Wellicht doelde de wetgever met deze serie van beschermingsbepalingen immers uitsluitend op bescherming tegen de ‘onbekende bedingen’ en niet (tevens) op de ‘voorwaarden’.

woorden, als uit de registers blijkt dat de juistheid van het ingeschreven (onjuiste) feit niet vaststond, ontbreekt de bescherming van art. 3:26 BW.⁵⁶⁷ Art. 3:26 BW zal derhalve op minder gevallen toepassing vinden dan art. 3:24 BW, waarmee de vraag welke van beide wetsbepalingen in abstracto van toepassing kan zijn bij een niet-ingeschreven voorwaarde ook een praktisch belang kent.

Volgens een ruime meerderheid van de auteurs vormt art. 3:24 BW de wettelijke grondslag voor de bedoelde derdenbescherming.⁵⁶⁸ Anders gezegd, de niet uit de openbare registers blijkende voorwaarde zou een inschrijfbaar feit moeten zijn. Art. 3:24 BW verleent immers uitsluitend bescherming tegen het ontbreken van een inschrijving van een feit dat wél inschrijfbaar is. Wellicht dat ook de wetgever dit standpunt inneemt, maar daaromtrent bestaan bij mij duidelijke twijfels.⁵⁶⁹ Voorop gesteld zij dat het bestaan van een voorwaarde inderdaad uit de registers kan blijken; de presumptie bij de inschrijfbaarheid van de *vervulling* van een voorwaarde uit hoofde van art. 3:17 sub c BW is immers, dat de voorwaarde waaronder de ingeschreven rechtshandeling is verricht zélf ook uit de registers blijkt.⁵⁷⁰ Daarnaast vloeit uit art. 3:89 lid 2 BW voort – althans zo wordt nauwelijks weersproken aangenomen – dat op de notaris de verplichting rust een voorwaarde in het kader van de nauwkeurige omschrijving van de titel in de akte van levering op te nemen.⁵⁷¹ Met

567 In deze zin: Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 299.

568 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 338; Van Velten 2012, p. 333; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 175 (en eerder: Reehuis 2010, p. 93); Boeve 2007a, p. 15, 43; Scheltema 2003, p. 350 nt. 64; Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 2002, p. 40; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 184, 295, 296; (vermoedelijk) Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132; Den Tonkelaar 1994, p. 96; Wiersma 1994, p. 345; Nieskens-Isphording 1993, p. 563; Van Straaten 1992, p. 187, 195; Fesevur 1989, p. 117; Olthof 1986, p. 46 nt. 19. Wiersma verdedigt overigens zelfs dat art. 3:24 BW *uitsluitend* toepassing vindt voor deze situatie van een (niet-ingeschreven) ontbindende voorwaarde. Chao-Duvis noemt art. 3:24 náást art. 3:26 BW, maar het is niet helemaal duidelijk of zij op die plaats inderdaad aan de niet-ingeschreven voorwaarde denkt of aan andere in art. 3:89 lid 2 BW bedoelde bedingen (Chao-Duvis 1988, p. 173).

569 In het verband van de voorwaardelijke erfrechtelijke making stelt de Minister ná de constatering dat de voorwaardelijke verkrijging door de verwachter in de OR kan worden ingeschreven: '[] verzuimt hij dit, dan kan hij op deze beschikking ingevolge artikel 3.1.2.7 [art. 3:24 BW, HS] geen beroep doen tegen een derde-verkrijger van het registergoed []' (PG Boek 4, MvA II, p. 813). We kunnen dit interpreteren als het ontbreken van de voorwaardelijkheid bij de erfrechtelijke verkrijging door de bezwaarde. Gezien de bewoordingen in de PG is echter waarschijnlijker dat de Minister doelt op de inschrijving van de verkrijging door de verwachter conform art. 3:17 lid 1 sub b BW. Dat laatste is o.g.v. voormelde wetsbepaling zonder meer een inschrijfbaar feit, waarmee bij het ontbreken daarvan art. 3:24 BW reeds daarom toepassing kan vinden. Zie in deze laatste zin ook: PG Boek 4, MO, p. 816 en PG Boek 4, MvA I, p. 820.

570 Zie in dat verband ook art. 30 lid 1 Kw.

571 Zie verder § 11.4.3. Zie i.v.m. eventuele toepasselijkheid van art. 3:24 BW bij het onvermild blijven van de voorwaarde bij de titel: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 175; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 226.

andere woorden, de voorwaardelijkheid van de gerechtigdheid van de vreemder *kan* en zou in beginsel ook uit de openbare registers *moeten* blijken.

Tegen deze benadering van de voorwaardelijkheid als inschrijfbaar feit richt zich de kritiek van een bescheiden aantal auteurs; anders dan het in vervulling gaan van een voorwaarde (art. 3:17 lid 1 sub c BW) zou de voorwaarde zelf als zodanig géén inschrijfbaar feit vormen.⁵⁷² De ontbrekende – maar wel toepasselijke – voorwaarde zou er (daarmee) toe leiden, dat niet zozeer sprake is van een *ontbrekende* inschrijving van de voorwaarde, maar van een *onjuiste* inschrijving van de rechtshandelingen die leiden tot de overdracht.⁵⁷³ De inschrijving suggereert ten onrechte dat de wederpartij van de te beschermen derde *onvoorwaardelijk* gerechtigde is, terwijl deze in werkelijkheid gerechtigde onder voorwaarde is. Daarmee zou derhalve art. 3:26 BW de grondslag voor de bescherming kunnen vormen, maar niet art. 3:24 BW.

De vraag naar de grondslag voor de bescherming als gelegen in art. 3:24 BW dan wel art. 3:26 BW is derhalve de vraag of de niet blijken de voorwaardelijkheid in de registers kwalificeert als een niet-ingeschreven inschrijfbaar feit, dan wel als de inschrijving van een onjuist feit bestaande uit de *onvoorwaardelijkheid*. Ten aanzien van die vraag kunnen we op de eerste plaats een formeel aspect onderscheiden: vormt een voorwaarde al dan niet een inschrijfbaar feit? Op de tweede plaats omvat deze vraag een meer inhoudelijk aspect: wat is de betekenis van het schijnbaar ontbreken van een voorwaarde ten aanzien van (de gevolgen van) de rechtshandeling?

Bij het formele aspect van de inschrijfbaarheid in de registers behelzen voorwaarden op het eerste gezicht een merkwaardigheid. De vervulling van een voorwaarde is uit hoofde van art. 3:17 lid 1 sub c BW zonder meer als zelfstandig feit inschrijfbaar. Een dergelijke expliciete wetsbepaling ontbreekt ten aanzien van de voorwaarde zelf. Toch is dit onderscheid verklaarbaar. Voorwaarden vormen naar Nederlands geldend recht een onzelfstandig bestanddeel bij een rechtshandeling.⁵⁷⁴ Met andere woorden, de voorwaardelijkheid heeft betrekking op (de gevolgen van) de rechtshandeling, maar mist buiten dit verband met de rechtshandeling respectievelijk de gevolgen daarvan iedere zelfstandige betekenis. Een 'losse' voorwaarde in de registers inschrijven ontbeert derhalve ieder effect en is – zonder koppeling aan de rechtshandeling die wordt ingeschreven – dan ook niet mogelijk. Voor het in vervulling gaan van een voorwaarde is dat anders. Dit intreden roept weliswaar rechtsgevolgen

572 Bartels & Tweehuysen 2011, p. 367. Vermoedelijk ook: Huijgen 1992, p. 135, nt. 27. Opvallend is overigens dat (o.a.) Bartels i.v.m. art. 3:24 BW tegelijkertijd lijkt te verdedigen dat een voorwaarde wel degelijk een inschrijfbaar feit vormt, om vervolgens zonder verdere onderbouwing te verwijzen naar art. 3:26 BW (Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 380, 381).

573 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 221, 384; Van Velten 2012, p. 33; Bartels & Tweehuysen 2011, p. 367; Huijgen 1992, p. 135, zie m.n. nt. 27.

574 Zie § 2.3.4.

ten aanzien van de eerdere voorwaardelijke rechtshandeling in het leven, maar het al dan niet plaatsvinden van de gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde vormt, is zelf in geen enkel opzicht (deel van) een rechtshandeling. Het intreden of, zoals ik althans in § 11.4.4.3 zal verdedigen, het verval van een voorwaarde vormt derhalve geheel begrijpelijk een zelfstandig inschrijfbaar feit.

We zouden op zich terecht kunnen stellen dat de voorwaarde als *onderdeel* van een rechtshandeling toch inschrijfbaar is. Aan de inschrijfbaarheid van de vervulling van de voorwaarde uit hoofde van art. 3:17 lid 1 sub c BW ligt immers 'een ingeschreven voorwaardelijke rechtshandeling' ten grondslag. Ook uit art. 3:89 lid 2 BW ter zake de nauwkeurige vermelding van de titel vloeit voort dat een voorwaarde uit de registers kan blijken.⁵⁷⁵ Het gegeven dat van de voorwaarde in de registers kan en als uitgangspunt ook zou moeten blijken, alsmede dat de kenbaarheid van die voorwaarde uit de registers tevens een duidelijk belang dient, maakt deze echter nog niet tot een zelfstandig inschrijfbaar feit. Het kunnen blijken van de voorwaarde uit de registers en de in art. 3:89 lid 2 BW neergelegde instructienorm aan de notaris dat van de voorwaardelijkheid tevens zou moeten blijken,⁵⁷⁶ is toch iets anders dan een formele inschrijfbaarheid van voorwaardelijkheid.

Dan komen we bij het tweede aspect van de thans besproken vraag: wat is de betekenis van de schijnbare – maar onterechte – onvoorwaardelijkheid, zoals die uit de registers lijkt te volgen? We kunnen daarbij als onbetwist uitgangspunt nemen dat een rechtshandeling onder voorwaarde andere rechtsgevolgen in het leven roept dan eenzelfde maar onvoorwaardelijke rechtshandeling. Dit verschil in gevolgen uit hoofde van de voorwaardelijkheid is door partijen beoogd, terwijl het ontbreken van die voorwaardelijkheid in de registers suggereert dat partijen bij de ingeschreven rechtshandeling onvoorwaardelijke gevolgen in het leven hebben willen roepen. Echter, uit het ontbreken van de voorwaardelijkheid in de registers ten aanzien van de beoogde gevolgen doet op zich geen afbreuk aan de voorwaardelijkheid van die beoogde gevolgen. In hun onderlinge verhouding en ook in de verhouding tot derden die (bijvoorbeeld) bekend zijn met de voorwaardelijkheid heeft de voorwaarde gewoon werking, óók in goederenrechtelijk opzicht. De rechtshandeling die in de registers onterecht wordt gepresenteerd als onvoorwaardelijk, is in die zin dan ook onjuist; het ingeschreven feit suggereert dat sprake is van onvoorwaardelijke gevolgen, die in werkelijkheid echter voorwaardelijk zijn. Dat maakt dat, ook bezien van het thans besproken inhoudelijke aspect, bij de onterechte inschrijving van de onvoorwaardelijkheid geen sprake is van een niet-ingeschreven feit, maar van de onjuistheid van het wel ingeschreven feit.

⁵⁷⁵ Ook art. 30 Kw gaat ervan uit dat de voorwaarde uit de (eerdere) inschrijving volgt.

⁵⁷⁶ Zie t.a.v. dit art. 3:89 lid 2 BW § 11.4.3.

De van het merendeel van de literatuur afwijkende conclusie is dan ook, dat een derde in mijn optiek bij een niet-ingeschreven voorwaarde bescherming kan ontleen aan art. 3:26 BW en niet aan art. 3:24 BW.

11.4.4.3 De niet-ingeschreven beëindigde voorwaardelijkheid: art. 3:24 BW?

Geldend recht, nadere uitwerking

In de vorige paragraaf heb ik de kwestie besproken van bescherming bij het ontbreken van de inschrijving van een voorwaarde. Daarnaast is er de veel complexere en omstreden vraag óf art. 3:24 BW bescherming biedt tegen het ontbreken van de inschrijving van het feit, dat een wél eerder ingeschreven – en in die zin derhalve aan derden kenbare – voorwaarde intussen is ingetreden of vervallen. Oftewel, bij de eerdere inschrijving in de registers is de voorwaarde vermeld, maar het feit dat het recht op het registergoed van de vervreemder intussen is beëindigd of onvoorwaardelijk is geworden door het intreden dan wel vervallen van de voorwaarde, blijkt niet uit de registers.

Dat het *intreden* van een voorwaarde een inschrijfbaar feit is, volgt rechtstreeks uit art. 3:17 lid 1 sub c BW en is dan ook onbestreden. De inschrijfbaarheid van het *vervallen* van een eerder ingeschreven voorwaarde blijkt daarentegen niet expliciet uit het BW, noch uit de Kadasterwet, noch uit de PG bij deze beide wetten.⁵⁷⁷ Ook de literatuur hult zich ter zake de (on)mogelijkheid van het verval van een voorwaarde in een stilzwijgen. Op basis van het (ook) in art. 3:17 BW neergelegde uitgangspunt dat uitsluitend inschrijfbaar is waar een wettelijke grondslag voor inschrijving voor bestaat, zouden we dan ook kunnen menen dat het verval van voorwaarden geen inschrijfbaar feit vormt. Niettemin wil ik anders verdedigen. In verband met het belang van deze vraag, óók in het verband van de te bespreken derdenbescherming bij het uitblijven van een inschrijving van het *intreden* van een voorwaarde, zal ik deze bespreken alvorens we aan de eventueel door art. 3:24 BW geboden bescherming toekomen.

De vraag of óók het verval van een voorwaarde een inschrijfbaar feit vormt, is in twee opzichten van belang ten aanzien van art. 3:24 BW. Vanzelfsprekend kan de wetsebepaling een verkrijger überhaupt geen bescherming tegen een niet-ingeschreven verval bieden, indien dit verval niet inschrijfbaar zou

⁵⁷⁷ Het vervallen van een voorwaarde is i.e.g. niet u.h.v. de letterlijke tekst van art. 3:17 lid 1 sub a BW een inschrijfbaar feit. Het vervallen van de voorwaarde is weliswaar van belang voor de rechtstoestand van het registergoed (of, als we de verklaring van de goederenrechtelijke werking zoeken in de goederenrechtelijke gerechtigdheid, behelst dit verval strikt genomen zelfs een verandering in de rechtstoestand), maar verval van een voorwaarde vormt niet de in sub a bedoelde rechtshandeling.

zijn.⁵⁷⁸ Dit vloeit rechtstreeks voort uit de in art. 3:24 BW neergelegde systematiek, hetgeen overigens onverlet laat dat ik hierna zal verdedigen dat art. 3:24 BW hoe dan ook geen bescherming biedt tegen een dergelijke ontbrekende inschrijving.

Maar ook in het kader van de betekenis van art. 3:24 BW in relatie tot het ontbreken van de inschrijving van het *intreden* van een voorwaarde is de mogelijkheid van inschrijfbaarheid van een verval van belang. In de PG vinden we het volgende opgemerkt: 'Is een op hetzelfde registergoed betrekking hebbend stuk ingeschreven, waaruit men de mogelijkheid zou kunnen afleiden dat het niet ingeschreven feit zich niettemin heeft voorgedaan, dan mag uit het ontbreken van een inschrijving waaruit van dat feit zelf blijkt, door de raadpleger van de registers worden afgeleid, dat met deze mogelijkheid geen rekening behoeft te worden gehouden. [] Dit past in het negatieve stelsel, dat meebrengt dat in beginsel erop mag worden vertrouwd dat niet ingeschreven, inschrijfbaar feiten zich niet hebben voorgedaan, []'.⁵⁷⁹ Toegepast op de nog verder te bespreken situatie van een ontbrekende inschrijving van het reeds ingetreden zijn van een ontbindende voorwaarde betekent dit, dat de in art. 3:24 BW bedoelde verkrijger er van mag uitgaan dat deze voorwaarde ten tijde van zijn verkrijging (nog) niet is ingetreden. Als tevens het verval van een voorwaarde inschrijfbaar is, betekent dit echter nog iets anders. Terwijl uit het ontbreken van een inschrijving waaruit het *intreden* van een voorwaarde volgt dat de verkrijger er op mag vertrouwen dat de vervreemder nog steeds rechthebbende is, moet alsdan uit het ontbreken van een inschrijving waaruit het *verval* van de voorwaarde zou volgen door de verkrijger a contrario worden afgeleid, dat zijn wederpartij – blijkbaar – ook geen onvoorwaardelijk rechthebbende is. Althans, de verkrijger mag er alsdan in elk geval niet op vertrouwen dat zijn wederpartij wél onvoorwaardelijk rechthebbende is.

Ware dit laatste anders, dan zou de verkrijger er dus in het kader van zijn bescherming op mogen vertrouwen dat een wel inschrijfbaar maar niet ingeschreven feit toch is ingetreden. Een dergelijke bescherming van de verkrijger mist iedere grondslag, al was het maar dat het op zich inschrijfbaar feit zich ook gewoon (nog) niet kan hebben voorgedaan en er derhalve alle reden was voor het ontbreken van een dergelijke inschrijving van verval van de voorwaar-

578 Deze situatie van bescherming van de verkrijger zou zich in beginsel kunnen voordoen als we aannemen dat (ook) de verwachter in goederenrechtelijk opzicht een recht heeft waarover hij direct zou kunnen beschikken (zijn Anwartschaftsrecht). Als A aan B overdraagt onder een opschortende voorwaarde en B ná het vervallen van deze voorwaarde alsnog 'beschikt' over dit (door het verval van de voorwaarde beëindigde) Anwartschaftsrecht t.b.v. X, kan X geen bescherming aan 3:24 BW ontleen als het eerdere verval van de opschortende voorwaarde géén inschrijfbaar feit vormt. Als dit verval daarentegen inschrijfbaar maar niet ingeschreven is, kan art. 3:24 BW in beginsel wel bescherming aan X bieden.

579 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), Nota II Inv., p. 1100. Deze benadering wordt in de literatuur onderschreven: Van Straaten 1992, p. 80.

de. De conclusie is dan ook dat – *als* het verval van voorwaarden inderdaad inschrijfbaar is – bij het ontbreken van een inschrijving waaruit óf het intreden óf het vervallen van de voorwaarde volgt, de verkrijger er zowel van uit *mag* als *moet* gaan dat zijn wederpartij nog steeds voorwaardelijk rechthebbende is (uiteraard tenzij hij de werkelijke toestand kende). Tot ditzelfde resultaat komt blijkens de hierna te bespreken PG ook de wetgever,⁵⁸⁰ met dien verstande dat de wetgever deze benadering verder niet onderbouwt. Als het verval van voorwaarden daarentegen toch niet inschrijfbaar zou zijn, is er in die zin ook geen reden om aan te nemen dat de verkrijger ervan uit *moet* gaan dat de voorwaarde nog niet is vervallen. Ik kom op deze conclusie onderstaand terug.

Met het vorenstaande is het meervoudige belang van inschrijfbaarheid van het verval van voorwaarden gegeven. In verband met het volledig ontbreken van enige aanwijzing dat de wetgever het vervallen van een voorwaarde al dan niet als een inschrijfbaar feit beschouwde, heeft het er echter alle schijn van dat de wetgever die eventuele inschrijfbaarheid als aandachtspunt niettemin over het hoofd heeft gezien. Dat het verval van een voorwaarde en de daarmee gepaard gaande onvoorwaardelijke gerechtigdheid van de (aanvankelijke) bezwaarde in de openbare registers niet als zodanig zou kunnen worden ingeschreven, is echter een voor het rechtsverkeer onacceptabele benadering. Derden die de registers raadplegen zouden tot in lengte van dagen de voorwaardelijke gerechtigdheid van de bezwaarde en de verwachter waarnemen, terwijl die voorwaardelijkheid door het verval van de voorwaarde en overeenkomstig de situatie bij het intreden van een voorwaarde zonder twijfel is beëindigd. Voor het ontbreken van inschrijfbaarheid van dit verval is, als spiegelbeeldige situatie van het intreden van een voorwaarde, ook geen enkele materiële onderbouwing te geven. De essentie van hetgeen in juridische zin is gebeurd – de voorwaardelijkheid is beëindigd – zou niettemin bij een beëindiging van die voorwaardelijkheid door het *intreden* van de voorwaarde inschrijfbaar zijn, maar bij een beëindiging door het bedoelde *verval* niet. Dit onderscheid zou alsdan uitsluitend voortvloeien uit de formele benadering dat de wet die inschrijfbaarheid van het verval naar de letter niet noemt.⁵⁸¹

Omdat als gezegd de verschillende rechtsbronnen zich ter zake van deze materie in stilzwijgen hullen, is het des te interessanter om te bezien hoe de Dienst voor het kadaster en de openbare registers (hierna: 'Kadaster') omgaat

580 Overigens m.u.v. de (eveneens onderstaand besproken) situatie dat de termijn waarbinnen de voorwaarde in vervulling zou moeten gaan intussen is verstreken, zónder dat van het in vervulling gaan van de voorwaarde blijkt uit een inschrijving. In dat geval zou volgens de PG de derde er wel op mogen vertrouwen dat zijn wederpartij thans onvoorwaardelijk rechthebbende is.

581 In theorie zou het verval van een voorwaarde ook ingeschreven kunnen worden o.b.v. de inschrijfbaarheid van een declaratoir rechterlijk vonnis met die strekking (art. 17 lid 1 sub e BW). Dat is echter een buitengewoon moeizame weg om een dergelijk verval ingeschreven te krijgen.

met een dergelijk verval van een voorwaarde. Navraag leert dat het Kadaster dit verval van een voorwaarde verwerkt op basis van een zogeheten *verklaring van waardeloosheid*.⁵⁸² Indien dit de juiste benadering is, vormt het verval van een voorwaarde geen inschrijfbaar feit in de zin van art. 3:17 BW, met alle daaraan verbonden gevolgen van dien voor onder meer de derdenbescherming uit hoofde van art. 3:24 BW.⁵⁸³ Vooropgesteld zij dat, mócht een dergelijk verval inderdaad geen inschrijfbaar feit als zodanig zijn, de verwerking in de registers op basis van een verklaring van waardeloosheid in ieder geval een doekje voor het bloeden vormt. Bij deze benadering door het Kadaster heb ik niettemin wezenlijke twijfels. Niet alleen vanwege het feit dat het verval van voorwaarden in verband met de vorenomschreven consequenties in mijn optiek een inschrijfbaar feit zou moeten zijn, maar ook omdat een verklaring van waardeloosheid bij het verval van voorwaarden tenminste deels iets anders behelst dan waarvoor dit instrument ter beschikking staat.

Uit de PG en literatuur volgt dat de verklaring van waardeloosheid wordt gehanteerd om inschrijvingen die van aanvang af of op een later moment 'waardeloos' blijken te zijn voor wat betreft de bewijsrechtelijke functie van die inschrijving in de registers te laten vervallen.⁵⁸⁴ Het feit dat eerder is ingeschreven en om enige reden niet meer juist is, wordt derhalve ook voor de registers in administratieve zin beëindigd. Ten aanzien van het verval van een *opschortende* voorwaarde na een beschikken onder die voorwaarde valt – bezien vanuit uitsluitend het instrument van de verklaring van waardeloosheid – zeker het een en ander te zeggen om dit verval in de registers te verwerken op basis van een dergelijke verklaring. Voor het verval van een *ontbindende* voorwaarde echter niet. De inschrijving respectievelijk het ingeschreven feit als zodanig is immers ten gevolge van het verval van de ontbindende voorwaarde helemaal niet 'waardeloos', integendeel. Wél is hetgeen is ingeschreven gewijzigd; in plaats van een ontbindend voorwaardelijke gerechtigdheid houdt de bezwaarde thans een onvoorwaardelijk recht. Dit is echter als gezegd geen kwestie van een waardeloze inschrijving, maar van een wijziging van hetgeen aanvankelijk is ingeschreven. Zoals ik in deze paragraaf vaker stel vormt de voorwaarde ook geen ingeschreven zelfstandig feit dat is komen te eindigen, maar een modaliteit bij de eerdere rechtshandeling respectievelijk – voor degenen die de goederenrechtelijke werking plaatsen in het licht van de goederenrechtelijke gerechtigdheid – bij het gehouden goed. Ook daaruit vloeit voort dat het verval van de voorwaarde een wijziging en geen 'beëindiging'

582 Dit betreft een mondelinge navraag bij de 'bewaarderstelefoon' – het informatiepunt van het Kadaster voor het notariaat.

583 Dit vloeit niet alleen voort uit de systematiek van de wet dat uitsluitend bescherming wordt verleend aan feiten die kwalificeren als 'inschrijfbaar', maar ook uit de wetsgeschiedenis (PG Boek 3, MvA II, p. 148). In dezelfde zin: Van Straaten 1992, p. 108, 185.

584 Zie in deze zin o.a.: Van Straaten 1992, p. 101 e.v.

behelst van hetgeen is ingeschreven. Daarmee kan derhalve evenmin sprake zijn van een waardeloosheid van uitsluitend de ingeschreven voorwaarde.

Mijn conclusie uit hoofde van het vorenstaande is dat er sterke argumenten bestaan waarom ook het verval van een voorwaarde als inschrijfbaar feit uit de registers moet kunnen blijken en dat de verklaring van waardeloosheid zich in elk geval voor wat betreft verval van ontbindende voorwaarden niet goed leent voor 'bijwerking' in deze zin van de registers. Het heeft er bovendien alle schijn van dat de wetgever de inschrijfbaarheid van dit verval gewoonweg over het hoofd heeft gezien, mede omdat er geen enkel materieel argument bestaat waarom het verval als spiegelbeeld van het intreden van een voorwaarde niet inschrijfbaar zou kunnen zijn. Ik wil derhalve verdedigen dat ook het verval van een voorwaarde een inschrijfbaar feit in de zin van art. 3:17 BW vormt.

We komen terug bij de eigenlijke vraag of art. 3:24 BW bij een niet-ingeschreven intreden of verval van een voorwaarde aan derden bescherming kan verlenen. Zoals ik onderstaand verder zal uitwerken, is bij een dergelijke eventuele toepassing de kernvraag waartegen deze wetsbepaling aan de bedoelde 'verkrijger' bescherming zou moeten verlenen. Uitgangspunt is in elk geval dat de verkrijger ervan uitgaat en mag gaan dat zijn wederpartij (nog steeds) voorwaardelijk rechthebbende is ten aanzien van het registergoed. In werkelijkheid is die wederpartij echter door het (niet in de registers ingeschreven) intreden of vervallen van de voorwaarde óf onvoorwaardelijk rechthebbende óf in het geheel geen rechthebbende meer. In het eerste geval doet zich de merkwaardige en sterk theoretische situatie voor dat – als de verkrijger de intussen onvoorwaardelijke gerechtigdheid van zijn wederpartij niet kent – de verkrijger ervan uitgaat dat hij het goed onder voorwaarde verkrijgt. Dit roept eventueel vragen op ten aanzien van hetgeen de verkrijger geleverd krijgt, maar in de praktijk zal dit voor de verkrijger uiteraard geen reden zijn zich bij wijze van 'bescherming' op art. 3:24 BW te beroepen.⁵⁸⁵

Interessanter is dan ook het tweede geval, waarbij de wederpartij door het intreden of vervallen van de voorwaarde intussen géén gerechtigde meer is.⁵⁸⁶ Voor dat geval moeten we twee situaties onderscheiden: enerzijds de

585 De aanvaarding door de verkrijger is immers gericht op verkrijging van een voorwaardelijk recht en niet op een onvoorwaardelijk. Voor zover ook de vervreemder (nog) niet bekend is met de beëindiging van de voorwaardelijkheid, geldt dit temeer.

De wens van de verkrijger om zich op art. 3:24 BW te kunnen beroepen zou zich zeer theoretisch nog wel voor kunnen doen, als het verkregen goed een negatieve waarde vertegenwoordigt. Toepassing van art. 3:24 BW in een situatie waarin de wederpartij intussen onvoorwaardelijk rechthebbende is, lijkt niettemin van zeer academische aard.

586 V.w.b. dit vervallen is derhalve sprake van een aanvankelijk opschortend voorwaardelijke gerechtigdheid waardoor de wederpartij dit 'recht' verliest. Voor deze situatie waarbij beoogd is te beschikken over een dergelijk Anwartschaftsrecht is het de vraag óf dat überhaupt mogelijk is (zie § 11.3.2). Zo niet, komen we aan eventuele toepassing van art. 3:24 BW in het geheel niet toe.

situatie waarbij de verkrijger er onterecht van uitgaat dat de wederpartij nog steeds voorwaardelijk rechthebbende is, anderzijds die waarbij de verkrijger meent dat de wederpartij thans *on*voorwaardelijk rechthebbende is. Voor de eerste situatie – de verkrijger gaat ervan uit dat zijn wederpartij voorwaardelijk rechthebbende is – stellen de PG en literatuur dat art. 3:24 BW toepassing kan vinden.⁵⁸⁷ Daarmee zou toepassing van art. 3:24 BW er *in beginsel* toe leiden dat de verkrijger alsnog een voorwaardelijk recht krijgt ten nadele van de partij die (ten gevolge van het in vervulling gaan of vervallen van de voorwaarde) thans *on*voorwaardelijk gerechtigde is. Méér bescherming – in de zin van verkrijging van een *on*voorwaardelijk recht – komt de verkrijger immers niet toe, bekend als hij is met de (veronderstelde) voorwaardelijke gerechtigdheid van zijn wederpartij.⁵⁸⁸

De vraag is echter hoe we vanaf dit punt verder moeten redeneren. Nieskens-Isphording heeft er op zich terecht op gewezen dat een aantal verschillende benaderingen denkbaar zijn.⁵⁸⁹ We zouden bijvoorbeeld kunnen aannemen dat door de verkrijger wederom afgewacht moet worden of de voorwaarde nogmaals intreedt of vervalt.⁵⁹⁰ Die benadering sluit op zich naadloos aan op de bescherming die art. 3:24 BW eventueel aan de verkrijger zou kunnen verlenen, maar zal in de praktijk veelal op de feiten afstuiten. Veel ‘gebeurtenissen’ die de inhoud van een voorwaarde vormen kunnen zich immers naar hun aard slechts een maal voor doen, terwijl bij andere het naar geldend recht vereiste element van objectieve onzekerheid ontbreekt als dezelfde gebeurtenis zich reeds eerder heeft voorgedaan.⁵⁹¹ Naast dit eventueel geheel ontbreken

587 Meijers stelt: ‘[] b.v. de werking van een ontbindende voorwaarde kan niet tegen derden, die daarvan onkundig zijn, worden ingeroepen, wanneer de vervulling der voorwaarde niet ingeschreven is’ (PG Boek 3, TM, p. 130). In de MvA vinden we: ‘[]’, zo bijvoorbeeld de vervulling van een voorwaarde die voor het recht van de vervreemder beslissend was. Het is niet onredelijk dat, indien niettemin inschrijvingen achterwege blijven, zulks voor zijn risico komt’ (PG Boek 3, MvA II, p. 134), waarbij ik ervan uitga dat met ‘zijn risico’ inderdaad bedoeld wordt op het risico van de partij die voor inschrijving had kunnen zorg dragen. De latere (hierna aangehaalde) PG lijkt de toepasselijkheid van art. 3:24 BW daarentegen fors te beperken tot de situatie waarin het intreden van de voorwaarde ook niet meer mogelijk is (PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), Nota II Inv., p. 1100).

Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 221; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 175 (en eerder: Reehuis 2010, p. 93); Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 338, 339; Fesevur 2005, p. 185; Nieskens-Isphording 1992, p. 651, 652; Van Straaten 1992, p. 195; Zwitser 1990, p. 136; De Vries Lentsch-Kostense 1988, p. 185, 186.

588 In dezelfde zin: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 338, 339; Van Straaten 1993, p. 319; De Vries Lentsch-Kostense 1988, p. 186.

589 Nieskens-Isphording 1992, p. 651, 652.

590 Zoals Nieskens-Isphording verdedigt t.a.v. de situatie dat een voorwaarde nogmaals kan intreden (Nieskens-Isphording 1992, p. 652). Zie in een zelfde zin: Van Straaten 1993, p. 319; De Vries Lentsch-Kostense 1988, p. 186.

591 Een voorbeeld van het eerste is de volgorde van overlijden van bepaalde personen, welke volgorde t.g.v. een overlijden en het daarmee reeds ingetreden zijn van de voorwaarde reeds definitief vast staat. Een voorbeeld van de tweede mogelijkheid is het verkrijgen van een vergunning. Indien een eerste aanvraag heeft geleid tot een geldige afwijzing, zal een

van voorwaardelijkheid zie ik echter ook uit hoofde van de hieronder besproken meer abstracte argumenten niets in een dergelijke bescherming uit hoofde van art. 3:24 BW.

Voor zover voorwaardelijkheid alsnog feitelijk niet mogelijk is, wordt door Nieskens-Isphording aangenomen dat de verkrijger alsdan uit hoofde van de door art. 3:24 BW geboden bescherming een onvoorwaardelijk recht verkrijgt.⁵⁹² Andere auteurs en waarschijnlijk ook de PG hanteren een andere benadering: uitsluitend indien het intreden van de (niet-ingeschreven) voorwaarde per het moment van de verkrijging ook niet meer mogelijk zou zijn, mag de verkrijger er inderdaad van uitgaan dat hij een onvoorwaardelijk recht verkrijgt en leidt de bescherming van art. 3:24 BW ook tot die consequentie.⁵⁹³ Met andere woorden, omdat in de registers niet blijkt van het ingetreden zijn van de voorwaarde en de voorwaardelijkheid intussen om andere redenen (met name verloop van een termijn) zou moeten zijn beëindigd, mag de verkrijger er op vertrouwen dat hij een onvoorwaardelijk recht verkrijgt. Voor zover de aanvankelijke voorwaardelijkheid daarentegen nog niet per definitie zou moeten zijn beëindigd, moet de verkrijger volgens vorenbedoelde PG de (reeds ingetreden) voorwaarde tegen zich laten gelden en verkrijgt hij derhalve per saldo niets.

Met dit laatste – de verkrijger moet de ingetreden voorwaarde tegen zich laten gelden – ben ik het eens. Het moment van intreden van de voorwaarde als gelegen voor of na het moment van verkrijging door de verkrijger is, bezien vanuit deze verkrijger, namelijk betrekkelijk willekeurig. Zoals we zagen betekent het feit dat het intreden van de voorwaarde bijvoorbeeld direct vóór dan wel direct ná de verkrijging plaatsvond, in de visie van Nieskens-Isphor-

hernieuwde zelfde aanvraag tot hetzelfde resultaat leiden, waarmee het ontbreken van het element van objectieve onzekerheid van de gebeurtenis (zie § 2.4.3) er toe leidt dat er niet langer sprake is van een voorwaarde.

592 Dit laatste vloeit voort uit haar betoog (zie m.n. de laatste alinea), maar wordt door haar niet met zoveel woorden gezegd (Nieskens-Isphording 1992, p. 652).

593 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 338, 339; Van Straaten 1993, p. 319 (en eerder: Van Straaten 1992, p. 195); De Vries Lentsch-Kostense 1988, p. 186.

Waarschijnlijk is dit ook in de PG bedoeld, maar helemaal duidelijk is de betreffende passage m.i. toch niet: 'Zo zal indien bijvoorbeeld een voorwaardelijke rechtshandeling is ingeschreven, maar niet de eventueel reeds tot stand gekomen vervulling van de voorwaarde, deze vervulling niet aan een derde-verkrijger als bedoeld in artikel 3.1.2.7 lid 1 tegengeworpen kunnen worden, tenzij hij deze vervulling kende. Dat zal overigens slechts van praktisch belang zijn als tevens vaststaat dat vervulling ook niet meer mogelijk is; men denke bijvoorbeeld aan de ontbindende voorwaarde dat binnen een bepaalde, op het tijdstip van de raadpleging reeds verstreken termijn een bepaalde gebeurtenis zal plaatsvinden.' (PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), Nota II Inv., p. 1100). De resterende vraag is wat de wetgever bedoelde met dit 'praktisch belang'?

Vermoedelijk denkt Reehuis in een andere richting. Althans, hij betoogt dat na een ingetreden maar niet ingeschreven voorwaarde de verkrijger zich op art. 3:24 BW kan beroepen (Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 175). Uit Reehuis' constatering dat de Minister daar anders over dacht door de toepassing van art. 3:24 BW te beperken op de voormelde wijze, lijkt te volgen dat Reehuis voor deze situatie inderdaad een brede toepassing van art. 3:24 BW verdedigt.

ding een essentieel verschil in de door art. 3:24 BW geboden bescherming. Zij plaatst de wetsbepaling in mijn optiek echter teveel in het licht van de veronderstelde verwijtbaarheid van de niet-inschrijving van de reeds ingetreden voorwaarde. Feit blijft echter dat de verkrijger willens en wetens het risico nam van het al dan niet intreden van de voorwaarde. Waar het veel meer om gaat is de vraag of de verkrijger inderdaad bescherming verdient in een situatie, waarin hij accepteerde dat op ieder moment de voorwaarde zou kunnen intreden en die voorwaarde vervolgens reeds ingetreden blijkt te zijn. Of anders gesteld, waarom zou deze verkrijger bescherming verdienen tegen een door hem aanvaard risico dat zich reeds blijkt te hebben verwezenlijkt? De vraag stellen is hem mijns inziens beantwoorden.⁵⁹⁴

Dan de tweede situatie waarbij de verkrijger er bij gebrek aan inschrijving niet alleen van uitgaat dat de voorwaarde niet is ingetreden, maar intussen zelfs is vervallen. Dit betreft derhalve de situatie waarbij de verkrijger ten onrechte en in afwijking van het tot nog toe gehanteerde uitgangspunt meent dat de wederpartij *onvoorwaardelijk* rechthebbende is. Die situatie kan zich met name voor doen als een voorwaarde uiterlijk per een bepaalde datum ingetreden dient te zijn, bij gebreke waarvan deze per die datum vervalt en de rechtsverhouding derhalve *onvoorwaardelijk* wordt. Als ná de bedoelde datum het intreden van de voorwaarde niet in de registers is ingeschreven, zou dat in elk geval bij derden die de registers raadplegen de suggestie kunnen wekken dat de voorwaarde is vervallen. Echter, als mijn hiervoor omschreven standpunt ten aanzien van de inschrijfbaarheid van verval van een voorwaarde in de registers juist is, is dit verval van de voorwaarde als inschrijfbaar feit evenmin ingeschreven. De in art. 3:24 BW bedoelde verkrijger is niettemin wél van dit verval uitgegaan, terwijl hij er in dat verband van uit had moeten gaan dat zijn wederpartij nog steeds 'slechts' *voorwaardelijk* rechthebbende is. Anders dan vorenbedoelde auteurs stellen, is er derhalve ook in dat geval geen reden om de verkrijger uit hoofde van art. 3:24 BW bescherming te verlenen, althans onder de *présomptie* dat ook het verval van een voorwaarde een inschrijfbaar feit is. Voor zover we dit laatste niet willen aanvaarden, is er echter nog het hierna besproken argument waarom het ongewenst kan zijn dat art. 3:24 BW toepassing vindt.

In het kader van de in § 2.4.3 besproken vereisten voor *voorwaardelijkheid* van objectieve en subjectieve onzekerheid, is in het verband van art. 3:24 BW ook nog het volgende van belang. Subjectieve onzekerheid heeft de functie

⁵⁹⁴ Van Straaten hanteert t.a.v. de niet-ingeschreven voorwaarde een soortgelijke benadering (Van Straaten 1993, p. 319). M.b.t. een andersoortige maar wel in zekere zin vergelijkbare situatie komt Rank-Berenschot tot dezelfde conclusie. De derde-verkrijger die t.t.v. zijn verkrijging bekend is met de vernietigbaarheid van de titel bij de eerdere overdracht aan zijn wederpartij, maar niet bekend is met de – niet in de registers ingeschreven – daadwerkelijke vernietiging, verdient naar haar mening geen beroep op art. 3:24 BW (Rank-Berenschot 1992a, p. 334 e.v.).

om überhaupt voorwaardelijkheid overeen te komen; partijen die de onzekerheid van de betreffende gebeurtenis niet onderkennen, zullen hun rechtsverhouding immers ook niet van een voorwaarde afhankelijk maken waarin die onzekerheid is verdisconteerd. Het voortbestaan van subjectieve onzekerheid is daarentegen voor het intreden of verval van de voorwaarde naar geldend recht zonder belang. Uitsluitend als de onzekerheid in objectieve zin eindigt – de aanvankelijk onzekere gebeurtenis treedt in, zal in de toekomst met zekerheid intreden of kan met zekerheid niet meer intreden – eindigt de voorwaardelijkheid, zelfs al weten partijen dat (nog) niet. Daarmee ontstaat de merkwaardige situatie dat de voorwaardelijkheid is beëindigd, maar dat partijen uit hoofde van hun onbekendheid met dit feit ook (nog) geen inschrijving van dit feit in de openbare registers zullen doen. Zeker in een situatie waar partijen in de onmogelijkheid verkeren bekend te zijn met de objectieve beëindiging van de voorwaarde, ontbreekt iedere verwijtbaarheid ten aanzien van de niet-inschrijving daarvan in de registers. Naar de letter zou art. 3:24 BW echter ook voor die situatie ‘bescherming’ aan de derde-verkrijger verlenen, tenminste als we – anders dan ik hiervoor verdedigde – überhaupt willen aannemen dat deze bepaling bij een niet-ingeschreven beëindigde voorwaardelijkheid toepassing kan vinden. Mede daarin is ook een verschil in reikwijdte met art. 3:26 BW gelegen. Deze laatste bepaling verleent uitsluitend bescherming jegens ‘hem die redelijkerwijze voor overeenstemming van de registers met de werkelijkheid had kunnen zorgdragen’. Een dergelijke beperking kent art. 3:24 BW niet, in elk geval niet in expliciete zin. In een situatie waarin iedere verwijtbaarheid van het ontbreken van de inschrijving in vorenbedoelde zin ontbreekt en waar het ‘toedoen’ van degene in wiens nadeel de bescherming zou strekken wel heel moeilijk valt waar te nemen, lijkt mij toepasselijkheid van art. 3:24 BW een zeer ongewenste uitkomst.

Ik vat een en ander samen. Uitgaande van mijn tussenconclusie dat ook het verval van voorwaarden een inschrijfbaar feit vormt, ontbreekt in mijn optiek iedere mogelijkheid van een verkrijger zich op art. 3:24 BW te beroepen ten aanzien van het ontbreken van een inschrijving van het intreden – en in spiegelbeeldige vorm alsdan uiteraard ook van het verval – van een voorwaarde. Voor zover we de inschrijfbaarheid van het verval van een voorwaarde afwijzen, blijven niettemin zwaarwegende argumenten bestaan tegen enige mogelijkheid van beroep op art. 3:24 BW.

11.4.4.4 Derdenbescherming uit hoofde van art. 3:36 BW

Geldend recht

Er bestaat eigenlijk geen twijfel ten aanzien van de mogelijke toepasselijkheid van art. 3:36 BW in het geval een derde overeenkomstig de vereisten van deze wetsebepaling heeft vertrouwd op het bestaan van een onvoorwaardelijke of juist een voorwaardelijke rechtsverhouding bij zijn wederpartij, dan wel het

tenietgaan daarvan.⁵⁹⁵ Als willekeurig voorbeeld valt daarbij te denken aan een situatie waarbij de partij ten nadele van wie de bescherming van art. 3:36 BW zou strekken heeft verklaard dat hij – in het kader van een constitutief vereiste voor het intreden van een voorwaarde⁵⁹⁶ – geen ‘beroep’ ten behoeve van het intreden van de voorwaarde zal doen. Ook in het reeds hiervoor besproken verband van het ontbreken van de inschrijving van de vervulling van een wél in de openbare registers ingeschreven voorwaarde zou art. 3:36 BW aan de derde bescherming kunnen verlenen.⁵⁹⁷ Datzelfde geldt voor de niet in de openbare registers ingeschreven voorwaarde die aan de derde onbekend is.⁵⁹⁸ De *opgewekte schijn* die de wetsbepaling als vereiste voor bescherming vereist, zou alsdan bestaan uit het ontbreken van de inschrijving in de registers van het bestaan van de voorwaarde.

Bij deze toepasselijkheid zou enige twijfel uit de PG kunnen voortvloeien, waar in het verband van art. 3:89 lid 2 BW bij het ontbreken van een voorwaarde bij de titel de PG uitsluitend toepasselijkheid van de artt. 3:24, 3:25, 3:26 en 3:88 BW noemt.⁵⁹⁹ Uit niets volgt echter dat de wetgever bewust art. 3:36 BW uit deze rij van beschermingsbepalingen heeft weggelaten.

De voor de hand liggende conclusie is dan ook dat art. 3:36 BW ook in het kader van voorwaardelijke rechtsverhoudingen toepassing kan vinden.

11.4.4.5 Derdenbescherming uit hoofde van art. 3:86 of 3:88 BW?

Geldend recht, nadere uitwerking

Voor toepasselijkheid van de door de artt. 3:24 en 3:26 BW geboden bescherming stellen deze bepalingen met name feitelijke vereisten: een in de openbare registers inschrijfbaar feit is niet ingeschreven, de derde die zich op bescherming beroept kende het niet-ingeschreven feit niet, et cetera. Dat is ten aanzien van art. 3:36 BW in die zin niet anders, dat deze bepaling bescherming verleent indien aan de vereiste feitelijke omstandigheden wordt voldaan. De artt. 3:86

595 In deze zin ook: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 221; Reehuis 2010, p. 93; Scheltema 2003, p. 350 nt. 64; Asser/Mijnssen-De Haan 3-I 2001, p. 184; Nieskens-Isphording 1993, p. 564, 565; Salomons 1993, p. 864; Zwitser 1990, p. 135. Zie tevens: PG Boek 3, TM, p. 318, waar Meijers t.a.v. (het oorspronkelijke) art. 3.2.3 OM een bescherming van de derde-verkrijger te goeder trouw onderkende.

596 Zie over deze figuur § 7.3.4.2 en m.n. 8.1.3.

597 In dezelfde zin: Van Straaten 1992, p. 195. Overigens stel Van Straaten dat art. 3:36 BW ‘wellicht’ toepassing kan vinden. Vermoedelijk doelt hij daarmee op de vereisten die de bepaling voor toepasselijkheid zelf stelt.

598 In gelijke zin: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 175 (en eerder: Reehuis 2010, p. 93); Huijgen 1992, p. 135 nt. 27; Fesevur 1989, p. 117; Rodenburg 1984, p. 19. Buiten het thans besproken verband van de niet-ingeschreven maar aan de derde onbekende voorwaarde wordt art. 3:36 BW ook wel genoemd. Zie: Asser/Mijnssen-De Haan 3-I 2001, p. 184; Salomons 1993, p. 864.

599 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1235.

en 3:88 BW wijken voor wat betreft deze feitelijkheid van de gestelde vereisten van voormelde wetsbepalingen in zekere zin af. Beide bepalingen beschermen immers specifiek tegen beschikkingsonbevoegdheid van de partij die beschikt, waarbij voor de bescherming door art. 3:88 BW additioneel het vereiste geldt dat die beschikkingsonbevoegdheid voortvloeit uit de ongeldigheid van een eerdere overdracht ten gevolge van een gebrek in de titel of de levering.⁶⁰⁰ De geboden bescherming ziet derhalve rechtstreeks op een juridisch gebrek – beschikkingsonbevoegdheid van de partij die beschikt – welk gebrek bij toepasselijkheid van art. 3:88 BW bovendien is gebaseerd op nadere juridisch-inhoudelijke vereisten ten aanzien van het ontstaan van dat gebrek.

Zoals hierna zal blijken, is het op basis van de omstreden verklaring voor de goederenrechtelijke werking van voorwaarden de vraag of in het kader van een tussenbeschikking door de bezwaarde wel sprake is van een dergelijke ontbrekende of beperkte beschikkingsbevoegdheid waartegen de artt. 3:86 en 3:88 BW bescherming verlenen. Daarnaast wordt in het kader van art. 3:88 BW veelal ontkend dat de eerdere beschikking onder voorwaarde ongeldig was, zodat reeds daarom deze bepaling geen toepassing zou kunnen vinden. Met andere woorden, het eventuele ontbreken van de bescherming van de artt. 3:86 en/of 3:88 BW zou zijn gebaseerd op de achterliggende systematiek van een voorwaardelijk beschikken die niet aansluit op de juridisch-inhoudelijke vereisten die deze wetsbepalingen voor bescherming stellen. Meer materiële argumenten waarom derden die te goeder trouw maar onterecht menen van een onvoorwaardelijk rechthebbende te verkrijgen géén bescherming zouden verdienen, vinden we in de literatuur niet.⁶⁰¹

Voor het geldend recht is de mogelijke toepasselijkheid van art. 3:86 BW in het kader van de vervreemding alsof een onvoorwaardelijke gerechtigdheid bestond van een in werkelijkheid door de vervreemder slechts voorwaardelijk gehouden goed in bescheiden mate omstreden.⁶⁰² Ten aanzien van art. 3:88

600 Ik wijs v.w.b. art. 3:86 lid 3 BW – buiten de in deze paragraaf besproken kwestie – overigens op hetgeen Zwolve verdedigd, nl. dat voormelde bepaling van rechtswege leidt tot een voorwaardelijke gerechtigdheid bij de bestolen eigenaar en de verkrijger te goeder trouw (Zwolve 2013, m.n. p. 100).

601 Ik wijs in dit verband op de bescherming die art. 7:42 BW aan derden biedt tegen uitoefening van het recht van reclame. T.a.v. deze bepaling bestaat enig theoretische discussie of deze beschermd tegen een ‘beperkte’ beschikkingsbevoegdheid van de partij die t.b.v. de derde beschikt (zie Fikkers 1992, p. 225 e.v.). De bescherming als zodanig is echter onbetwist.

602 Bij o.m. Nieskens-Isphording vinden we overigens nog de hiervan afwijkende situatie genoemd waarbij de beschikkingsonbevoegde vervreemder zelf onder eigendomsvoorbehoud aan een koper te goeder trouw levert (Nieskens-Isphording 1997, p. 111). Nieskens-Isphording stelt dat deze ‘verkrijger’ te goeder trouw ingeval van deze opschortende voorwaarde geen bescherming kan ontfangen aan art. 3:86 BW. De koper is houder van de zaak en zou derhalve geen bezitter te goeder trouw zijn, waaruit – klaarblijkelijk – zou volgen dat deze ‘verkrijger’ geen bescherming aan deze wetsbepaling zou kunnen ontfangen.

BW is deze in hoge mate betwist. Bij de wetgever bestond daarentegen geen enkele twijfel: blijkens de PG kunnen derde-verkrijgers die te goeder trouw onbekend zijn met het bestaan van een voorwaarde wel degelijk bescherming ontlenen aan deze beide wetsbepalingen.⁶⁰³ In de literatuur bestaat echter een gedifferentieerder beeld, waarbij we in verband met de verschillende gehanteerde argumenten een onderscheid moeten maken tussen beide wetsbepalingen.

Eventuele toepassing van art. 3:86 BW wordt in de literatuur door een ruime meerderheid aanvaard, uiteraard op basis van het uitgangspunt dat de bezwaarde ten gevolge van de voorwaarde niet of 'beperkt' beschikkingsbevoegd is.⁶⁰⁴ Deze toepasselijkheid wordt echter incidenteel ook wel ontkend op grond van de gedachte dat de bezwaarde juist (volledig) beschikkingsbevoegd zou zijn.⁶⁰⁵ We zien derhalve dat, voor zover discussie bestaat ten aanzien van de eventuele toepasselijkheid van deze derdenbescherming, deze voortvloeit uit een verschil van inzicht van wat het goederenrechtelijke gevolg is van een 'voorwaardelijke beschikking'. Of anders gesteld, leidt een dergelijk voorwaardelijk beschikken inderdaad tot een door de voorwaarde in goederenrechtelijk opzicht *beperkte* of *belaste* gerechtigdheid? Een vraag waarvan we in § 11.2.6 zagen dat deze voor het Nederlandse recht sterk omstreden is, maar die door vorenbedoelde auteurs die toepasselijkheid van art. 3:86 BW aanvaarden positief wordt beantwoord.

Deze stellingname is echter onjuist. De (bijzondere) hoedanigheid waaronder een dergelijke verkrijger de zaak vooralsnog houdt, is zonder betekenis voor het al dan niet toekennen van de bescherming van art. 3:86 BW. Art. 3:86 lid 1 BW noemt nota bene de overdracht als bedoeld in art. 3:91 BW – de *machtsverschaffing* bij een eigendomsvoorbehoud – expliciet waarbij de wetsbepaling aan de bedoelde verkrijger bescherming verleent. Dit laatste wordt ook door andere auteurs verdedigd: Peter 2007, p. 141, 142; Asser/Mijnssen-De Haan 3-I 2001, p. 183, 184; Mezas 1985, p. 42, 43.

⁶⁰³ PG Boek 3, MvA II, p. 389 (m.b.t. art. 3:86 BW); PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1235 (mede m.b.t. art. 3:88 BW: 'Hen onbekende bedingen of voorwaarden kunnen derhalve niet tegen hen worden ingeroepen'); PG Boek 4, MvA II, p. 813 (m.b.t. art. 3:86 BW); PG Boek 6, MvA II, p. 145 (m.b.t. art. 3:86 en 3:88 BW); Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 6, p. 7.

⁶⁰⁴ Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 220, 221; Hijma e.a. 2013, p. 45; Reehuis 2010, p. 93; Boeve 2007a, p. 15, 43; Snijders 2006, p. 226; Mellema-Kranenburg 2004, p. 40; Hartkamp 2003, p. 893 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132); Asser/Mijnssen-De Haan 3-I 2001, p. 183, 184; Kortmann 1992, p. 205.

⁶⁰⁵ Salomons 1993, p. 864 (Salomons ziet uitsluitend bescherming u.h.v. art. 3:36 BW). In deze zin (dan ook) de toelichting bij het DCFR t.a.v. Nederlandse recht: Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4708. Impliciet volgt deze zelfde stelling ook uit het betoog van Scheltema, die als voordeel van de door hem verdedigde visie dat de bezwaarde u.h.v. de (ontbindende) een beperkt recht zou hebben, afleidt dat daarmee derdenbescherming u.h.v. art. 3:86 lid 2 BW mogelijk is (Scheltema 2003, p. 350). Blijkbaar zou in zijn optiek de 'normale' bescherming van art. 3:86 lid 1 BW geen toepassing kunnen vinden. Ook bij Cahen vinden we de benadering dat art. 3:86 lid 2 BW toepassing kan vinden (Pitlo/Cahen 2002, p. 39). Cahen onderbouwt dit verder niet.

Ten aanzien van eventuele bescherming op basis van art. 3:88 BW bestaat in de literatuur een veel grotere terughoudendheid. Daarbij zij voorop zij gesteld dat de bescherming van derden tegen hen onbekende voorwaarden in het verband van de goederen waar art. 3:88 BW op van toepassing kan zijn, vaak zal kunnen worden gebaseerd op de artt. 3:24 dan wel 3:26 BW.⁶⁰⁶ Voor die groep van registergoederen is een eventueel beroep op art. 3:88 BW, voor zover dit als zodanig mogelijk zou zijn, met het oog op de omvangrijkere vereisten een tweede keus.⁶⁰⁷ Het is dan ook vooral de groep van niet-registergoederen die wél onder het bereik van art. 3:88 BW vallen – met name de vorderingen op naam – waarvoor eventuele toepasselijkheid van deze bepaling in het verband van voorwaardelijkheid van belang is.

Een redelijk aantal auteurs verdedigt dat art. 3:88 BW geen toepassing kan vinden. Het merendeel van deze auteurs stelt dat weliswaar sprake is van beschikkingsonbevoegdheid bij de vervreemder voor wat betreft een beschikken over een onvoorwaardelijk recht, maar dat deze beschikkingsonbevoegdheid niet voortvloeit uit de ongeldigheid van een eerdere overdracht.⁶⁰⁸ Voor dat laatste zou nodig zijn dat ten gevolge van de voorwaarde reeds de eerdere overdracht waarbij de bezwaarde ‘verkreëg’ niet is geslaagd. Het is met name dit specifieke door art. 3:88 BW gestelde vereiste wáárom de bezwaarde niet beschikkingsbevoegd zou zijn, dat aan toepasselijkheid van deze bepaling in de weg zou staan. Naast deze benadering voor afwijzing van toepasselijkheid van art. 3:88 BW vinden we in de literatuur nog een beperkt aantal andere argumentaties voor een dergelijke afwijzing.⁶⁰⁹

606 Zie § 11.4.4.2 ter zake de vraag welke van beide wetsbepalingen toepassing dient te vinden.

607 Terzijde wijs ik er op dat – buiten het specifieke verband van voorwaarden – enige discussie bestaat óf bij de artt. 3:24 en 3:88 BW sprake kan zijn van samenloop. Zie verder Rank-Berenschot met de door haar besproken literatuur (Rank-Berenschot 1992a). Deze zeker niet alleen op voorwaarden betrekking hebbende kwestie laat ik voor wat zij is, zij het dat deze in het thans besproken verband uiteraard wel belang heeft.

608 Fesevur 2005, p. 173 (en eerder: Fesevur 1989, p. 118); Scheltema 2003, p. 350 nt. 64; Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 2002, p. 39, 40; Nieskens-Isphording 1993, p. 563; Van Straaten 1992, p. 195; Olthof 1986, p. 46 nt. 19. Overigens stelde Nieskens-Isphording eerder dat art. 3:88 wel degelijk toepassing zou kunnen vinden (Nieskens-Isphording 1989, p. 73 nt. 11).

609 Huijgen stelt bijv. dat een ontbindende voorwaarde leidt tot ‘een gebrek in de (volledige) beschikkingsbevoegdheid’ van de bezwaarde, waardoor derden geen bescherming zouden kunnen ontlenen aan art. 3:88 BW (Huijgen 1992, p. 135). Ook Mijnsen en De Haan verdedigen dat art. 3:88 BW geen toepassing kan vinden, maar de gevolgde redenering is niet goed begrijpelijk. Zij stellen: ‘Deze bepaling [art. 3:88 BW, HS] biedt een verkrijger slechts bescherming tegen onbevoegdheid van een vervreemder die *niet* [cursivering in geciteerde tekst] het gevolg is van onbevoegdheid van een vroegere vervreemder. Hier gaat het om overdracht van de vordering alsof van een ontbindende voorwaarde geen sprake was. Tot zodanige overdracht was de vervreemder niet bevoegd. We hebben hier dus te maken met een geval waarin de vervreemder *wel* [cursivering in geciteerde tekst] onbevoegd was.’ (Asser/Mijnsen-De Haan 3-I 2001, p. 184).

Tegenover deze afwijzing vinden we ook een aantal auteurs die toepassing van art. 3:88 BW zouden willen aanvaarden.⁶¹⁰ Bartels en Tweehuysen verdedigen in het kader van de overdracht van een registergoed waarbij een voorwaarde niet in de openbare registers is ingeschreven dat deze wetsbepaling toepassing vindt of tenminste toepassing zou moeten vinden.⁶¹¹ Het nadere vereiste van art. 3:88 BW dat de beschikkingsonbevoegdheid van de bezwaarde het gevolg is van een titel- of leveringsgebrek in een eerdere overdracht, onderbouwen zij daarbij als volgt. Uit hoofde van de eerdere levering aan de bezwaarde is schijnbaar onvoorwaardelijke eigendom overgedragen, waar uit hoofde van de titel die uitsluitend strekt tot een overdracht onder voorwaarde in werkelijkheid slechts voorwaardelijke eigendom is overgedragen. In het verband van de eerdere overdracht als bedoeld in art. 3:88 BW zou daarmee het 'meerdere' – de onvoorwaardelijke eigendom in plaats van de voorwaardelijke – tóch sprake zijn van een gebrekkige overdracht uit hoofde van een titelgebrek. Ook Reehuis hanteert deze benadering.⁶¹²

Ten aanzien van de overdracht onder ontbindende voorwaarde van een vordering, welke vordering door de betreffende verkrijger vervolgens onvoorwaardelijk wordt overgedragen aan een derde, lijken Bartels en Van Mierlo ten aanzien van de toepasselijkheid van art. 3:88 BW een minder juiste benadering te hanteren.⁶¹³ Althans, aan de vraag waarom de eerdere overdracht als 'ongeldig' zou kwalificeren om aldus aan toepasselijkheid van art. 3:88 BW te kunnen toekomen, gaan zij stilzwijgend voorbij. Plemp onderkent daarentegen expliciet dat de eerdere overdracht onder voorwaarde geldig is, maar verdedigt op basis van een aantal argumenten dat art. 3:88 BW niettemin toch toepassing kan vinden.⁶¹⁴ Zijn in het thans besproken verband voornaamste argument is daarin gelegen, dat de wetgever met name beoogde om derdenbescherming uit te sluiten in het geval de beschikkingsonbevoegdheid van de bezwaarde het gevolg zou zijn van beschikkingsonbevoegdheid van de aanvankelijke vervreemder. Met andere woorden, aan het enkele feit dat de eerdere overdracht geldig is, zou in de visie van Plemp blijkbaar minder gewicht moeten worden toegekend. Daarnaast wijst Plemp er op dat met het onder het NBW komen te ontbreken van terugwerkende kracht bij het intreden van voorwaarden niet beoogd was een dergelijke derdenbescherming te beperken. In dat laatste verband wijs ik er nogmaals op dat blijkens voormelde PG de wetgever inderdaad bescherming uit hoofde van art. 3:88 BW mogelijk

610 Naast de hierna te bespreken auteurs aanvaardt ook Hartkamp toepasselijkheid van art. 3:88 BW, echter zonder nadere onderbouwing (Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132). Dat geldt ook voor Boeve (Boeve 2007a, p. 15, 43). Met enige voorzichtigheid aanvaardt ook Perrick een dergelijke toepassing m.b.t. beschikkingen verricht door de langstlevende echtgenoot bij een voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling (Perrick 1992, p. 791).

611 Bartels & Tweehuysen 2011, p. 367-371.

612 Reehuis 2010, p. 93; Pitlo/Reehuis 2006, p. 186.

613 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 221.

614 Plemp 1990, p. 42.

achte. Tot slot onderschrijven ook Snijders en Rank-Berenschot dat art. 3:88 BW bij de niet-ingeschreven voorwaarde vanwege het ontbreken van de ongeldigheid van de eerdere overdracht naar de letter geen bescherming biedt.⁶¹⁵ Op basis van de ratio van de door art. 3:88 BW geboden bescherming zou deze in hun optiek echter wel toepassing moeten vinden.

Als ik het vorenstaande samenvat is de nauwelijks weersproken visie dat de artt. 3:86 en 3:88 BW in beginsel toepassing zouden kunnen vinden, omdat de bezwaarde beschikkingsonbevoegd is ten aanzien van een onvoorwaardelijke gerechtigdheid. Daadwerkelijke toepassing van art. 3:88 BW is uitsluitend omstreden vanwege het additionele vereiste van de ongeldigheid van een vroegere overdracht die ten grondslag moet liggen aan die beschikkingsonbevoegdheid. Ten aanzien van dit laatste bieden de vorenomschreven argumenten in mijn optiek overigens afdoende gewicht om deze 'hobbel' voor toepasselijkheid van art. 3:88 BW te kunnen nemen. Met uitzondering van Salomons wordt toepasselijkheid van de artt. 3:86 en 3:88 BW daarmee in elk geval niet afgewezen op grond van de gedachte, dat de bezwaarde vooralsnog gewoon beschikkingsonbevoegd is.

Onverminderd het feit dat ook ik de door deze wetsbepalingen geboden bescherming in het kader van voorwaardelijkheid wenselijk acht, wil ik niettemin enkele vraagtekens plaatsen bij de achterliggende systematiek. Inherent aan de stelling dat de bezwaarde niet of 'beperkt' beschikkingsonbevoegd is, is immers dat de voorwaardelijkheid van de aanvankelijke beschikking klaarblijkelijk een systematiek respectievelijk verklaring kent die gebaseerd is op goederenrechtelijke gerechtigdheid. Uitsluitend een beperking van deze goederenrechtelijke gerechtigdheid – hoe we die verder ook zouden moeten zien – kan immers leiden tot een 'beperking' ten aanzien van de beschikkingsonbevoegdheid van de gerechtigde. Het wekt in die zin dan ook geen verbazing dat vrijwel alle voormelde auteurs die toepasselijkheid van beide wetsbepalingen (in beginsel) aanvaarden, de verklaring van de goederenrechtelijke werking inderdaad op het terrein van de goederenrechtelijke gerechtigdheid zoeken dan wel tenminste de voorwaarde laten 'doorwerken' in het goed dat wordt verkregen (althans, voor zover deze auteurs zich daarover hebben uitgesproken).⁶¹⁶ Opvallend is dan ook dat ik bij geen van de auteurs die de goederenrechtelijke werking van voorwaarden verklaren uit de voorwaardelijkheid van de titel of de levering een afwijzing (of overigens een aanvaarding) heb gevonden van toepasselijkheid van de artt. 3:86 of 3:88 BW.

In dit laatste vinden we wederom een verschil in benadering met het hierna besproken Duitse recht. De verklaring van de goederenrechtelijke werking

⁶¹⁵ Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 338.

⁶¹⁶ Kortmann vormt hierop de uitzondering, waarbij ik echter aanteken dat de door hem verdedigde visie op de verklaring van de goederenrechtelijke werking in verscheidene opzichten als zodanig reeds onhoudbaar is (zie § 11.2.6.2).

is naar Duits recht gelegen in de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst – de voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste derhalve en niet van de goederenrechtelijke gerechtigdheid van de bezwaarde – waarmee de bezwaarde dus volledig beschikkingsbevoegd is. Derdenbescherming vindt dan ook systematisch geheel juist plaats door middel van het van *overeenkomstige* toepassing verklaren van derdenbeschermingsbepalingen. Anders dan in het Duitse recht is derhalve voor het Nederlandse recht het tweede aspect van de goederenrechtelijke werking, bestaande uit de werking ten opzichte van derden, in het thans besproken verband van de derdenbescherming systematisch beschouwd wederom niet in ieder opzicht even goed uitgewerkt.

Duits en Zwitsers recht

Bij de vorenstaande bespreking van het Nederlands geldend recht kwam naar voren dat de derdenbescherming van de artt. 3:86 en 3:88 BW door (een deel van) de literatuur wordt aanvaard op basis van de gedachte, dat de bezwaarde beschikkingsonbevoegd is ten aanzien van het gehele – door de bezwaarde voorwaardelijk gehouden – goed. Met andere woorden, de bezwaarde zou slechts beschikkingsbevoegd zijn ten aanzien van het goed onder voorwaarde, maar niet ten aanzien van het onvoorwaardelijk gehouden goed. Dit is zeker niet de benadering in het Duitse en Zwitserse recht. In beide stelsels is de bezwaarde immers zonder meer beschikkingsbevoegd gedurende de periode van onzekerheid. Het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van de voorwaarde ten voordele van de verwachter wordt dan ook niet afgeleid uit een goederenrechtelijke systematiek, maar uit de wetsduiding als gelegen in § 161 leden 1 en 2 BGB respectievelijk art. 152 III OR.⁶¹⁷ Een eventuele derdenbescherming heeft daarmee feitelijk geen betrekking op bescherming tegen een daadwerkelijke beschikkingsonbevoegdheid van de bezwaarde die een tussenbeschikking verricht, maar op bescherming tegen de wetsduiding van voormelde bepalingen.

Systematisch juist worden voor het Duitse recht dan ook op grond van § 161 lid 3 BGB derdenbeschermingsbepalingen ter zake een beschikkingsonbevoegdheid van de bezwaarde die beschikt van *overeenkomstige* toepassing verklaard. Rechtstreekse toepassing daarvan is immers op grond van de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde niet mogelijk.⁶¹⁸ Het Duitse recht kent derhalve op dit punt een coherente systematiek, waarbij aan de derde bescherming wordt verleend als ware de bezwaarde beschikkingsonbevoegd. Een bescherming die er per saldo op neerkomt dat de wetsduiding van § 161 BGB geen toepassing vindt.

⁶¹⁷ Zie § 11.2.5.2 en § 11.2.5.3.

⁶¹⁸ Deze systematiek wordt in de Duitse literatuur ook onderschreven, zie o.a.: Staudinger/Bork 2010, p. 350.

Anders dan voor het Duitse recht is de verklaring van de goederenrechtelijke werking in de Zwitserse literatuur omstreden, voor zover al aandacht bestaat voor die verklaring. Zoals gezegd geldt deze onduidelijkheid niet voor de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde ten aanzien van het voorwaardelijk overgedragen goed; de bezwaarde kan over het goed beschikken als ware hij onvoorwaardelijk gerechtigde. Eventuele derdenbescherming ten behoeve van een derde die van de bezwaarde verkrijgt, is dan ook overeenkomstig hetgeen ik hiervoor ten aanzien van het Duitse recht stelde in feite een bescherming tegen toepassing van de wetsduiding van § 152 III OR. Een bepaling als § 161 lid 3 BGB ontbreekt echter in het Zwitserse recht. In de Zwitserse literatuur wordt wel gesteld dat de derde te goeder trouw zich niettemin op art. 933 ZGB zou kunnen beroepen, welke bepaling bescherming verleent tegen de beschikkingsonbevoegdheid van een partij die beschikt over een roerende zaak.⁶¹⁹ Of deze mogelijke toepassing van art. 933 ZGB al dan niet bredere aanvaarding kent, is mij niet gebleken.

Iets anders is dat de mogelijkheden van een voorwaardelijk beschikken in het Zwitsers recht in redelijke mate begrensd of tenminste omstreden zijn en in die zin eventuele derdenbescherming hoe dan ook een beperktere omvang heeft.⁶²⁰ Daarnaast is het verrichten van een tussenbeschikking door de bezwaarde ten aanzien van roerende zaken veelal feitelijk niet mogelijk, hetgeen eveneens de behoefte aan derdenbescherming beperkt.⁶²¹ Verder is een mogelijke beperking van derdenbescherming daarin gelegen, dat het enigszins de vraag is of art. 152 III OR ook toepassing vindt bij ontbindend voorwaardelijke rechtsverhoudingen.⁶²² Zo niet, dan vervallen tussenbeschikkingen ten behoeve van derden hoe dan ook niet en hebben deze derden uiteraard ook geen behoefte aan een dergelijke bescherming. Tot slot kent het Zwitsers recht überhaupt geen bescherming van de cessionaris die van een beschikkingsonbevoegde verkrijgt. Ook de cessionaris die derhalve onterecht meent een vordering onvoorwaardelijk te verkrijgen, kan zich derhalve niet op derdenbescherming beroepen.⁶²³

619 De bescherming van art. 933 ZGB van de derde zou voorrang genieten boven die van art. 152 III OR voor de verwachter (Huguenin e.a. 2008, p. 200). Waarom art. 933 ZGB toch toepassing zou vinden ondanks dat de bezwaarde niet beschikkingsonbevoegd is, verklaart Huguenin niet.

620 Zie § 5.3.2 en § 11.1.4.

621 Voor de levering van roerende zaken is o.g.v. art. 714 jo 922 ZGB vrijwel steeds een daadwerkelijke feitelijke bezitsverschaffing vereist, ook bij een overdracht onder opschortende voorwaarde. Doordat deze verwachter derhalve bijna altijd de feitelijke macht over de voorwaardelijk verkregen roerende zaak uitoefent, ontbreekt het de bezwaarde die reeds heeft beschikt aan de mogelijkheid om over dezelfde zaak nogmaals ten behoeve van derden te beschikken. Daarvoor zou hij immers zelf nog de feitelijke bezitter moeten zijn.

622 Dit lijkt wel de heersende leer te zijn, zie § 11.2.5.3.

623 Koller 2009, p. 1288; Honsell 2008, p. 618; Staehelin 1993, p. 33. Door Berger wordt in afwijking hiervan verdedigd dat deze cessionaris te goeder trouw bescherming dient te

We zien derhalve dat het Duitse recht door middel van overeenkomstige toepassing van derdenbeschermingsbepalingen aan derden (eventueel) bescherming verleent tegen het verval van hun gerechtigdheid uit hoofde van het intreden van een voorwaarde. Voor het Zwitsers recht is dat minder duidelijk en is de eventuele toepasselijkheid van een dergelijke derdenbescherming in elk geval op verschillende gronden beperkt.

11.4.4.6 *Het moment waarop bescherming intreedt en eventueel weer vervalt*

Geldend recht, nadere uitwerking

In de standaard situatie van toepasselijkheid van een derdenbeschermingsbepaling treden de gevolgen van die bescherming in per het moment van beschikken, derhalve het moment van levering aan of bezwaring ten behoeve van de derde. Bij de in deze paragraaf besproken bescherming in het kader van voorwaardelijkheid is dat in beginsel niet anders. Voor één situatie geldt echter een andere systematiek. Dat betreft het verder uitsluitend in de inleiding van deze paragraaf genoemde geval, waarbij door een geheel beschikkingsonbevoegde ten behoeve van de derde is beschikt, maar onder een voorwaarde. De derde verkrijgt derhalve in zijn beleving zelf onder voorwaarde overgedragen door een beschikkingsbevoegde. Voor die situatie ligt de gedachte voor de hand dat de bescherming van de derde – of beter: het rechtsverlies uit hoofde van die derdenbescherming van de eigenlijk gerechtigde – eveneens afhankelijk dient te zijn van die voorwaarde.

Van de verschillende denkbare situaties waarbij het (definitieve) rechtsverlies van de eigenlijk gerechtigde afhankelijk is van het intreden van de voorwaarde waaronder de derde verkreeg, noemt de wet er in art. 3:86 lid 2 BW één: een beperkt recht van de eigenlijk gerechtigde vervalt pas op het moment dat de opschortende voorwaarde waaronder de derde verkreeg intreedt.⁶²⁴ Met andere woorden, vooralsnog is het uit de derdenbescherming voortvloeiende rechtsverlies van de eigenlijk gerechtigde opgeschort. Het bijzondere aan deze systematiek is dat het toetsingsmoment voor de vraag of voldaan wordt aan de vereisten voor derdenbescherming – de levering aan of eventueel bezwaring ten behoeve van de derde – voorafgaat aan het moment waarop de gevolgen van eventuele bescherming intreden. Of anders gezegd, de eventuele bescherming van de derde (verwachter) is vanaf het moment van de beschikking zekergesteld, maar de eventuele gevolgen van die bescherming zijn afhankelijk van het intreden van de voorwaarde. Het vorenstaande volgt

verkrijgen u.h.v. analoge toepassing van art. 164 II OR (Berger 2012, p. 260). De mogelijkheid van cessie onder een ontbindende voorwaarde is naar Zwitsers recht overigens omstreden.

⁶²⁴ Een toevoeging die blijkens de PG pas in een zeer laat stadium is opgekomen. De zeer uitgebreide PG bij art. 3:86 BW bevat overigens slechts minimale aandacht voor deze toevoeging (zie PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1216).

(voor wat betreft het eigendomsvoorbehoud) rechtstreeks uit art. 3:86 lid 2 BW en wordt als resultaat in de literatuur ook terecht onderschreven.⁶²⁵

Bij art. 3:86 lid 2 BW vallen niettemin een aantal opmerkingen te maken, die er alle op neerkomen dat het naar de letterlijke redactie geboden toepassingsbereik van de bepaling te beperkt is. Zo is er geen enkele reden deze systematiek uitsluitend toe te passen bij de specifieke voorwaarde van het eigendomsvoorbehoud, maar is deze zonder meer ook toepasbaar bij andersoortige voorwaarden. Daarnaast bestaat geen enkel argument om deze systematiek uitsluitend te laten gelden ten aanzien van de in art. 3:86 lid 1 BW genoemde goederen. Tot slot blijft onduidelijk waarom de wetgever de bepaling van lid 2 uitsluitend geredigeerd heeft op het verval van een beperkt recht van de eigenlijk gerechtigde. Waarom zou deze systematiek niet gelden voor de situatie waarin de gerechtigdheid van de eigenlijk gerechtigde betrekking heeft op een onbezwaard goed in plaats van een beperkt recht en de vervreemder derhalve geheel beschikkingsonbevoegd is? In dit laatste valt geen enkel argument te bedenken voor de opvatting dat de eigenlijk gerechtigde in dat geval direct – derhalve reeds vóór het intreden van de opschortende voorwaarde waaronder de derde verkreeg – zijn gerechtigdheid tot het goed zou moeten verliezen.⁶²⁶ Samengevat heeft art. 3:86 lid 2 BW een strekking die bij een verkrijging onder opschortende voorwaarde door een derde een veel ruimer bereik heeft dan uit de bepaling naar de letter voortvloeit.

Naast de vorenbesproken situatie kan zich ook de spiegelbeeldige situatie voordoen waarbij de derde onder een ontbindende voorwaarde verkreeg met toepassing van een derdenbeschermingsbepaling. In die situatie bestaat er uiteraard alle reden om het rechtsverlies van de eigenlijk gerechtigde ten gevolge van de bescherming direct ten tijde van de beschikking ten behoeve van de derde te aanvaarden. Andersom bestaat er daarentegen geen enkele reden om dit rechtsverlies te handhaven indien de ontbindende voorwaarde op een later moment zou intreden en de gerechtigdheid van de derde dientengevolge eindigt. Ware dit laatste anders, dan zou de beschikkingsonbevoegde vervreemder via de derdenbescherming van de derde alsnog zelf de werkelijk gerechtigde tot het goed worden – een onacceptabel resultaat. Ik wil derhalve verdedigen dat het rechtsverlies van de eigenlijk gerechtigde onder dezelfde voorwaarde plaatsvindt als waaronder de derde verkreeg, ook al kent de wet geen enkele bepaling waar we dit gevolg rechtstreeks op zouden kunnen baseren.

Bij de hiervoor door mij verdedigde (veel) bredere betekenis die de voorwaardelijkheid van de verkrijging van de derde heeft in het verband van het

625 Reehuis 2013, p. 79 e.v.; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 529; Fesevur 2005, p. 180.

626 In dezelfde zin: Fesevur 2005, p. 180.

rechtsverlies van de eigenlijk gerechtigde dan rechtstreeks uit art. 3:86 lid 2 BW voortvloeit, zij het volgende opgemerkt. De verkrijging door de derde uit hoofde van derdenbescherming vormt een originaire verkrijging. Deze wijze van verkrijging maakt het niet eenvoudig een theoretisch kader te omschrijven waaruit zou volgen, dat het door mij voorgestane rechtsverlies van de eigenlijk gerechtigde inderdaad slechts voorwaardelijk plaatsvindt. Als gezegd biedt ook de wet buiten het zeer beperkte bereik van art. 3:86 lid 2 BW daarvoor geen grondslag. Niettemin kunnen we uit deze wetsbepaling afleiden dat ook de wetgever onderschrijft, dat de voorwaardelijkheid van de verkrijging door de derde van betekenis moet zijn ten aanzien van het rechtsverlies door de eigenlijk gerechtigde. De wetgever heeft 'slechts' verzuimd die gedachte in het BW goed uit te werken.⁶²⁷ Ook al is het theoretisch kader voor deze benadering derhalve lastig, niettemin wil ik op grond van de ratio van de geboden bescherming aan het vorenstaande vasthouden.

⁶²⁷ Gezien het in het rechtsverkeer ongetwijfeld uiterst bescheiden belang van deze nuancering van de derdenbescherming is het eigenlijk reeds verwonderlijk dat art. 3:86 lid 2 BW in de wet is opgenomen. Ik wil de wetgever in die zin ook zeker niet te hard afvallen.

Samenvatting en conclusies

DE VOORWAARDE IN HET VERMOGENSRECHT

Onderstaand geef ik een samenvatting van dit onderzoek tezamen met de conclusies zoals ik deze verspreid over deze studie reeds heb verwoord. Deze samenvatting is met name een weergave van hetgeen ik zelf verdedig, deels ook in afwijking van hetgeen we als het thans geldend Nederlandse recht kunnen beschouwen. Voor een weergave van het eventueel andersluidende Nederlandse recht verwijs ik naar de betreffende delen van deze studie.

Voorwaarden zijn in die zin een bijzondere rechtsfiguur dat uit hoofde van de partijwil de aan voorwaarden inherente onzekerheid aan een rechtsverhouding wordt toegevoegd. Onzekerheid die zónder dat partijen een voorwaarde overeengekomen zouden zijn naar alle waarschijnlijkheid ook zonder enige betekenis voor die rechtsverhouding zou zijn gebleven. Deze mogelijkheid om door middel van voorwaarden specifieke onzekerheden in de rechtsverhouding te verdisconteren en daarmee de verdere gevolgen van de rechtsverhouding afhankelijk te maken van een onzekere gebeurtenis, leidt ertoe dat voorwaarden zowel in het rechtsverkeer als in dogmatisch opzicht zeer uiteenlopende functies vervullen. Voor het rechtsverkeer bestaat de voornaamste functie uit het hanteerbaar maken of de herverdeling van risico's tussen partijen. Voor wat betreft de dogmatiek is de voor de hand liggende belangrijkste functie gelegen in de afhankelijkheid tussen het al dan niet intreden van de onzekere gebeurtenis en het daarvan afhankelijke rechtsgevolg.

Voor wat betreft de aan voorwaarden inherente onzekerheid doet zich de vraag voor welke vereisten aan die onzekerheid gesteld worden om van een 'voorwaarde' te kunnen spreken. Voor het Nederlands geldend recht bestaat er vrijwel geen twijfel over dat steeds sprake moet zijn van 'objectieve onzekerheid'. Onzekerheid derhalve met betrekking tot een gebeurtenis die zich nog niet heeft voorgedaan en van welke gebeurtenis evenmin vaststelbaar is of deze in de toekomst zal plaatsvinden. De te hanteren norm óf sprake is van een dergelijke onzekerheid is vrij strikt, maar bestaat niet uit een vereiste van absolute onzekerheid. In de literatuur vinden we in dat verband onder andere de norm van een 'naar algemeen menselijke ervaring' bestaande onzekerheid. Een dergelijke norm laat ruimte voor toekomstige gebeurtenissen waarvan

redelijkerwijs niet is vast te stellen of deze zullen plaatsvinden, maar waarvan het toekomstige al dan niet plaatsvinden in bijvoorbeeld natuurwetenschappelijk opzicht van aanvang af een vaststaand gegeven is. Voor de praktijk bestaat in die zin derhalve wel enige – zij het bescheiden – speelruimte met betrekking tot het soort gebeurtenis dat de inhoud van een voorwaarde kan vormen.

Een uitsluitend ‘subjectieve onzekerheid’ – onzekerheid bij partijen ten aanzien van een objectief zekere gebeurtenis – wordt in dit verband niet beschouwd als daadwerkelijke onzekerheid. Dit laatste deels in afwijking van de literatuur onder het OBW alsmede het Duitse en Zwitserse recht, in welke stelsels in ieder geval in materieel opzicht afwijkende benaderingen worden gehanteerd. Ook in mijn optiek bestaan geen bezwaren tegen uitsluitend subjectief onzekere voorwaarden en hebben deze ook een zinvolle functie. Partijen weten bijvoorbeeld ten tijde van het aangaan van een koopovereenkomst nog niet of de verkochte en reeds bestaande zaak voldoet aan bepaalde objectief vast te stellen kwaliteitseisen. Deze onzekerheid is van uitsluitend subjectieve aard, omdat reeds bij het aangaan van de koop sprake is van een objectief vaststelbare situatie. Het aangaan van de koopovereenkomst onder de voorwaarde dat zal blijken dat de zaak aan deze vereisten voldoet, is ook buiten een figuur als de ‘koop op proef’ een te aanvaarden figuur. Daaruit volgt dat in mijn optiek de uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde tot een (tenminste in materieel opzicht) voorwaardelijke rechtsverhouding tussen partijen leidt, met vrijwel alle gevolgen die aan voorwaardelijkheid zijn verbonden. Dit kan systematisch beschouwd het beste worden bereikt met een analoge toepassing van de wettelijke bepalingen ter zake voorwaarden, zoals dit ook voor het Duitse recht veelal wordt verdedigd.

Uitgezonderd van deze mogelijkheid om ook uitsluitend subjectieve voorwaarden aan een rechtsverhouding te kunnen verbinden, zijn goederenrechtelijke verhoudingen. Een beschikken over een goed kan derhalve niet plaatsvinden onder een uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde. Aanvaarding van deze laatste mogelijkheid leidt namelijk tot een ongewenste relativering van eigendom. Derden behoeven immers niet in dezelfde subjectieve onzekerheid als partijen te verkeren, waarmee de tussen partijen bestaande voorwaardelijke gerechtigdheid tot een goed voor wat betreft deze derden een onvoorwaardelijke gerechtigdheid van een van beide partijen zou zijn.

Het voor het geldend recht toepasselijke vereiste van objectieve onzekerheid laat onverlet dat het op enig moment bestaan van subjectieve onzekerheid bij partijen eveneens een vereiste voor voorwaardelijkheid vormt. Dé grondslag voor het bestaan van voorwaardelijkheid is namelijk gelegen in de partijwil. Deze partijwil kan echter uitsluitend gericht zijn geweest op het overeenkomen van een voorwaarde indien door partijen ook daadwerkelijk getwijfeld werd aan de uitkomst van de toekomstige onzekere gebeurtenis. Het ná de totstandkoming van de voorwaardelijkheid alsnog eindigen van subjectieve onzekerheid bij het tegelijkertijd voortbestaan van objectieve onzekerheid is voor de (reeds bestaande) voorwaardelijkheid daarentegen zonder betekenis. De

voorwaardelijkheid is immers door partijen in het leven geroepen, waarmee – buiten de vorenbesproken situatie van een uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde – de subjectieve onzekerheid in het verband van de voorwaardelijkheid geen functie meer vervuld.

Het OBW kende in afwijking van in elk geval het huidige Nederlandse en het Duitse recht een systematiek waarbij voorwaarden terugwerkende kracht hadden. Een figuur waarvan de essentie is gelegen in het feit dat het intreden van de voorwaarde ook voor het verleden in *goederenrechtelijk* opzicht gevolgen heeft. Een uitsluitend ‘obligatoire terugwerkende kracht’ bestaande uit de verplichting de andere partij in de positie te brengen alsof sprake is van een daadwerkelijke – goederenrechtelijke – terugwerkende kracht is daarentegen niets anders dan een wijze van vaststelling van de omvang van obligatoire verplichtingen tussen partijen per het moment van het intreden van de voorwaarde. Van enigerlei juridische fictie is bij deze laatste figuur geen sprake. Een dergelijke obligatoire terugwerkende kracht kent ook niet de vele nadelen van ‘daadwerkelijke’ terugwerkende kracht, zodat het partijen ook onder het NBW vrijstaat deze overeen te komen.

De in goederenrechtelijk opzicht terugwerkende kracht vormt daarentegen wel degelijk een juridische fictie en leidde onder het OBW tot een lange reeks van vraagstukken en problemen. In verband met deze problemen – maar overigens niet omdat sprake is van een fictie – liet Meijers de figuur van de terugwerkende kracht in goederenrechtelijke zin bij voorwaarden dan ook geheel terecht in het NBW vervallen. Voor het thans geldend recht is dit in goederenrechtelijk opzicht ontbreken van terugwerkende kracht van dwingend recht.

De vraag op welke wijze de figuur van voorwaarden is ingepast in het vermogensrechtelijke systeem, kunnen we vanuit een aantal invalshoeken benaderen. Verreweg de belangrijkste daarvan bestaat uit de vraag hoe we de *gevolgen* van voorwaardelijkheid in deze vermogensrechtelijke systematiek moeten plaatsen. In het kader van die vraag wordt veelal de term ‘voorwaardelijke werking’ gehanteerd. Ondanks de vanzelfsprekendheid waarmee deze term wordt gebruikt, is echter sprake van een onduidelijk en allesbehalve eenduidig begrip. Met name is de vraag of de voorwaardelijke werking moet worden beschouwd als beschrijvend dan wel verklarend van aard. In het eerste geval omvat het begrip van de voorwaardelijke werking niet meer dan een duiding van de verschillende gevolgen van de voorwaardelijkheid, terwijl uit de voorwaardelijke werking als verklarend begrip de verschillende gevolgen uit dit begrip worden afgeleid.

Om de achterliggende systematiek van de gevolgen van voorwaardelijkheid te doorgronden, heb ik eerst de begrippen ‘overeenkomst’ en ‘verbintenis’ bestudeerd. Daarbij bleek dat niet alleen de inhoud van deze begrippen ten dele lastig is vast te stellen, maar tevens dat tussen de onderzochte stelsels

dienaangaande wezenlijke verschillen bestaan die ook consequenties hebben in het verband van voorwaardelijkheid. Met name de allocatie van de 'rechtsbetrekking' tussen partijen als deel van het begrip van de overeenkomst dan wel van de verbintenis blijkt voor de te hanteren systematiek belangrijke gevolgen te hebben. Onder deze rechtsbetrekking is te verstaan de relatie tussen partijen op een bepaald moment – in de zin van het samenstel van alle ingetreden rechtsgevolgen – zoals deze is gelegen in of voortvloeit uit de overeenkomst dan wel de verbintenis tussen partijen. Het systematische belang van de allocatie van deze rechtsbetrekking in relatie tot voorwaardelijkheid is gelegen in de volgende twee aspecten.

Op de eerste plaats is deze allocatie van belang in verband met het feit dat de overige bestudeerde stelsels het directe bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis afwijzen. Daaruit volgt dat alle rechtsgevolgen die geplaatst worden op dit niveau van de verbintenis tót het intreden van de opschortende voorwaarde uit hoofde van de systematiek evenmin direct kunnen bestaan. Onder het OBW leidde dat bijvoorbeeld tot een moeizame verklaring van de directe binding tussen partijen, waar deze binding geplaatst werd op het niveau van de (nog niet bestaande opschortend voorwaardelijke) verbintenis. In het Duitse recht leidt deze systematiek tot een lastige verklaring van de gevolgen die worden samengevat onder de term 'Vorwirkung'. Voor het thans geldend Nederlandse recht is deze kwestie daarentegen zonder belang, omdat (ook) de opschortend voorwaardelijke verbintenis als direct bestaand wordt beschouwd.

Op de tweede plaats is de allocatie van de rechtsbetrekking in relatie tot de voorwaarde van belang, omdat deze als verklaringsgrond gewenste relatie uitsluitend begrijpelijk is indien de rechtsbetrekking en voorwaarde zich op dezelfde niveaus bevinden. De beëindiging van een overeenkomst als bron van verdere verbintenissen is bijvoorbeeld slechts begrijpelijk, indien de ontbindende voorwaarde uit hoofde waarvan wordt beëindigd zich op het niveau van deze overeenkomst bevindt. Een benadering waarbij de ontbindende voorwaardelijkheid van een verbintenis gevolgen heeft voor de ontstaansbron van die verbintenis – de overeenkomst – is daarentegen een ondoorgrondelijke systematiek, waar oorzaak en gevolg immers zouden worden omgedraaid.

Nadat ik voor de verschillende stelsels de (onderling afwijkende) allocaties van de rechtsbetrekking heb vastgesteld, heb ik de opschortend en de ontbindend voorwaardelijke werking ieder vanuit twee aspecten bestudeerd. Bij de opschortend voorwaardelijke werking heb ik in dat verband de verklaringsgrond voor het bestaan van de 'Vorwirkung' onderzocht alsmede de (on)mogelijkheid van nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis vóór het eventuele intreden van de voorwaarde. Voor beide aspecten blijkt wezenlijk te zijn dat naar Nederlands geldend recht de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding direct bestaat. Een systematiek die inhoudelijk overeenstemt met het Zwitsers recht, maar afwijkt van het OBW en het Duitse recht waar

de rechtsbetrekking wordt geplaatst op het niveau van de (nog) niet bestaande verbintenis.

Met dit directe bestaan van de rechtsverhouding is eigenlijk de vraag waarom bepaalde effecten van die rechtsverhouding vóór het in vervulling gaan van de voorwaarde nog *niet* zouden intreden. Dat een direct bestaande rechtsverhouding (nog) geen gevolgen heeft, vraagt immers om een nadere verklaring. De in de literatuur gehanteerde benadering is daarentegen meestal spiegelbeeldig in die zin, dat de te beantwoorden vraag zou zijn waarom bepaalde effecten *wel* direct zouden intreden ondanks de 'opgeschorte werking' uit hoofde van de opschortende voorwaarde. Dit laatste vanuit de gedachte dat deze opgeschorte werking (vrijwel) alle materiële gevolgen van de direct bestaande rechtsverhouding vooralsnog niet zou laten intreden. Een verdere systematische onderbouwing voor deze benaderingswijze ontbreekt echter, zodat de 'opgeschorte werking' zelf als een verklarend begrip voor het vooralsnog niet intreden van deze materiële gevolgen wordt gehanteerd.

In de door mij verdedigde systematiek wordt het *uitgangspunt* daarentegen gevormd door het wél direct intreden van de verschillende materiële gevolgen. Zo laten zich de materiële gevolgen die worden samengevat onder de term 'Vorwirkung' vanuit het directe bestaan respectievelijk een daarop gerichte partijwil eenvoudig verklaren. Uit dit directe bestaan volgt tevens dat – in beginsel – reeds vóór het intreden van de opschortende voorwaarde verschuldigd kan worden nagekomen. Althans, voor zover een prestatie zich leent voor opgeschorte werking, zoals met name bij een beschikken over een goed onder opschortende voorwaarde. Alle prestaties die in feitelijke of juridische zin direct effect hebben, lenen zich daarentegen naar hun aard niet voor opschortende voorwaardelijkheid. Dat daarmee het merendeel van alle denkbare prestaties toch niet kan plaatsvinden voordat de opschortende voorwaarde is ingetreden (of zonder dat partijen de rechtsverhouding wijzigen in een onvoorwaardelijke of ontbindend voorwaardelijke), doet echter niets af aan het uitgangspunt dat opschortende voorwaardelijkheid niet in de weg staat aan directe nakoming.

De ontbindend voorwaardelijke werking heb ik bestudeerd vanuit de aspecten van de verklaring voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen en voor de beëindiging van de rechtsverhouding bij het intreden van de voorwaarde. Het directe bestaan van de rechtsverhouding onder ontbindende voorwaarde is in alle onderzochte stelsels vanzelfsprekend onbetwist. Voor wat betreft de verklaringen voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen en de beëindiging wordt niettemin slechts zelden aangeknoopt bij dit directe bestaan respectievelijk de partijwil die ten grondslag ligt aan deze bestaande rechtsverhouding. Toch ligt een dergelijke verklaringsgrond ten aanzien van beide voormelde aspecten voor de hand: partijen *willen* dat verrichte prestaties ongedaan gemaakt moeten worden bij het intreden van de ontbindende voorwaarde en ook dat de rechtsverhouding vanzelf eindigt indien de voorwaarde intreedt. Een wettelijke grondslag voor die gevolgen is derhalve overbodig. Daaruit volgt dan ook dat ongedaanmakingsverplichtin-

gen als bedoeld in art. 6:24 BW niet voortvloeien uit de wet, maar een grondslag in de partijwil vinden. Een wezenlijke consequentie daarvan is dat de vordering tot een dergelijke ongedaanmaking reeds vóór het intreden van de voorwaarde als 'bestaand' kwalificeert en niet als 'toekomstig'.

Uit deze deelstudie naar de systematiek achter de gevolgen van voorwaardelijkheid respectievelijk de voorwaardelijke werking volgen twee conclusies. Op de eerste plaats wordt de grondslag voor (de inhoud van) de voorwaardelijke werking gevormd door de partijwil, waaruit tevens volgt dat partijen die gevolgen zelf in hoge mate kunnen vormgeven. Partijen kunnen derhalve bepalen dat gepresteerd moet worden ondanks een opschortende voorwaardelijkheid, wat de omvang van een waardevergoeding is indien na het intreden van een ontbindende voorwaarde een prestatie zich naar haar aard niet ongedaan laat maken of dat het intreden van een voorwaarde geen goederenrechtelijke werking heeft. De beperkte grenzen aan die partijvrijheid vloeien rechtstreeks voort uit de voorwaardelijkheid zelf. Een presteren met (beoogde) blijvende gevolgen is uiteraard niet voorwaardelijk en ook lenen veel prestaties zich niet voor een presteren 'onder opschortende voorwaarde'. Dat zijn echter geen systematische beperkingen in die zin, dat deze grenzen uitsluitend bestaan omdat partijen hun rechtsverhouding hebben vormgegeven met inachtneming van de voorwaardelijkheid. Daarmee vormt het begrip 'voorwaardelijke werking' dan ook geen verklarend, maar uitsluitend een beschrijvend begrip van de verschillende gevolgen van de voorwaardelijkheid voor een individuele rechtsverhouding.

Op de tweede plaats is voor wat betreft de systematiek van de voorwaardelijke werking het plaatsen van de voorwaarde op het niveau van de 'rechtsbetrekking' – en voor het Nederlandse recht daarmee op het niveau van de overeenkomst tussen partijen – veel begrijpelijker dan op het niveau van de verbintenis. De gevolgen van de voorwaardelijkheid betreffen immers ook kwesties die niet zijn gelegen op het niveau van de verbintenis, zoals de beëindiging van de gehele verhouding tussen partijen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde. De figuur van de overeenkomst onder voorwaarde is dan ook mede in dat verband een te aanvaarden figuur.

Overeenkomstig de gevolgen van voorwaardelijkheid – de voorwaardelijke werking – vindt ook het bestaan van voorwaardelijkheid grondslag in de partijwil. De partijwil vormt ook de enig mogelijke grondslag voor dat bestaan, vanzelfsprekend inclusief figuren als de stilzwijgend overeengekomen voorwaarde en het bestendig gebruikelijk beding. De gewoonte, de wet en andere soms aangenomen grondslagen voor voorwaardelijkheid kunnen eventueel materiële gevolgen in het leven roepen die overeenstemmen met daadwerkelijke voorwaarden. Dat betekent echter niet dat daarmee inderdaad sprake is van een voorwaarde in de zin van art. 6:21 BW. Zoals ik verdedig, vloeien de gevolgen van voorwaardelijkheid namelijk voort uit de partijwil, waarvan echter geen sprake kan zijn indien de voorwaarde zelf niet haar grondslag

zou vinden in diezelfde partijwil. Daarnaast kan bij een grondslag buiten de partijwil iedere subjectieve onzekerheid bij partijen ontbreken en zullen partijen bij hun verdere handelen diensgevolge ook geen rekening houden met die onzekerheid. Dit rekening moeten houden met de bestaande onzekerheid is in het verband van echte voorwaarden vaak echter een kenmerkend gevolg van voorwaardelijkheid, bijvoorbeeld bestaande uit een zorgplicht van de bezwaarde voor een goed. Ook daarin kunnen we derhalve een argument zien om 'voorwaardelijkheid' buiten een grondslag in de partijwil niet te behandelen als een daadwerkelijke voorwaardelijkheid met de daaraan verbonden gebruikelijke gevolgen.

De mogelijkheid dat de gevolgen van iedere rechtsverhouding door middel van voorwaarden afhankelijk kunnen worden gemaakt van iedere onzekere gebeurtenis vormt het brede uitgangspunt. Dit uitgangspunt is echter naar twee zijden beperkt. Ten eerste zijn bepaalde voorwaarden niet mogelijk uit hoofde van strijd met de wet, de goede zeden of de openbare orde dan wel uit hoofde van beperkingen die voortvloeien uit het goederenrecht. Daarbij valt onder meer te denken aan voorwaarden die de andere partij proberen te verleiden tot een bepaald besluit of handelen, waar deze partij geheel vrij zou moeten blijven van een dergelijke invloed. De schenking onder opschortende voorwaarde van een echtscheiding of het plegen van een misdrijf door de andere partij zijn voorbeelden daarvan. Daarnaast kunnen ook goederenrechtelijke uitgangspunten als de overdraagbaarheid van goederen of verhaalsmogelijkheden door schuldeisers niet worden uitgesloten door middel van voorwaarden. Deze groep van – inhoudelijk sterk uiteenlopende – beperkingen ziet derhalve steeds op specifieke voorwaarden, veelal in relatie tot de inhoud van de rechtsverhouding.

Op de tweede plaats bestaan een aantal dwingend onvoorwaardelijke rechtsverhoudingen, waarbij de rechtsverhouding in beginsel überhaupt niet voorwaardelijk kan worden gemaakt. Dit laatste derhalve ongeacht de verdere inhoud van de voorwaarde. Bij een aanzienlijk deel van dergelijke rechtsverhoudingen ligt deze dwingende onvoorwaardelijkheid voor de hand, zoals bij familierechtelijke rechtshandelingen. Voor wat betreft vermogensrechtelijke verhoudingen bestaat deze groep met name uit de eenzijdig gerichte rechtshandelingen, zoals de opzegging, het uitbrengen van een ontbindingsverklaring, vernietiging of een herroeping. De reden voor de (in beginsel) dwingende onvoorwaardelijkheid van dergelijke eenzijdige rechtshandelingen is gelegen in de onaanvaardbaarheid voor de wederpartij of eventueel voor derden van de onzekerheid die uit de voorwaarde voortvloeit. Uit deze redengeving vloeit echter tegelijkertijd een zekere mate van nuancering aangaande de onmogelijkheid van voorwaardelijkheid voort. In bepaalde gevallen kan namelijk ondanks de voorwaardelijkheid iedere onzekerheid voor de wederpartij ontbreken of het eventuele wél bestaan daarvan voor deze wederpartij zonder belang zijn.

De gevolgen van een handelen in strijd met vorenbedoelde beperkingen aan voorwaardelijkheid zijn niet eenvoudig vast te stellen. De mogelijke consequenties bestaan in elk geval uit een nietigheid van de gehele voorwaardelijke rechtsverhouding dan wel uit een partiële nietigheid van uitsluitend de voorwaarde en het daarmee onvoorwaardelijk (voort)bestaan van de rechtsverhouding als zodanig. Hoe deze beoordeling uitvalt, is sterk afhankelijk van het soort rechtsverhouding in relatie tot de inhoud van de voorwaarde. Bij strijd met een uit het goederenrecht voortvloeiende beperking zal daarentegen veelal sprake zijn van algehele nietigheid van de (als voorwaardelijk bedoelde) beschikking.

Met betrekking tot de posities van partijen gedurende de periode van onzekerheid is uiteraard met name de vraag op welke wijze respectievelijk in welke omvang de voorwaardelijkheid de rechtsverhouding verder vormgeeft. De materiële gevolgen van de voorwaardelijkheid vóór het moment van intreden of verval van de voorwaarde heb ik bestudeerd aan de hand van vier kwesties: de mogelijkheid respectievelijk wijze van nakoming, de bescherming van de verwachter en de daarmee samenhangende zorgplicht van de bezwaarde, de invloed van voorwaardelijkheid op de goede trouw alsmede de kwalificatie van (opschortend voorwaardelijke) vorderingen als bestaand of toekomstig. Voor de nogal omvangrijke uitkomsten van de deelonderzoeken naar de eerste drie kwesties verwijs ik naar de desbetreffende gedeelten van deze studie.

Voor wat betreft de kwalificatie van vorderingen als bestaand of toekomstig heb ik verdedigd, dat het thans in allerlei varianten verdedigde criterium van Kleijn of bij de onzekere gebeurtenis sprake is van een 'intern' element (hetgeen zou leiden tot de kwalificatie van de vordering als 'toekomstig') dan wel van een 'extern' element (hetgeen de vordering als 'bestaand' zou laten kwalificeren) om twee redenen geen goed criterium is. Op de eerste plaats kunnen we (te) vaak twijfelen in welke gevallen sprake is van een dergelijk 'intern' of 'extern' element: waar ligt immers de scheidslijn voor wat betreft de invloed van partijen op het al dan niet plaatsvinden van dit element? Op de tweede plaats is onduidelijk wat als een dergelijk 'element' kwalificeert. Is dat bijvoorbeeld ook het nog moeten verrichten van de tegenprestatie in een situatie, waarin ieder van partijen jegens de ander gehouden is te presteren?

Een en ander leidt tot twee conclusies. Anders dan vaak wordt aangenomen, kan een opschortend voorwaardelijke vordering wel degelijk kwalificeren als 'toekomstig' in plaats van steeds als 'bestaand'. Daarnaast is een criterium voor het onderscheid tussen beide soorten van vorderingen gebaseerd op het al dan niet bestaan van gebondenheid van partijen – en daarmee van het al dan niet eenzijdig kunnen beëindigen van de vordering door de debiteur – een beter criterium dan het onderscheid tussen een intern en een extern element.

Partijen hebben vaak invloed op het intreden dan wel vervallen van een voorwaarde. Een dergelijke invloed vormt als zodanig veelal geen probleem. Dat kan echter anders zijn. Op de eerste plaats kan een partij een doorslaggevende invloed hebben op het al dan niet intreden van een voorwaarde een potestatieve voorwaarde derhalve. Deze term 'potestatieve voorwaarde' heeft in de verschillende stelsels echter geen vastomlijnde betekenis. In een aanzienlijk deel van de literatuur en ook in de door mij gehanteerde betekenis omvat deze term twee vormen van doorslaggevende partij-invloed, waarbij deze partij-invloed in elk geval bestaat uit een geheel vrije keuzemogelijkheid van de betreffende partij. Enerzijds is er de mogelijkheid van een *handelen* door een van partijen dat geheel afhankelijk is van de eigen wil. Bij gebreke aan een breder aanvaarde term wordt deze vorm van potestatieve voorwaarde door mij aangeduid als de 'geobjectiveerd potestatieve voorwaarde'. Anderzijds is er de doorslaggevende invloed die uitsluitend bestaat uit een toekomstige wilsuiking: de 'zuiver potestatieve voorwaarde'.

In het geldend Nederlandse recht ontbreekt vrijwel iedere aandacht voor de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde. Dit in tegenstelling tot het OBW en het Duitse en Zwitserse recht. Overeenkomstig de opvattingen in deze laatste stelsels is er echter geen enkele reden om aan te nemen dat geobjectiveerd potestatieve voorwaarden niet (meer) mogelijk zouden zijn. Ten aanzien van de figuur van de zuiver potestatieve voorwaarde bestaan daarentegen in alle stelsels aanzienlijke bedenkingen. Zonder meer lastig bij het vaststellen van de verschillende opvattingen dienaangaande is het feit dat de (on)mogelijkheid van zuiver potestatieve voorwaarden veelal wordt geplaatst in het licht van drie criteria: is sprake van een ontbindende of opschortende zuiver potestatieve voorwaarde, vormt het in de zuiver potestatieve voorwaarde gelegen wilsrecht een recht van de crediteur of de debiteur en is sprake van een eenzijdige rechtsverhouding of een wederkerige? Deze verschillende criteria – die we zeker niet allemaal bij iedere auteur vinden – leiden in de literatuur tot uiteenlopende conclusies.

Bij een opschortende zuiver potestatieve voorwaarde afhankelijk van de wil van de debiteur ontbreekt in elk geval de bindingswil en daarmee ook de rechtsverhouding als geheel. Bij een ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde kan die bindingswil in de bestaande opvattingen daarentegen wél direct bestaan. Voor deze laatste situatie heb ik echter verdedigd dat het intreden van de zuiver potestatieve voorwaarde in dat geval niet mag leiden tot ongedaanmakingsverplichtingen na een eerder presteren. Is wel degelijk beoogd dat ongedaanmakingsverplichtingen ontstaan, dan ontbreekt in mijn optiek wederom van aanvang af de vereiste binding en daarmee ook iedere rechtsverhouding.

De tweede beperking aan de partij-invloed bij voorwaardelijkheid vinden we in de strekking van art. 6:23 BW. Zoals ook uit het Duitse en Zwitserse recht volgt, is dit een bepaling waaraan omvangrijke materiële vraagstukken zijn verbonden. Voor wat betreft de theoretische achtergrond van art. 6:23 BW is

met name de vraag wat de grondslag is voor de in deze bepaling neergelegde beperking aan de partij-invloed. Vrijwel steeds wordt aangenomen dat deze grondslag gevormd wordt door de redelijkheid en billijkheid, zoals ook uit art. 6:23 BW volgt. In overeenstemming met de opvatting van een beperkt aantal auteurs verdedig ik daarentegen dat de strekking van deze wetsbepaling zou moeten zijn gelegen in een redelijke *uitleg* van de partijbedoeling in het verband van de voorwaardelijke rechtsverhouding en derhalve niet in een toetsing van het (niet-)handelen van de betreffende partij aan de redelijkheid en billijkheid. Of een dergelijk verschil in benadering van de strekking van art. 6:23 BW ook tot materieel andere gevolgen leidt, heb ik niet onderzocht. Dat lijkt echter weinig waarschijnlijk.

Het intreden of vervallen van een voorwaarde roept als zodanig nauwelijks vragen op. Dat geldt ook voor de daaruit voortvloeiende consequenties indien de rechtsverhouding daarmee onvoorwaardelijk wordt. Onverlet de schijnbaar overzichtelijke systematiek is de beëindiging van de ontbindende of opschortende voorwaardelijke rechtsverhouding daarentegen op onderdelen complex en deels ook onduidelijk. Deze onduidelijke koers vinden we bij verscheidene materiële aspecten terug. Zo ontbreekt bij voorwaarden een duidelijke wettelijke regeling voor ongedaanmaking, is het sterk de vraag of de in de PG aanvaarde 'waardevergoeding' zich als wijze van ongedaanmaking wel leent voor voorwaardelijke rechtsverhoudingen en blijft onder het BW onduidelijk of ongedaanmakingsverplichtingen al dan niet wederkerig zijn.

Voor de matige wettelijke uitwerking van deze en andere door mij geconstateerde bedenkingen aangaande de beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding ontbreekt weliswaar een écht overtuigende en alomvattende verklaring, maar een aantal uiteenlopende redenen kunnen niettemin worden geformuleerd. De eerste daarvan is gelegen in het feit dat het NBW een sterk gewijzigde opzet kent ten opzichte van het OBW, met name voor wat betreft de terugwerkende kracht. Deze laatste vormde onder het OBW het kernbegrip rond de systematiek van beëindiging en ongedaanmaking, maar kwam als figuur voor het NBW te vervallen. Daarnaast is ook de omvang van de wettelijke regeling van voorwaarden in het NBW sterk beperkt door het laten vervallen van een groot aantal wetsbepalingen uit het OBW. Het lijkt een redelijke aanname dat het mét deze – ingrijpende en talrijke wijzigingen lastig was voldoende afstand te nemen tot hetgeen de beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding in het NBW uiteindelijk eigenlijk behelsde.

Een tweede reden hangt samen met het feit dat de wetgever zich er onvoldoende bewust van lijkt te zijn geweest dat de figuur van voorwaarden een grotendeels andere benadering van de beëindiging en het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen vraagt dan figuren als de ontbinding wegens een tekortschieten of de onverschuldigde betaling. Bij voorwaarden is de partijwil er immers steeds op gericht geweest dat de rechtsverhouding eventueel zou worden beëindigd. Uit dien hoofde bestaat ook alle reden om de

beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding zowel systematisch als materieel anders te benaderen. Bij voorwaardelijkheid zal bijvoorbeeld direct een zorgplicht voor een overgedragen zaak op de bezwaarde rusten met het oog op een eventuele toekomstige ongedaanmaking, terwijl partijen normaal gesproken geen rekening behoeven te houden met een eventuele toekomstige ongedaanmaking uit hoofde van een ontbinding wegens tekortschieten. Ondanks deze en andere verschillen zocht de wetgever – onterecht – aansluiting bij voormelde figuren, hetgeen de inzichtelijkheid bepaald niet ten goede is gekomen.

Een derde reden kunnen we vinden in de ontwikkeling gedurende de laatste decennia, waarbij een verschuiving plaatsvond van de allocatie van de ‘rechtsbetrekking’ bij de verbintenis naar het niveau van de overeenkomst. De wettelijke regeling van afd. 6.1.5 BW had in deze gewijzigde systematiek veel beter kunnen worden opgenomen bij de bepalingen ter zake rechtshandelingen – zoals in het Duitse en Zwitserse recht – dan in het verbintenissenrecht. Met art. 3:38 BW zette Meijers weliswaar een eerste stap in de goede richting, maar verder bleef (ook) hij vasthouden aan de benadering van het OBW gericht op de voorwaardelijke verbintenis. Mijn conclusie is dan ook dat de wetgever ten opzichte van het OBW een groot aantal zaken terecht heeft gewijzigd, maar onvoldoende beseft dat daarmee ook een écht nieuwe systematiek van de voorwaardelijkheid ontstond.

De relatie tussen de figuur van bezit en voorwaardelijkheid is zonder meer complex. De benadering dat de veronderstelde ‘feitelijkheid’ van bezit iedere verhouding met voorwaardelijkheid in de weg staat, is in ieder geval een onjuiste simplificatie van die verhouding. De term ‘feit’ vormt voor het vermogensrecht immers niet zozeer een fysiek gegeven, maar de interpretatie van alle ter zake doende omstandigheden. Essentieel in dat verband is dat de voorwaardelijke verkrijging van een goed steeds een contractuele grondslag heeft in de partijverhouding. Dat is in die zin wezenlijk omdat partijen in een dergelijke verhouding geen scheiding kunnen aanbrengen tussen de eigendom en de pretentie van die eigendom als gelegen in het bezit. Bij het intreden van een voorwaarde na een voorwaardelijke beschikking is dat niet anders. Een ontkenning van de (retro-)bezitsovergang is immers een ontkenning van de (retro-)eigendomsovergang en vice versa. Bezit beschouwd als ‘feit’ volgt derhalve de eigendom, ook bij een toekomstig intreden van de voorwaarde. Daar vloeit uit voort dat ook alle gevolgen als verbonden aan bezit – de eventuele risico-aansprakelijkheid van de bezitter, de gerechtigdheid tot vruchten van de bezitter – van rechtswege mee overgaan bij het intreden van de (goederenrechtelijk werkende) voorwaarde.

Het bestaan van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden is voor het geldend Nederlandse recht als ook het Duitse en Zwitserse recht onbetwist, hetgeen in ieder geval ook gold voor de laatste decennia waarin het OBW

werking had. Deze goederenrechtelijke werking omvat in ieder geval twee aspecten: de werking tussen partijen bij de beschikking en de werking ten opzichte van derden die hun recht afleiden van de voorwaardelijk rechthebbende. Voor het Nederlandse recht wordt dit onderscheid tussen deze aspecten minder expliciet gemaakt dan in het Duitse en Zwitserse, maar ten aanzien van het bestaan van deze twee aspecten bestaat geen discussie. Toch is het zinvol om dit onderscheid ook in uitdrukkelijke zin te maken. Voor het Duitse en Zwitserse recht blijkt dit reeds uit het feit dat tussen deze beide aspecten een onderscheid wordt gemaakt voor wat betreft de verklaring daarvan. Voor het huidige Nederlandse recht wordt daarentegen geprobeerd beide aspecten af te leiden uit eenzelfde verklaring, zonder dat de voortdurende discussies dienaangaande echter tot een breder gedragen opvatting hebben geleid.

Voor deze onduidelijkheid rond de gezochte verklaring bestaan uiteenlopende redenen. Zo lijkt de wetgever zich niet erg bewust te zijn geweest van het feit dat het verval van de terugwerkende kracht als (mogelijke) verklaringsgrond tot een dogmatisch lastige situatie zou leiden. De wetgever heeft bovendien geen duidelijk standpunt ingenomen aangaande die verklaring. Daarnaast heeft het er alle schijn van dat art. 3:84 lid 4 BW in de benadering van Meijers een geheel andere functie had dan de later in dit wetsartikel vaak gelezen verklaringsgrond. Ook het in de Nederlandse literatuur niet afdoende onderkennen van het wezenlijke verschil tussen de voormelde twee aspecten van de goederenrechtelijke werking maakt de gezochte verklaring niet inzichtelijker. Daarnaast blijft in de literatuur deels onbesproken of een bepaalde verdedigde verklaring toepassing zou moeten vinden op zowel ontbindende als opschortende voorwaarden. Wellicht de wezenlijkste reden voor de thans bestaande, voortdurende discussie is echter gelegen in het volgende onjuiste uitgangspunt. De huidige benadering gaat ervan uit dat een alternatief moet worden gevonden voor de verklaring van de terugwerkende kracht zoals deze onder het OBW bestond. Echter, met uitzondering van het laatste decennium waarin het OBW gelding had, was die verklaring onder het OBW altijd omstreden. Met andere woorden, het thans gezochte 'alternatief' is een zoektocht naar iets wat er in feite nooit was.

Zoals ik verdedig, is er ook geen echt overtuigende verklaring denkbaar. In de huidige visie van de Hoge Raad is de voorwaarde in elk geval verbonden aan de goederenrechtelijke overeenkomst. In de verhouding tussen partijen is dat geen ideale, maar wel een in redelijke mate verdedigbare benadering. In de verhouding tot derden vormt dit echter geen verklaring, hetgeen ook in de Duitse en Zwitserse rechtskring wordt onderkend. Voor dit tweede aspect van de goederenrechtelijke werking is ook geen goede systematiek denkbaar, hetgeen de Duitse en Zwitserse wetgevers ertoe bracht de werking ten opzichte van derden uit de wet te laten voortvloeien.

Het feit dat een werkelijk overtuigende verklaring ontbreekt, is in mijn optiek niettemin geen wezenlijk probleem. De goederenrechtelijke werking is, gezien de behoefte aan een dergelijke figuur, terecht onbetwist. Weliswaar

zijn aan de te onderscheiden verklaringen een aantal (mogelijk) verschillende materiële consequenties verbonden, maar per saldo is het gewicht daarvan bescheiden.

Zoals ik ook in het inleidende hoofdstuk schets, bestaat dit onderzoek uit een reeks van deelstudies naar uiteenlopende aspecten van voorwaarden en de tussen deze deelaspecten bestaande dwarsverbanden. Een dergelijk onderzoek leidt naar zijn aard niet tot één samenhangende conclusie. Niettemin vinden we in dit onderzoek wel een zekere rode draad. Deze bestaat daaruit dat zeer veel aspecten van voorwaarden te herleiden zijn tot de partijwil. Partijen bepalen zélf of aan de rechtsverhouding een voorwaarde wordt verbonden, wat de inhoud – de onzekere gebeurtenis – van die voorwaarde vormt en wat de verdere gevolgen van de voorwaardelijkheid alsmede van het intreden van de voorwaarde zijn. Beperkingen ten aanzien van die wilsvrijheid zijn er slechts op bescheiden schaal. De drie voornaamste daarvan zijn van sterk uiteenlopende aard. Op de eerste plaats zijn er de hiervoor reeds genoemde beperkingen ten aanzien van bepaalde voorwaarden alsmede ten aanzien van bepaalde rechtsverhoudingen als geheel. Op de tweede plaats bestaan beperkingen ten aanzien van de invloed die partijen uit hoofde van een wilsrecht kunnen uitoefenen, wil op grond van het vereiste van gebondenheid van partijen nog sprake kunnen zijn van een bestaande rechtsverhouding (de zuiver potestatieve voorwaarden). Tot slot is er een logische beperking: waar partijen gevolgen overeenkomen die naar hun aard onvoorwaardelijk zijn, ontbreekt vanzelfsprekend voorwaardelijkheid. Voor het overige vormt de partijwil respectievelijk de wilsvrijheid ook ten aanzien van voorwaarden de essentie.

Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

DIE BEDINGUNG IM VERMÖGENSRECHT

Im Weiteren fasse ich diese Arbeit zusammen und formuliere resümierend die Schlussfolgerungen, die sich in den diversen Teilen dieser finden. Diese Zusammenfassung ist insbesondere eine Wiedergabe desjenigen, was ich selbst verteidige und was teilweise auch von dem abweicht, was wir als das derzeit geltende niederländische Recht betrachten können. Für eine Wiedergabe des eventuell anders lautenden niederländischen Rechts verweise ich auf die betreffenden Teile dieser Arbeit.

Bedingungen sind eine besondere Rechtsfigur in dem Sinne, dass auf Grund des Parteiwillens die Unsicherheit, die Bedingungen inhärent ist, einem Rechtsverhältnis hinzugefügt wird. Eine Unsicherheit, die, ohne dass die Parteien eine Bedingung vereinbart hätten, aller Wahrscheinlichkeit nach auch ohne irgendeine Bedeutung für jenes Rechtsverhältnis geblieben wäre. Diese Möglichkeit, mit Hilfe von Bedingungen spezifische Unsicherheiten in das Rechtsverhältnis mit einzubeziehen und damit die weiteren Folgen des Rechtsverhältnisses von einem unsicheren Ereignis abhängig zu machen, führt dazu, dass Bedingungen sowohl im Rechtsverkehr als auch in dogmatischer Hinsicht sehr unterschiedliche Funktionen erfüllen. Für den Rechtsverkehr besteht die wichtigste Funktion aus dem Anwendbar-Machen oder der Neuverteilung von Risiken zwischen den Parteien. Hinsichtlich der Dogmatik liegt die – auf der Hand liegende – wichtigste Funktion in der Abhängigkeit zwischen dem Eintreten oder dem Nicht-Eintreten des unsicheren Ereignisses und der davon abhängigen Rechtsfolge.

Hinsichtlich der den Bedingungen inhärenten Unsicherheit stellt sich die Frage, welche Anforderungen an diese Unsicherheit gestellt werden, um von einer “Bedingung” sprechen zu können. Für das niederländische geltende Recht besteht nahezu kein Zweifel darüber, dass immer von einer “objektiven Unsicherheit” die Rede sein muss. Eine Unsicherheit folglich in Bezug auf ein Ereignis, das noch nicht eingetreten ist und von dem auch nicht feststellbar ist, ob dieses in Zukunft eintreten wird. Die anzuwendende Norm, ob von einer derartigen Unsicherheit die Rede ist, ist ziemlich strikt, besteht aber nicht aus einer Anforderung absoluter Unsicherheit. In der Literatur finden wir in diesem Zusammenhang unter anderem die Norm einer “nach allgemein

menschlicher Erfahrung“ bestehenden Unsicherheit. Eine derartige Norm lässt Spielraum für künftige Ereignisse, von denen redlicherweise nicht festgestellt werden kann, ob diese eintreten werden, von denen aber das künftige Eintreten oder Nicht-Eintreten in beispielsweise naturwissenschaftlicher Hinsicht von Anfang an ein feststehendes Faktum ist. Für die Praxis besteht in diesem Sinne deshalb wohl ein gewisser – wenn auch bescheidener – Spielraum in Bezug auf die Art des Ereignisses, das den Inhalt einer Bedingung bilden kann.

Eine ausschließlich “subjektive Unsicherheit” – Unsicherheit bei den Parteien hinsichtlich eines objektiv sicheren Ereignisses – wird in diesem Zusammenhang nicht als tatsächliche Unsicherheit betrachtet. Letzteres weicht teilweise von der Literatur zum Alten [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuch sowie zum deutschen und schweizerischen Recht ab, in welchen Rechtssystemen auf jeden Fall in materieller Hinsicht abweichende Ansätze angewendet werden. Auch in meiner Sichtweise bestehen keine Einwände gegen ausschließlich subjektiv unsichere Bedingungen, und diese haben auch eine sinnvolle Funktion. Die Parteien wissen beispielsweise zum Zeitpunkt des Abschlusses eines Kaufvertrages noch nicht, ob die verkaufte und bereits bestehende Sache bestimmten objektiv festzustellenden Qualitätsanforderungen entspricht. Diese Unsicherheit ist ausschließlich subjektiver Art, weil bereits beim Abschluss des Kaufs eine objektiv feststellbare Situation vorliegt. Der Abschluss des Kaufvertrages unter der Bedingung, dass es sich herausstellen wird, dass die Sache diesen Anforderungen entspricht, ist auch außerhalb einer Rechtsfigur wie “Kauf auf Probe” eine akzeptable Rechtsfigur. Daraus folgt, dass in meiner Sichtweise die ausschließlich subjektiv unsichere Bedingung zu einem (zumindest in materieller Hinsicht) vorbehaltlichen Rechtsverhältnis zwischen den Parteien führt, und zwar mit nahezu allen Folgen, die mit Vorbehaltlichkeit verbunden sind. Dies kann, systematisch betrachtet, am besten mit einer analogen Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich der Bedingungen erreicht werden, wie dies auch für das deutsche Recht häufig verteidigt wird.

Ausgenommen von dieser Möglichkeit, auch ausschließlich subjektive Bedingungen mit einem Rechtsverhältnis verbinden zu können, sind güterrechtliche Verhältnisse. Ein Verfügen über ein Gut kann deshalb unter einer ausschließlich subjektiv unsicheren Bedingung nicht erfolgen. Das Annehmen dieser letzten Möglichkeit führt nämlich zu einer unerwünschten Relativierung von Eigentum. Dritte brauchen immerhin nicht in derselben subjektiven Unsicherheit zu schweben wie die Parteien, womit die zwischen den Parteien bestehende vorbehaltliche Berechtigung an einem Gut hinsichtlich dieser Dritten eine bedingungslose Berechtigung einer von beiden Parteien wäre.

Die für das geltende Recht anwendbare Anforderung von objektiver Unsicherheit lässt unberührt, dass das zu irgendeinem Zeitpunkt bestehende Vorliegen einer subjektiven Unsicherheit bei den Parteien ebenfalls eine Anforderung für Vorbehaltlichkeit darstellt. Die Grundlage für das Bestehen einer Vorbehaltlichkeit liegt nämlich in dem Parteiwillen. Dieser Parteiwille kann

jedoch ausschließlich auf das Vereinbaren einer Bedingung gerichtet gewesen sein, wenn von den Parteien auch tatsächlich an dem Ergebnis des künftigen unsicheren Ereignisses gezweifelt wurde. Das nach dem Zustandekommen der Vorbehaltlichkeit nachträglich eintretende Ende einer subjektiven Unsicherheit beim gleichzeitigen Weiterbestehen objektiver Unsicherheit ist für die (bereits bestehende) Vorbehaltlichkeit dagegen ohne Bedeutung. Die Vorbehaltlichkeit ist immerhin von den Parteien ins Leben gerufen worden, womit – außer der hier im Vorigen besprochenen Situation einer ausschließlich subjektiv unsicheren Bedingung – die subjektive Unsicherheit im Zusammenhang mit der Vorbehaltlichkeit keine Funktion mehr erfüllt.

Das Alte [niederländische] Bürgerliche Gesetzbuch hatte auf jeden Fall abweichend vom heutigen niederländischen Recht und vom deutschen Recht eine Systematik, mit der Bedingungen Rückwirkung hatten. Das war eine Rechtsfigur, deren Wesentliches in dem Umstand liegt, dass das Eintreten der Bedingung auch für die Vergangenheit in *güterrechtlicher* Hinsicht Folgen hat. Eine ausschließlich “obligatorische Rückwirkung”, die aus der Verpflichtung besteht, die andere Partei in die Lage zu versetzen, als ob von einer tatsächlichen – güterrechtlichen – Rückwirkung die Rede wäre, ist dagegen nichts anderes als eine Weise der Feststellung des Umfangs obligatorischer Verpflichtungen zwischen den Parteien zum Zeitpunkt des Eintretens der Bedingung. Von irgendeiner juristischen Fiktion ist bei dieser letztgenannten Rechtsfigur keine Rede. Eine derartige obligatorische Rückwirkung hat auch nicht die vielen Nachteile einer “tatsächlichen” Rückwirkung, so dass es den Parteien auch nach dem Neuen [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuch freisteht, diese zu vereinbaren.

Die Rückwirkung in güterrechtlicher Hinsicht stellt dagegen sehr wohl eine juristische Fiktion dar und führte nach dem Alten [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuch zu einer langen Reihe von Fragen und Problemen. Im Zusammenhang mit diesen Problemen – im Übrigen aber nicht, weil von einer Fiktion die Rede ist – ließ Meijers die Rechtsfigur der Rückwirkung in güterrechtlichem Sinne bei Bedingungen denn auch ganz zu Recht im Neuen [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuch entfallen. Für das derzeit geltende Recht ist dieses in güterrechtlicher Hinsicht vorliegende Fehlen einer Rückwirkung zwingendes Recht.

Die Frage, auf welche Weise die Rechtsfigur von Bedingungen in das vermögensrechtliche System eingebettet ist, können wir aus einigen Blickwinkeln angehen. Der weitaus wichtigsten davon besteht aus der Frage, wie wir die *Folgen* der Vorbehaltlichkeit in dieser vermögensrechtlichen Systematik einordnen müssen. Im Rahmen dieser Frage wird häufig der Terminus “vorbehaltliche Wirkung” benutzt. Trotz der Selbstverständlichkeit, mit der dieser Terminus verwendet wird, handelt es sich jedoch um einen undeutlichen und keineswegs eindeutigen Begriff. Insbesondere stellt sich die Frage, ob die

vorbehaltliche Wirkung als deskriptiv oder als explikativ betrachtet werden muss. Im erstgenannten Fall umfasst der Begriff der vorbehaltlichen Wirkung nicht mehr als eine Deutung der verschiedenen Folgen der Vorbehaltlichkeit, während aus der vorbehaltlichen Wirkung als erklärendem Begriff die verschiedenen Folgen aus diesem Begriff abgeleitet werden.

Um die zugrunde liegende Systematik der Folgen von Vorbehaltlichkeit zu ergründen, habe ich zuerst die Begriffe "Vertrag" und "Verbindlichkeit" untersucht. Dabei stellte sich heraus, dass nicht nur der Inhalt dieser Begriffe teilweise schwierig festzustellen ist, sondern auch, dass zwischen den untersuchten Rechtssystemen diesbezüglich wesentliche Unterschiede bestehen, die auch Konsequenzen in dem Kontext der Vorbehaltlichkeit haben. Es zeigt sich, dass insbesondere die Allokation des "Rechtsverhältnisses" zwischen den Parteien als Bestandteil des Begriffs des Vertrages oder der Verbindlichkeit wichtige Folgen für die anzuwendende Systematik hat. Unter diesem Rechtsverhältnis ist das Verhältnis zwischen den Parteien zu einem bestimmten Zeitpunkt zu verstehen – im Sinne des Komplexes aller eingetretenen Rechtsfolgen – wie dieses im Vertrag oder in der Verbindlichkeit zwischen den Parteien zugrunde liegt oder sich aus dem Vertrag oder aus der Verbindlichkeit zwischen den Parteien ergibt. Die systematische Bedeutung der Allokation dieses Rechtsverhältnisses im Verhältnis zur Vorbehaltlichkeit liegt in folgenden zwei Aspekten.

Erstens ist diese Allokation im Zusammenhang mit der Tatsache wichtig, dass die übrigen untersuchten Rechtssysteme das sofortige Bestehen der aufschiebenden vorbehaltlichen Verbindlichkeit abweisen. Daraus folgt, dass alle Rechtsfolgen, die auf dieser Ebene der Verbindlichkeit bis zum Eintreten der aufschiebenden Bedingung angenommen werden, auf Grund der Systematik auch nicht sofort bestehen können. Nach dem Alten [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuch führte das beispielsweise zu einer mühsamen Erklärung der sofortigen Bindung zwischen den Parteien, wo diese Bindung auf der Ebene der (noch nicht bestehenden aufschiebenden vorbehaltlichen) Verbindlichkeit angesiedelt wurde. Im deutschen Recht führt diese Systematik zu einer schwierigen Erklärung der Folgen, die unter dem Terminus "Vorwirkung" zusammengefasst werden. Für das derzeit geltende niederländische Recht ist diese Sache dagegen ohne Bedeutung, weil (auch) die aufschiebend vorbehaltliche Verbindlichkeit als sofort bestehend betrachtet wird.

Zweitens ist die Allokation des Rechtsverhältnisses im Verhältnis zu der Bedingung wichtig, weil dieses als Erklärungsgrund gewünschte Verhältnis ausschließlich einleuchtend ist, wenn sich Rechtsverhältnis und Bedingung auf denselben Ebenen befinden. Die Beendigung eines Vertrages als Quelle weiterer Verbindlichkeiten ist beispielsweise nur nachvollziehbar, wenn sich die auflösende Bedingung, auf Grund derer die Beendigung erfolgt, auf der Ebene dieses Vertrages befindet. Ein Ansatz, bei dem die auflösende Vorbehaltlichkeit einer Verbindlichkeit Folgen für die Entstehungsquelle jener Verbind-

lichkeit – für den Vertrag – hat, ist dagegen eine unergründliche Systematik, wo Ursache und Folge immerhin umgekehrt würden.

Nachdem ich für die verschiedenen Rechtssysteme die (untereinander abweichende) Allokationen des Rechtsverhältnisses festgestellt hatte, habe ich die aufschiebend vorbehaltliche und die auflösend vorbehaltliche Wirkung jeweils von zwei Aspekten aus untersucht. Bei der aufschiebend vorbehaltlichen Wirkung habe ich in dem Zusammenhang den Erklärungsgrund für das Bestehen der “Vorwirkung” sowie die (Un-)Möglichkeit einer Erfüllung der aufschiebend vorbehaltlichen Verbindlichkeit vor dem etwaigen Eintritt der Bedingung untersucht. Es stellt sich heraus, dass es für beide Aspekte wesentlich ist, dass nach niederländischem geltenden Recht das aufschiebend vorbehaltliche Rechtsverhältnis sofort besteht. Dies ist eine Systematik, die inhaltlich mit dem schweizerischen Recht übereinstimmt, aber vom Alten [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuch und vom deutschen Recht abweicht, wo das Rechtsverhältnis auf der Ebene der (noch) nicht bestehenden Verbindlichkeit angesiedelt wird.

Mit diesem sofortigen Bestehen des Rechtsverhältnisses lautet eigentlich die Frage, weshalb bestimmte Effekte jenes Rechtsverhältnisses vor dem In-Erfüllung-Gehen der Bedingung noch *nicht* eintreten sollten. Dass ein sofort bestehendes Rechtsverhältnis (noch) keine Folgen hat, erfordert immerhin eine nähere Erklärung. Der in der Literatur angewendete Ansatz ist dagegen meistens spiegelbildlich in dem Sinne, dass die zu beantwortende Frage wäre, weshalb bestimmte Effekte trotz der “ausgesetzten Wirkung” auf Grund der aufschiebenden Bedingung *wohl* sofort eintreten würden. Letzteres stammt von dem Gedanken, dass diese ausgesetzte Wirkung (nahezu) alle materiellen Folgen des sofort bestehenden Rechtsverhältnisses vorerst nicht eintreten lassen würde. Eine weitere systematische Untermauerung für diese Ansatzweise fehlt jedoch, so dass die “ausgesetzte Wirkung” selbst wie ein erklärender Begriff für das vorerst Nicht-Eintreten dieser materiellen Folgen benutzt wird.

In der von mir verteidigten Systematik wird der *Ausgangspunkt* dagegen dadurch gebildet, dass die verschiedenen materiellen Folgen wohl sofort eintreten. So lassen sich die materiellen Folgen, die unter dem Terminus “Vorwirkung” zusammengefasst werden, aus dem sofortigen Bestehen beziehungsweise aus einem darauf gerichteten Parteiwillen heraus einfach erklären. Aus diesem sofortigen Bestehen folgt auch, dass – im Prinzip – bereits vor dem Eintreten der aufschiebenden Bedingung schuldig erfüllt werden kann. Zumindest, sofern sich eine Leistung für eine ausgesetzte Wirkung eignet, wie namentlich bei einem Verfügen über ein Gut unter aufschiebender Bedingung. Alle Leistungen, die in faktischem oder juristischem Sinne sofort Effekt haben, eignen sich dagegen nach ihrer Art nicht für eine aufschiebende Vorbehaltlichkeit. Dass damit der größte Teil aller denkbaren Leistungen dennoch nicht vor dem Zeitpunkt stattfinden kann, in dem die aufschiebende Bedingung eingetreten ist (oder ohne dass die Parteien das Rechtsverhältnis in ein bedingungslos vorbehaltliches oder auflösend vorbehaltliches ändern), ändert jedoch

nichts an dem Ausgangspunkt, dass aufschiebende Vorbehaltlichkeit einer sofortigen Erfüllung nicht im Wege steht.

Die auflösend vorbehaltliche Wirkung habe ich aus den Aspekten der Erklärung für das Entstehen von Verpflichtungen zum Rückgängig-Machen und für die Beendigung des Rechtsverhältnisses beim Eintreten der Bedingung untersucht. Das sofortige Bestehen des Rechtsverhältnisses unter einer auflösenden Bedingung ist in allen untersuchten Rechtssystemen selbstverständlich unbestritten. Hinsichtlich der Erklärungen für das Entstehen von Verpflichtungen zum Rückgängig-Machen und für die Beendigung wird trotzdem nur selten bei diesem sofortigen Bestehen beziehungsweise beim Parteiwillen, der diesem bestehenden Rechtsverhältnis zugrunde liegt, angeknüpft. Dennoch liegt ein derartiger Erklärungsgrund hinsichtlich beider vorbezeichneten Aspekte auf der Hand: Die Parteien *wollen*, dass erbrachte Leistungen beim Eintreten der auflösenden Bedingung rückgängig gemacht werden müssen, und auch, dass das Rechtsverhältnis von selbst endet, wenn die Bedingung eintritt. Eine gesetzliche Grundlage für diese Folgen ist deshalb überflüssig. Daraus folgt denn auch, dass sich Verpflichtungen zum Rückgängig-Machen im Sinne von Artikel 24 von Buch 6 des [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuches nicht aus dem Gesetz ergeben, sondern eine Grundlage im Parteiwillen finden. Eine wesentliche Konsequenz hiervon ist, dass der Anspruch auf ein derartiges Rückgängig-Machen bereits vor dem Eintreten der Bedingung als "bestehend" und nicht als "künftig" qualifiziert.

Aus dieser Teilstudie nach der Systematik hinter den Folgen einer Vorbehaltlichkeit beziehungsweise der vorbehaltlichen Wirkung ergeben sich zwei Schlussfolgerungen. Erstens wird die Grundlage für die vorbehaltliche Wirkung (für deren Inhalt) durch den Parteiwillen gebildet, woraus auch folgt, dass die Parteien die Folgen selbst in hohem Maße gestalten können. Die Parteien können deshalb bestimmen, dass trotz einer aufschiebenden Vorbehaltlichkeit eine Leistung erbracht werden muss, was der Umfang einer Wertvergütung ist, wenn sich eine Leistung nach dem Eintreten einer auflösenden Bedingung nach ihrer Art nicht rückgängig machen lässt, oder dass das Eintreten einer Bedingung keine dingliche Wirkung hat. Die dieser Freiheit der Parteien gestellten eingeschränkten Grenzen ergeben sich direkt aus der Vorbehaltlichkeit selbst. Ein Leisten mit (beabsichtigten) bleibenden Folgen ist selbstverständlich nicht vorbehaltlich, und viele Leistungen eignen sich auch nicht für ein Leisten "unter aufschiebender Bedingung". Das sind jedoch keine systematischen Beschränkungen in dem Sinne, dass diese Grenzen ausschließlich bestehen, weil die Parteien ihr Rechtsverhältnis unter Beachtung der Vorbehaltlichkeit gestaltet haben. Damit bildet der Begriff "vorbehaltliche Wirkung" denn auch keinen explikativen, sondern ausschließlich einen deskriptiven Begriff der verschiedenen Folgen der Vorbehaltlichkeit für ein individuelles Rechtsverhältnis.

Zweitens ist hinsichtlich der Systematik der vorbehaltlichen Wirkung das Aufnehmen der Bedingung auf der Ebene des "Rechtsverhältnisses" – und

für das niederländische Recht damit auf der Ebene des Vertrages zwischen den Parteien – viel verständlicher als auf der Ebene der Verbindlichkeit. Die Folgen der Vorbehaltlichkeit betreffen immerhin auch Fragen, die nicht auf der Ebene der Verbindlichkeit liegen, wie die Beendigung des ganzen Verhältnisses zwischen den Parteien beim Eintreten einer auflösenden Bedingung. Die Rechtsfigur des Vertrages unter einer Bedingung ist denn auch in diesem Zusammenhang eine akzeptable Rechtsfigur.

Entsprechend den Folgen von Vorbehaltlichkeit – der vorbehaltlichen Wirkung – findet auch das Bestehen von Vorbehaltlichkeit seine Grundlage im Parteiwillen. Der Parteiwille stellt auch die einzig mögliche Grundlage für dieses Bestehen dar, selbstverständlich unter Einschluss von Rechtsfiguren wie der stillschweigend vereinbarten Bedingung und der ständig üblichen Klausel. Brauch, Gesetz und andere manchmal angenommene Grundlagen für eine Vorbehaltlichkeit können eventuell materielle Folgen ins Leben rufen, die mit tatsächlichen Bedingungen übereinstimmen. Das heißt jedoch nicht, dass damit tatsächlich von einer Bedingung im Sinne von Artikel 21 von Buch 6 des [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuches die Rede ist. Wie ich verteidige, ergeben sich die Folgen einer Vorbehaltlichkeit nämlich aus dem Parteiwillen, von dem jedoch nicht die Rede sein kann, wenn die Bedingung selbst ihre Grundlage nicht in demselben Parteiwillen finden würde. Außerdem kann bei einer Grundlage außerhalb des Parteiwillens jede subjektive Unsicherheit bei den Parteien fehlen, und die Parteien werden bei ihrem weiteren Handeln infolgedessen diese Unsicherheit auch nicht berücksichtigen. Dieses Berücksichtigen-Müssen der bestehenden Unsicherheit ist im Kontext echter Bedingungen oft jedoch eine typische Folge einer Vorbehaltlichkeit, wenn sie beispielsweise aus einer Sorgfaltspflicht des Belasteten für ein Gut besteht. Auch darin können wir deshalb ein Argument sehen, "Vorbehaltlichkeit" außerhalb einer Grundlage im Parteiwillen nicht als eine tatsächliche Vorbehaltlichkeit mit den damit verbundenen üblichen Folgen zu behandeln.

Die Möglichkeit, dass die Folgen eines jeden Rechtsverhältnisses mit Hilfe von Bedingungen von jedem unsicheren Ereignis abhängig gemacht werden können, stellt den breiten Ausgangspunkt dar. Dieser Ausgangspunkt ist jedoch nach zwei Seiten hin beschränkt. Erstens sind bestimmte Bedingungen auf Grund des Widerspruchs mit dem Gesetz, den guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung oder auf Grund von Beschränkungen, die sich aus dem Güterrecht ergeben, nicht möglich. Dabei kann unter anderem an Bedingungen gedacht werden, welche die andere Partei zu einem Beschluss oder Handeln zu verführen versuchen, während die Partei von einem derartigen Einfluss völlig frei bleiben müsste. Die Schenkung unter einer aufschiebenden Bedingung einer Ehescheidung oder das Begehen eines Verbrechens durch die andere Partei sind Beispiele hiervon. Außerdem können auch güterrechtliche Ausgangspunkte wie die Übertragbarkeit von Gütern oder Regressmöglichkei-

ten für Gläubiger nicht mit Hilfe von Bedingungen ausgeschlossen werden. Diese Gruppe von – inhaltlich stark divergierenden – Beschränkungen zielt deshalb immer auf spezifische Bedingungen ab, häufig im Verhältnis zum Inhalt des Rechtsverhältnisses.

Zweitens bestehen einige zwingend bedingungslose Rechtsverhältnisse, mit denen das Rechtsverhältnis im Prinzip überhaupt nicht vorbehaltlich gemacht werden kann. Letzteres gilt deshalb ohne Rücksicht auf den weiteren Inhalt der Bedingung. Bei einem beträchtlichen Teil derartiger Rechtsverhältnisse liegt diese zwingende Bedingungslosigkeit auf der Hand, wie bei familienrechtlichen Rechtsgeschäften. Hinsichtlich vermögensrechtlicher Verhältnisse besteht diese Gruppe insbesondere aus den einseitig gerichteten Rechtsgeschäften, wie der Kündigung, der Erklärung einer Auflösung, einer Aufhebung oder einer Widerrufung. Der Grund für die (im Prinzip) zwingende Bedingungslosigkeit derartiger einseitiger Rechtsgeschäfte liegt darin, dass die Unsicherheit, die sich aus der Bedingung ergibt, für die Gegenpartei oder eventuell für Dritte inakzeptabel ist. Aus dieser kausalen Erklärung ergibt sich jedoch gleichzeitig ein gewisses Maß von Nuancierung bezüglich der Unmöglichkeit einer Vorbehaltlichkeit. In bestimmten Fällen kann nämlich – trotz der Vorbehaltlichkeit – jedwede Unsicherheit für die Gegenpartei fehlen oder ihr etwaiges wohl bestehendes Vorliegen für die Gegenpartei bedeutungslos sein.

Die Folgen eines Handelns im Widerspruch zu den vorbezeichneten Beschränkungen der Vorbehaltlichkeit lassen sich nicht einfach feststellen. Die möglichen Konsequenzen bestehen auf jeden Fall aus einer Nichtigkeit des ganzen vorbehaltlichen Rechtsverhältnisses oder aus einer partiellen Nichtigkeit der Bedingung ausschließlich und aus dem damit bedingungslosen (Fort-)Bestehen des Rechtsverhältnisses als solches. Wie diese Beurteilung ausfällt, hängt stark von der Art des Rechtsverhältnisses im Verhältnis zum Inhalt der Bedingung ab. Bei einem Widerspruch zu einer sich aus dem Güterrecht ergebenden Beschränkung wird dagegen häufig von einer vollständigen Nichtigkeit der (als vorbehaltlich gemeinten) Verfügung die Rede sein.

In Bezug auf die Positionen der Parteien während des Zeitraums der Unsicherheit stellt sich selbstverständlich insbesondere die Frage, auf welche Art und Weise beziehungsweise in welchem Umfang die Vorbehaltlichkeit das Rechtsverhältnis ferner gestaltet. Die materiellen Folgen der Vorbehaltlichkeit vor dem Zeitpunkt des Eintretens oder Erlöschens der Bedingung habe ich anhand von vier Fragen untersucht: die Möglichkeit beziehungsweise die Art und Weise der Erfüllung, der Schutz des Erwartenden und die damit zusammenhängende Sorgfaltspflicht des Belasteten, der Einfluss der Vorbehaltlichkeit auf die Gutgläubigkeit sowie die Qualifikation von (aufschiebend vorbehaltlichen) Ansprüchen als bestehende oder künftige. Für die ziemlich umfangreichen Ergebnisse der Teiluntersuchungen nach den ersten drei Fragen verweise ich auf die betreffenden Teile dieser Arbeit.

Hinsichtlich der Qualifikation von Ansprüchen als bestehende oder künftige habe ich verteidigt, dass das derzeit in allerlei Varianten verteidigte Kriterium von Kleijn, ob bei dem ungewissen Ereignis von einem "internen" Element die Rede ist (was zu der Qualifikation des Anspruchs als "künftig" führen würde) oder von einem "externen" Element (was den Anspruch als "bestehend" qualifizieren lassen würde), aus zwei Gründen kein gutes Kriterium ist. Erstens können wir (zu) oft daran zweifeln, in welchen Fällen von einem derartigen "internen" oder "externen" Element die Rede ist: Denn wo liegt die Trennungslinie hinsichtlich des Einflusses der Parteien auf das Eintreten oder Nicht-Eintreten dieses Elements? Zweitens ist undeutlich, was als ein derartiges "Element" qualifiziert. Ist das beispielsweise auch das noch Erbringen-Müssen der Gegenleistung in einer Situation, in der jede der Parteien gegenüber der anderen zur Leistung gehalten ist?

Das eine und das andere führt zu zwei Schlussfolgerungen. Anders als oft angenommen wird, kann eine aufschiebend vorbehaltliche Forderung sehr wohl als "künftig" qualifizieren anstatt immer als "bestehend". Außerdem ist ein Kriterium für den Unterschied zwischen beiden Arten von Ansprüchen, dem das Vorliegen oder das Nicht-Vorliegen von Gebundenheit der Parteien – und damit das einseitige oder nicht einseitige Beenden-Können des Anspruchs durch den Schuldner – zugrunde liegt, ein besseres Kriterium als der Unterschied zwischen einem internen und einem externen Element.

Die Parteien haben oft Einfluss auf das Eintreten oder Entfallen einer Bedingung. Ein derartiger Einfluss stellt als solcher häufig kein Problem dar. Das kann jedoch anders sein. Erstens kann eine Partei einen ausschlaggebenden Einfluss auf das Eintreten oder Nicht-Eintreten einer Bedingung haben – eine potestative Bedingung deshalb. Der Terminus "potestative Bedingung" hat in den verschiedenen Rechtssystemen jedoch keine fest umrissene Bedeutung. In einem erheblichen Teil der Literatur und auch in der von mir benutzten Bedeutung umfasst dieser Terminus zwei Formen von ausschlaggebendem Partei-Einfluss, wobei dieser Partei-Einfluss auf jeden Fall aus einer völlig freien Wahlmöglichkeit der betreffenden Partei besteht. Einerseits gibt es die Möglichkeit eines *Handelns* durch eine der Parteien, das ganz vom eigenen Willen abhängt. Wenn ein in weiten Kreisen akzeptierter Terminus fehlt, wird diese Form einer potestativen Bedingung von mir als die "objektiviert potestative Bedingung" bezeichnet. Andererseits gibt es den ausschlaggebenden Einfluss, der ausschließlich aus einer künftigen Willensäußerung, aus der "rein potestativen Bedingung" besteht.

Im Gegensatz zum Alten [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuch und zum deutschen und schweizerischen Recht fehlt im geltenden niederländischen Recht nahezu alle Aufmerksamkeit für die objektiviert potestative Bedingung. In Übereinstimmung mit den Auffassungen in den erstgenannten Rechtssystemen gibt es jedoch keinen einzigen Grund zu der Annahme, dass objektiviert potestative Bedingungen nicht (mehr) möglich wären. Hinsichtlich der Rechts-

figur der rein potestativen Bedingung bestehen dagegen in allen Rechtssystemen erhebliche Bedenken. Schlechthin schwierig beim Feststellen der verschiedenen Auffassungen diesbezüglich ist der Umstand, dass die (Un-)Möglichkeit von rein potestativen Bedingungen häufig ins Licht von drei Kriterien gestellt wird: Liegt eine auflösende oder aufschiebende rein potestative Bedingung vor, stellt das in der rein potestativen Bedingung liegende Willensrecht ein Recht des Gläubigers oder des Schuldners dar und ist von einem einseitigen Rechtsverhältnis oder von einem gegenseitigen Rechtsverhältnis die Rede? Diese verschiedenen Kriterien – die wir gewiss nicht alle bei jedem Autor finden – führen in der Literatur zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen.

Bei einer aufschiebenden rein potestativen Bedingung, die vom Willen des Schuldners abhängt, fehlt auf jeden Fall der Bindungswille und damit auch das Rechtsverhältnis als Ganzes. Bei einer auflösenden rein potestativen Bedingung kann dieser Bindungswille in den bestehenden Auffassungen dagegen wohl sofort bestehen. Für die letztere Situation habe ich jedoch verteidigt, dass das Eintreten der rein potestativen Bedingung in dem Falle nicht zu Verpflichtungen zum Rückgängig-Machen nach einer vorher erbrachten Leistung führen darf. Ist jedoch wohl beabsichtigt, dass Verpflichtungen zum Rückgängig-Machen entstehen, dann fehlt in meiner Betrachtungsweise wiederum von Anfang an die erforderliche Bindung und damit auch jedes Rechtsverhältnis.

Die zweite Beschränkung des Partei-Einflusses bei Vorbehaltlichkeit finden wir im Tenor von Artikel 23 von Buch 6 des [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuches. Wie auch aus dem deutschen und dem schweizerischen Recht folgt, ist dies eine Bestimmung, mit der umfangreiche materielle Fragen verbunden sind. Hinsichtlich des theoretischen Hintergrunds von Artikel 23 von Buch 6 des [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuches lautet namentlich die Frage: Was ist die Grundlage für die in dieser Bestimmung niedergelegte Beschränkung des Partei-Einflusses? Nahezu immer wird angenommen, dass diese Grundlage durch die Redlichkeit und Billigkeit gebildet wird, wie dies auch aus Artikel 23 von Buch 6 des [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuches folgt. In Übereinstimmung mit der Auffassung einer beschränkten Zahl Autoren verteidige ich dagegen, dass der Tenor dieser gesetzlichen Bestimmung in einer redlichen *Auslegung* der Parteiabsicht im Kontext des vorbehaltlichen Rechtsverhältnisses und somit nicht in einer Prüfung des (Nicht-)Handelns der betreffenden Partei hinsichtlich der Redlichkeit und Billigkeit liegen müsste. Ob ein derartiger Unterschied im Ansatz des Tenors von Artikel 23 von Buch 6 des [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuches auch zu materiell anderen Folgen führt, habe ich nicht untersucht. Das erscheint jedoch weniger wahrscheinlich.

Das Eintreten oder Entfallen einer Bedingung löst als solches kaum Fragen aus. Das gilt auch für die sich daraus ergebenden Konsequenzen, wenn das Rechtsverhältnis damit bedingungslos wird. Unberührt der scheinbar übersicht-

lichen Systematik ist die Beendigung des auflösenden oder aufschiebenden vorbehaltlichen Rechtsverhältnisses dagegen in Teilen komplex und teilweise auch undeutlich. Diesen undeutlichen Kurs finden wir bei verschiedenen materiellen Aspekten wieder. So fehlt bei Bedingungen eine deutliche gesetzliche Regelung für das Rückgängig-Machen, so ist es sehr die Frage, ob sich die in der Parlamentarischen Geschichte akzeptierte "Wertvergütung" als Weise des Rückgängig-Machens wohl für vorbehaltliche Rechtsverhältnisse eignet und so bleibt nach dem [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuch undeutlich, ob Verpflichtungen zum Rückgängig-Machen wechselseitig sind oder nicht.

Für die mäßige gesetzliche Ausarbeitung dieser und weiterer von mir festgestellten Bedenken bezüglich der Beendigung des vorbehaltlichen Rechtsverhältnisses fehlt zwar eine wirklich überzeugende und umfassende Erklärung, aber einige unterschiedliche Gründe können trotzdem formuliert werden. Der erste von diesen liegt in der Tatsache, dass das Neue [niederländische] Bürgerliche Gesetzbuch im Vergleich zum Alten [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuch eine stark geänderte Absicht hat, insbesondere hinsichtlich der Rückwirkung. Letztere stellte nach dem Alten [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuch den Kernbegriff um die Systematik von Beendigung und Rückgängig-Machen dar, ist aber als Rechtsfigur für das Neue [niederländische] Bürgerliche Gesetzbuch entfallen. Außerdem ist auch der Umfang der gesetzlichen Regelung von Bedingungen im Neuen [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuch dadurch stark eingeschränkt worden, dass man eine große Zahl gesetzlicher Bestimmungen aus dem Alten [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuch entfallen ließ. Es scheint eine redliche Annahme zu sein, dass es mit diesen – tief greifenden und zahlreichen – Änderungen schwierig war, hinreichend Abstand zu demjenigen zu halten, was die Beendigung des vorbehaltlichen Rechtsverhältnisses im Neuen [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuch letzten Endes eigentlich beinhaltete.

Ein zweiter Grund hängt mit dem Umstand zusammen, dass sich der Gesetzgeber anscheinend in unzureichendem Maße davon bewusst war, dass die Rechtsfigur von Bedingungen ein größtenteils anderer Ansatz der Beendigung und des Entstehens von Verpflichtungen zum Rückgängig-Machen erfordert als Rechtsfiguren wie die Auflösung wegen eines Versagens oder wegen der nicht-geschuldeten Bezahlung. Bei Bedingungen ist der Parteiwille immerhin stets darauf konzentriert gewesen, dass das Rechtsverhältnis eventuell beendet würde. Aus diesem Grunde ist es durchaus berechtigt, die Beendigung des vorbehaltlichen Rechtsverhältnisses sowohl systematisch als auch materiell anders anzugehen. Bei Vorbehaltlichkeit wird beispielsweise sofort eine Sorgfaltspflicht für eine übertragene Sache im Hinblick auf ein etwaiges künftiges Rückgängig-Machen auf dem Belasteten ruhen, während die Parteien normalerweise kein etwaiges künftiges Rückgängig-Machen auf Grund einer Auflösung wegen Versagens zu berücksichtigen brauchen. Trotz dieses Unterschiedes und weiterer Unterschiede suchte der Gesetzgeber – un-

berechtigterweise – Anschluss bei den vorbezeichneten Rechtsfiguren, was der Einsichtigkeit nicht gerade zugute gekommen ist.

Einen dritten Grund können wir in der Entwicklung während der letzten Jahrzehnte finden, wobei eine Verschiebung der Allokation des “Rechtsverhältnisses” bei der Verbindlichkeit auf die Ebene des Vertrages stattfand. Die gesetzliche Regelung von Abschnitt 6.1.5 des [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuches hätte in dieser geänderten Systematik viel besser bei den Bestimmungen hinsichtlich der Rechtsgeschäfte aufgenommen werden können – wie im deutschen und schweizerischen Recht – als im Schuldrecht. Mit Artikel 38 von Buch 3 des [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuches machte Meijers zwar einen ersten Schritt in die richtige Richtung, aber weiterhin hielt (auch) er an dem Ansatz des Alten [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuches fest, der auf die vorbehaltliche Verbindlichkeit gerichtet war. Meine Schlussfolgerung lautet denn auch, dass der Gesetzgeber im Vergleich zum Alten [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuch viele Dinge zu Recht geändert hat, sich jedoch in unzureichendem Maße bewusst war, dass damit auch eine wirklich neue Systematik der Vorbehaltlichkeit entstand.

Das Verhältnis zwischen der Rechtsfigur von Besitz und Vorbehaltlichkeit ist ohne Weiteres komplex. Der Ansatz, dass die angenommene “Realität” des Besitzes jedem Verhältnis mit Vorbehaltlichkeit im Wege steht, ist auf jeden Fall eine unrichtige Simplifizierung jenes Verhältnisses. Der Terminus “Tatsache” stellt für das Vermögensrecht immerhin nicht so sehr ein physikalisches Faktum, sondern die Interpretation aller relevanten Umstände dar. Wesentlich in diesem Zusammenhang ist, dass die vorbehaltliche Erwerbung eines Gutes immer eine vertragliche Grundlage in dem Parteienverhältnis hat. Das ist in dem Sinne wesentlich, dass die Parteien in einem derartigen Verhältnis keine Trennung zwischen dem Eigentum und dem Anspruch des Eigentums als Eigentum, das im Besitz liegt, vornehmen können. Beim Eintreten einer Bedingung nach einer vorbehaltlichen Verfügung ist das nicht anders. Eine Verneinung des Besitz(rück)übergangs ist immerhin eine Verneinung des Eigentums(rück)übergangs und vice versa. Als “Tatsache” betrachteter Besitz folgt deshalb dem Eigentum, auch bei einem künftigen Eintreten der Bedingung. Daraus ergibt sich, dass auch alle Folgen als mit Besitz verbundene Folgen – die etwaige Risikohaftung des Besitzers, die Berechtigung an den Früchten des Besitzers – beim Eintreten der (güterrechtlich wirkenden) Bedingung von Rechts wegen mit übergehen.

Das Vorliegen der dinglichen Wirkung von Bedingungen ist sowohl für das geltende niederländische Recht als auch für das deutsche und schweizerische Recht unbestritten, was auf jeden Fall auch für die letzten Jahrzehnte galt, in denen das Alte [niederländische] Bürgerliche Gesetzbuch Gültigkeit hatte. Diese dingliche Wirkung umfasst auf jeden Fall zwei Aspekte: die Wirkung zwischen den Parteien bei der Verfügung und die Wirkung gegenüber Dritten, die ihr

Recht vom vorbehaltlich Berechtigten ableiten. Für das niederländische Recht wird dieser Unterschied zwischen diesen Aspekten weniger explizit gemacht als im deutschen und schweizerischen, aber hinsichtlich des Vorliegens dieser zwei Aspekte gibt es keine Diskussion. Dennoch ist es sinnvoll, dieses auch im ausdrücklichen Sinne zu unterscheiden. Für das deutsche und schweizerische Recht geht dies bereits aus dem Umstand hervor, dass zwischen diesen beiden Aspekten hinsichtlich deren Erklärung ein Unterschied gemacht wird. Für das derzeitige niederländische Recht wird dagegen versucht, beide Aspekte aus einer gleichen Erklärung abzuleiten, ohne dass die fortwährenden Diskussionen diesbezüglich jedoch zu einer breiter akzeptierten Auffassung geführt haben.

Für diese Undeutlichkeit um die gesuchte Erklärung gibt es verschiedene Gründe. So scheint der Gesetzgeber sich nicht sehr des Umstands bewusst gewesen zu sein, dass der Verlust der Rückwirkung als (möglicher) Erklärungsgrund zu einer dogmatisch schwierigen Situation führen würde. Der Gesetzgeber hat außerdem keinen deutlichen Standpunkt bezüglich dieser Erklärung eingenommen. Außerdem sieht es danach aus, dass Artikel 84 Absatz 4 von Buch 3 des [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuches im Ansatz von Meijers eine völlig andere Funktion als der später in diesem Gesetzesartikel oft gelesene Erklärungsgrund hatte. Auch das in der niederländischen Literatur nicht ausreichende Erkennen des wesentlichen Unterschieds zwischen den vorbezeichneten zwei Aspekten der dinglichen Wirkung macht die gesuchte Erklärung nicht einsichtiger. Außerdem bleibt in der Literatur teilweise unbesprochen, ob eine bestimmte verteidigte Erklärung sowohl auf auflösende als auch auf aufschiebende Bedingungen Anwendung finden müsste. Der vielleicht wesentlichste Grund für die derzeit bestehende, fortwährende Diskussion liegt jedoch im folgenden unrichtigen Ausgangspunkt: Der derzeitige Ansatz geht davon aus, dass für die Erklärung der Rückwirkung, wie diese nach dem Alten [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuch bestand, eine Alternative gefunden werden muss. Jedoch, mit Ausnahme des letzten Jahrzehnts, in dem das Alte [niederländische] Bürgerliche Gesetzbuch gültig war, war diese Erklärung nach dem Alten [niederländischen] Bürgerlichen Gesetzbuch umstritten. Mit anderen Worten: Die derzeit gesuchte "Alternative" ist eine Suche nach etwas, was es faktisch niemals gab.

Wie ich verteidige, ist auch keine wirklich überzeugende Erklärung denkbar. In der derzeitigen Auffassung des Obersten Gerichtshofes der Niederlande "Hoge Raad" ist die Bedingung auf jeden Fall mit der dinglichen Einigung verbunden. In dem Verhältnis zwischen den Parteien ist das kein idealer, aber wohl ein in redlichem Maße verteidigbarer Ansatz. In dem Verhältnis zu Dritten stellt dies jedoch keine Erklärung dar, was auch im deutschen und schweizerischen Rechtskreis erkannt wird. Für diesen zweiten Aspekt der dinglichen Wirkung ist auch keine gute Systematik denkbar, was die deutschen und schweizerischen Gesetzgeber dazu gebracht hat, die Wirkung gegenüber Dritten sich aus dem Gesetz ergeben zu lassen.

Der Umstand, dass eine wirklich überzeugende Erklärung fehlt, ist aus meiner Sicht trotzdem kein wesentliches Problem. Die dingliche Wirkung ist angesichts des Bedarfs an einer derartigen Rechtsfigur, zu Recht unbestritten. Zwar sind mit den zu unterscheidenden Erklärungen einige (möglicherweise) unterschiedliche materielle Konsequenzen verbunden, aber per saldo hält sich das Gewicht hiervon in Grenzen.

Wie ich auch im einleitenden Kapitel skizzierte, besteht diese Arbeit aus einer Reihe von Teilstudien nach divergierenden Aspekten von Bedingungen und den zwischen diesen Teilaspekten bestehenden Querverbindungen. Eine derartige Arbeit führt nach ihrer Art nicht zu einer einzigen zusammenhängenden Schlussfolgerung. Trotzdem finden wir in dieser Arbeit wohl einen gewissen roten Faden. Dieser besteht daraus, dass sehr viele Aspekte von Bedingungen auf den Parteiwillen zurückzuführen sind. Die Parteien bestimmen selbst, ob mit dem Rechtsverhältnis eine Bedingung verbunden wird, was den Inhalt – das unsichere Ereignis – der Bedingung bildet und welche die weiteren Folgen der Vorbehaltlichkeit sowie des Eintretens der Bedingung sind. Beschränkungen hinsichtlich der Willensfreiheit gibt es nur wenige. Die drei wichtigsten unterscheiden sich in ihrer Art sehr. Erstens gibt es die hier im Vorigen bereits genannten Beschränkungen hinsichtlich bestimmter Bedingungen sowie hinsichtlich bestimmter Rechtsverhältnisse als Ganzes. Zweitens bestehen Beschränkungen hinsichtlich des Einflusses, den die Parteien auf Grund eines Willensrechts ausüben können, wenn auf Grund der Anforderung der Gebundenheit der Parteien noch die Rede von einem bestehenden Rechtsverhältnis (den rein potestativen Bedingungen) sein soll. Schließlich gibt es eine logische Beschränkung: Während die Parteien Folgen vereinbaren, die nach ihrer Art bedingungslos sind, fehlt selbstverständlich eine Vorbehaltlichkeit. Ansonsten bildet der Parteiwille beziehungsweise die Willensfreiheit – auch hinsichtlich der Bedingungen – das Wesentliche.

Literatuurlijst

Aaftink 1974

H.A.M. Aaftink, *Afstand van vermogensrechten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1974.

Abendroth 2013

R.J. Abendroth, 'Reactie op artikel 'Faillissement bij levering onder opschortende voorwaarde' van Van Drunen', *WPNR* 6972 (2013), p. 320-321.

Abendroth 2014

R.J. Abendroth, 'Reactie op artikel 'Hoe komt een installatie voor warmte-/koude-opslag in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de warmte-/koude-opslag is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de warmte-/koude-opslag failliet gaat?' van Mouthaan', *WPNR* 7004 (2014), p. 115-118.

Aertsen 2004

D.W. Aertsen, *De Trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004.

Asser 1838

C. Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon*, 's-Gravenhage en Amsterdam: De Gebroeders Van Cleef 1838.

Asser 2004

W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013

S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 3-IV. Vermogensrecht algemeen. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Beekhuis 1957

J.H. Beekhuis, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Tweede deel – Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957.

Asser/Beekhuis 1975

J.H. Beekhuis, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Zakenrecht. Deel 3-I. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975.

Asser/Van Goudoever 1913

H. van Goudoever, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, derde deel, Verbintenissenrecht, eerste stuk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

Asser/Hartkamp 4-I 1996

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

- Asser/Hartkamp 4-II 2001
A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.
- Asser/Hartkamp 4-III 1998
A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.
- Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel 6-I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2008.
- Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel 6-I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2012.
- Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel 6-II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2013.
- Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.
- Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel 6-IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2011.
- Asser/Hijma 7-I* 2013
Jac. Hijma, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013.
- Asser/Kamphuisen 1960
P.W. Kamphuisen, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Derde deel – Verbintenissenrecht. Derde stuk. Bijzondere overeenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960.
- Asser/Meijers-Van der Ploeg 1980
E.M. Meijers, P.W. van der Ploeg, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980.
- Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010
A.I.M. van Mierlo, A.A. Van Velten, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vermogensrecht algemeen. Deel 3-VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2010.
- Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001
F.H.J. Mijnssen & P. de Haan, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Goederenrecht. Deel 3-1. Algemeen goederenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

- Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008
Mijnssen, Van Velten & Bartels, Mr. C. *Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Zakenrecht. Deel 5. Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2008.
- Asser/Perrick 4 2013
S. Perrick, Mr. C. *Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vermogensrecht algemeen. Deel 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2013.
- Asser/Rutten 1958
L.E.H. Rutten, Mr. C. *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Derde deel – Verbintenissenrecht. Eerste stuk – De verbintenis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1958.
- Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1973
L.E.H. Rutten, Mr. C. *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel 4-1. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973.
- Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981
L.E.H. Rutten, Mr. C. *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel 4-1. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.
- Asser/Rutten II (Algemene leer der overeenkomsten) 1982
L.E.H. Rutten, Mr. C. *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel 4-2. Algemene leer der overeenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982.
- Asser/Scholten 1905
P. Scholten, Mr. C. *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1905
- Asser/Scholten 1933
P. Scholten, Mr. C. *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel, Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1933
- Asser/Vranken 1995
J.B.M. Vranken, Mr. C. *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel. Deel 1-2*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- Bakels 1981
F.B. Bakels, 'Interferentiefiguren', *WPNR* 5576 (1981), p. 629-635, *WPNR* 5577 (1981), p. 649-655, *WPNR* 5578 (1981) p. 682-688.
- Bakels 1984
F.B. Bakels, 'Stil pandrecht en het nemo plus-beginsel', *WPNR* 5707 (1984), p. 477-482.
- Bakels 1985
F.B. Bakels, 'Naschrift', *WPNR* 5724 (1985), p. 23-26.
- Bakels 1993
F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993.
- Bakels 1994
F.B. Bakels, *Monografieën Nieuw BW, Wederkerige overeenkomsten en ontbinding wegens tekortkoming, deel B58*, Deventer: Kluwer 1994.

- Bakels 2011
F.B. Bakels, *Monografieën BW, Ontbinding van overeenkomsten, deel B58*, Deventer: Kluwer 2011.
- Bamberger/Roth/[auteur] 2012
H.G. Bamberger, H. Roth e.a., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 §§ 1-610 CISG*, München: Verlag C.H. Beck 2012.
- Banke 1991
B.E. Banke, *Das Anwartschaftsrecht aus Eigentomsvorbehalt in der Einzelzwangsvollstreckung* (diss. Mainz), Berlin: Duncker & Humblot 1991.
- Von Bar & Zimmerman 2005
Ch. von Bar & R. Zimmerman, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts. Teil III*, München: Sellier. European Law Publishers 2005.
- Von Bar & Clive (red.) 2009
Ch. von Bar & E. Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume I*, München: Sellier. European Law Publishers 2009.
- Bartels 1997
S.E. Bartels, 'Voorwaardelijke eigendom en relatieve beschikkingsbevoegdheid', in: B.W.M. Nieskens-Ispording, E.M. Hemmen, T.H.D. Struycken (red.), *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 79-103.
- Bartels 2004
S.E. Bartels, *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen* (diss. Utrecht), Boom Juridische Uitgevers 2004.
- Bartels & Tweehuysen 2011
S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Een vroegere overdracht', *AA* 60 (2011), p. 367-371.
- Bauduin 2011
N.V.C.E. Bauduin, 'De geoorloofdheid van wilsdelegatie nader bezien', *WPNR* 6907 (2011), p. 941-950.
- Baur & Stürner 2009
J.F. Baur & R. Stürner, *Sachenrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2009.
- Bavinck & Van Joolingen 2005
M.M. Bavinck, H.F. van Joolingen, 'Eens gegeven, blijft niet gegeven; de fiscale kwalificatie van de herroepelijke schenking', *WFR* 2005-999.
- Becker 1941
H. Becker, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI Obligationenrecht, 1. Abt. Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183*, Bern: Verlag von Stämpfli & Cie. 1941.
- Beekhoven van den Boezem 2003
F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen), uitgever onbekend 2003.
- Beekhoven van den Boezem 2004
F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Hoogstpersoonlijke hypotheekrechten bestaan niet!', *WPNR* 6600 (2004), p. 929.
- Beekhuis 1956
J.H. Beekhuis, 'Bezit en detentie in verband met het ontwerp-Meijers', *WPNR* 4460 (1956), p. 393-395, *WPNR* 4461 (1956), p. 405-407, *WPNR* 4462 (1956), p. 417-419.

- Van Beelen & De L. Monteiro 2005
D. van Beelen, M. de L. Monteiro, 'Schenken en glijclausules; een werkbare combinatie?', *WPNR* 6618 (2005), p. 325-331.
- Berenschot 1985
E.B. Berenschot, 'Enige aspecten van de plaats van het vruchtgebruik in het vermogensrechtelijk systeem', *WPNR* 5730 (1985), p. 170-179.
- Berger 1998
Ch. Berger, *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen* (Habilitationsschrift Bayreuth), Tübingen: Mohr Siebeck 1998.
- Berger 2012
B. Berger, *Allgemeines Schuldrecht*, Bern: Stämpfli Verlag AG Bern 2012.
- Van Bijnen 2006
R.H.J. van Bijnen, 'Veilige Havens: Aanvullend Contractenrecht als Keuzemenu', *Ars Aequi* 55 (2006) 3, p. 218-223.
- Blanco Fernández 2003
J.M. Blanco Fernández, 'Nietigheid, ontbinding en vereffening van de vennootschap in wetsvoorstel 28746', *WPNR* 6524 (2003), p. 254-258.
- Bloembergen 1971
A.R. Bloembergen, *Toestemming; een eenzijdige rechtshandeling*, Deventer: Kluwer 1971.
- Blokland e.a. 2003
P. Blokland, 'Het nieuwe erfrecht', *JBN* 2003-29, p. 3- 18.
- Blokland & Stollenwerck 2004
P. Blokland, A.H.N. Stollenwerck, 'De uiterste wil van de bezwaarde en het overschot (I) en (II)', *WPNR* 6574 (2004), p. 291-294, *WPNR* 6575 (2004), p. 307-311.
- Blokland 2007
P. Blokland, 'De herroepelijke schenking als sturingsmechanisme', *ftV* 2007-25, p. 14-19.
- Blom 1988a
M.A. Blom, 'Financiering op basis van toekomstige vorderingen na het WUH-arrest (I) en (II, slot)', *WPNR* 5856 (1988), p. 21-24, 5857 (1988), p. 37-41.
- Blom 1988b
M.A. Blom, 'Naschrift', *WPNR* 5875 (1988), p. 300-301.
- Blomeyer 1938
A. Blomeyer, *Studien zur Bedingungslehre, I. Teil, Über bedingte Verpflichtungsgeschäfte*, Berlin, Leipzig: Walter de Gruyter & Co. 1938; herdrukt: onbekende plaats: De Gruyter 2013.
- Blomeyer 1939
A. Blomeyer, *Studien zur Bedingungslehre, II. Teil, Über bedingte Verfügungsgeschäfte*, Berlin, Leipzig: Walter de Gruyter & Co. 1939; herdrukt: onbekende plaats: De Gruyter 2013.
- Bockwinkel 1952
A. Bockwinkel, 'Terugvordering tussen ex-verloofden (slot)', *WPNR* 4225 (1952), p. 13-15.
- Boeve 2007a
G.G. Boeve, *Eigendomsvoorbehoud buiten en in faillissement*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2007.

- Boeve 2007b
G.G. Boeve, 'Eigendomsvoorbehoud vs. Article 9 UCC-eigendom vs. zekerheidsrecht', *Journaal IF&Z* 9 (2007), p. 339-347.
- Bol 2011
MR.A. Bol, 'De Groninger akte: een lust of een last?', *WPNR* 6895 (2011), p. 613-622.
- Bolweg 1979
M.F.H.J. Bolweg, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, deel 3, Algemeen deel van het verbintenssrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1979.
- Van Boom 1993
W.H. van Boom, 'Toekomstigheid van vorderingen (I) en (II, slot)', *WPNR* 6108 (1993), p. 699-703, *WPNR* 6109 (1993), p. 721-724.
- Boonekamp 2006
R.J.B. Boonekamp, 'Stelplicht en bewijslastverdeling', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 1 (2006), p. 15, 16.
- Bork 2011
R. Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011.
- Van den Brande 2005
J. van den Brande, 'De vrijheid om onderhandelingen af te breken', *O&F*, 2005-69, p. 7-12.
- Brahn 1974
O.K. Brahn, *Problemen van zakenrechtelijke aard rondom een stereo-geluidsinstallatie (oratie Groningen)*, Arnhem: Gouda Quint 1974.
- Brahn 1981a
O.K. Brahn, 'Boekbespreking' (bespreking van: J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu. Ontwikkelingen op het gebied van de overdracht van roerende zaken, bevattende tevens enige beschouwingen omtrent de status van overgangsvormen in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1980), *WPNR* 5589 (1981), p. 890-893.
- Brahn 1981b
O.K. Brahn, 'Voorwaardelijke zekerheidseigendomsrechten en zekerheidseigendom zonder schuldenaar', *NJB* 1981/13, p. 337-341.
- Brahn 1984
O.K. Brahn, 'Toelevering van voorwerpen onder eigendomsvoorbehoud bij industriële fabricage volgens huidig en komend recht' (Afscheidsrede Groningen), Deventer: Kluwer 1984.
- Brahn 1988
O.K. Brahn, *Fiduciaire overdracht, stille verpanding en eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend recht. Studiepockets privaatrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988.
- Brahn & Reehuis 1997
O.K. Brahn & W.H.M. Reehuis, *Monografieën Nieuw BW, Overdracht, deel B6a*, Deventer: Kluwer 1997.
- Van Brakel 1935a
S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandsche verbintenissenrecht*, 2e en 3e deel, Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1935.
- Van Brakel 1935b
S. van Brakel, 'De terugwerkende kracht van de vervulling der opschortende voorwaarde', *W.* 12901 (1935), p. 1-2.

- Van Brakel 1935c
S. van Brakel, 'Art. 1301 B.W. en de zakelijke werking der ontbindende voorwaarde', *W. 12902* (1935), p. 1-2.
- Breedveld-de Voogd 2007
C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.
- Breedveld-de Voogd & Huijgen 2007
C.G. Breedveld-de Voogd, W.G. Huijgen, 'Uitleg van een akte van levering bij de overdracht van onroerende zaken', *WPNR* 6709 (2007), p. 398-407.
- Bregstein 1938
M.H. Bregstein, 'De ontwikkeling van de algemeene contractenleer in het B.W. van 1838 tot heden', in: P. Scholten, E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 437-469.
- Brehm & Berger 2006
W. Brehm, Ch. Berger, *Sachenrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.
- Brehm & Berger 2014
W. Brehm, Ch. Berger, *Sachenrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2014.
- Van den Brink 2000
V. van den Brink, 'Tijd en goede zeden in het burgerlijk recht', in: I. Brand e.a. (red.), *Tijd en onzekerheid*, BW-krant jaarboek 16, Deventer: Gouda Quint 2000.
- Van den Brink 2002
V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.
- Broekveldt 2004
L.P. Broekveldt, 'Koop registergoed, "Vormerkung" en beslag (I) en (II, slot)', *WPNR* 6600 (2004), p. 930-937, *WPNR* 6601 (2004), p. 959-967.
- Brox 1996
H. Brox, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag 1996.
- De Bruijn 1945
A.R. de Bruijn, 'Voorwaardelijke regelingen bij huwelijksvoorwaarden', *WPNR* 3905, 3906 (1944-1945), p. 235-239, 243-247.
- De Bruijn 1948
A.R. de Bruijn, 'Boekbeschouwing, (bespreking van P.W. Kamphuizen, Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, deel 3, derde stuk, Bijzondere overeenkomsten, aflevering I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1945), *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 1948, p. 355-365.
- Brunner 1992
C.J.H. Brunner, 'Afstand van recht en dubbelzinnig gedrag', in: De Groot e.a., *Te Pas. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.A. Stein*, Deventer: Kluwer 1992.
- Brunner & De Jong 2004
C.J.H. Brunner & G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2004.
- BSK OR I-[auteur] 2011
H. Honsell e.a., *Basler Kommentar. Obligationenrecht I Art. 1-529 OR*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag 2011.

Van Buchem-Spapens 1982

A.M.J. van Buchem-Spapens, *Monografieën Nieuw BW, Pluraliteit van schuldenaren en hoofdelijke verbondenheid, pluraliteit van schuldeisers en alternatieve en voorwaardelijke verbintenissen*, dl. 31 B-Serie, Deventer: Kluwer 1982.

Van Buchem-Spapens 1986

A.M.J. van Buchem-Spapens, *Failissement en surséance van betaling naar huidig en komend recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1986.

Bucher 1988

E. Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zürich: Schulthess 1988.

Burgerhart & Schols 2003

W. Burgerhart & F.W.J.M. Schols, 'De schenking en gift in het nieuwe jaar', *WPNR* 6519 (2003) p. 113-122.

Castrop 2003

P.J.A. Castrop, 'De (goederenrechtelijke) praktijk van de boortunnel', *Bouwrecht* 2003/4, p. 299-308.

Chao-Duivis 1988

M.A.B. Chao-Duivis, 'Het gevolg van het weglaten in de transportakte van bijkomstige bedingen (art. 3.4.2.4)', *WPNR* 5866 (1988), p. 172, 173.

Cleveringa 1919

R.P. Cleveringa, *De zakelijke werking der ontbindende voorwaarde* (diss. Leiden), Leiden: A. Vilders 1919.

De Coninck 2007

J. de Coninck, *De voorwaarde in het contractenrecht* (diss. Leuven), Brugge: die Keure 2007.

Dammingh 2002

J. Dammingh, 'Het gebruik van een financieringsclausule bij de koop en verkoop van een woning (I)', *WPNR* 6510 (2002), p. 779-784.

Diephuis 1885

G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, tweede deel, Groningen: J.B. Wolters 1885.

Diephuis 1886

G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, tiende deel, Groningen: J.B. Wolters 1886.

Diephuis 1888

G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, elfde deel, Groningen: J.B. Wolters 1888.

Van Dijk 1940

V.J.A. van Dijk, *Geschiedenis, aard en werking van het eigendomsvoorbehoud* (diss. Utrecht), Utrecht: (uitgever onbekend) 1940.

Dijk 2005

E. Dijk, 'Het civiele bloed kruipt waar het fiscale niet gaan kan', *Vastgoedrecht* 3 (2005), p. 83. 84.

Dirix 1998

E. Dirix, 'Eigendomsvoorbehoud in België en Frankrijk', in: M.H. Claringbould e.a., Van Beheering, Deventer: Gouda Quint 1998.

Van Drunen 2013a

M.M.G.B. van Drunen, 'Faillissement bij levering onder opschortende voorwaarde', *WPNR* 6959 (2013), p. 52-55.

Van Drunen 2013b

M.M.G.B. van Drunen, 'Naschrift', *WPNR* 6972 (2013), p. 321-322.

Den Dulk 1979

J.L. den Dulk, *De zakelijke overeenkomst* (diss. Groningen), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1979.

Van Dunné 1971

J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen; een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1971.

Von Dürckheim 2006

C. von Dürckheim, *Definitionen BGB*, München: Verlag C.N. Dürckheim 2006.

Egert 1974

H. Egert, *Die Rechtsbedingung im System des bürgerlichen Rechts*, Berlin: J. Schweitzer Verlag 1974.

Eggens 1929

J. Eggens, 'Het recht van bezit kan niet als zoodanig overgedragen worden', *WPNR* 3095 (1929) p. 229-232, *WPNR* 3096 (1929), p. 241-245.

Van Engelen 2003

Th.C.J.A. van Engelen, *Onverkoopbare vermogensrechten*, serie *Onderneming en Recht deel 26*, Deventer: Kluwer 2003.

Enneccerus/Nipperdey 1955

H.C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Halbband: Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte. Ansprüche und Einreden. Ausübung und Sicherung der Rechte*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1955.

Erman/[auteur] 2000

H.P. Westermann (red.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, Münster: Aschendorff Rechtsverlag, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt 2000.

Erman/[auteur] 2014

H.P. Westermann (red.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt 2014.

Van Erp 1990

J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Everts 1883

H.H. Everts, *De ontbindende voorwaarde* (diss. Utrecht), Deventer: Jac. van der Meer 1883.

Faber & Van Hees 1994

N.E.D. Faber, J.J. van Hees, 'Niet-accessoiriteit zekerheidseigendom; betaling door een derde; overdracht van zekerheidseigendom. Art. 3:84 lid 3, 3:92 BW. HR

- 18 februari 1994, NJ 1994, 462, nt. WMK (Koninklijke Nijverdal Ten Cate/Wilderink q.q.)', *NTBR* 1994-8, p. 191-197.
- Faber 1995
N.E.D. Faber, 'Enige beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen', *NTBR* 1995-2, p. 35-40.
- Faber 1997
N.E.D. Faber, 'Levering van toekomstige goederen en overdracht onder opschortende voorwaarde', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Serie Onderneming en Recht deel 7*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
- Faber 2000
N.E.D. Faber, 'Beschikken in het heden met het oog op de toekomst. Dogmatiek of gebakken lucht?', in: I. Brand e.a. (red.), *Tijd en onzekerheid*, BW-krant jaarboek 16, Deventer: Gouda Quint 2000.
- Faber 2005
N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.
- Faber, Jansen & Vermunt 2007
N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen*, Deventer: Kluwer 2007.
- Fesevur 1989
J.E. Fesevur, 'Rechtsvraag inzake art. 3.4.2.3b (3:88)', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1989-4, p. 117, 118.
- Fesevur 1997
J.E. Fesevur, 'Het algemene deel van het goederenrecht, een goede zaak?', in: *Vijf jaar nieuw vermogensrecht. Bundeling van artikelen eerder verschenen in NTBR 1997*, Deventer: Kluwer 1998.
- Fesevur 2005
J.E. Fesevur, *Goederenrechtelijke colleges*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005.
- Fikentscher & Heinemann 2006
W. Fikentscher, A. Heinemann, *Schuldrecht*, Berlin: De Gruyter Recht 2006.
- Fikkers 1992
H.A.G. Fikkers, *Recht van reclame, serie Recht en praktijk*, Deventer: Kluwer 1992.
- Florijn 1995
E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 1995.
- Flume 1992
W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft*, Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag 1992.
- Forkel 1962
H. Forkel, *Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot 1962.
- Fruytier 2007
P.A. Fruytier, 'De kat van Schrödinger en de executie van de voorwaardelijke ontbindingsvergoeding', *AA* 56 (2007), p. 190-199.
- Füller 2008
J.Th. Füller, 'The German Property Law and its Principles – Some Lessons for a European Property Law', in: *Rules for the Transfer of Movables. A Candidate for*

European Harmonisation or National Reforms?, Schriften zur Europäischen Rechtswissenschaft/ European Legal Studies/ Etudes juridiques européennes. Band 6, München: Sellier european law publishers 2008.

Van Gaalen 2001

M.S. van Gaalen, *Vruchtgebruik* (diss. Amsterdam UvA), uitgever onbekend 2001.

Gauch, Schluep, Emmenegger 2008

S. Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II*, Zürich, Basel, Genf: Schulthess Juristische Medien 2008.

Gauch, Schluep, Emmenegger 2014

S. Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II*, Zürich, Basel, Genf: Schulthess Juristische Medien 2014.

Gauch, Schluep, Schmid 2008

J. Schmid, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I*, Zürich, Basel, Genf: Schulthess Juristische Medien AG 2008.

Van Goudoever 1903

M.L. van Goudoever, 'De duur van het eigendomsrecht', *WPNR* 1741 (1903), p. 225-227; *WPNR* 1742 (1903), p. 233-235.

Gräler 1994

J.G. Gräler, 'Kettingbeding en schuldovername', *JBN* 1994-84, p. 6, 7.

Gräler 2014

J.G. Gräler, *Monografieën BW, Mandeligheid en erfdiensbaarheden, deel B27*, Deventer: Kluwer 2014.

Van der Grinten 1981

W.C.L. van der Grinten, 'Het voorwaardelijk karakter van de eigendomsoverdracht tot zekerheid', *AA* 30 (1981), p. 83-86.

De Groot e.a. 1983

H. de Groot e.a., 'Overzicht der Nederlandse Rechtspraak', *WPNR* 5642 (1983) p. 143-146.

Guhl 1944

Th. Guhl, *Das Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Versicherungsrechtes*, Zürich: Polygraphischer Verlag A.-G. Zürich.

Guhl/Koller 2000

A. Koller, A.K. Schnyder, J. Nicolas Druey, *Das Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluß des Handels- und Wertpapierrechts*, Zürich: Schulthess 2000.

Guntz e.a. 2007

D. Guntz e.a., *Rechtswörterbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2007.

Gutmans 1995

A. Gutmans, *Die Regel der <<Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion>> im Recht der Bedingung (Art. 156 OR)* (diss. Basel), Basel, Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn 1995.

Haasjes 2005

A.J. Haasjes, 'Het rechtskarakter van automatische incasso en stornering', *V&O* 2005-1, p. 2-5.

- Haentjens 2004
M. Haentjens, 'Privaatrechtelijke aspecten van giraal effectenverkeer', *WPNR* 6582 (2004), p. 472-481.
- Haentjens & Meijer 2011
M. Haentjens & J.W. Meijer, 'Contracteren onder voorwaarden', *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk* 2011-2, p. 63-71.
- Hamaker 1970
G. Hamaker, *Onverschuldigde betaling* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1970.
- Hammerstein 1977
A. Hammerstein, *Eigenlijke en oneigenlijke zaaksvervanging* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977.
- Hammerstein & Vranken 2003
A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Monografieën Nieuw BW, Beëindiging en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking*, deel A10, Deventer: Kluwer 2003.
- Hartkamp 1977
A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijk wetboek*, Deventer: Kluwer 1977.
- Hartkamp 1991
A.S. Hartkamp, 'Terugwerkende kracht', *WPNR* 6030 (1991), p. 868-873.
- Hartkamp 2003
A.S. Hartkamp, 'Boekaankondiging. A.H. Scheltema, De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde, diss. Leiden 2003, 462 p.', *WPNR* 6556 (2003), p. 893.
- Hartlief 1994
T. Hartlief, *Ontbinding. Over ongedaanmaking, bevrijding en rechterlijke bevoegdheden bij ontbinding wegens wanprestatie* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.
- Van Hees 1997
J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: Tjeenk Willink 1997.
- Van der Heijden & Meijer 1996
C.M. van der Heijden en S.Y.Th. Meijer, 'Verrekening en rekening-courant', in: B. Wessels (red.), *Verrekening*, *Recht en praktijk* 9, Deventer: Kluwer 1996.
- Henke 1959
H.E. Henke, *Bedingte Übertragungen im Rechtsverkehr und Rechtsstreit, Prozessrechtliche Abhandlungen Heft 24*, Berlin, Keulen: Carl Heymanns Verlag KG 1959.
- Herberger/[auteur] 2009
M. Herberger e.a., *juris Praxiskommentar BGB, Band 3, Sachenrecht*, Saarbrücken: juris 2009.
- Heyman & Bartels 2012
H.W. Heyman, S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties, Koop*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.
- Heuff 1975
W. Heuff, 'Rechtsvragenrubriek', *WPNR* 5300 (1975), p. 195, 196.
- Heuff 1982
W. Heuff, 'Rechtsvragenrubriek', *WPNR* 5597 (1982), p. 130, 131.

- Hijma & Olthof 1982
Jac. Hijma en M.M. Olthof, 'Terugwerkende kracht, causaal stelsel en zakelijke werking in het Nieuw burgerlijk Wetboek', *WPNR* 5605 (1982), p. 257-260.
- Hijma & Olthof 2014
Jac. Hijma, M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2014.
- Hijma 1988
Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.
- Hijma 1998
Jac. Hijma, *Hoe nietig is nietig? Beschouwingen omtrent het nietigheidsbegrip in het contractenrecht*, Antwerpen: Kluwer rechtswetenschappen België/E. Story-Scientia 1998.
- Hijma e.a. 2013
Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. Schendel & W.L. Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst, Studiereeks burgerlijk recht deel 3*, Deventer: Kluwer 2013.
- Hijma (T & C Vermogensrecht) 2013
Jac. Hijma in: J.H. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Vermogensrecht Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer, p. 59-61.
- HKK/[auteur] 2003
M. Schmoeckel (red.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I Allgemeiner Teil §§ 1-240*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003.
- Hk-BGB/[auteur] 2014
R. Schulze (red), *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2014.
- Hockx 2003
J.W.A. Hockx, *Koop en leverig van vastgoed*, Den Haag: SDU Uitgevers 2003.
- Hoetink 1955
H.R. Hoetink, 'Het vermogensrecht in het algemeen (titel 1-6)', in: A.R. de Bruijn e.a., *Ars Notariatus VI, Ter eerste kennismaking*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1955.
- Hofmann 1933
L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch zakenrecht*, Groningen, Den Haag, Batavia: J.B. Wolters' Uitgevers-Maatschappij N.V. 1933.
- Hofmann 1936
L.C. Hofmann, 'Art. 1501 B.W.', *WPNR* 3463 (1936), p. 241-243.
- Hofmann 1937
L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch verbintenissenrecht, Eerste deel, De algemeene leer der verbintenissen*, Groningen, Batavia: J.B. Wolters' Uitgevers-Maatschappij N.V. 1937.
- Hofmann 1944
L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch zakenrecht*, Groningen, Batavia: J.B. Wolters' Uitgevers-Maatschappij N.V. 1944.
- Hofmann/Drion/Wiersma 1959
H. Drion, K. Wiersma, Dr. L.C. Hofmann, *Het Nederlands verbintenissenrecht, De algemene leer der verbintenissen, Tweede gedeelte (artt. 1388-1492 B.W.)*, Groningen: J.B. Wolters 1959.

Hofmann/Van Opstall 1976

S.N. van Opstall, Dr. L.C. Hofmann, *Het Nederlands verbintenissenrecht, De algemene leer van de verbintenissen, Eerste gedeelte (artt. 1269-1387 B.W.), Eerste stuk (artt. 1269-1301 en 1304-1348 B.W.)*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink B.V. 1976.

Hofmann/Abas 1977

P. Abas, Dr. L.C. Hofmann, *Het Nederlands verbintenissenrecht, De algemene leer van de verbintenissen, Deel 1 (artt. 1269-1387 B.W.) Tweede gedeelte (artt. 1302-1303 en 1349-1387 B.W.)*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink B.V. 1977.

Holtman 1991

R.J. Holtman, 'Verlenging' van de drie maandentermijn (overdrachtsbelasting)', *WPNR* 6011 (1991), p. 455-458.

Holtman 1996

R.J. Holtman, 'Verlenging van de zes-maandentermijn (overdrachtsbelasting)', *WPNR* 6240 (1996), p. 738-740.

Hondius 1992

E.H. Hondius, 'Het bestendig gebruikelijk beding... weg ermee', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet. Kleijn-bundel*, Deventer: Kluwer 1992, p. 127-133.

Honsell 2010

H. Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil*, Bern: Stämpfli Verlag 2010.

Honsell 2008

H. Honsell e.a., *Kurzkommentar Obligationenrecht Art. 1-529*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag 2008.

Hoofdbesturen 1963

Hoofdbestuur van de Broederschap der Notarissen in Nederland, Hoofdbestuur van de Broederschap der Candidaat-Notarissen, 'Berichten en mededelingen', *WPNR* 4790 (1963), p. 504-508.

Van Hooijdonk & Tjittes 2008

M. van Hooijdonk, R.J.P.L. Tjittes, 'Precontractuele aansprakelijkheid bij onderhandelen met een voorbehoud', *Contracteren* 3 (2008), p. 52-59.

Houwer & Bruggink 2009

F. Houwer, H.R. Bruggink, 'De herroepelijke schenking, civiel- en fiscaalrechtelijk nader bezien', *WFR* 2009-177-2, p. 177-190.

Houwing & Wiarda 1940

Ph. A.N. Houwing, J. Wiarda, *Overdracht van toekomstige rechten, Preadvies voor de Broederschap van Candidaat-Notarissen in Nederland en zijne Koloniën*, 1940.

Houwing 1949

Ph. A.N. Houwing, 'Verboden overeenkomsten', *WPNR* 4067, 4068, 4069 (1949), p. 1-5, 17-20, 29-33.

Hoytema van Konijnenburg 2008

S.E. Hoytema van Konijnenburg, 'De subject to board approval-bepaling nader beschouwd', *V&O*, 2008-1, p. 7-10.

Hübner 1996

H. Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, New York: Walter de Gruyter 1996.

- Huguenin e.a. 2008
C. Huguenin e.a., *Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, Zürich: Schulthess Juristische Medien 2008.
- Huijgen 1992
W.G. Huijgen, 'De rechtsgevolgen van het niet vermelden van een voorwaarde of titel in de transportakte', *WPNR* 6037 (1992), p. 131-135.
- Huijgen 1999
W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken. Studiepockets privaatrecht, deel 58*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- Huizink 1995
J.B. Huizink, 'Ontbindende voorwaarden en aandelenoverdracht', *WPNR* 6189 (1995), p. 501-502.
- Hütte & Helbron 2006
F. Hütte, M. Helbron, *Sachenrecht I. Mobiliarsachenrecht*, Grasberg bei Bremen: Verlag Dr. Rolf Schmidt 2006.
- Hütte & Hütte 2010
F. Hütte, M. Hütte, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Grasberg bei Bremen: Verlag Dr. Rolf Schmidt 2010.
- Idsinga 2007
N. Idsinga, 'Een aantal aspecten van voorwaardelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956', *FBN* 2007-47, p. 3-7.
- Jansen 2009
R. Jansen, *Beschikkingsonbevoegdheid* (diss. Antwerpen), Antwerpen; Oxford: Intersentia 2009.
- Janssen 2005
J.F.M. Janssen, 'Revival van de zekerheidsoverdracht', *WPNR* 6610 (2005), p. 133-143.
- Janssen 2006
J.F.M. Janssen, 'De levering bij voorbaat van toekomstige goederen', *WPNR* 6685 (2006), p. 745-755.
- Janssen 2008
J.F.M. Janssen, 'Boekbespreking. R.M. Wibier, Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen', *WPNR* 6759 (2008), p. 483-489.
- Jauernig/[auteur] 2009
O. Jauernig e.a., *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2009.
- Jauernig/[auteur] 2014
O. Jauernig e.a., *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug)*, München: Verlag C.H. Beck 2014.
- Johannsen e.a. 1982
K.H. Johannsen e.a., *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band I §§ 1-240*, Berlin: Walter de Gruyter 1982.

- De Jong 1988
G.T. de Jong, *Registers, risico en goede trouw* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1988.
- De Jong 2006
Th.F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.
- De Jong, Krans & Wissink 2014
G.T. de Jong, H.B. Krans, M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2014.
- Jongbloed 2011
A.W. Jongbloed, *Executierecht. Studiereeks burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.
- Jörs e.a./Honsell e.a. 1987
H. Honsell e.a., *Römisches Recht*, Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag 1987.
- Kalma 1940
Jac. Kalma, *Privaatrecht, A. Algemeene inleiding, B. Burgerlijk recht*, Amsterdam: Brinkman & Zoon 1940.
- Kallwass 2011
W. Kallwass, *Privatrecht. Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Zivilprozessrecht, Insolvenzrecht*, München: Verlag Franz Vahlen 2011.
- Kamphuisen 1955
P.W. Kamphuisen, 'Godsdienst en vermogensrecht', *WPNR* 4409 (1955), p. 345-348, 4410 (1955), p. 357-359.
- Kaser 1955
M. Kaser, *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht.*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1955.
- Keller & Schöbi 1985
M. Keller, Ch. Schöbi, *Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung Band IV*, Basel; Frankfurt am Main: Helbing Lichtenhahn Verlag 1985.
- Keller & Schöbi 1988
M. Keller, Ch. Schöbi, *Allgemeine Lehren des Vertragsrechts Band I*, Basel; Frankfurt am Main: Helbing Lichtenhahn Verlag 1988.
- Kersten 2013
T.B.M. Kersten, 'Stelplicht en bewijslast bij ontbindende en opschortende voorwaarden', *Tijdschrift overeenkomst in de rechtspraktijk* 4 (2013), p. 28-32.
- Keukens & Wibier 2011
W.M.T. Keukens, R.M. Wibier, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!', *WPNR* 6884 (2011), p. 379-382.
- Kindl 2008
J. Kindl, 'Eigentumsvorbehalt und Anwartschaftsrecht', *Zeitschrift für das Juristische Studium* 5 (2008), p. 477-487.
- Klaassen-Eggens/Luijten 1994
E.A.A. Luijten, *Huwelijksgoederen- en erfrecht, eerste gedeelte, Huwelijksgoederenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

- Klaassen-Eggers/Luijten & Meijer 2005
E.A.A. Luijten, *Huwelijksgoederen- en erfrecht, eerste gedeelte, Huwelijksgoederenrecht*, Deventer: Kluwer 2005.
- Kleijn 1988
W.M. Kleijn, 'Ontwikkelingen van de zekerheidsrechten buiten en in het faillissement van de debiteur', in: M.S. Bijleveld, P. Neleman, W.J.G. Oosterveen (red.), *Recht vooruit. Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 97-109.
- Kleijn e.a. 1992
W.M. Kleijn e.a. (red.), *Overzicht vermogensrecht naar huidig BW*, Arnhem: Gouda Quint 1992.
- Kleijn & Huijgen 1992
W.M. Kleijn, W.G. Huijgen, 'Een oud probleem in een nieuw kleed?' en 'Overdracht aan een BV in oprichting', *JBN* 1992-124, p. 5-7.
- Kleijn 1993
W.M. Kleijn, 'Waarom een ontbindende voorwaarde op afroep veelal is te verkiezen boven een opschortende voorwaarde op afroep', *JBN* 1993-72, p. 3, 4.
- Kleijn 1995
W.M. Kleijn, 'De verschillende gevolgen van aantasting van een levering uit het verleden', *JBN* 1995/55, p. 9, 10.
- Kleijn 1996
W.M. Kleijn, 'Een geclausuleerde uitsluitingsclausule mogelijk?', *JBN* 1996-87, p. 2.
- Kleijn 2005
W.M. Kleijn, 'Een onverwachte versterker van de optiehouder bij een registergoed', *WPNR* 6635 (2005), p. 725-727.
- Köbler 2007
G. Köbler, *Juristisches wörterbuch*, München: Verlag Vahlen 2007.
- Koops 2009
E. Koops, 'Het ontstaansmoment van borgenregres. Naar aanleiding van HR 6 juni 2008, RvdW 2008, 594 (Satisfactorie)', *NTBR* 2009-3, p. 116-124.
- Koops 2011
E. Koops, 'Het gat in de kaas: voorwaardelijke en toekomstige vorderingen in het licht van ING/Nederend q.q.', *MvV* 2011-2, p. 51-55.
- Kooy & Melgers 2004
N.L. van der Kooy, M.B.D. Melgers, 'Wie de ketting terecht overdraagt, heeft geen bouwplicht meer', *JBN* 2004-26, p. 13-15.
- Kortmann 1989
S.C.J.J. Kortmann, 'Staal Bankiers/Mr. Ambags q.q.', *AA* 38 (1989), p. 56-61.
- Kortmann 1992
S.C.J.J. Kortmann, 'Eigendom onder voorwaarde', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet. Kleijn-bundel*, Deventer: Kluwer 1992, p. 199-211.
- Kortmann 1994
S.C.J.J. Kortmann, 'Koninklijke Nijverdal ten Cate/Mr. Wilderink q.q.', *AA* 43 (1994), p. 745-751.

- Koller 2009
A. Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bern: Stämpfli Verlag AG Bern 2009.
- Körner & Rodewald 1999
J. Körner, J. Rodewald, 'Bedingungen, Befristungen, Rücktritts- und Kündigungsrechte in Verschmelzungs- und Spaltungsverträgen', *BB* 1999-17, p. 853-857.
- Köster 1979
H.K. Köster, 'Poging tot een nadere analyse van enkele zogenaamd eenzijdige rechtshandelingen', in: P. Abas (red.), *Non sine causa*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 205-212.
- Kraan 1989
C.A. Kraan, 'De voorwaardelijke – of alternatieve – ouderlijke boedelverdeling', *WPNR* 5923 (1989), p. 427-429.
- Land 1902
N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Derde deel Boek II, Titel 11-20, Haarlem: De Erven F. Bohn 1902.
- Land/De Savornin Lohman 1907
N.K.F. Land, bewerkt door W.H. de Savornin Lohman, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Vierde deel Boek III, Titel 1-4, Haarlem: De Erven F. Bohn 1907.
- Land/Star Busmann 1909
N.K.F. Land, bewerkt door C.W. Star Busmann, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Eerste deel – Eerste stuk. Boek I, Titel I-VIII, Afd. I, Haarlem: De Erven F. Bohn 1909.
- Lewin 2008
G.C.C. Lewin, 'Rechtspraak', *NJB* 2008/40, p. 2534-2535.
- Losecaat Vermeer 1925
P.A.J. Losecaat Vermeer, "'Vrijblijvend" in aanbod en overeenkomst. (Slot). II, De overeenkomst met het beding "vrijblijvend"', *WPNR* 2896 (1925), p. 465-469.
- Loth 2009
M.A. Loth, *Monografieën BW, Dwingend en aanvullend recht*, deel A19, Deventer: Kluwer 2009.
- Louwman & Kleijn 1998
W. Louwman & W.M. Kleijn, 'De wenselijkheid van inschrijving van waardeeloosheid', *JBN* 1998-10, p. 4-6.
- Luijten 1990
E.A.A. Luijten, 'Het bewogen leven van Doornroosje; de eigen aard van de ouderlijke boedelverdeling (II, slot)', *WPNR* 5986 (1990), p. 850-852.
- Van Maanen 1998
G.E. van Maanen, 'Varkens met verlengd eigendomsvoorbehoud', *WPNR* 6309 (1998), p. 237-238.
- Maasland 2007
J.L.D.J. Maasland, 'De herroepelijke schenking en de (ontbonden) gemeenschap van goederen', *Tijdschrift Erfrecht*, 2007-1, p. 7-10.

Marotzke 1977

W. Marotzke, *Das Anwartschaftsrecht ein Beispiel sinnvoller Rechtsfortbildung?* (diss. Bielefeld), Berlin: Duncker & Humblot 1977.

Marres 1981

P.G.J.M. Marres, 'Artikel 1167 is geen uiterste wilsbeschikking en een voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling is nietig', *WPNR* 5584 (1981), p. 796- 805.

Marres 1993

P.G.J.M. Marres, 'De voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling', *WPNR* 6095 (1993), p. 455, 456.

Medicus 2010

D. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2010.

Medicus 2012

D. Medicus, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, München: Verlag C.H. Beck 2012.

Meijer 2008

S.Y.Th. Meijer, 'De redelijkheid en billijkheid en de ontbindende voorwaarde. HR 24 oktober 2008, BE 9997, C07/083HR', *MvV* 2008-12, p. 297-300.

Meijers 1910

E.M. Meijers, 'Tijdschriftenoverzicht', *WPNR* 2104 (1910), p. 204-206.

Meijers 1916

E.M. Meijers, 'Aanvulling en uitlegging van overeenkomsten door een der partijen', *WPNR* 2420 (1916), p. 237-240, *WPNR* 2421 (1916). p. 253-256, *WPNR* 2422 (1916), p. 261-263.

Meijers 1917a

E.M. Meijers, 'Levering en rechtstitel (Slot)', *WPNR* 2456 (1917), p. 21-23.

Meijers 1917b

E.M. Meijers, noot bij 'HR 10 november 1916', *WPNR* 2476 (1918), p. 276-278.

Meijers 1933a

E.M. Meijers, Naar aanleiding van het 6e stuk van Suyling-Dubois, Inleiding tot het Burgerlijk Recht (Slot)', *WPNR* 3338 (1933), p. 531-536.

Meijers 1933b

E.M. Meijers, 'Rechtsvragen (I)', *WPNR* 3291 (1933), p. 86, 87.

Meijers 1948

E.M. Meijers, *Algemene leer van het Burgerlijk Recht, Deel I, De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948.

Melis 1938

J.C.H. Melis, 'Boekbespreking' (bespreking van: L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch Verbintenissenrecht, Tweede Deel: De Bijzondere Overeenkomsten*, Groningen: J.B. Wolters' Uitgevers-Maatschappij 1936), *WPNR* 3593 (1938) p. 513-515.

Melis 1944

J.C.H. Melis, 'Schenken ter zake des huwelijks', *WPNR* 3877 (1944) p. 79-80.

Mellema-Kranenburg 2004

T.J. Mellema-Kranenburg, 'De herroepelijke schenking, het wondermiddel van het nieuwe schenkingsrecht?', *Nieuw Erfrecht* 3 (2004), p. 39-42.

Merz 1984

H. Merz, *Schweizerisches Privatrecht. Sechster band. Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, erster Teilband*. Basel/Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn 1984.

- Metzger 2005
P. Metzger, *Schweizerisches juristisches Wörterbuch*, Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag 2005.
- Mezas 1985
B.M. Mezas, *Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend Nederlands recht* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985.
- Van Mierlo & Wammes 1989
A.I.M. van Mierlo, H. Wammes, 'Gedeeltelijk prijsgeven van een eigendomsvoorbehoud en de artt. 3.2.20, 3.5.4 en 3.4.2.7b NBW. Enige kanttekeningen bij HR 28 april 1989, RvdW 1989, 124', *WPNR* 5942 (1989), p. 791-799.
- Van Mierlo 2002
A.I.M. van Mierlo, 'Gastels bedrijfspand', *AA* 51 (2002), p. 89-95.
- Mijnssen 1981
F.H.J. Mijnssen, 'Eigendom tot zekerheid, de bezem van de tovenaarsleerling. HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60.', *WPNR* 5577 (1981), p. 645-649.
- Mijnssen 1983a
F.H.J. Mijnssen, 'De levering van een roerende zaak', *WPNR* 5654 (1983), p. 345-351.
- Mijnssen 1983b
F.H.J. Mijnssen, 'Zakenrecht volgens het NBW. In het bijzonder goede trouw en derdenbescherming', *NJB* 1983/38, p. 1228-1233.
- Mijnssen 2003
F.H.J. Mijnssen, *Materieel beslagrecht. Studiepockets privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003.
- Mijnssen 2010
F.H.J. Mijnssen, *Monografieën Privaatrecht, De rekening-courantverhouding, deel 15*, Deventer: Kluwer 2010.
- Mijnssen & Schut 1982
F.H.J. Mijnssen & G.H.A. Schut, *Bezit en levering volgens het BW en het NBW*, Zwolle: Tjeenk Willink 1982.
- Mijnssen & Schut 1984
F.H.J. Mijnssen & G.H.A. Schut, *Bezit, levering en overdracht volgens BW en NBW*, Zwolle: Tjeenk Willink 1984.
- Mok 1997
M.R. Mok, *Pacta sunt servanda; ja toch?* Afscheidscollege Groningen: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
- Mollema 2007
A.F. Mollema, 'Erfstellingen en legaten onder tijdsbepaling of voorwaarde', *WPNR* 6698 (2007), p. 141-150.
- Van Mourik e.a. 2011
M.J.A. van Mourik e.a., *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2011.
- Mouthaan 2013
M.B.C. Mouthaan, 'Hoe komt een installatie voor warmte-/koudeopslag in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de warmte-/koudeopslag is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de warmte-/koudeopslag failliet gaat?', *WPNR* 6984 (2013), p. 607-612.

MüKo/[auteur] 2012

F.J. Säcker e.a., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 Allgemeiner Teil §§ 1-240 ProstG AGG*, München: Verlag C.H. Beck 2012.

Muthers 2008

Ch. Muthers, *Der Rücktritt vom Vertrag* (diss. Keulen), Baden-Baden: Nomos 2008.

Nève 1998

P.L. Nève, *Eigendom in staat van ontbinding?*, Nijmegen: Katholieke Universiteit Nijmegen 1998.

Nève 2000

P.L. Nève, 'Eigendomsvoorbehoud', in: *Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, No. 60, Deventer: Kluwer 2000, p. 1-89.

Nieskens-Isphording 1989

B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Vier beginselen van derdenbescherming', *Kwartalbericht Nieuw BW* 1989-3, p. 71-75.

Nieskens-Isphording 1992

B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Artikel 3:24 en de reeds vervulde voorwaarde', *WPNR* 6062 (1992), p. 651, 652.

Nieskens-Isphording 1993

B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Bij ontbindende voorwaarde geen artikel 3:88', *WPNR* 6101 (1993), p. 563-565.

Nieskens-Isphording 1997

B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Na de 'Vormerkung' nu ook de 'Anwartschaftsrechte'?', in: B.W.M. Nieskens-Isphording, E.M. Hemmen, T.H.D. Struycken (red.), *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 105-114.

Nieskens-Isphording 1999

B.W.M. Nieskens-Isphording, *Overdracht/Übertragung. Eigendomsverkrijging naar Nederlands en Duits recht*, Ars Aequi Cahiers. Rechtsvergelijking en rechtsgeschiedenis deel 4, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 2002

B.W.M. Nieskens-Isphording & A.E.M. van der Putt-Lauwers, *Monografieën Nieuw BW, derdenbescherming, deel A22*, Deventer: Kluwer 2002.

Nieuwenhuis 1980

J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1980.

Oertmann 1924

P. Oertmann, *Die Rechtsbedingung (conditio iuris). Untersuchungen zum bürgerlichen Recht und zur allgemeinen Rechtslehre*, Leipzig: oorspronkelijke uitgever onbekend 1924; herdrukt in: Aalen: Scientia Verlag 1968.

Olthof 1986

M.M. Olthof, 'Een verlaat vraagpunt(je)', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *NBW: vliegen zonder vleugels*, BW-krant jaarboek nr. 2, Leiden: Rijksuniversiteit Leiden 1986.

Olthof 1988

M.M. Olthof, 'Overdracht van toekomstige vorderingen', in: M.S. Bijleveld, P. Neleman, W.J.G. Oosterveen (red.), *Recht vooruit. Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 121-137

Olthof 1992

M.M. Olthof, 'De ongedaanmakingsverbintenissen', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet. Kleijn-bundel*, Deventer: Kluwer 1992, p. 293-303.

Ontwerp Boek 6 1961

E.M. Meijers, voltooid door J. Drion, G. De Grooth en J. De Jong, Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Tekst Derde gedeelte (Boek 6), 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1961.

Van Oostrom-Streep 2006

N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Van Opstall 1963

S.N. van Opstall, 'Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 4756 (1963), p. 85-89.

Opzoomer 1876

C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek, verklaard, Vierde deel. Art. 784-1268*, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1876.

Opzoomer 1879a

C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek, verklaard, Vijfde deel. Art. 1269-1348*, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1879.

Opzoomer 1879b

C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek, verklaard, Zesde deel. Art. 1349-1416*, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1879.

Oser 1929

H. Oser, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. V. Band: Das Obligationenrecht. Erster Halbband: Art 1-183*, Zürich: Schultheß & Co 1929.

Van Ossenbruggen

F.D.E. van Ossenbruggen, *Eenige opmerkingen over het begrip der voorwaarde* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo .

Out 2003

J. Out, 'Bestaande en (nog) niet bestaande vorderingen', in: J.H.A. Lokin e.a. (red.), *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XIX (2002)*, Groningen: Chimaira 2003.

Van Oven 1916

J.C. van Oven, 'Wanprestatie als ontbindende voorwaarde bij wederkerige overeenkomsten.' Bespreking proefschrift van Gerbert Scholten, *WPNR* 2447 (1916), p. 555-558.

Van Oven 1918

J.C. van Oven, 'De ontbindende voorwaarde', *WPNR* 2516 (1918), p. 133-136, *WPNR* 2517 (1918), p. 145-148, *WPNR* 2518 (1918), p. 157-159, *WPNR* 2519 (1918), p. 165-166.

Van Oven 1919

J.C. van Oven, 'Boekbeoordeling' (bespreking van: R.P. Cleveringa, *De zakelijke werking der ontbindende voorwaarde*, Leiden: A. Vilders 1919), *WPNR* 2590 (1919), p. 303-305.

Van Oven 1924

J.C. van Oven, *Praeadvies over Causa en Levering*, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante.

Palandt/[auteur] 2014

P. Bassenge e.a., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2014.

Pawlowski 1998

H.-M. Pawlowski, *Allgemeiner Teil des BGB. Grundlehren des bürgerlichen Rechts*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 1998.

Peletier 1996

M.E.M.G. Peletier, 'Vereisten van verrekening', in: B. Wessels (red.), *Verrekening, Recht en praktijk* 9, Deventer: Kluwer 1996.

Perrick 1992

S. Perrick, 'De voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling onder het erfrecht ad interim', *WPNR* 6068 (1992), p. 789-791.

Peter 1994

H. Peter, *Das bedingte Geschäft. Seine Pendenz im römischen und im schweizerischen Privatrecht* (Habilitationsschrift Bern), Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1994.

Peter 2007

J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007.

Petit 1920

C.J.J.M. Petit, *Overeenkomsten in strijd met de goede zeden* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1920.

PG Boek 3

C.J. van Zeben, J.W. du Pon, M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Boek 3 (Inv. Boek 3, 5 en 6)

C.J. van Zeben, J.W. du Pon (red), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

PG Boek 4

C.J. van Zeben (red), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Vaststellingswet Boek 4. Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

PG Boek 4 (Inv. Boek 4)

C.J. van Zeben (red), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoeringswet Boek 4. Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

PG Boek 5

C.J. van Zeben, J.W. du Pon, M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Boek 6

C.J. van Zeben, J.W. du Pon, M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Boek 6 (Inv. Boek 3, 5 en 6)

C.J. van Zeben, J.W. du Pon (red), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

- PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)
C.J. van Zebe (red.), W.H.M. Reehuis, E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7. Bijzondere overeenkomsten Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.
- Piron 1993
C.G.J. Piron, 'Terugwerkende kracht toekennen en uitsluiten: ja of nee', *WPNR* 6098 (1993), p. 503-505.
- Pitlo 1964
A. Pitlo, *Het verbintenissenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1964.
- Pitlo 1965
A. Pitlo, *Het zakenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1965.
- Pitlo/Cahen 2002
J.L.P. Cahen, *Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 4. Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2002.
- Pitlo/Gerver 1978
P.H.M. Gerver, *Het systeem van het Nederlandse privaatrecht*, Arnhem: Goud Quint 1978.
- Pitlo/Reehuis e.a. 2006
W.H.M. Reehuis e.a., *Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006.
- Pitlo/Reehuis e.a. 2012
W.H.M. Reehuis e.a., *Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.
- Plemp 1990
S.J. Plemp, 'Reactie op de Rechtsvraag inzake art. 3.4.2.3b (3:88), Kwartaalbericht Nieuw BW 1989/4 (J.E. Fesevur)', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1990-2, p. 42.
- Pleysier 2010
A.J.H. Pleysier, 'Het betalen van een financiële vergoeding kan geen voorwaarde vormen voor de toestemming tot vervreemding van een erfpachtsrecht', *JBN* 2010-51, p. 13-14.
- Polderman 1918
J.J. Polderman, bespreking van: A.C.G. van Proosdij, *De zakelijke werking der ontbindende voorwaarde naar ons Burgerlijk Wetboek* (diss. VU Amsterdam), Amsterdam: Wed. G. van Soest 1917, W. 10211 (1918), p. 3-4.
- Potjewijd 1998
G.H. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie. Een romanistische studie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.
- Van Proosdij 1917
A.C.G. van Proosdij, *De zakelijke werking der ontbindende voorwaarde naar ons Burgerlijk Wetboek* (diss. VU Amsterdam), Amsterdam: Wed. G. van Soest 1917.
- PWW/[auteur] 2014
H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich (red.), *BGB Kommentar*, Neuwied: Luchterhand 2014.

- Radke 2001
W.W. Radke, *Bedingungsrecht und Typenzwang* (diss. Marburg), Berlijn: Duncker & Humblot 2001.
- Raiser 1961
L. Raiser, *Dingliche Anwartschaften*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1961.
- Rank-Berenschot 1992a
E.H. Rank-Berenschot, 'Problemen van samenloop bij de bescherming van verkrijgers van registergoederen', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet. Kleijn-bundel*, Deventer: Kluwer 1992, p. 325-340.
- Rank-Berenschot 1992b
E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.
- Rank-Berenschot 1998
E.B. Rank-Berenschot, 'Overdracht en toebehoren onder tijdsbepaling. (Achtergrond en betekenis van art. 3:85 BW)', in: M.H. Claringbould e.a., *Van Beheering*, Deventer: Gouda Quint 1998.
- Rank-Berenschot 2012
E.B. Rank-Berenschot, *Monografieën BW, Bezit*, deel B7, Deventer: Kluwer 2012.
- Reehuis 1998
W.H.M. Reehuis, *Monografieën Nieuw BW, Eigendomsvoorbehoud*, deel B6c, Deventer: Kluwer 1998.
- Reehuis 2004
W.H.M. Reehuis, *Monografieën BW, Levering*, deel B6b, Deventer: Kluwer 2004.
- Reehuis 2010
W.H.M. Reehuis, *Monografieën BW, Overdracht*, deel B6a, Deventer: Kluwer 2010.
- Reehuis 2013
W.H.M. Reehuis, *Monografieën BW, Eigendomsvoorbehoud*, deel B6c, Deventer: Kluwer 2013.
- Reinhartz 1988
B.E. Reinhartz, 'Bestendig gebruikelijk beding', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Oud en nieuw*, BW-krant jaarboek 4, Leiden: Rijksuniversiteit Leiden 1988.
- Reinhartz 2002
B.E. Reinhartz, 'Maken onder tijdsbepaling en onder voorwaarde, in het bijzonder het fidei-commis', *Nieuw Erfrecht*, 2002-1, p. 4-7.
- Reinhartz 2004
B.E. Reinhartz, 'Kan de erflater de ontbindende voorwaarde bij de testamentaire last ook weglaten?', *Nieuw Erfrecht*, 2004-1, p. 15-16.
- Reinicke & Tiedtke 2004
D. Reinicke & K. Tiedtke, *Kaufrecht*, München: Luchterhand 2004.
- Rey 2007
H. Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum. Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I*, Bern: Stämpfli Verlag AG Bern 2007.
- Rinnewitz 1989
J. Rinnewitz, *Zur dogmatischen Struktur des Anwartschaftsrechts aus dem Eigentumsvorbehalt* (diss. Göttingen), uitgever onbekend 1989.

- Rodenburg 1984
R. Rodenburg, 'Afdelingen 3.1.2 en 3.4.2 Overdracht van registergoederen', in: M.P.J.G. Göbbels & H.J. de Kluiver (red.), *NBW geschetst. Goederenrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1984, p. 6-23.
- Rodrigues Lopes 2012
D.L. Rodrigues Lopes, *Eigendom en beperkte rechten*, Recht en Praktijk Vastgoedrecht VG5, Deventer: Kluwer 2012.
- Van Rijssen 2006
G. van Rijssen, *Contractsoverneming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.
- Van Rijssen 2008
G. van Rijssen, 'Contractsoverneming en ontbinding', *WPNR* 6762 (2008), p. 565-573.
- Ruygvoorn 2009
M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009.
- Ruygvoorn 2010
M.R. Ruygvoorn, 'Contracteren onder voorbehoud: het blijft lastig!', *MvV* 2010/6, p. 168-172.
- Salomons 1993
A.F. Salomons, 'Enkele opmerkingen over het rechtskarakter van het reclamerecht', *WPNR* 6114 (1993), p. 863-865.
- Van Schaick 1990
A.C. van Schaick, 'De strekking der overeenkomst', *WPNR* 5971 (1990), p. 503-507.
- Van Schaick 2003
A.C. van Schaick, *Monografieën Nieuw BW, Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap*, deel A14, Deventer: Kluwer 2003.
- Van Schaick 2008
A.C. van Schaick, 'Kroniek van het zakenrecht (2001-2008) deel II', *NTBR* 2008-7, p. 287-297.
- Schellhammer 2013
K. Schellhammer, *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*, Heidelberg: C.F. Müller Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm 2013.
- Schellhammer 2014
K. Schellhammer, *Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen*, Heidelberg: C.F. Müller Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm 2014.
- Scheltema 1997
M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss. Leiden), plaats uitgever onbekend: Kluwer 1997.
- Scheltema 2003
A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde* (diss. Leiden), Den Haag: Kluwer 2003.
- Scheltema 2004
A.H. Scheltema, 'De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde, (bespreking proefschrift)', *Ars Aequi* 53 (2004) 9, p. 671-677.

Scheltema 2013

A.H. Scheltema, 'Eigendomsvoorbehoud, overdracht en verpanding van eigendom onder opschortende voorwaarden', *MvV* 2013-6, p. 155-164.

Schiemann 1973

G. Schiemann, *Pendenz und Rückwirkung* (diss. Hamburg), Köln, Wien: Böhlau Verlag 1973.

Schießer 1998

O. Schießer, *Bedingte und betagte Ansprüche nach altem und neuem Insolvenzrecht* (diss. München), München: Akademischer Verlag München 1998.

Schlechtriem/Schmidt-Kessel 2005

P. Schlechtriem, M. Schmidt-Kessel, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005.

Schmid, Hürlimann-Kaup 2012

J. Schmid, B. Hürlimann-Kaup, *Sachenrecht*, Zürich, Basel, Genf: Schulthess Juristische Medien 2012.

Schmidt 1969

G. Schmidt, *Die betagte und die befristete Forderung. Ein kritischer Beitrag zur Lehre von der Fälligkeit und vom Anwartschaftsrecht* (diss. Freiburg im Breisgau), uitgever onbekend 1969.

Schols 2011

F.W.J.M. Schols, *Monografieën BW, Schenking en gift, deel B82*, Deventer: Kluwer 2011.

Schoordijk 1963

H.C.F. Schoordijk, 'De zakelijke werking van de eigendomsvoorbehoudclausule en de ontbinding ex art. 1302 B.W. bij koopcontracten van roerende lichamelijke zaken', *WPNR* 4782, 4783 (1963), p. 401-403, p. 413-417.

Schoordijk 1971

H.C.F. Schoordijk, 'De eigendomsvoorbehoudsclausule en het gewijzigd ontwerp van wet (Boek 3 Nieuw B.W.)', *WPNR* 5148 (1971), p. 457-463 (*eerste gedeelte*).

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.

Schoordijk 1986

H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W. (titel 1 t/m 5, titel 11)*, Deventer: Kluwer 1986.

Schoordijk/Schoordijk 2009

H.C.F. Schoordijk en F.C.E. Schoordijk, 'Ongerief rond de hersteleis van art. 19 lid 1 WBR', *WPNR* 6813 (2009), p. 774-783.

Schoordijk 2010

F.C.E. Schoordijk, 'Naschrift', *WPNR* 6839 (2010), p. 307-309.

Schrage 2008

E.J.H. Schrage, 'An pacta paenitenda necnon servanda sint', *VRA* 2008/1, p. 47-94.

Schrage 2009

E.J.H. Schrage, *Monografieën BW, Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst, deel B53*, Deventer: Kluwer 2009.

Schut 1973

G.H.A. Schut, 'Boekbespreking' (bespreking van: J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen; een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1971), *WPNR* 5204 (1973), p. 65-67.

Schut 1976

G.H.A. Schut, *Bezit geldt als volkomen titel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1976.

Schut 1977

G.H.A. Schut, *Rechtshandeling overeenkomst en verbintenis*, Zwolle: Tjeenk Willink 1977.

Schwenzer 2012

I. Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, Bern: Stämpfli Verlag AG Bern 2012.

Siemers 1932

W. Siemers, *Die Eigentumsübertragung unter einer aufschiebenden Bedingung, mit besonderer Berücksichtigung des Verkaufes unter Eigentumsvorbehalt* (diss. Marburg), Marburg: K. Euker 1932.

Smeehuijzen 2004

J.L. Smeehuijzen, 'Het aanvangsmoment van bevrijdende verjaringstermijnen', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Termijnen*, BW-krant jaarboek 20, Deventer: Kluwer 2004.

Smits 2003

J.M. Smits, *Monografieën Nieuw BW, Bronnen van verbintenissen*, deel A2, Deventer: Kluwer 2003.

Snijders 1980

W. Snijders, 'Botsende rechten op levering van éénzelfde goed', in: H.A.J. Baanders (red.), *Recht door zee. Liber amicorum H. Schadee*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980.

Snijders 1997

W. Snijders, 'Nog een duit in de zak van de trust', in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Serie Onderneming en Recht dl. 7, Deventer: Kluwer 1997.

Snijders 1999

W. Snijders, 'Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht', *WPNR* 6365 (1999), p. 558-565, *WPNR* 6366 (1999), p. 583-589, *WPNR* 6367 (1999), p. 601-608.

Snijders 2006

H.J. Snijders, 'Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken', *NTBR* 2006-6, p. 223-228.

Snijders & Rank-Berenschot 2012

H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Van Soest 1929

A.J. van Soest, 'Overzicht der jongste rechterlijke en administratieve beslissingen inzake notariaat en fiscaalrecht', *WPNR* 3093 (1929), p. 207, 208.

Sonneveldt & Vegter 2006

F. Sonneveldt, J.B. Vegter, 'De gift over de hand, civielrechtelijk en in het licht van de Successiewet 1956 gezien (I) en (II)', *WPNR* 6679, 6680 (2006), p. 629-635, 647-651.

Spath 2010

J.B. Spath, *Zaaksvervanging* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

- Sponer 1965
W. Sponer, *Das Anwartschaftsrecht und seine Pfändung*, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking 1965.
- Staehelin 1993
D. Staehelin, *Bedingte Verfügungen*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich 1993.
- Staudinger/[auteur] 2010
N. Habermann (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 139-163 (Allgemeiner Teil 4b)*, Berlin: Sellier – de Gruyter 2010.
- Staudinger/Eckpfeiler 2014
R.M. Beckmann e.a., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin: Sellier – de Gruyter 2014.
- Steckermeier 1993
M. Steckermeier, *Der Eingriff in die rechtsgeschäftlichen Grundlagen der Anwartschaft aus Vorbehaltsübergabe zu Lasten des Zweiterwerbers* (diss. Regensburg), Berlin: Duncker & Humblot 1993.
- Stein 2004
P.A. Stein, *Zekerheidsrechten Hypotheek*, Recht en Praktijk 7a, Deventer: Kluwer 2004.
- Steneker 2005
A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht dl. 31, Deventer: Kluwer 2005.
- Steneker 2008
A. Steneker, 'Overdracht onder voorbehoud van pandrecht', *WPNR* 6766 (2008), p. 644-655.
- Steneker 2012
A. Steneker, *Monografieën BW, Pandrecht, deel B12a*, Deventer: Kluwer 2012.
- Stiefel 1918
G. Stiefel, *Über den Begriff der Bedingung im schweizerischen Zivilrecht* (diss. Zürich), Aarau: H.R. Sauerländer & Co 1918.
- Stollenwerck 2007
A.H.N. Stollenwerck, 'Een Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking', *ftV* 2007- 24, p. 4-14.
- Van Straaten 1990
J.C. van Straaten, 'Rechtszekerheid bij overdracht van onroerend goed', in: E.H. Hondius, C.C. van Dam (red.), *Het nieuw BW in perspectief*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 17-51.
- Van Straaten 1992
J.C. van Straaten, *Kadaster, openbare registers en derdenbescherming*, Deventer: Kluwer 1992.
- Van Straaten 1993
J.C. van Straaten, 'Bescherming van verkrijgers tegen reeds vervulde ontbindende voorwaarden en het huurbeding in de vorm van een kwalitatieve verplichting', *WPNR* 6091 (1993), p. 319.

Van Straaten 2003

J.C. van Straaten, 'Reactie naar aanleiding van de bijdrage van mw. mr. B.W.M. Nieskens-Ispording, rubriek Vermogensrecht Aktueel, WPNR (1992) 6062 en het artikel van mw. mr. A.C. Wibbens-de Jong, rubriek met medewerking van de Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap, WPNR (1992) 6061 en 6062', WPNR 6091 (2003), p. 319.

Van Straaten 2006

J.C. van Straaten, *Wegwijs in de Overdrachtsbelasting*, Amersfoort: SDU 2006.

Van Straaten 2008

J.C. van Straaten, 'Overgang van contractuele rechtsverhoudingen, A-B-C-situaties', JBN 2008-63.

Struik 1983

H. Struik, 'Vooruitlopen op tekortkoming bij niet-opeisbare verbintenissen volgens het NBW', AA 32 (1983), p. 699-705.

Struycken 2007

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht dl. 37, Deventer: Kluwer 2007.

Suijling 1934

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, tweede stuk, eerste gedeelte, Haarlem: De Erven F. Bohn 1934.

Suijling 1936

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, tweede stuk, tweede gedeelte, Haarlem: De Erven F. Bohn 1936.

Suijling 1940

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 5e stuk, Zakenrecht, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940.

Van Swaaij 2000

J.H.M. van Swaaij, *Beschikken en rechtsovergang. De temporele dimensie van de overdracht: levering van toekomstige goederen, levering onder eigendomsvoorbehoud en levering onder voorbehoud van eigendomsherkrijging* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Tjong Tjin Tai 2008

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Bewijs van de (inhoud van de) overeenkomst', NJB 14 (2008), p. 810-816.

Den Tonkelaar 1983

J.D.A. den Tonkelaar, *Opschortende en ontbindende voorwaarden volgens BW en NBW*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.

Den Tonkelaar 1994

J.D.A. den Tonkelaar, *Opschortende en ontbindende voorwaarden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Tonner, Willingmann, Tamm 2010

K. Tonner, A. Willingmann, M. Tamm (red.), *Vertragsrecht Kommentar*, Köln: Luchterhand 2010.

Tuor e.a. 2009

Tuor e.a., *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich, Basel, Genf: Schulthess Juristische Medien 2009.

- Valk (T & C Vermogensrecht) 2013
W.L. Valk in: J.H. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Vermogensrecht Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer, p. 616-620.
- Veegens/Oppenheim 1917
J.D. Veegens, bewerkt door A.S. Oppenheim, *Schets van het Nederlandsch burgerlijk recht*, derde deel – Verbintenissen. Bewijs en verjaring, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1917.
- Veenhoven 1955
A. Veenhoven, *Eigendomsoverdracht tot zekerheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1955.
- Veerbeek 2007
J.H.J.E. Veerbeek, 'Pandrechten rond zaken bij handelstransacties', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2007-2, p. 64-75.
- Vegter 2002
J.B. Vegter, 'Over de wettelijke vormgeving van het fideïcommis de residuo en in het bijzonder over het overeenkomstig van toepassing zijn van de vruchtgebruikbepalingen op dit fideïcommis', *WPNR* 6486 (2002), p. 317-322.
- Vegter 2008-I
J.B. Vegter, 'Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking', *WPNR* 6744 (2008), p. 167-172.
- Vegter 2008-II
J.B. Vegter, 'Making/schenking over de hand van het overschot en de vruchten van het vermaakte/geschonken vermogen', *WPNR* 6764 (2008), p. 607-612.
- Vegter 2010
J.B. Vegter, 'Over het eenheidsbeginsel in het huwelijksvermogensrecht en over flexibilisering van de uitsluitingsclausule', *WPNR* 6826 (2010), p. 30-34.
- Van Velten & Holleman 1983
A.A. van Velten, J. Holleman, 'Stagnatie en continuïteit in de bouw', *BR* 1983, p. 892-904.
- Van Velten 1997
A.A. van Velten, 'Rechtsvragenrubriek. Kan mandeligheid bij voorgaande akte?', *WPNR* 6256 (1997), p. 102-103.
- Van Velten 2001
A.A. van Velten, 'De clause van uitsluiting ontbinding en vernietiging bij een koopovereenkomst is geen gebruikelijk beding (meer)', *WPNR* 6458 (2001), p. 793-794.
- Van Velten 2012
A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed. Ars Notariatus* 120, Deventer: Kluwer 2012.
- Van de Ven 2007
K.M.L.L. van de Ven, 'Fiscale gevolgen van de schenking onder ontbindende voorwaarde en de ontbinding van de overeenkomst ingevolge dwaling', *FBN* 2007-74, p. 3-7.
- Verhagen & Rongen 2000
H.L.E. Verhagen, M.H.E. Rongen, *Cessie*, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2000.

Verhoeven 2009

J.J. Verhoeven, 'Boekbeshouwingen. G. van Rijssen, Contractsoverneming', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2009/4, p. 176-181.

Vermeulen 1988

H.A.W. Vermeulen, 'Recente rechtspraak. Enige opmerkingen over het onderscheid tussen een voorwaardelijke en toekomstige vordering naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 25 maart 1988, RvdW 1988, 69 inzake Staal Bankiers NV – Ambags q.q.', *WPNR* 5894 (1988), p. 646-647.

Vermeulen 2005

R.M. Vermeulen, 'Ontbindende voorwaarde, herstel en overdrachtsbelasting', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2005, p. 21-22.

Verstappen 1991

L.C.A. Verstappen, 'Enige beschouwingen over de juridische toepassingsmogelijkheden van de figuur van de mandeligheid naar NBW (I)', *WPNR* 6008 (1991), p. 400, 401.

Verstappen 1993

L.C.A. Verstappen, 'Financiering door de verkoper: hypotheek of voorwaardelijke levering?', *WPNR* 6083 (1993), p. 161, 162.

Verstappen 2000

L.C.A. Verstappen, 'Maken onder tijdsbepaling en voorwaarde naar nieuw erfrecht, in het bijzonder fidei-commissaire voorwaardelijke makingen', *WPNR* 6398, 6399 (2000), p. 259-263, 288-292.

Verstijlen 2007

F.M.J. Verstijlen, 'Het eigendomsvoorbehoud in nevelen', *WPNR* 6725 (2007), p. 824-829.

Veth 1911

H.G. Veth, 'Ontbindende voorwaarde of wanprestatie', *WPNR* 2150 (1911), p. 114-116.

Vieweg/[auteur] 2010

K. Vieweg, *BGB Band 1 Allgemeiner Teil*, Saarbrücken: Juris 2010.

Vieweg & Werner 2010

K. Vieweg, A. Werner, *Sachenrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag 2010.

Van Vijfeijken 2008

I.J.F.A. van Vijfeijken, 'De fiscale behandeling van de herroepelijke schenking', *WPNR* 6744 (2008), p. 173-186.

Van Vliet 2000

L.P.W. van Vliet, *Transfer of movables* (diss. Maastricht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000.

Van Vliet 2008

L.P.W. van Vliet, 'Eigendom als zekerheidsmiddel: moet overwaarde verrekend worden?', *NTBR* 2008-8, p. 327-335.

Vos 1916

M.B. Vos, 'Het arrest van den Hoogen Raad van 24 maart 1916', met reactie E.M. Meijers, *WPNR* 2439 (1916), p. 459-460.

De Vries 2004

M.A. de Vries, 'Aanstelling en ontslag', *Arbeid Integraal* 2004-2, p. 27-30.

- De Vries Lentsch-Kostense 1988
C.L. de Vries Lentsch-Kostense, 'Ons publikatiestelsel betreffende onroerend goed; de openbare registers en het kadaster', in: R.M. Blaauw e.a., *Recht vooruit*, Deventer: Kluwer 1988, p. 175-198.
- Vriesendorp 1985
R.D. Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud, serie Recht en praktijk*, Deventer: Kluwer 1985.
- Vriesendorp 1994
R.D. Vriesendorp, 'Eigenodmsvoorbehoud en overgang van de verzekerde vordering. N.a.v. HR 18 februari 1994, RvdW 1994, 61 (Nijverdall/Mr Wilderink q.q.)', *WPNR* 6133 (1994), p. 293-294.
- De Waal-van Wessem 1983
I. de Waal-van Wessem, 'Cessie en stille verpanding van toekomstige vorderingen, mede naar aanleiding van HR 26-3-1982, R.v.d.W. 1982, 69', *WPNR* 5645 (1983), p. 177-183.
- Weber 2010
R. Weber, *Sachenrecht I. Bewegliche Sachen*, Baden-Baden: Nomos 2010.
- Weber 2013
R. Weber, *Sachenrecht I. Bewegliche Sachen*, Baden-Baden: Nomos 2013.
- Van Wechem & Drion 2009
E. van Wechem, C.E. Drion, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2009-14, p. 841-853.
- Weirich 2006
H.A. Weirich, *Grundstücksrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006.
- Wery 1930
J.L.L. Wery, 'Schenking onder ontbindende voorwaarde', *WPNR* 3142 (1930), p. 145-148, *WPNR* 3143 (1930), p. 161-163, *WPNR* 3144 (1930), p. 177-180.
- Wessels 1996a
B. Wessels, 'Kenmerken van de verrekeningsverklaring', *NbBW* 1996-9, p. 89-90.
- Wessels 1996b
B. Wessels (red.), *Verrekening*, Deventer: Kluwer 1996.
- Wessels 2012
B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1), Serie Insolventierecht deel II*, Deventer: Kluwer 2012.
- Wessels 2013
B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2), Serie Insolventierecht deel III*, Deventer: Kluwer 2013.
- Wessels & Verheij 2013
B. Wessels, A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten, Studiereeks burgerlijk recht deel 6*, Deventer: Kluwer 2013.
- Westermann 1973
H. Westermann, *Sachenrecht*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1973.
- Wiarda 1937
J. Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam naar Nederlandsch burgerlijk recht* (diss. UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1937.

Wiarda 1943

J. Wiarda, 'Artt. 1296, 936 B.W. opzet, schuld, strijd met goede trouw; potestatieve voorwaarde. Artt. 1374, 1375 B.W. rechtsbeginsel van goede trouw en billijkheid buiten het gebied van de verbintenisscheppende overeenkomst; veronderstelling van goede trouw', *WPNR* 3852, 3853, 3854 (1943), p. 297-300, p. 303-305, p. 307-309.

Wibbens-de Jong 2006

A.C. Wibbens-de Jong, *Monografieën BW, Mandeligheid en erfdiensbaarheden, deel B27*, Deventer: Kluwer 2006.

Wibier 2009a

R.M. Wibier, 'Verbintenisrechtelijke alternatieven voor goederenrechtelijke zekerheidsrechten', in: *Zekerhedenrecht in ontwikkeling* (Preadvies voor het wetenschappelijk congres van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie op 9 oktober 2009), Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 187-230.

Wibier 2009b

R.M. Wibier, 'Het ontstaansmoment van borgenregres. Naar aanleiding van HR 6 juni 2008, RvdW 2008, 594 (Satisfactorie)', *NTBR* 2009-1, p. 21-29.

Wibier & Smid 2009

R.M. Wibier, C.H.M.A. Smid, 'Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken en faillissement – beschikken over voorwaardelijke eigendom: een fictie te ver!', *WPNR* 6811 (2009), p. 724-731.

Wibier 2013

R.M. Wibier, 'De geldigheid van vervalbedingen naar Nederlands recht, mede in het licht van HR 12 april 2013 (*De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland*), *WPNR* 6985 (2013), p. 625-632.

Wieling 2006

H.J. Wieling, *Sachenrecht, Band 1, Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen*, Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag 2006.

Wiersma 1994

H.W. Wiersma, 'Derdenbescherming met mate; over de reikwijdte van art. 3:24 lid 1', *WPNR* 6136 (1994), p. 343-349.

Wilhelm 2010

J. Wilhelm, *Sachenrecht*, Berlijn: Walter de Gruyter 2010.

Wolf 1999

M. Wolf, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 2, Allgemeiner Teil 2, §§104-240*, Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer 1999.

Wolf/Neuner 2012

M. Wolf, J. Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München: Verlag C.H. Beck 2012.

Wolfert 2001

E.C.M. Wolfert, *Trust in het Nederlandse recht, J. Kusters-reeks – voor grensoverschrijdend privaatrecht deel III*, Groningen: Uitgeverij Hephaestus 2001.

Wolfert 2005

E.C.M. Wolfert, 'Art. 3:84 lid 3 en vruchtgebruik gelegateerd onder de ontbindende voorwaarde van faillissement van de legataris of het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling', *WPNR* 6624 (2005), p. 455-456.

WPNR 1876

Auteur onbekend, 'De invloed van met de wet strijdige voorwaarden, op het bestaan van de hoofdverbintenis, art. 1290 jo 1370 van het B.W.', *WPNR* 339, 340, 341, 342, 345, 346 (1876), p. 202, 211-212, 220, 226-227, 251-252, 258-259.

WPNR 1893

Auteur onbekend, 'Werking der ontbindende voorwaarde in de overeenkomst tegenover derden', *WPNR* 1250 (1893), p. 576, 577.

Van Zanten 2012

T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), *Recht en Praktijk Insolventierecht InsR3*, Deventer: Kluwer 2012.

Zimmermann 1993

R. Zimmermann, "'Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter...'", *AcP* 1993, p. 121-173.

Zwalve, Verstappen & Huizink 2003

W.J. Zwalve, L.C.A. Verstappen & J.B. Huizink, *Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren, Preadviezen*, Den Haag: SDU Uitgevers 2003.

Zwalve 2006

W.J. Zwalve, *Simplex et perpetuum. Beschouwingen over eigendom en tijd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Zwalve 2008

W.J. Zwalve, 'De "numerus clausus". Beschouwingen naar aanleiding van een recent verschenen dissertatie', *MvV* 2008-9, p. 198-204.

Zwalve 2013

W.J. Zwalve, 'Bezit geldt als volkomen titel. Enige opmerkingen over gestolen zaken en de rechtsvordering van art. 3:86 lid 3 BW', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2013-3, p. 95-106.

Zwemmer 1997

J.W. Zwemmer, *Fiscaal- en civielrechtelijke aspecten van voorwaarde en tijdsbepaling*, Fiscale brochures, Deventer: Kluwer Fiscale en Financiële Uitgevers 1997.

Zwitser 1990

R. Zwitser, *NBW in 100 uur*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

Zwitser 1993

R. Zwitser, 'De betekenis van Anwartschaftsrecht voor de rangorde van zakelijke rechten', *WPNR* 6099 (1993), p. 524-530.

Zwitser 2013

R. Zwitser, 'Weigering, met terugwerkende kracht en goederenrechtelijke werking', *WPNR* 6969 (2013), p. 249-258.

Jurisprudentieregister

De in dit onderzoek opgenomen jurisprudentie is in onderstaand overzicht onderverdeeld in de vier onderzochte stelsels. Een deel van deze rechtspraak wordt in dit onderzoek echter (tevens) vermeld bij andere stelsels dan waaronder deze onderstaand is gerangschikt.

Rechtspraak waarbij uitsluitend de eventueel toegevoegde noten deel van dit onderzoek vormen, is onderstaand niet weergegeven.

JURISPRUDENTIE NBW

Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 2014, ECLI:GHSHE:2014:603 | 7.4.2.1
HR 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:213 | 9.2.4.4
HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087 | 5.2.4.1
Hof Amsterdam 2 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:979 | 8.2.3, 11.2.6.3
Hof Amsterdam 19 maart 2013, JOR 2013, 199, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1778
| 8.1.4, 8.2.1
Rb. Den Haag (vzr.) 6 maart 2013, RVR 2013, 76, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7220
| 4.3
HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:BY2640 | 2.6.1, 5.4.2.3, 8.1.3
Rb. Den Haag 9 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9390 | 3.2.3.4
Hof 13 november 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY6792 | 4.3
Hof Arnhem 30 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY1304 | 3.1.4.2, 4.3, 8.1.3
Rb. 's-Gravenhage 12 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7231 | 11.3.3.2
Hof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX6224 | 4.3
Hof Amsterdam 26 juni 2012, NJF 2012, 464 (geen ECLI bekend) | 4.3
Hof 's-Hertogenbosch 3 juni 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0504 | 4.3, 8.1.4
HR 1 juni 2012, NJ 2012, 471, ECLI:NL:HR:2012:BV1748 | 3.1.3.1, 3.1.3.2, 7.1.2.3,
7.3.3.1, 7.4.2.1, 7.4.2.3
Hof Amsterdam 8 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX3778 | 7.4.2.1, 8.1.4
HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784 | 4.1.4.3, 6.2.5.1, 6.2.5.4
Hof 's-Hertogenbosch 13 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU8387 | 4.3
HR 9 december 2011, NJ 2012, 5, ECLI:NL:HR:2011:BT6408 | 7.3.4.1, 7.4.2.1
Rb. Rotterdam 5 oktober 2011, RN 2012, 8, ECLI:NL:RBROT:2011:BT6847
| 3.1.3.1, 4.3
Rb. Haarlem 17 augustus 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BU9343 | 2.4.3.1
HR 10 juni 2011, NJ 2011, 423, ECLI:NL:HR:2011:BP6163 | 5.1.2, 7.4.2.1
HR 22 april 2011, NJ 2011, 188, ECLI:NL:HR:2011:BP6597 | 3.2.3.1, 4.3
HR 3 december 2010, NJ 2010, 653, ECLI:NL:HR:2010:BN9463 | 4.1.4.3, 6.2.5.1,
6.2.5.2, 6.2.5.3, 6.2.5.4

Rb. Dordrecht 3 november 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BO4062 | 7.4.2.1
Hof Leeuwarden 14 januari 2010, NJ 2010, 236 | 2.3.3, 5.1.2, 5.2.4.2, 5.3.2.3
Rb. Arnhem 16 december 2009, NJF 2010, 85 | 3.2.3.3
Hof Arnhem 15 september 2009, LJN: BJ 7921 | 7.4.2.1
Rb. 's-Hertogenbosch 12 augustus 2009, LJN: BJ5626 | 7.4.2.1
Hof Amsterdam 6 augustus 2009, LJN: BJ5188 | 4.3
Hof 's-Hertogenbosch 30 juni 2009, LJN: BJ2101 | 2.2.1
HR 17 april 2009, NJ 2009, 196 | 4.3
Rb. Rotterdam 25 maart 2009, LJN: BI2237 | 5.1.2
HR 20 maart 2009, RvdW 2009, 449 | 7.4.2.1, 8.1.4, 8.2.3
Rb. Zwolle 5 maart 2009, LJN: BI2400 | 4.3
Rb. Rotterdam 25 februari 2009, LJN: BH5649 | 7.4.2.1
Rb. Rotterdam 11 februari 2009, LJN: BH4673 | 4.3
Hof Arnhem (vzr.) 3 februari 2009, NJF 2009, 270 | 5.1.2
HR 5 december 2008, RN 2009, 13 | 2.4.4.2, 3.1.3.1, 3.3.2.1, 11.1.4, 11.2.2.2
Rb. Rotterdam 19 november 2008, LJN: BG5380 | 8.1.2
Rb. Arnhem 19 november 2008, LJN: BG5217 | 7.1.2.3
Rb. Arnhem 5 november 2008, LJN: BG4497 | 6.2.3.1, 6.2.3.2
HR 24 oktober 2008, NJ 2008, 558 | 2.6.1, 7.4.2.1, 8.1.2, 8.1.3, 8.1.4, 8.2.3
Rb. Almelo (vzr.) 4 september 2008, LJN: BE9879 | 5.1.2
Rb. Amsterdam 27 augustus 2008, LJN: BF3714 | 2.2.1
Rb. Leeuwarden (vzr.) 28 mei 2008, LJN: BD3234 | 4.1.3.1
Hof 's-Hertogenbosch 20 mei 2008, LJN: BF0367 | 8.1.4, 8.2.3
Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 14 april 2008, LJN: BD0037 | 7.1.2.3, 7.3.3.1, 7.3.3.2
Rb. Amsterdam 12 maart 2008, LJN: BD5699 | 7.4.2.1, 8.1.4
HR 18 januari 2008, NJ 2008, 335 | 5.2.4.3
Hof 's-Hertogenbosch 6 november 2007, RN 2008, 13 | 2.4.3.1
Hof 's-Hertogenbosch 11 september 2007, Prg. 2008, 53 | 4.1.4.2
HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18 | 11.1.4, 11.2.6.2, 11.2.6.3, 11.2.7
Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2007, LJN: BA6253 | 8.1.3, 8.2.3
Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2007, LJN: BA3254 | 8.2.3
HR 30 maart 2007, BNB 2007, 181 | 2.6.2.2, 3.1.3.1, 3.2.2.1, 3.2.3.4
Rb. Utrecht 21 maart 2007, JOR 2007, 278 | 8.1.2, 11.1.3
Hof Arnhem 20 maart 2007, NJF 2007, 377 | 3.1.4.3, 7.1.2.3, 7.4.2.1
Hof Arnhem 20 februari 2007, LJN: BA6109 | 2.4.3.1, 7.4.2.1
Hof 's-Gravenhage 22 december 2006, RAR 2007/51 | 5.3.2.1
Rb. Amsterdam 20 december 2006, LJN: AZ6128 | 7.4.2.1
Rb. Leeuwarden 17 oktober 2006, LJN: AZ0604 | 2.4.3.5, 7.3.3.1, 7.3.4.4
Rb. Dordrecht (vzr.) 10 augustus 2006, LJN: AY9345 | 11.4.3
Rb. Groningen (vzr.) 23 juni 2006, RN 2006, 76 | 7.3.3.1
Hof Arnhem 16 mei 2006, JOR 2006, 198 | 6.2.2.2
Rb. Breda 19 april 2006, NJF 2006, 273 | 2.4.3.1, 7.4.2.1
HR 31 maart 2006, NJ 2006, 233 | 4.3
Hof Amsterdam 30 maart 2006, JOR 2006, 142 | 11.3.3.2
Hof Arnhem 14 maart 2006, NJF 2006, 366 | 8.2.1, 11.1.4, 11.2.2.2
HR 3 februari 2006, LJN: AU6516 | 7.4.2.1
Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2006, LJN: AZ5120 | 8.1.2

Rb. Arnhem 15 december 2005, LJN: AS4056 | 8.1.4, 8.2.3
Hof Leeuwarden 26 oktober 2005, JOR 2006, 54 | 11.3.3.2
Rb. Almelo 21 oktober 2005, LJN: AU4757 | 3.2.3.1, 8.1.2
HR 7 oktober 2005, NJ 2006, 351 (Coppens/Van der Kolk) | 6.2.4
HR 9 september 2005, NJ 2005, 468 | 3.3.2.1, 4.3
Hof Leeuwarden 10 augustus 2005, LJN: AU0820 | 4.1.3.4, 4.3
Rb. Alkmaar 6 april 2005, BR 2008, 444 | 3.1.3.1
Hof Leeuwarden 23 maart 2005, NJF 2005, 219 | 4.1.3.4
HR 3 december 2004, NJ 2005, 200 | 7.3.3.1
HR 12 november 2004, NJ 2005, 500 | 2.3.3, 3.1.2.2, 5.1.2, 8.1.3, 8.2.3
HR 8 oktober 2004, NJ 2006, 478 | 4.3
Hof Amsterdam 26 augustus 2004, PRG 2005, 18 | 4.3
HR 9 juli 2004, NJ 2004, 618 | 3.1.4.3, 6.2.3.1, 11.2.8
Hof Amsterdam 2 april 2004, NTFR 2004/624 | 3.2.2.1, 3.2.3.1, 3.2.3.4
HR 20 februari 2004, NJ 2004, 254 | 7.4.2.2
HR 16 januari 2004, NJ 2004, 487 (Boerenplaatsje) | 2.6.2.3, 7.3.2
Rb. Arnhem (vzr.) 19 december 2003, LJN: AO2986 | 2.6.1, 8.2.2
Rb. Almelo (vzr.) 26 november 2003, NJ 2004, 202 | 4.1.4.2
HR 8 november 2002, NJ 2002, 623 | 5.3.2.1, 5.4.2.3
HR 12 juli 2002, FED 2002, 524 | 5.2.3.1
HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393 | 2.4.4.1, 3.1.4.3, 6.1.3, 6.2.3.1
HR 19 april 2002, NJ 2002, 456 (Zürich/Lebosch) | 6.2.5.4
HR 1 februari 2002, JAR 2002, 45 | 5.3.2.1
HR 7 december 2001, NJ 2002, 494 (Probis/De Smedt) | 4.3
HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506 | 2.3.3, 4.1.4.2, 5.1.4, 5.2.3.3, 7.1.2.3, 7.3.4.4, 10.3.4, 11.2.6.2, 11.2.6.3
HR 13 april 2001, NJ 2001, 326 | 11.1.3
HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./Tekstra q.q.) | 11.2.6.3
Hof Amsterdam 14 december 2000, PRG 2002, 5931 | 7.4.2.3
HR 8 december 2000, NJ 2001, 350 | 4.3
HR 30 juni 2000, NJ 2000, 675 | 7.4.2.1, 8.1.4
HR 26 mei 2000, NJ 2000, 442 | 5.3.2.1
HR 7 april 2000, NJ 2000, 602 | 3.1.3.1, 3.1.4.2, 3.2.2.1
HR 23 oktober 1998, NJ 1999, 114 | 8.1.2
HR 2 oktober 1998, JOR 1999, 52 | 2.6.1, 4.3, 8.1.4
Rb. Breda 21 juli 1998, Gst. 1998-7085, 3 | 7.1.2.3, 7.3.3.1, 7.3.3.2
HR 13 februari 1998, NJ 1998, 708 | 5.3.2.1, 5.4.2.3
Hof Arnhem 7 oktober 1997, NJ 1998, 842 | 8.1.2
HR 6 juni 1997, NJ 1998, 128 | 6.2.5.2, 6.2.5.6
HR 31 januari 1997, NJ 1998, 327 | 4.1.3.1
HR 21 juni 1996, NJ 1996, 698 (Tomlow/Zwietering) | 2.4.3.1, 7.4.2.1
HR 24 mei 1996, NJ 1996, 685 (Van Zeil-Van Koppen) | 2.6.1, 5.3.2.1
HR 17 januari 1996, BNB 1996, 112c | 5.2.2.2, 7.1.2.3, 7.3.3.1, 7.3.3.2, 7.3.4.4
HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (Sogelease) | 5.2.4.2
HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569 (Beliën/Provincie) | 3.1.3.1, 3.2.3.4, 7.3.3.1, 7.4.2.1
HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462 | 8.1.2, 11.1.3, 11.4.2

HR 17 maart 1993, BNB 1993, 144 | 2.4.3.1, 2.4.4.1
Ktg. Rotterdam 16 november 1992, JAR 1993, 21 | 4.1.3.1
HR 23 oktober 1992, NJ 1992, 813 | 4.3
RvS Afd. Rechtspraak Raad van State, 29 september 1992,
AB 1993, 278 | 3.1.3.1
Hof Amsterdam 9 juli 1992, NJ 1994, 79 | 11.1.4, 11.3.2.2, 11.3.3.2
HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509 | 5.3.2.1
HR 15 januari 1992, BNB 1992, 120 | 4.3

JURISPRUDENTIE OBW

Rb. Haarlem (vzr.) 19 februari 1991, NJ 1992, 615 | 2.4.3.1
HR 21 september 1990, NJ 1991, 799 | 4.1.3.4
HR 5 januari 1990, NJ 1990, 325 (Dubbeld/Lamans) | 6.2.5.1, 6.2.5.4
HR 8 december 1989, NJ 1990, 747 | 6.2.5.3
HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745 | 2.3.3, 2.6.2.5, 4.1.3.1, 11.1.3, 11.1.4, 11.2.2.2,
11.2.4.3, 11.2.4.4, 11.2.6.2, 11.2.6.3
HR 3 mei 1989, NJ 1990, 103 | 7.3.3.1
HR 28 april 1989, NJ 1990, 252 (Puinbreekinstallatie) | 11.1.3
HR 23 december 1988, NJ 1989, 700 | 6.2.5.4
HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 80 (Schilperoord/De Nijs) | 4.3, 7.4.2.1, 7.4.2.3
HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (Staal Bankiers/Ambags q.q.) | 2.6.2.2, 5.2.4.3,
5.4.2.1, 6.2.5.2, 6.2.5.3, 6.2.5.4, 7.3.3.1, 7.3.3.2, 7.3.4.3, 7.3.4.4
HR 6 november 1987, NJ 1988, 212 | 2.6.1
Rb. 's-Hertogenbosch 10 april 1987, NJ 1988, 461 | 3.1.4.3, 6.2.3.1
HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 (WUH/ONEX) | 6.2.5.1, 6.2.5.2, 6.2.5.3, 6.2.5.5,
6.2.5.6
Hof Leeuwarden 11 juni 1986, NJ 1987, 333 | 6.2.5.1, 6.2.5.3
HR 23 januari 1985, BNB 1985, 144 | 3.1.3.1
Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 1983, NJ 1984, 809 | 7.4.2.1
HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 (Visserijfonds) | 6.2.5.1, 6.2.5.4, 6.2.5.5, 7.3.3.2
HR 27 november 1981, NJ 1982, 503 | 6.2.5.3
Rb. Utrecht 18 november 1981, LJN: AC7389 | 5.1.2, 7.3.3.1
HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 | 6.2.5.2
HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.) | 4.1.3.1, 4.1.4.4, 11.1.3,
11.1.4, 11.2.4.4, 11.4.2
HR 29 juni 1979, NJ 1980, 133 (Hoogovens/Matex) | 6.2.4
HR 13 mei 1977, NJ 1978, 154 | 4.1.4.3
HR 20 december 1975, NJ 1975, 230 | 11.1.3, 11.1.4
Rb. Middelburg 18 juni 1975, NJ 1976, 350 | 2.2.1
HR 20 december 1974, NJ 1975, 230 (Restirollo) | 11.1.3
HR 8 juni 1973, NJ 1974, 346 (Nat. Grondbezit/Kamphuis) | 11.1.4
HR 12 juni 1970, NJ 1971, 203 | 6.2.4
HR 13 november 1968, BNB 1969, 7 | 2.5, 5.1.3
HR 24 mei 1968, NJ 1969, 98 | 7.3.3.2
HR 10 maart 1967, NJ 1967, 194 | 8.1.3, 8.1.4, 8.2.2, 8.2.3

Rb. Assen 17 september 1963, NJ 1964, 76 | 8.2.3
HR 29 september 1961, NJ 1962, 14 | 10.3.2, 11.1.4
HR 10 maart 1961, NJ 1961, 251 | 7.1.2.6, 7.4.2.1
HR 6 januari 1961, NJ 1962, 19 (Seneca) | 2.6.2.2, 6.2.4, 11.1.3, 11.1.4, 11.2.4.4
HR 17 juni 1960, NJ 1962, 60 | 4.2.3
Hof Leeuwarden 24 juni 1959, NJ 1960, 222 | 7.4.2.1
Hof 's-Gravenhage 31 mei 1957, BNB 1957, 329 | 2.6.2.5, 4.3, 7.1.2.3
Hof Amsterdam 26 mei 1955, NJ 1955, 666 | 7.4.2.1
Rb. Utrecht 12 mei 1954, NJ 1955, 363 | 3.1.3.1, 11.1.4
HR 27 februari 1953, NJ 1953, 586 | 7.4.2.1, 8.2.1
HR 28 mei 1952, NJ 1953, 394 | 7.3.3.1, 7.3.3.2, 7.4.2.1
HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1 (Damhof/Staat) | 11.2.4.1, 11.2.4.4
Rb. Rotterdam 22 februari 1950, NJ 1952, 261 | 4.1.3.1, 4.1.4.2, 4.1.4.4
HR 2 december 1949, NJ 1950, 265 | 3.1.3.1, 3.2.3.1
HR 16 november 1949, NJ 1950, 73 | 7.3.3.1
HR 17 december 1948, NJ 1949, 167 | 3.1.4.3
HR 30 april 1948, NJ 1949, 253 | 8.2.2
Rb. Middelburg 20 augustus 1947, NJ 1948, 325 | 7.4.2.1
HR 23 mei 1947, NJ 1948, 143 | 3.2.3.1, 4.1.4.3
HR 12 april 1946, NJ 1946, 509 | 3.2.3.1
Hof 's-Hertogenbosch 26 juni 1945, NJ 1946, 662 | 4.1.4.2
HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120 | 2.4.3.2, 2.6.2.1, 5.1.3, 5.3.2.1, 5.3.2.2, 5.4.2.1
Hof Amsterdam 12 januari 1944, NJ 1944/'45, 296 | 8.1.2
HR 10 december 1943, NJ 1944, 159 | 2.6.2.2
HR 11 december 1942, NJ 1943, 36 | 7.1.2.3, 7.4.2.1
Rb. Maastricht 22 oktober 1942, NJ 1943, 626 | 4.3
HR 31 oktober 1941, NJ 1942, 198 | 7.4.2.1
Rb. 's-Gravenhage 13 mei 1941, NJ 1942, 111 | 7.4.2.1
HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer/Haskeveenpolder) | 6.2.5.2
HR 28 april 1939, NJ 1939, 866 | 11.2.4.3
Hof Amsterdam 24 juni 1936, NJ 1937, 1125 | 2.4.3.1, 4.1.3.1, 9.2.4.1
HR 6 februari 1936, NJ 1936, 524 | 3.3.2.1, 7.1.2.3, 7.3.3.1, 9.2.4.2
HR 19 december 1935, NJ 1936, 948 | 11.2.4.4
Rb. Amsterdam 8 februari 1935, W. 12887 | 7.3.3.1
HR 29 december 1933, NJ 1934, 343 (Fijn van Draat) | 6.2.5.2
Hof Amsterdam 20 oktober 1932, W. 12548 | 7.4.2.1
HR 21 juni 1929, NJ 1929, p. 1325 | 5.2.3.1, 5.2.3.3
Ktg. Amsterdam 17 december 1928, NJ 1929, 85 | 7.4.2.1
Rb. Rotterdam (vzr.) 13 juli 1928, W. 11907 | 6.2.3.1
Hof 's-Gravenhage 17 oktober 1927, NJ 1927, 1384 | 6.2.3.1
Rb. Rotterdam (vzr.) 12 oktober 1925, NJ 1926, 1298 | 6.2.3.1
Hof Amsterdam 26 juni 1925, W. 11397 | 5.2.3.3
HR 6 februari 1925, NJ 1925, 377 | 7.3.3.1
Ktg. Amsterdam 23 januari 1925, W. 11484 | 7.3.3.1
Rb. Alkmaar 17 april 1924, NJ 1925, p. 1045 | 4.3
HR 24 januari 1924, NJ 1924, 365 | 2.4.3.1
HR 3 januari 1924, NJ 1924, 377 | 7.3.3.1

HR 9 februari 1923, NJ 1923, 676 | 7.3.3.1
Hof 's-Gravenhage 21 december 1922, NJ 1923, 821 | 7.4.2.1
Hof Amsterdam 5 december 1922, NJ 1923, 540 | 7.3.3.1
Hof 's-Gravenhage 24 april 1922, NJ 1922, 1125 | 5.2.3.3
Hof 's-Gravenhage 6 maart 1922, NJ 1922, p. 670 | 4.3
Hof 's-Gravenhage 26 januari 1922, W. 10974 | 11.1.4
Rb. 's-Gravenhage 31 mei 1921, W. 10873 | 7.4.2.1
Hof 's-Hertogenbosch 11 januari 1921, NJ 1921, 709 | 2.6.1
Rb. Rotterdam 3 november 1920, NJ 1921, 1096 | 7.3.3.1
Rb. Breda 17 februari 1920, NJ 1920, 587 | 4.1.3.1, 8.1.2
Rb. 's-Gravenhage 24 juni 1919, W. 10565 | 3.1.3.1
HR 21 juni 1918, NJ 1918, 790 (Plockworst) | 2.4.3.1, 2.4.3.6, 4.1.3.2
Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 1918, NJ 1919, 29 | 7.3.3.1
Hof Amsterdam 22 oktober 1917, W. 10206 | 7.1.2.3
Rb. Amsterdam 25 mei 1917, W. 10194 | 7.1.2.3
HR 20 april 1917, NJ 1917, 600 | 3.2.3.1
HR 24 maart 1916, W. 9972 | 2.4.3.1, 2.4.5.1
HR 25 februari 1916, NJ 1916, 501 | 6.2.3.1, 6.2.3.2, 11.1.4, 11.2.4.2
Hof 's-Gravenhage 17 mei 1915, W. 9866 | 6.2.3.1, 9.2.4.1
Rb. Rotterdam 9 november 1914, W. 9732 | 4.3
Rb. Rotterdam 25 juni 1914, W. 9725 | 2.4.3.1
HR 24 april 1914, NJ 1914, 668 | 5.1.4, 5.4.2.1
Hof 's-Gravenhage 17 november 1913, NJ 1913, 1324 | 6.2.3.1, 9.2.4.1
Hof 's-Hertogenbosch 13 mei 1913, NJ 1913, 688 | 7.4.2.1, 7.4.2.2
Hof Amsterdam 3 maart 1913, W. 9582 | 3.1.3.1, 7.3.3.1
Hof Amsterdam 17 december 1909, W. 9079 | 3.1.3.1
Rb. Leeuwarden 27 mei 1909, W. 8935 | 2.4.3.1
Rb. Tiel 11 mei 1908, WPNR 2060 (1909) | 7.4.2.1
HR 14 februari 1908, W. 8665 | 7.4.2.1
Hof 's-Gravenhage 7 mei 1906, W. 8411 | 7.4.2.1
Rb. Amsterdam 6 april 1904, W. 8192 | 7.1.2.3
HR 13 november 1903, W. 7986 | 4.1.3.1, 4.1.4.3, 6.2.5.4
HR 7 februari 1902, W. 7720 | 11.1.4
HR 9 november 1900, W. 7514 | 4.3
Rb. Amsterdam 3 maart 1899, W. 7349 | 3.1.4.3
Hof Arnhem 20 oktober 1897, W. 7053 | 7.4.2.1
HR 17 december 1896, W. 6906 | 5.1.2
Rb. Utrecht 25 november 1896, W. 6938 | 2.4.3.1, 4.1.3.2
Hof Amsterdam 26 januari 1894, W. 6491 | 7.4.2.1
HR 22 februari 1889, W. 5684 | 2.4.3.4
Hof 's-Gravenhage 19 april 1886, W. 5362 | 7.1.2.3
HR 19 december 1879, W. 4456 | 6.2.3.1, 6.2.3.2
HR 20 april 1877, W. 4116 | 4.3
HR 21 november 1873, W. 3659 | 11.1.4, 11.2.4.2
HR 19 juni 1868, W. 3018 | 2.6.2.2, 11.2.4.2

JURISPRUDENTIE DUITSLAND

BGH 16 september 2005, NJW 2005, 3417 | 7.4.2.1
BGH 26 maart 2004, NJW-RR 2004, 952 | 5.3.2.1
BGH 11 februari 2004, NJW 2004, 1595 | 4.1.4.3
BGH 22 oktober 2003, NJW 2004, 284 | 2.4.5.1, 5.3.2.1, 5.3.2.2
BGH 30 januari 2003, NJW 2003, 1459 | 7.4.2.1
BGH 10 juni 2002, NJW 2002, 2862 | 4.3
BGH 26 november 1997, NJW-RR 98, 1065 | 11.2.5.2, 11.4.2
BGH 5 december 1996, NJW 1997, 861 | 5.2.4.1
BGH 26 september 1996, NJW 1997, 1706 | 2.6.2.1, 2.6.2.5, 9.2.3.2
BGH 25 september 1996, NJW 1996, 3338 | 7.4.2.1
BAG 10 november 1994, NJW 1995, 1981 | 5.3.2.2
BGH 21 september 1994, NJW 1994, 3227 | 3.1.3.2, 8.2.3, 11.1.3
BGH 24 maart 1994, NJW 94, 3099 | 11.3.2.2
BGH 13 februari 1989, NJW-RR 1989, 802 | 7.4.2.1
BGH 21 maart 1986, NJW 1986, 2245 | 5.3.2.1
BGH 26 november 1984, NJW 1985, 1556 | 8.2.2
BGH 17 oktober 1984, NJW 1985, 497 | 4.3
BGH 10 oktober 1984, NJW 1985, 376 | 4.3, 11.2.5.2
BGH 2 februari 1984, NJW 1984, 1184 | 11.3.2.2
BGH 27 oktober 1983, NJW 1984, 312 | 4.3
BGH 15 november 1974, NJW 1975, 205 | 7.4.2.1
BGH 4 april 1973, WM 1973, 694 | 5.3.2.1
BGH 4 februari 1970, NJW 1970, 699 | 11.3.2.2
BGH 15 mei 1968, NJW 1968, 2099 | 2.4.3.1
BGH 18 december 1967, NJW 1968, 493 | 11.3.2.2
BGH 21 april 1967, NJW 1967, 1605 | 6.2.5.2, 7.3.3.1
BGH 2 februari 1967, NJW 1967, 1128 | 2.2.1
OLG Karlsruhe 5 mei 1966, NJW 1967, 936 | 4.1.4.3, 5.3.2.1
BGH 27 april 1966, DB 1966, 818 | 4.3
BGH 17 mei 1965, BB 1965, 1052 | 7.4.2.1
BGH 28 september 1962, WM 1962, 1399, 1401 | 7.3.3.1
BGH 8 maart 1961, WM 1961, 785 | 5.3.2.1
BGH 4 november 1960, WM 1961, 156 | 5.3.2.1
BGH 21 september 1959, NJW 1960, 34 | 11.3.2.2
BGH 30 april 1959, MDR 1959, 658 | 3.3.2.1
BGH 22 februari 1956, NJW 1956, 665 | 11.3.2.2
BGH 21 mei 1953, NJW 1953, 1099 | 2.6.2.5
BGH 25 september 1952, NJW 1952, 1330 | 2.4.3.1, 4.1.4.3
RGZ 22 februari 1922, band 104, p. 98 | 7.3.3.1
RGZ 10 december 1919, band 97, p. 269 | 5.3.2.1
RGZ 4 december 1917, band 91, p. 307 | 5.3.2.1
RGZ 17 mei 1907, band 66, p. 153 | 5.3.2.1

JURISPRUDENTIE ZWITSERLAND

- BGE 28 maart 2003, 129 III 268 E.5.3.2 | 3.1.3.1, 9.2.2
- BGE 21 april 1987, 113 II 31 | 7.4.2.1
- BGE 1 maart 1983, 109 II 20 | 7.4.2.1
- BGE 11 november 1969, 95 II 523 | 8.2.2
- BGE 15 september 1969, 95 II 309 | 4.2.3
- BGE 18 december 1959, 85 II 609 | 5.3.2.1
- BGE 12 februari 1946, 72 II 29 E.2 | 3.1.3.2, 8.2.2
- BGE 6 december 1945, 71 II 255, 256 | 4.1.3.1
- BGE 1 juli 1941, 67 II 123 E.4 | 11.1.4
- BGE 23 november 1918, 44 II 494 (499) | 7.4.2.1

Wetsartikelenregister

BÜRGERLICHES GESETZBUCH (BGB)

134	5.1.4, 5.2.3.1
137	5.2.4.1, 5.2.4.2
138	5.1.4, 5.2.3.1
139	2.3.4, 5.4.2.1, 5.4.2.3
158	2.4.3.1, 4.1.4.3, 9.2.2
159	2.4.3.1, 2.6.2.1, 2.6.2.5, 3.3.2.1
160	6.2.3, 11.3.2.2
161	2.4.3.1, 3.2.2.1, 5.2.4.1, 5.3.2.1, 11.1.3, 11.2.2.3, 11.2.5, 11.3.2.2
162	2.4.3.1, 7.3.2, 7.4.2
163	2.4.3.1
185	11.2.5.2
241	6.2.3.1
242	7.4.2.1
276	6.2.3.2
280	6.2.3.1
388	6.2.2.4
449	7.3.2
454	7.3.3.1
812	3.2.3.1, 3.3.2.1, 9.2.2, 9.2.4.2
814	3.1.4.2, 3.2.3.1
2075	7.3.2

BURGERLIJK WETBOEK (NIEUW, NBW)

Boek 1

1:88	4.2.1, 5.3.2.3
1:149	5.3.2.1

Boek 2

2:403 lid 1, f	3.3.2.1

Boek 3

3:17 lid 1, c	11.4.4.2, 11.4.4.3
3:24	11.4.4.2
3:25	11.4.4.2
3:26	11.4.4.2

3:36	11.4.4.4
3:38 lid 1	2.3.2, 3.1.2.2, 3.1.4.1, 5.1, 5.2.4.2, 5.3.2.1, 5.4.2.1, 5.4.2.2, 11.2.2.1
3:38 lid 2	2.6.2
3:39	4.2.2
3:40	5.1.3, 5.1.4, 5.2.3, 5.2.4.2, 5.4.2.1, 5.4.2.2
3:41	5.4.2
3:42	5.4.2.1
3:45	6.1.3, 6.2.3.1
3:51 lid 3	2.6.1, 8.1.3
3:57	2.4.2, 8.2.2
3:67 lid 1	5.3.2.1
3:81 lid 1	11.2.7
3:81 lid 2, b	11.1.3, 11.2.7
3:83 lid 1	5.2.4.2
3:83 lid 2	2.2.1, 5.2.4.2, 11.2.7
3:83 lid 3	5.2.4.3, 11.2.6.3
3:84 lid 3	5.2.4, 5.4.2.1, 5.4.2.4
3:84 lid 4	2.3.2, 3.1.4.1, 11.1.4, 11.2.2.1, 11.2.2.2, 11.2.6, 11.2.8, 11.4.3
3:85	2.2.1, 2.4.3.5, 2.4.5.3, 5.2.4.2
3:86	11.4.4.5
3:88	11.4.4.2, 11.4.4.5
3:89	11.4.3
3:90	7.3.4.4, 10.3, 11.2.7
3:91	2.7, 9.2.4.5, 10.1, 10.3
3:92	2.7, 5.1.4, 5.4.2.3
3:97	10.3.4
3:98	2.3.2
3:109	10.2.5
3:114	10.3.2, 10.3.4
3:115	10.2.3, 10.3.4
3:125	10.2.1
3:212	2.2.2
3:251	5.1.2
3:296	3.1.4.3, 3.2.4, 6.1.3, 6.2.3.1
3:284	11.2.7
3:291	11.2.7
3:298	6.2.2.3
3:303	6.1.3

Boek 4

4:45 lid 2	5.2.4.2
4:131	4.1.4.3
4:136	2.4.5.3
4:138	9.2.4.3, 11.2.2.2
4:140	2.4.2, 8.2.2

Boek 5

5:87 lid 2	5.1.4
5:91	5.1.2, 5.3.2.3

Boek 6

6:18	5.3.2.1
6:21	2.1.1, 2.3.2, 2.4.1, 2.4.2, 2.4.3.1, 3.1.4.1
6:22	2.3.2, 2.5, 3.1.4.1, 3.1.4.3, 9.2.2
6:23	3.2.2.1, 6.2.3.1, 7.1.2.2, 7.1.3, 7.3.2, 7.4, 8.1.2, 8.1.4
6:24	3.2.3.2, 3.2.3.4, 3.3.2, 6.2.2.4, 6.2.3.2, 6.2.5.7, 9.2.2, 9.2.3.2, 9.2.4, 9.2.5
6:25	3.1.3.1, 3.2.3, 9.2.2, 9.2.4.1, 9.2.4.4, 9.2.4.5, 9.2.5
6:26	2.3.2, 3.2.2.1, 3.2.2.3, 6.1, 6.2.3.1
6:27	3.1.4.3, 6.2.3.1, 6.2.3.2
6:74	6.2.3.1
6:80 sub a	6.2.3.1
6:88	5.3.2.1
6:127	6.2.2.4
6:160	3.1.4.3
6:161	2.6.2.4, 3.2.3.4, 6.2.2.4, 6.2.3.1, 11.2.2.1, 11.2.7
6:180 lid 2	2.7, 10.3.2
6:203	3.2.3.1, 9.2.4.1
6:204	6.2.3.2, 9.2.4.3
6:213	3.1.2.1
6:221	5.3.2.4
6:248	4.1.4.2, 7.4.2.1, 7.4.2.3, 8.1.4, 8.2.2
6:252	5.2.4.2
6:258	5.1.4
6:271	3.3.2.3, 9.2.4.1
6:273	6.2.3.1, 6.2.3.2, 9.2.4.3

Boek 7

7:2	2.2.2, 4.2.1
7:3	3.1.4.3, 6.2.3.1
7:9 lid 2, 3	2.7, 3.1.4.3, 9.2.4.5, 9.2.5
7:14	3.1.4.3, 9.2.4.5
7:39	4.1.4.3
7:45	2.7, 4.3, 7.3.3.1, 8.1.2, 8.2.2
7:905	5.1.2

Boek 7A

7A:1576h	2.7

BURGERLIJK WETBOEK (OUD, OBW)

209	5.2.3.3
668	4.2.3
931	5.2.4.2
935	5.4.2.1
1167	5.2.2.2, 7.3.4.4
1198 lid 5	6.2.4
1215	3.1.4.3, 11.1.4, 11.2.4.2, 11.3.3.1
1221 lid 2	3.1.4.3, 6.2.3.1
1259	3.1.4.3, 6.2.3.1
1273	3.1.4.3
1289	2.1.1, 2.4.3.1, 3.1.3.1, 3.2.2.1
1290	5.1.4, 5.2.3.1, 5.4.2.1
1291	5.2.3.1
1292	7.1.2.3, 7.3.2, 7.3.3.1, 7.3.4.1, 7.3.4.4
1293	4.3
1294	8.1.2
1295	8.1.2
1296	3.1.4.3, 7.3.2, 7.4, 8.1.2
1297	2.6.2.1, 2.6.2.2
1298	3.1.4.3, 6.2.3
1299	2.1.1, 2.4.3.1, 2.4.3.3, 3.2.3.1
1300	2.6.2.1, 6.2.3
1301	2.1.1, 2.6.2.2, 2.6.2.5, 3.3.2.1, 9.2.2, 9.2.3.2, 9.2.4.1, 9.2.4.2, 11.1.4
1302	2.6.1, 4.1.3.1
1371	5.1.4
1373	5.1.4
1374	3.1.2.1, 7.4.2.1
1375	7.4.2.1
1385	4.3
1555	7.3.3.1, 7.3.4.3
1576h, p	11.1.4
1703	5.3.2.1
1708	5.3.2.1
1709	5.3.2.1
1910	2.3.4
2027	3.1.4.3

DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR)

III.-1:106	2.1.1, 2.4.2, 3.1.3.1, 3.3.2.1
III.-1:106 lid 4	7.4.2.1
VIII.-2:203	2.6.2.5, 11.1.4, 11.2.5.4, 11.4.2

FAILLISEMENTSWET (FW)

23	11.1.3
35	11.2.6.2

OBLIGATIONENRECHT (OR)

19	5.2.3.1
20	5.1.4, 5.2.3.1, 5.4.2.1
62	3.3.2.1, 9.2.4.2
63 I	3.1.4.2, 3.2.3.1, 3.2.3.3
68	7.1.2.3
115	4.2.3
151	2.11, 2.4.2, 2.4.3.1
151 I	3.1.3.1, 3.2.2.1, 9.2.2
151 II	2.6.2.1, 3.2.3.1
152	3.2.2.1, 6.2.3.1
152 I	6.2.3.2
152 II	6.1.2
152 III	11.1.3, 11.2.2.3, 11.2.5.1, 11.2.5.3, 11.2.6.2, 11.3.2.2, 11.4.2, 11.4.4.5
153	9.2.4.5
154	2.1.1, 2.4.3.1
154 I	2.4.2, 3.1.4.3
154 II	2.6.2.1
155	7.1.2.3
156	3.2.2.1, 6.2.3.1, 7.4
157	5.1.4, 5.2.3.1, 5.4.2.1
185	2.6.2.1
216 II	7.3.3.1
223	7.3.3.1
247	5.3.2.1

PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW (PECL)

16:101	2.1.1, 2.4.2, 3.1.3.1, 4.1.3.1
16:102	7.4.2.1
16:103	3.3.2.1

ZIVILGESETZBUCH (ZGB)

2 II	7.4.2.1
7	2.3.2, 11.2.5.3
933	11.4.4.5

Trefwoordenregister

A

Aanbod

- voorwaardelijk - | 5.1.2, 5.3.2.4

Aanvaarding

- voorwaardelijke – *zie* beperkingen aan voorwaardelijkheid

Aanvaarding of verwerping van nalatenschap *zie* beperkingen aan voorwaardelijkheid

Abstraktionsprinzip | 2.2.1, 11.4.2

Aflevering | 9.1.2

- en gerechtigdheid tot vruchten | 3.1.4.3, 9.2.4.5

Afstand

- van een goed in relatie tot de goederenrechtelijke werking | 11.1.3
- van een voorwaarde | 8.2.3
- van een voorwaardelijk (vorderings-)recht | 3.1.4.3, 3.2.2.2
- voorwaardelijke – van een beperkt recht | 2.3.2

Akte van levering

- het ontbreken van de voorwaarde in de – en derdenbescherming | 11.4.4.2
- opname van de voorwaarde in de – | 4.3, 11.4.2, 11.4.3

Alternatieve verbintenissen

- de voorwaardelijke keuze bij - | 5.3.2.1

Anwartschaft

- begrip | 11.3.2.2

Anwartschaftsrecht

- aanvaarding van het – voor het Nederlandse recht | 11.3.3
- het – in het Duitse en Zwitserse recht | 11.3.2
- begrip – | 11.3.2.2
- beschouwd als gevolg van de ‘voorwaardelijke werking’ | 3.1.4.3
- beschouwd als deel van het begrip ‘goederenrechtelijke werking’ | 11.1.3
- gevolgen van de kwalificatie als - | 9.1.2, 11.2.7, 11.3.2.2
- Nederlandse visies op het Duitse – | 11.3.2.3
- verhouding tot het begrip *Anwartschaft* | 11.3.2.2

B

Beëindiging

- van de rechtsverhouding | 2.2.1, 3.1.4.3, 3.3.3, 8.1.1, 8.1.2, 9.2
- van voorwaardelijkheid *zie* beëindiging voorwaardelijkheid

Beëindiging voorwaardelijkheid

- d.m.v. afstand van een voorwaarde *zie* afstand van een voorwaarde
- d.m.v. het intreden van de voorwaarde *zie* intreden van een voorwaarde
- d.m.v. verloop van een termijn | 8.1.2, 8.1.4, 8.2.2, 11.4.4.3
- d.m.v. het verval van de voorwaarde *zie* verval van een voorwaarde

Beperkingen aan voorwaardelijkheid

- m.b.t. aanvaarding of verwerping van nalatenschap | 5.3.2.1
- uit de aard van de rechtshandeling | 5.1.3, 5.1.4, 5.2.2.2, 5.2.4.2, 5.3.2.1, 5.4.2.1
- bij arbeidsovereenkomst | 5.1.3, 5.3.2.1, 5.4.2.3
- consequenties van – | 5.4
- dwingend onvoorwaardelijke rechtsverhoudingen | 2.3.4, 5.3, 5.4.2.1
- bij eenzijdige rechtshandelingen en *Gestaltungsgeschäfte* | 5.1.3, 5.3.2.1
- bij huurovereenkomst | 5.1.3, 5.3.2.1, 5.4.2.3
- m.b.t. ontbindingsverklaring | 5.3.2.1, 5.3.2.2
- m.b.t. opzegging | 5.1.4, 5.3.2.1
- m.b.t. vernietiging | 5.3.2
- m.b.t. voorwaardelijk aanvaarding | 5.1.2, 5.3.2.4
- u.h.v. een gesloten systeem van beëindigingsgronden | 5.1.3, 5.4.2.3
- u.h.v. het goederenrecht | 5.1.3, 5.2.3.1, 5.2.4, 5.3.2.1, 5.4.2.1, 5.4.2.4
- u.h.v. de numerus clausus | 5.2.4.1, 5.2.4.4
- u.h.v. de onaanvaardbaarheid van onzekerheid | 5.1.3, 5.3.2.1, 5.3.2.2, 5.3.2.3, 5.3.2.4
- u.h.v. de *imprévision* | 5.1.4
- u.h.v. verhaalsmogelijkheden | 2.4.3.7, 5.2.4.1, 5.2.4.3
- u.h.v. vrije overdraagbaarheid | 2.2.1, 5.1.3, 5.2.4.1, 5.2.4.2
- onmogelijke, oneigenlijke en noodzakelijke voorwaarden | 2.4.1, 2.4.3, 4.1.4.3, 4.1.4, 4.1.5, 5.2, 7.3
- redenen voor – | 5.1.3, 5.2, 5.3.2.1, 5.3.2.2
- bij strijd met goede zeden of openbare orde | 2.3.4, 5.1.3, 5.1.4, 5.2.3, 5.4.2.1
- bij strijd met de wet | 5.1.4, 5.2.3, 5.4.2.1
- bij verlenen toestemming | 5.1.3, 5.3.2.3
- de voorwaarde van faillissement | 2.4.3.7, 5.2.4.1, 5.2.4.3
- wettelijke grondslagen voor beperkingen | 5.1.3, 5.1.4, 5.2.3.1, 5.2.3.2, 5.3.2.1, 5.4.2.1, 5.4.2.2

Beperkt recht

- beëindiging van een – u.h.v. derdenbescherming | 11.4.4.6
- beëindiging van een – t.g.v. intreden ontbindende voorwaarde | 11.1.3
- beschikken over – na opschortend voorwaardelijke overdracht | 5.3.2.1
- overdracht onder voorbehoud van een – onder voorwaarde | 2.2.2, 11.2.7
- vestiging onder voorwaarde van een – | 2.3.2, 11.2.7

Beroep als constitutief vereiste voor het intreden van de voorwaarde |

- 2.1.2, 2.6.1, 7.1.2.2, 7.3.4.2, 8.1.2, 8.1.3, 8.2.3

Bescherming van de verwachter

- en aansprakelijkheid van bezwaarde | 6.2.3
- wijze van – | 6.2.3, 9.2.4.3
- en zorgplicht bezwaarde *zie* zorgplicht

Beschikken

- begrip – | 1.6
- overeenkomen van een voorwaarde ná een onvoorwaardelijk – | 11.2.7

Bestendig gebruikelijk beding *zie* voorwaarde

Bewijs

- van het bestaan, vervuld zijn en de inhoud voorwaarde | 2.3.4, 4.1.2, 4.3, 8.1.2
- en *Einwendungstheorie* | 4.3
- en *Leugnungstheorie* | 4.3
- bij toepassing van art. 6:23 BW | 7.4.2.1, 7.4.2.2

Bezit

- begrip – | 10.2.2, 10.2.3
- het begrip ‘feit’ i.v.m. – | 10.2.3
- belang van – in relatie tot voorwaardelijkheid | 10.2.1
- als figuur van feitelijke aard en voorwaardelijkheid | 10.2.5
- als van ‘macht’ te onderscheiden figuur | 10.3.2
- als recht en voorwaardelijkheid | 10.2.6
- in relatie tot de gerechtigdheid tot vruchten | 9.2.4.5

Bezittersaansprakelijkheid | 10.2.1, 10.3.2

Bezwaarde

- begrip – | 1.6

Botsende leveringsverplichtingen *zie* levering

Borgtocht

- onder voorwaarde van het bestaan van de schuld | 4.1.4.3
- m.b.t. voorwaardelijke vordering | 3.1.4.3

C

Casuele voorwaarde

- begrip | 2.5, 7.1.2.2
- en ‘beroep’ als constitutief vereiste | 7.3.4.2
- gevolgen van de kwalificatie als – | 7.1.3

Contractsvrijheid

- beperkingen aan de – i.v.m. voorwaarden | 5.1.3
- m.b.t. ontstaan voorwaardelijkheid | 5.1.2
- m.b.t. gevolgen voorwaardelijkheid | 9.2.3

Conversie

- in een onvoorwaardelijke rechtsverhouding | 5.4.2.1
- in vruchtgebruik bij beëindiging van objectieve onzekerheid | 2.4.3.5

D

Derdenbescherming

- moment waarop – bij voorwaarden toepassing vindt | 11.4.4.6
- bij een niet ingeschreven verval van een voorwaarde | 11.4.4.3
- bij een niet ingeschreven voorwaarde | 11.4.4.2
- m.b.t. ontbrekende beschikkingsbevoegdheid | 11.4.4.5
- ingeval van een tussenbeschikking | 11.2.7, 11.4.4.5
- verklaring van de goederenrechtelijke werking en – | 11.2.7

Duurovereenkomsten en

terugwerkende kracht | 2.6.2.3, 2.6.2.5, 9.2.3.2

E

Eenzijdige rechtshandelingen *zie*

Gestaltungsgeschäfte

Eigendomsvoorbehoud

- begrip | 2.7
- in relatie tot het Duitse Anwartschaftsrecht | 11.3.2.2
- en gerechtigdheid tot vruchten | 9.2.4.5
- en de kwalificatie van bezitter en houder | 10.3.2

Erfdienstbaarheid

- vestiging van – onder voorwaarde | 2.2.2, 4.1.4.3, 7.1.2.3

Erfrechtelijke makingen onder

voorwaarde | 9.2.4.3

Essentialia

- de – van een rechtsverhouding als inhoud van een voorwaarde | 2.5, 5.1.3, 7.3.3.2
- beschouwd als wettelijke voorwaarde *zie* wettelijke voorwaarde

F

Fideïcommissair legaat | 9.2.4.3

Financieringsvoorbehoud | 4.1.3.4, 7.4.2.3

Functies van voorwaarden

- in de dogmatiek | 2.2.2
- in het rechtsverkeer | 2.2.1

G

Gebeurtenis

- inhoud | 2.5
- plaatsvinden van de – | 8.1
- vereiste van onzekerheid | 2.4.3
- vereiste van toekomstigheid | 2.4.2

Gebondenheid

- direct bestaande – ondanks de voorwaardelijkheid | 3.1.3.2
- ontbrekende gebondenheid bij zuiver potestatieve voorwaarden | 7.3.3.1, 7.3.3.2

Gemengde voorwaarde

- begrip | 2.5, 7.1.2.1, 7.1.2.2
- gevolgen van de kwalificatie als – | 7.1.3
- vormen van – | 7.1.2.2, 7.1.2.4

Geobjectiveerd potestatieve voorwaarde

- begrip | 7.1.2.2, 7.1.2.3, 7.1.2.4
- gevolgen van de kwalificatie als – | 7.1.2.3, 7.3.2
- onderscheid met de zuiver potestatieve voorwaarde | 7.3.4.1

Gestaltungsgeschäfte

- begrip | 5.3.2.1
- beperkingen aan voorwaardelijkheid bij – | *zie*

beperkingen aan voorwaardelijkheid

Gevolgen van voorwaardelijkheid

- contractsvrijheid t.a.v. de – | 3.4, 9.2.3
- de materiële gevolgen | 3.1.4.3
- i.v.m. gebondenheid *zie* gebondenheid
- voorwaardelijke werking *zie* voorwaardelijke werking

Gewoonte als grondslag

voorvoorwaardelijkheid *zie* totstandkoming van voorwaardelijkheidGiften *zie* schenking en gift

Goede trouw

- in relatie tot voorwaardelijkheid | 6.2.4
- in het verband van de goederenrechtelijke werking | 11.1.3
- en werking van rechtswege | 2.6.1

Goederenrechtelijke overeenkomst onder voorwaarde

- naar Duits en/of Zwitsers recht | 2.3.3, 11.2.5
- naar Nederlands recht | 10.3.4, 11.2.2.1, 11.2.4, 11.2.6, 11.2.8
- als verklaring voor de goederenrechtelijke werking | 11.2.3.3

Goederenrechtelijke werking

- begrip - | 11.1.3
- in relatie tot bezit | 10.2
- bij faillissement | 11.1.3
- de functie van art. 3:84 lid 4 BW voor de - | 11.2.2.2
- materiële consequenties verschillende verklaringen | 11.2.7
- mogelijke verklaringen voor de – in abstracto | 11.2
- als regelend recht | 11.4.2
- u.h.v. terugwerkende kracht | 2.6.2.1, 11.2.3.2, 11.2.3.3, 11.2.4

- verklaring van de – voor het Nederlandse recht | 11.2.6, 11.2.8

H

Handelingsbekwaamheid

- en werking van rechtswege | 2.6.1
- in het verband van de goederenrechtelijke werking | 11.1.3

Herroeping

- van een schenking of gift *zie* schenking en gift
- onder voorwaarde | 5.3.2.1

Huurkoop

- begrip | 2.7
- en gerechtigdheid tot vruchten | 9.2.4.5

IImprévision *zie* beperkingen aan
voorwaardelijkheid

Intreden van een voorwaarde

- begrip | 8.1.2
- beroep t.b.v. het – *zie* beroep als constitutief vereiste voor het intreden van de voorwaarde
- gevolgen van het – | 9.1.2, 9.2.3, 9.2.4
- invloed op het – | hoofdstuk 7
- en werking van rechtswege *zie* werking van rechtswege

K

Kans

- in relatie tot de functie van voorwaarden in het rechtsverkeer | 2.2.1
- relatie tussen – en vorm van objectieve en/of subjectieve onzekerheid | 2.4.3.1, 2.4.4.2
- materiële aspecten van de – op intreden van een voorwaarde | 6.1.3, 6.2.3.1
- omvang van de kans in relatie tot onzekerheid | 2.4.4.3, 2.4.5.2

- als wegingsfactor bij botsende leveringsverplichtingen | 6.2.2.3
- wijziging van de – op intreden in relatie tot art. 6:23 BW | 7.4.1, 7.4.2

Koop op proef

- begrip | 2.7
- als zuiver potestatieve figuur | 7.3.3.1

Koopovereenkomst

- inschrijving in de openbare registers van een – | 3.1.4.3, 6.2.3.1
- en het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 BW als voorwaarde | 4.2.1

Kwalificatie van vorderingen als
bestaand of toekomstig

- bestaande opvattingen over de – | 6.2.5.2, 6.2.5.4
- gebondenheid van partijen als criterium | 6.2.5.6
- kwalificatie van de vordering tot ongedaanmaking | 6.2.5.7

L

Levering

- botsende rechten op – | 6.2.2.3
- van toekomstige goederen | 10.3.4

M

Macht

- begrip | 10.3.1
- als van 'bezit' te onderscheiden figuur | 10.3.2
- de wijziging van macht in bezit | 10.3.3

Machtsverschaffing

- consensuele – | 10.3.4
- redengeving voor het bestaan van de figuur van – | 10.3.1
- als wijze van levering | 10.3.1, 10.3.2

Mandeligheid | 5.1.2, 11.1.3

N**Nakoming**

- bewijs terzake de verplichting tot directe – | 4.3
- bij botsende rechten op levering (art. 3:298 BW) *zie* levering
- bij ontbindende voorwaarde | 3.3.2.1, 3.3.2.3, 6.1.3, 6.2.2.1
- opeisbaarheid en veroordeling tot – | 6.2.2.2
- bij opschortende voorwaarde | 3.1.4.3, 3.2.3, 3.2.5, 6.1.3, 6.2.2.1, 9.2.4.4
- veroordeling tot – | 3.1.4.3

Noodzakelijke voorwaarde

- begrip | 2.4.3.3
- onmogelijkheid van de – u.h.v. ontbrekende onzekerheid *zie* onzekerheid van de gebeurtenis

Numerus clausus

- beperkingen aan voorwaardelijkheid u.h.v. – *zie* beperkingen aan voorwaardelijkheid
- in relatie tot het Anwartschaftsrecht | 11.3.2.2

O**Objectieve onzekerheid**

- begrip – | 2.4.1
- in relatie tot ‘kans’ *zie* kans
- als dwingend vereiste voor voorwaardelijkheid | 2.4.3
- het ontbreken van subjectieve onzekerheid bij – | 2.4.3.6
- potestatieve voorwaarden en het ontbreken van – | 7.3.3.2
- de problematiek bij het vereiste van objectieve onzekerheid | 2.4.3.2
- in relatie tot een tijdsbepaling | 2.4.3.5, 2.4.5.2, 3.2.3.4
- in relatie tot het vereiste van toekomstigheid | 2.4.2
- bij zuiver potestatieve voorwaarden | 7.3.3.1, 7.3.3.2

Oneigenlijke voorwaarde *zie* beperkingen aan voorwaardelijkheid**Ongedaanmaking(sverplichting)**

- begrip – | 9.2.4.1, 9.2.4.2
- als bestaande of toekomstige vordering | 6.2.2.3, 6.2.5.7
- de functie van art. 6:24 BW voor de – | 3.3.2
- d.m.v. restitutie | 9.2.4.1
- m.b.t. vruchten | 9.2.4.5
- omvang van de – | 2.6.2.3, 9.2.4.1, 9.2.4.2
- de verklaring voor het ontstaan van – | 3.3.2, 9.2.3.2, 9.2.4.2
- als regelend recht | 3.3.2.1, 9.2.3.2
- bij tijdsbepaling | 2.4.5.3
- rekening houden met de eventuele toekomstige – | 6.2.3
- d.m.v. waardevergoeding *zie* waardevergoeding
- wederkerigheid van – | 3.1.2.1, 6.2.4.1, 9.2.4.6

Onmogelijke voorwaarde *zie* beperkingen aan voorwaardelijkheid**Ontbinding**

- vóór het intreden van de ontbindende voorwaarde | 11.2.7
- wegens tekortschieten als ontbindende voorwaarde *zie* tekortschieten
- voorwaardelijkheid van de – *zie* beperkingen aan voorwaardelijkheid

Onverschuldigde betaling

- bij nakoming bij opschortende voorwaardelijkheid | 3.1.3.1, 3.2.3.4
- en de overeenkomstige toepassing van art. 6:25 BW | 3.1.3.1, 3.2.3.1, 3.2.3.2, 3.2.3.4, 9.2.2
- en het vereiste van dwaling bij art. 6:25 BW | 3.2.3.3

Onzekerheid van de gebeurtenis

- begrip | 2.4.1, 2.4.4
- belang van vereiste vorm van – | 2.4.3.2, 2.4.3.4, 11.4.4.3
- als functie van voorwaarden | 2.2.1
- m.b.t. de gevolgen van voorwaardelijke rechtsverhouding | 2.4.3.7
- kans op intreden onzekere gebeurtenis *zie* kans
- objectieve – *zie* objectieve onzekerheid
- subjectieve – *zie* subjectieve onzekerheid
- tussentijds verval van objectieve – | 2.4.3.5
- vereiste van objectieve – bij goederenrechtelijke verhoudingen | 2.4.3.4
- vereiste van – bij voorwaarden | 2.4.1, 2.4.2, 2.4.3

Opeisbaarheid

- in relatie tot ontbindende voorwaardelijkheid | 6.2.2.2
- in relatie tot opschortende voorwaardelijkheid | 3.1.4.3, 3.2.3.4, 6.2.2.2
- verschil in – tussen opschortende voorwaarde en tijdsbepaling | 2.4.5.3
- bij het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen | 6.2.5.3
- in relatie tot terugwerkende kracht | 9.1.2

Opzegging

- erfpachtrecht | 5.1.4
- gelijkenis met een zuiver potestatieve voorwaarde | 7.3.4.4
- voorwaardelijke – *zie* beperkingen aan voorwaardelijkheid

Overdraagbaarheid

- beperkingen aan – *zie* beperkingen aan voorwaardelijkheid
- van een opschortend voorwaardelijk verkregen goed *zie* Anwartschaftsrecht

Overdracht

- functie van voorwaardelijke – van een vordering | 2.2.1
- mogelijkheid van voorwaardelijke – | 2.3.2,
- nietigheid van de – bij onmogelijke voorwaardelijkheid | 5.4.2.4
- onderscheid – onder voorwaarde en tijdsbepaling | 2.4.1, 2.4.3.5, 2.4.5.3
- relatie tussen de voorwaarde bij de titel en m.b.t. de overdracht | 4.3
- voorwaardelijke – | 11.1, 11.2, 11.4
- tot zekerheid | 2.2.1, 5.2.4.3

Overeenkomst

- begrip – | 3.1.2.1
- als rechtsbetrekking | 3.1.2, 3.3.2.3, 3.5, 6.1.2
- als verbintenisscheppende rechtshandeling | 3.1.2.1
- voorwaardelijkheid van de – | 2.3.3, 3.1.2.2, 3.1.3, 3.1.4.2, 3.2.2.1, 3.3.3.2, 3.5, 6.1.2

P

Partijbelang bij de voorwaarde | 8.2.3

Partijwil

- als grondslag voor de voorwaardelijke werking | 3.1.1, 3.1.4.2, 3.2.2.3, 3.2.5, 3.3.2.3, 3.3.3, 3.3.4, 3.4

Pauliana | 3.1.4.3, 6.1.3, 6.2.3.1

Periode van onzekerheid

- begrip – | 1.6
- de materiële posities van partijen gedurende de – |

- 3.1.3.2, 3.1.4.3, 3.4, hoofdstuk 6, 11.2.7, 11.3
- toepassing van art. 6:26 BW | 3.2.2.1, 6.1.3, 6.2.3
- Potestatieve voorwaarde
 - begrip – | 7.1.1, 7.1.2
 - ‘beroep’ gekwalificeerd als – | 7.1.2.2, 7.3.4.2, 8.1.3
 - geobjectiveerd potestatieve – *zie* geobjectiveerd potestatieve voorwaarde
 - en goederenrechtelijke werking | 7.3.4.4
 - gevolgen van de kwalificatie als – | 4.2.4, 7.1.3, 7.4.2.1
 - en invloed van derden op intreden | 7.1.2.3
 - en de kwalificatie als toekomstige vordering | 7.3.4.3
 - en toepassing van art. 6:23 BW | 7.4.2.1
 - en vormvereiste *zie* vormvereiste
 - zuiver – | 7.1.2.3
- R**
- Recht van reclame | 4.1.3.1, 4.1.4.3
- Recht van wederinkoop als zuiver potestatieve voorwaarde | 7.3.3.1, 7.3.4.4
- Rechtsbetrekking *zie* overeenkomst als rechtsbetrekking
- Rechtshandeling
 - begrip voorwaardelijke – | 1.6
 - de eenzijdige – beschouwd vanuit de partij-invloed | 7.1.2.3
 - eenzijdige gerichte – onder voorwaarde | 5.1.3, 5.3.2.1, 5.3.2.2, 5.4.2.1,
 - eenzijdige – als rechtsverhouding | 1.6
 - als figuur waaraan de voorwaarde is verbonden | 2.3.3, 3.1.3.1, 3.1.4.1
 - als grondslag voor voorwaardelijkheid *zie* totstandkoming van de voorwaardelijkheid
- de overeenkomst bezien als voorwaardelijke – *zie* overeenkomst
- voorwaardelijkheid van de – als wettelijke invalshoek | 2.1.1, 2.3.2, 3.1.4.1,
- Rechtsverhouding
 - begrip | 1.6
- Redelijkheid en billijkheid
 - beperkende werking van de – | 8.1.4
 - als grondslag voor voorwaardelijkheid *zie* totstandkoming van de voorwaardelijkheid
 - gedurende de periode van onzekerheid | 3.1.4.3, 3.2.2.1, 6.2.3.1
 - als inherente grens aan willekeur | 7.1.2.6
 - in relatie tot art. 6:23 BW | 7.4
- Regresvordering
 - beschouwd als vordering onder een wettelijke voorwaarde | 4.1.3.1, 4.1.4.3
 - als bestaande of toekomstige vordering | 6.2.5.1, 6.2.5.4
- Risico
 - als criterium voor het bestaan van onzekerheid | 2.4.4.3
 - herverdeling van – als functie van voorwaarden | 2.2.1
 - en terugwerkende kracht | 2.6.2.1, 9.2.4.2
 - van de onmogelijkheid van ongedaanmaking | 9.2.4.1
 - wie van partijen draagt welk – | 6.2.3
- Romeins recht | 1.2.3, 2.1.1, 2.2.1, 2.5, 2.6.2.1, 4.1.4.3, 7.4.2.1, 11.1.4, 11.2.2.2, 11.2.3.4
- S**
- Schadevergoeding | 2.3.4, 3.1.4.3, 6.2.3.1, 9.1.2

Schenking en gift

- herroeping | 6.2.2.3, 7.3.3,
- herroeping van de – en goederenrechtelijke werking | 7.3.4.4
- voorwaardelijkheid van een – | 5.1.2, 9.2.4.3

Splitsing in appartementsrechten | 5.1.2, 5.3.2.1

Stilzwijgende voorwaarde *zie* voorwaardeStrijd met wet, goede zeden, openbare orde *zie* beperkingen aan voorwaardelijkheid

Subjectieve onzekerheid

- begrip – | 2.4.1
- als grondslag voor voorwaarden | 2.4.3, 4.1.3.2
- op later moment komen te ontbreken van – | 5.2.4.2
- het ontbreken van – bij objectieve onzekerheid | 2.4.3.6

T

Tekortschieten

- overeenkomstige toepassing regeling – bij voorwaardelijkheid | 6.2.3.1, 9.2.4.3
- voorwaarde van – | 2.2.1
- voorwaarde van tekortschieten en goederenrechtelijke werking | 2.2.1, 5.2.4.2

Termijn

- derdenbescherming m.b.t. voorwaardelijkheid bij eind – | 11.4.4.3
- u.h.v. een – beperkte duur van voorwaardelijkheid | 8.1.2, 8.2.2
- op later moment stellen van een – m.b.t. de voorwaardelijkheid | 8.2.2

Terugwerkende kracht

- en aansprakelijkheid bezwaarde bij schending zorgplicht | 6.2.3.1
- begrip – | 2.6.2.1

- als fictie | 9.2.4.2
- en gerechtigdheid tot vruchten | 9.2.4.2, 9.2.4.5
- nadelen van – | 2.6.2.3
- in het verband van ongedaanmaking | 9.2.4.2
- als regelend recht | 2.1.1, 2.6.2.1, 2.6.2.5
- als verklaring voor de goederenrechtelijke werking *zie* goederenrechtelijke werking
- als verklaring voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen | 3.3.2.1, 9.2.3.2, 9.2.4.2
- voordelen van – | 2.6.2.4
- in relatie tot de *Vorwirkung* | 3.2.2.1
- onder het OBW | 2.6.2, 9.2.4.2, 11.2.2.1, 11.2.4

Tijdelijke eigendom

- argumenten tegen – in relatie tot voorwaardelijkheid | 2.4.5.3, 9.2.4.3
- als gevolg van het tussentijds verval van objectieve onzekerheid | 2.4.5.3

Tijdsbepaling

- afgrenzingsproblemen met de voorwaarde | 2.4.3.1, 2.4.5.2
- en Anwartschaftsrecht | 11.3.2.2
- begrip – | 2.4.5.1
- een resterende – bij tussentijds verval van objectieve onzekerheid | 2.4.5.3, 8.1.2
- de verhouding tussen voorwaarde en – | 2.4.5
- verschil in gevolgen tussen voorwaarde en – | 2.4.3.5, 2.4.5.3, 3.2.3.4
- de vordering onder – als bestaande of toekomstige vordering | 6.2.5.2, 6.2.5.3, 6.2.5.4, 6.2.5.5

Toekomstigheid van de gebeurtenis | 2.4.2

Toekomstigheid van vorderingen *zie*
kwalificatie van vorderingen als
bestaand of toekomstig

Toestemming

- voor overdracht erfpachtrecht | 5.1.2
- voor overdracht van vordering | 2.2.1
- verkrijging van – als wettelijke of door rechter gestelde voorwaarde | 4.1.4.3
- voor vervreemding echtelijke woning (1:88 BW) | 5.3.2.3
- voorwaardelijkheid van de – *zie* beperkingen aan voorwaardelijkheid

Toetsingsmoment

- van de goede trouw | 6.2.4
- van totstandkomingsvereisten | 2.6.1, 7.3.4.4
- in relatie tot de werking van rechtswege | 2.6.1
- bij strijd met wet of goede zeden | 5.2.3.1
- bij zuiver potestatieve voorwaarde | 7.3.4.4

Totstandkoming van de
voorwaardelijkheid

- bestendig gebruikelijk beding | 4.1.3.1, 4.1.3.4
- bezwaren tegen andere grondslagen dan de partijwil | 4.1.5
- gewoonte | 4.1.4.2, 4.1.5
- partijwil respectievelijk de rechtshandeling als grondslag | 2.1, 2.4.5.1, 3.3.3.1, 4.1.3, 4.1.5
- door rechter gestelde voorwaarden | 4.1.4.4
- redelijkheid en billijkheid | 4.1.4.4
- vereiste van onzekerheid *zie* onzekerheid van de gebeurtenis
- vereiste van toekomstigheid *zie* toekomstigheid van de gebeurtenis

- wettelijke voorwaarden *zie* wettelijke voorwaarde

Totstandkomingsvereisten

rechtsverhouding *zie* essentiala

Tussenbeschikkingen

- begrip | 11.1.3
- derdenbescherming tegen – *zie* derdenbescherming
- verval van – als deel van de goederenrechtelijke werking | 11.1.3
- verval van positieve – bij het intreden van de voorwaarde | 2.6.2.3, 11.2.5.2, 11.2.5.3, 11.2.7
- verval van – als vorm van bescherming van de verwachter | 2.6.2.3, 11.2.5.1, 11.2.5.2, 11.2.5.3
- als onderdeel van de *Vorwirkung* | 3.2.2.1
- de onmogelijkheid van – bij dwingende onvoorwaardelijkheid | 5.3.2.1

V

Vaststellingsovereenkomst | 5.1.2

Verbintenis

- begrip – | 3.1.2.1
- in enge zin | 3.1.2.1
- in ruime zin | 3.1.2.1
- voorwaardelijkheid van de – | 2.3.2, 2.3.3, 3.5
- voorwaardelijkheid van de – als de wettelijke benadering | 2.1.1, 2.3.2, 3.5

Verdeling van gemeenschap | 5.1.2

Verjaring | 2.6.2.1, 3.1.4.3

Vermenging

- bij het samengaan van voorwaardelijke gerechtigdheid | 8.2.1, 11.2.7
- bij vereniging hoedanigheid van crediteur en debiteur | 2.6.2.4, 6.2.3.1

Verrekening | 5.1.4, 5.3.2.1, 6.2.2.4

Verval van een voorwaarde

- begrip – | 1.6, 3.1.4.1, 8.1

- gevolgen van – | 8.1, 9.1.2, 9.2.4.4, 11.1.3
- Verwachter
 - begrip – | 1.6
 - bescherming van de – *zie* bescherming van de verwachter
- Volmachtverlening | 5.1.2, 5.3.2.1
- Voorwaarde
 - afstand van – *zie* afstand
 - begrip (samengevat) | 2.8
 - als bestanddeel | 2.3.4, 3.3.3.1
 - als bestendig gebruikelijk beding | 4.1.3.1, 4.1.3.4
 - casuele – *zie* casuele voorwaarde
 - van faillissement *zie* beperkingen aan voorwaardelijkheid
 - gemengde *zie* gemengde voorwaarde
 - materiële gevolgen van de *zie* gevolgen van voorwaardelijkheid
 - de ontbindende en opschortende – als spiegelbeeldige figuren | 11.2.2.4
 - opname – in de akte van levering *zie* akte van levering
 - potestatieve – *zie* potestatieve voorwaarde
 - door rechter gestelde – | 4.1.4.4
 - stilzwijgende – | 4.1.3.3
 - totstandkoming *zie* totstandkoming van de voorwaarde
 - vervallen van de – *zie* verval van een voorwaarde
 - van tekortschieten *zie* tekortschieten
 - als zelfstandige modaliteit | 2.3.4, 3.3.3.1, 5.4.2.1
- Voorwaardelijke werking
 - begrip – | 3.1.4
 - als beschrijvend of verklarend begrip | 3.1.4.2
 - de ontbindend – | 3.3
 - de opschortend – | 3.2
- Voorwaardelijkheid
 - beperkingen aan – *zie* beperkingen aan voorwaardelijkheid
 - mogelijkheid van – | 2.3.3, 5.1.2
 - materiële posities van partijen gedurende de – *zie* periode van onzekerheid
 - van de verbintenis *zie* verbintenis
- Vorderingsrechten
 - cessie van – | 3.1.4.3, 6.2.5.2
 - derdenbeslag op – | 3.1.4.3
 - opeisbaarheid van – bij voorwaardelijkheid | 3.2.3.4, 3.2.4, 6.2.2.2
 - vermenging van – *zie* vermenging
 - en vestiging van pandrecht en hypotheek | 3.1.4.3
- Vormvereiste
 - toepassing van een – op de voorwaarde zelf | 4.2.3
 - voorwaarde van toekomstige voldoening aan een – | 4.2.2
 - bij voorwaardelijkheid u.h.v. gewoonterecht | 4.2.3
 - bij zuiver potestatieve voorwaarden | 4.2.4, 7.1.2.3
- Vormerkung | 3.1.4.3
- Vorwirkung
 - begrip – | 3.2.2.1
 - verklaring van de – | 3.2.2.3
 - de – in het Nederlandse recht | 3.2.2
- Vruchten
 - gerechtigdheid tot – | 2.6.2.5, 9.2.3.2, 9.2.4.5
 - gerechtigdheid tot – bij aflevering *zie* aflevering
 - gerechtigdheid tot – bij terugwerkende kracht | 2.6.2.1, 2.6.2.5, 9.2.4.2
 - ongedaanmaking m.b.t. – *zie* ongedaanmaking(sverplichting)

W

Waardevergoeding als wijze van
ongedaanmaking | 9.2.4.1, 9.2.4.3

Werking van rechtswege

- begrip | 2.6.1
- als kenmerkend element van
voorwaarden | 2.1.1, 2.1.2
- uitzonderingen op de – | 2.1.2,
2.6.1, 8.1.3
- in relatie tot het vereiste van
onzekerheid | 2.4.3.2
- in het verband van zuiver
potestatieve voorwaarden |
7.3.3.1

Wettelijke systematiek van de
voorwaarde | 2.3.2

Wettelijke voorwaarde

- begrip – | 4.1.4.3
- als geen daadwerkelijke
voorwaarde | 4.1.3.1, 4.1.4.3,
4.1.5
- bij dwingend onvoorwaardelijke
rechtsverhoudingen | 5.3.2.1
- in relatie tot art. 6:23 BW |
7.4.2.1

Willekeur | 7.1.2.3, 7.1.2.6, 7.3.3.1

Z

Zorgplicht

- bestaan van een – | 3.1.4.3,
6.2.3.1, 6.2.3.3
- en te hanteren
zorgvuldigheidsnormen |
6.2.3.1
- inhoud van de – | 6.2.3.2
- kosten zorgplicht | 6.2.3.2

Bijlagen

B.W. 43
II (laatste)
N.B. hierbij geen toelichting, doch deze
tekst II is vrijwel gelijk aan
tekst I, waarbij toelichting I a.

M.
Eind 1952.

VIERDE AFDELING

VOORWAARDELIJKE VERBINTENISSEN

Artikel 1

Een verbintenis is voorwaardelijk, wanneer partijen of de rechter hebben bepaald, dat haar werking van een toekomstige en als onzeker beschouwde gebeurtenis afhankelijk is.

Artikel 2

Een opschortende voorwaarde doet de werking der verbintenis eerst met het plaats vinden der gebeurtenis aanvangen; de ontbindende voorwaarde doet de verbintenis met het plaats vinden der gebeurtenis vervallen.

Artikel 3

Een voorwaarde, die onmogelijk is of die in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, maakt een verbintenis nietig. Nochtans is een verbintenis onder ontbindende voorwaarde uit dien hoofde slechts nietig wanneer vaststaat, dat partijen zonder deze voorwaarde de overeenkomst niet zouden hebben aangegaan; in andere gevallen wordt een ontbindende voorwaarde, die onmogelijk is of met de goede zeden of met de openbare orde strijdt, voor niet geschreven gehouden.

Artikel 4

1. Een opschortende voorwaarde wordt voor vervuld gehouden, wanneer de schuldenaar de vervulling heeft belet en de goede trouw verlangt, dat in dat geval de schuldenaar tot hetzelfde gehouden is, als wanneer de voorwaarde ware vervuld. Hetzelfde geldt ten aanzien van een ontbindende voorwaarde, wanneer de schuldeiser de vervulling heeft belet.

Indien een verbintenis afhangt van de voorwaarde, dat zeker feit binnen een bepaalde tijd niet zal gebeuren, is de voorwaarde vervuld, zodra vaststaat, dat de gebeurtenis niet plaats zal vinden.

Artikel 5

1. Een voorwaardelijk schuldenaar is verplicht datgene te doen en na te laten wat een goed schuldenaar onder gelijke omstandigheden zou doen en zou nalaten.

2. Een voorwaardelijk schuldeiser kan alle middelen in het werk stellen, die tot bewaring van zijn recht noodzakelijk zijn.

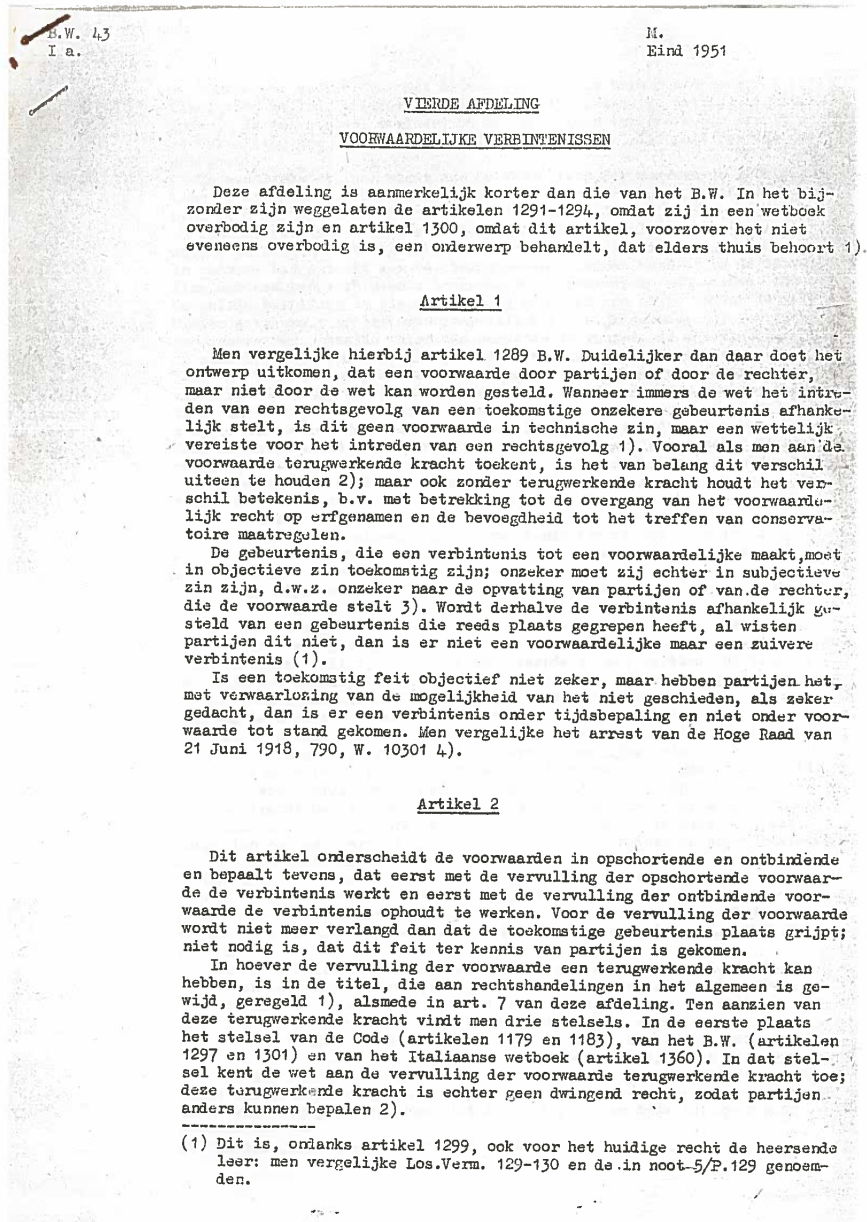
- 2 -

Artikel 6

Tenzij uit de inhoud of de strekking van een overeenkomst het tegendeel volgt, zijn reeds vóór de vervulling van een opschortende voorwaarde de rechten van de schuldeiser vatbaar voor overgang onder algemeene of onder bijzondere titel.

Artikel 7

Tenzij uit de inhoud of de strekking van een overeenkomst het tegendeel volgt, heeft een schuldenaar na de vervulling van een ontbindende voorwaarde een vordering tot teruggave van het reeds door hem geleverde en tot afgifte van de na het oogenblik der vervulling verschenen vruchten.



- 2 -

Voorts het stelsel van het Zwitserse en Pools verbintenissenrecht (artikel 151, 2e lid, artikel 153 en artikel 154 Zwits. en artikel 46, lid 2 Polen). In dat stelsel verleent de wet zelf geen terugwerkende kracht aan de vervulling der voorwaarde; zij staat echter toe, dat partijen dit overeenkomen.

In een derde stelsel wordt aan de vervulling der voorwaarde noch krachtens de wet noch krachtens bijzonder beding terugwerkende kracht toegekend (158-159 Duits B.G.B.; artikel 41 Rusland) 3).

Voor de betekenis van deze drie verschillende stelsels dient men wel uiteen te houden de terugwerkende kracht in ruimere zin en in engere zin 4). In ruimere zin spreekt men van terugwerkende kracht wanneer na de vervulling der aan een verbintenis toegevoegde voorwaarde de schuldenaar tot hetzelfde verplicht is als waartoe hij gehouden zou zijn, indien de verbintenis van meet af aan onvoorwaardelijk zou zijn geweest 5); vooral bij toezegging van bepaalde zaken die hangende de voorwaarde met vruchten of op andere wijze vermeerderd zijn, is deze terugwerkende kracht van belang 6). Voor de vraag of de vervulling der voorwaarde een zodanige invloed op de omvang der prestatie heeft, is uit de aard der zaak de bedoeling van partijen van gewicht. De wet kan hoogstens aangeven wat bij het zwijgen der overeenkomst dienaangaande partijen vermoedelijk hebben bedoeld. Voor de ontbindende voorwaarde vindt men deze vraag in artikel 7 beantwoord 7), voor de opschortende voorwaarde is moeilijk een bijzondere regel te geven; men moet, rekening houdende met de algemene bepalingen betreffende overeenkomsten, de inhoud en de gevolgen der voorwaardelijke overeenkomsten vaststellen 8).

In engere zin is alleen dan terugwerkende kracht aan de vervulling ener voorwaarde verbonden, wanneer wordt aangenomen, dat na de vervulling der voorwaarde de vraag of plaats gevonden handelingen rechtmatig en bevoegdelyk zijn verricht in tegengestelde zin moet worden beantwoord dan vóór de vervulling der voorwaarde; door de vervulling der voorwaarde wordt alsdan wat bevoegdelyk was geschied, onbevoegdelyk, wat onbevoegdelyk was gedaan, bevoegdelyk geacht te zijn verricht 9). Zo heeft b.v. de Hoge Raad eertijds beslist, dat, niettegenstaande de wet verbiedt om tijdens huwelijk het huwelijksgoederenrecht te wijzigen, de aanstaande echtgenoten in hun huwelijkscontract een huwelijksgoederenrecht onder opschortende voorwaarde konden kiezen; met de vervulling der voorwaarde werd het gekozen goederenrecht geacht van het begin van het huwelijk te hebben gegolden, zodat handelingen die krachtens het eerste huwelijksgoederenrecht geldig waren, na de vervulling der voorwaarde anders moesten worden beoordeeld en omgekeerd (arrest van 7 Januari 1881, W. 4594) 10). En zij, die voor een overdracht het aanwezig zijn van een geldige titel verlangen, nemen krachtens de terugwerkende kracht der ontbindende voorwaarde aan, dat, aangezien na haar vervulling nooit een geldige verbintenis heeft bestaan, de eigendom nooit is overgegaan 11).

Ok deze terugwerkende kracht in engere zin zal in zover door de partijwil worden beïnvloed, dat daar, waar de wet haar kent, - gelijk in de Code en in de wetboeken, die deze volgen - zij door bijzonder beding kan worden uitgesloten 12). Men vergelijkte H.R. 5 Maart 1926, N.J. 1926.504, W. 11489 (1).

Echter kan niet omgekeerd, zonder wettelijke basis, uitsluitend op grond van de bedoeling van partijen een zodanige terugwerkende kracht, die ook invloed heeft op de rechten van derden 13) en aan bepalingen van dwingend recht haar betekenis kan ontnemen, worden aangenomen.

De vraag blijft derhalve, of het wenselijk is, dat de wet deze terugwerkende kracht in engere zin 14) zal erkennen, hetzij op de wijze van de Code als regel, hetzij op de wijze van het Zwitserse verbintenissenrecht als uitzondering, wanneer partijen dit overeenkomen. In het ontwerp is er van uitgegaan, dat het niet doelmatig is, om deze terugwerkende

(1) Zo ook Cass. (Fr.) 10 Jan. 1925, S. 1925. 1. 62.

rie stelsels
n ruimere zin
lle eens

- 3 -

kracht aan de vervulling van een voorwaarde te verbinden, zelfs niet in zoverre dat zij alleen aanwezig zal zijn, wanneer partijen haar overeenkomen. De grens van de contractsvrijheid ligt binnen het gebied van het verbintenissenrecht; een terugwerkende kracht in ruime zin (4a) kan vrijelijk overeengekomen worden, maar aan een fictie van verdere strekking bestaat geen behoefte (1) 15).

Gelijk lette men op hetgeen in artikel is bepaald; het aangaan van een overeenkomst tot levering onder een voorwaarde heeft tengevolge, dat de levering onder gelijke voorwaarde geschiedt. Hiermede wordt echter niet een terugwerkende kracht aan de voorwaarde toegekend, maar slechts een beperkte werking aan de levering.

Artikel 3

Dit artikel beantwoordt aan artikel 1290 B.W. De redactie werd echter verbeterd; men vergelijkte de formulering van artikel 935 B.W. en de opmerkingen bij Asser-Loosecaat Vermeer, 133 - 135.

Wat de ontbindende voorwaarde betreft, is het artikel aangevuld met een gelijke regeling als artikel 111 van het Frans-Italiaanse Ontwerp en artikel 49 van het Pools Verbintenissenrecht geeft. Men vergelijkte ook artikel 1354 van het Italiaanse Wetboek.

Artikel 4

Dit artikel vermeldt de gevallen, waarin de voorwaarde voor vervuld wordt gehouden, voordat de gebeurtenis, waarvan de werking der verbintenissen afhankelijk is gesteld, heeft plaats gevonden.

Het eerste lid geeft een uitwerking van het in artikel 1296 B.W. bepaalde. Het ontwerp gaat niet zover, dat in ieder geval, waarin de oorzaak van het niet-vervuld zijn van de voorwaarde bij de schuldenaar te vinden is, de voorwaarde voor vervuld wordt gehouden; anderzijds is het artikel niet beperkt tot het geval, dat de verhindering in strijd met de goede trouw geschiedt is. Dikwijls dient de schuldenaar met de verhindering van de vervulling der voorwaarde een rechtmatig belang, terwijl toch de goede trouw verlangt, dat deze verhindering niet ten nadele van de schuldeiser mag strekken.

Ook het omgekeerde van het in het eerste lid vermelde geval mag evenzeer als juist worden aangemerkt: wanneer het in strijd is met de goede trouw, dat de schuldeiser zich zou beroepen op een door hem bewerkte vervulling van een voorwaarde, die als zuiver toevallig bedoeld was, struikt deze vervulling niet ten nadele van de schuldenaar. Het is overbodig geoordeeld om dit nog eens uitdrukkelijk te bepalen, daar het onmiddellijk uit de partijbedoeling en de goede trouw volgt.

Artikel 5

Dit artikel regelt de rechten en verplichtingen van partijen, hangende de voorwaarde. Het eerste lid beantwoordt aan artikel 1 van de zesde afdeling. Men zie ook artikel 1358 van het Italiaanse Wetboek.

Het in het tweede lid bepaalde is in artikel 1298 B.W. weer te vinden. In het Wetboek van Rechtsvordering zal moeten worden geregeld, in hoeverre een voorwaardelijke schuldeiser voor de vervulling der voorwaarde conser-

(1) Aldus ook het Duitse recht: men zie § 150 (158 ?) en 159 B.G.B. en Staudinger I (1915), 659 en 664.
1925: § 158 Rem. 5 en 8; § 159 Rem. 1-3.

- 4 -

vatoir beslag kan leggen.

Men houde in het oog, dat voorwaardelijk schuldeiser niet alleen hij is, die onder opschortende voorwaarde iets heeft toegezegd, maar ook hij, die iets ontvangen heeft krachtens een overeenkomst met ontbindende voorwaarde; men vergelijkte artikel 1356 lid 2 van het Italiaanse Wetboek.

Artikel 6

Dit artikel beantwoordt aan artikel 1297 lid 2 B.W., waar het als een toepassing van de terugwerkende kracht verschijnt. Ook zonder erkenning van terugwerkende kracht dient men het recht uit een voorwaardelijke verbintenis op de erfenamen van de schuldeiser te doen overgaan. Het ontworpen artikel is in zover ruimer dan artikel 1297 B.W., dat het niet alleen de rechtsovergang na dode maar ook die onder de levenden vermeldt. Verder bevat het artikel een voorbehoud, voor het geval de inhoud of de strekking der overeenkomst een overgang zou uitsluiten; dit is natuurlijk dan het geval wanneer ook de onvoorwaardelijke vordering voor geen overgang vatbaar is. Het is echter ook denkbaar, dat na de vervulling der voorwaarde een overgang mogelijk is, terwijl vóór die vervulling een overgang in strijd is met de overeenkomst of haar strekking.

Artikel 7

Dit artikel geeft een bijzonder voorschrift omtrent de gevolgen van de vervulling van een in een leveringsovereenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde. Volgens het artikel moet de geleverde zaak na de vervulling der voorwaarde worden teruggegeven, niet echter de vóór de vervulling der voorwaarde verschenen vruchten der zaak; uit inhoud of strekking der overeenkomst kan echter het tegendeel volgen. Zo zal b.v. bij contracten, die tot prestaties van langere duur of tot een reeks van prestaties verplichten, volgens de strekking der overeenkomst het over en weer reeds geleverde niet kunnen worden teruggevorderd. Men vergelijkte hierbij H.R. 7 November 1935, N.J. 1936, 239.

Nota bene: Vóór de laatste alinea van de toelichting op artikel 2 plaatste prof. M. de potloodaantekening: "Stuk bijtikken uitgevalen". Het bedoelde stuk werd echter niet bij het origineel aangetroffen.

Curriculum vitae

Hendrik Stolz

1967	Geboren te Kiel (Bondsrepubliek Duitsland)
1986	Eindexamen atheneum te Leiden
1993	Afronding studie aan de Frederik Muller Academie (Hogeschool van Amsterdam) te Amsterdam
1999	Doctoraal examen notarieel recht en Nederlands civiel recht aan de Universiteit Leiden
1999-heden	Verbonden aan het kantoor Houthoff Buruma te Den Haag en Rotterdam
2000-2003	Beroepsopleiding Notariaat
2004-2014	Als promovendus verbonden aan het E.M. Meijers Instituut van de Universiteit Leiden
2005-2008	Docentschap bij de Stichting Opleiding Medewerkers in het Notariaat
2013	Universitair docent Moot Court aan de Universiteit Leiden
2013-heden	Universitair docent onroerend goedrecht aan de Universiteit van Amsterdam

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2013, 2014 en 2015 verschenen:

- MI-214 C.M. Smyth, *The Common European Asylum System and the Rights of the Child: An Exploration of Meaning and Compliance*, (diss. Leiden), Leiden 2013
- MI-215 A.F. Mollema, *Het beperkte recht. Een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud*, (diss. Leiden), Leiden: Uitgeverij BOXPRESS 2013, ISBN 978 90 8891 597 0
- MI-216 V.S. Bouman, *De baai geblokkeerd: piraten in het nauw? Een onderzoek naar de toelaatbaarheid en het effect van het blokkeren van The Pirate Bay*, (Jongbloed scriptieprijs 2012), Den Haag: Jongbloed 2013, ISBN 978 90 7006 268 2
- MI-217 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden, J.H. Nieuwenhuis & H.A. ten Oever (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde*. BWKJ nr. 28, Deventer: Kluwer 2013, ISBN 978 90 1311 482 9
- MI-218 J.M. ten Voorde, C.P.M. Cleiren & P.M. Schuyt, *Meerdaadse samenloop in het strafrecht. Een onderzoek naar doel, grondslag, karakter, strekking en functie van de wettelijke regeling van meerdaadse samenloop (artikel 57-63 Sr)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, ISBN 978 90 8974 843 0
- MI-219 J. Nijland, *De overheidsonderneming. Overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen nader beschouwd*, (diss. Leiden), Leiden: Uitgeverij BOXPRESS 2013, ISBN 978 90 8891 719 6
- MI-220 K.M.P. Setiawan, *Promoting Human Rights. National Human Rights Commissions in Indonesia and Malaysia*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2013, ISBN 978 90 8728 203 5, e-isbn 978 94 0060 166 6 (pdf), e-isbn 978 94 0060 167 3 (ePub)
- MI-221 J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abtineren en de dialoog tussen rechter en wetgever*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, ISBN 978 90 1312 059 2
- MI-222 D.A. Dam-de Jong, *International law and governance of natural resources in conflict and post-conflict situations*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2013, ISBN 978 94 6203 475 4
- MI-223 W. Geelhoed, *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie. Een onderzoek naar de betekenis van strafbepaalde beleidsvrijheid in de geëuropeïseerde rechtsorde*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, ISBN 978 90 1312 132 2
- MI-224 A.F. Rommelse, *De arbeidsongeschiktheidsverzekering: tussen publiek en privaat. Een beschrijving, analyse en waardering van de belangrijkste wijzigingen in het Nederlandse arbeidsongeschiktheidsstelsel tussen 1980 en 2010*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2014, ISBN 978 90 8728 205 9, e-ISBN 978 94 0060 170 3
- MI-225 L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 90 1312, e-ISBN 978 90 1312 041 7 040 0
- MI-226 H. Duffy, *The 'War on Terror' and International Law*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2013, ISBN 978 94 6203 493 8
- MI-227 A. Cuyvers, *The EU as a Confederal Union of Sovereign Member Peoples. Exploring the potential of American (con)federalism and popular sovereignty for a constitutional theory of the EU*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2013, ISBN 978 94 6203 500 3.
- MI-228 M.J. Dubelaar, *Betrouwbaar getuigenbewijs. Totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 90 1312 232 9
- MI-229 C. Chamberlain, *Children and the International Criminal Court. Analysis of the Rome Statute through a Children's Rights Perspective*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014, ISBN 978 94 6203 519 5
- MI-230 R. de Graaff, *Something old, something new, something borrowed, something blue?, Applying the general concept of concurrence on European sales law and international air law*, (Jongbloed scriptieprijs 2013), Den Haag: Jongbloed 2014, ISBN 978 90 7006 271 2
- MI-231 H.T. Wermink, *On the Determinants and Consequences of Sentencing*, (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp 2014, ISBN 978 90 7006 271 2

- MI-232 A.A.T. Ramakers, *Barred from employment? A study of labor market prospects before and after imprisonment*, (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp 2014, ISBN 978 94 6259 178 3
- MI-233 N.M. Blokker et al. (red.), *Vijftig juridische opstellen voor een Leidse nachtwacht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, ISBN 978 90 8974 962 8
- MI-234 S.G.C. Van Wingerden, *Sentencing in the Netherlands. Taking risk-related offender characteristics into account*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Lemma 2014, ISBN 978 94 6236 479 0
- MI-235 O. van Loon, *Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechtelijk perspectief*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom/Lemma 2014, ISBN 978 94 6290 013 4
- MI-236 L.M. Raijmakers, *Leidende motieven bij decentralisatie. Discours, doelstelling en daad in het Huis van Thorbecke*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 90 1312 7772 0
- MI-237 A.M. Bal, *Taxation of virtual currency*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014, ISBN 978 94 6203 690 1
- MI-238 S.M. Ganpat, *Dead or Alive? The role of personal characteristics and immediate situational factors in the outcome of serious violence*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp 2014, ISBN 978 94 6259 422 7
- MI-239 H.R. Wiratraman, *Press Freedom, Law and Politics in Indonesia. A Socio-Legal Study*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014, ISBN 978 94 6203 733 5
- MI-240 H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, ISBN 978 94 6290 031 8

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek