



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

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 nuanceringen) 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 zónder 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 partijinvloed 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 degen 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. contractovername 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 contractovernemende 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 onvoorwaardelijk 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 onmiddelijk 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.