



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

11 | Voorwaardelijke beschikkingen

11.1 EEN VOORWAARDELIJK BESCHIKKEN MET GOEDERENRECHTELIJKE WERKING IS MOGELIJK

11.1.1 Inleiding

De bètacanon van Fokke en Sukke opent met een cartoon waar Sukke aan een laboratoriumtafel zojuist een natuurwetenschappelijke proef met succes heeft uitgevoerd, waarop Fokke reageert met: 'Zeer indrukwekkend, collega [] maar werkt het ook in theorie?'. Interessant genoeg geeft die grap precies de essentie weer van het kernthema van dit hoofdstuk: de verklaring van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden. De goederenrechtelijke werking als zodanig is in het huidige Nederlandse, Duitse en Zwitserse recht feitelijk onomstreden, hetgeen eveneens gold gedurende de laatste decennia van het OBW. De theoretische verklaring vóór die goederenrechtelijke werking is onder het thans geldend Nederlandse recht daarentegen sterk omstreden. Een discussie die zijn grondslag vindt in het verval van de systematiek van terugwerkende kracht van voorwaarden met de invoering van het NBW. Samengevat vormt derhalve de goederenrechtelijke werking van voorwaarden zonder meer het geldend recht, maar de theoretische onderbouwing voor dit materiële gevolg van voorwaarden is onduidelijk.

De aandacht die deze verklaring van de goederenrechtelijke werking in de Nederlandse literatuur heeft getrokken, mag nochthans indrukwekkend worden genoemd.¹ Geen enkel onderwerp dat ik in het kader van dit proefschrift bespreek, mag zich in een dergelijke belangstelling verheugen. Daarmee staat de uiterst bescheiden aandacht voor de in mijn optiek veel interessantere 'voorwaardelijke werking' van voorwaarden in schril contrast.² Dat is des te opvallender omdat in de literatuur veelal wordt geconstateerd dat de verschillende theoretische verklaringen voor de goederenrechtelijke werking niet zouden leiden tot materieelrechtelijke verschillen. Daarmee heeft de discussie in de heersende opvattingen een zeer sterk academisch gehalte. Ook al betwijfel ik dit ontbreken van materiële verschillen in enige mate,³ dat laat

1 De aandacht voor dit onderwerp in de Duitse en Zwitserse literatuur kwalificeert daarentegen als 'bescheiden', het Anwartschaftsrecht daargelaten.

2 Hetgeen ik in hoofdstuk 3 gepoogd heb enigszins goed te maken.

3 Zie § 11.2.7.

onverlet dat ik de aandacht voor deze verklaring zelf relatief beperkt wil houden. Niet alleen beschouw ik het als weinig zinvol de zoveelste opinie over dit onderwerp af te geven, maar vooral heeft het er in mijn optiek alle schijn van dat het hele vraagstuk van deze verklaring voor het NBW redelijk onoplosbaar is. De focus ligt in dit hoofdstuk dan ook niet zozeer op deze verklaring als zodanig, maar veel meer op het ontrafelen van de vraag wáárom die verklaring voor het Nederlands geldend recht nauwelijks of niet valt te geven.

In deze § 11.1 bespreek ik met name de aanvaarding in de onderzochte stelsels van de goederenrechtelijke werking als gevolg van een eerder beschikken onder voorwaarde. Daarbij is vooral van belang wat we verstaan onder dit begrip *goederenrechtelijke werking*. Zoals we in § 11.1.3 zullen zien omvat dit begrip twee geheel verschillende aspecten: een werking tussen partijen alsmede een werking ten opzichte van derden die gedurende de periode van onzekerheid zelf een goederenrechtelijke gerechtigdheid hebben verkregen. In het Duitse en Zwitserse recht wordt dan ook expliciet rekening gehouden met het feit, dat het onderscheid tussen deze beide aspecten leidt tot een onderling verschillende systematiek van goederenrechtelijke werking. Onder het OBW ontbrak een dergelijk verschil in systematiek, maar dat vloeide voort uit (de fictie van) de terugwerkende kracht die veelal werd beschouwd als dé verklaring voor deze werking. Met de invoering van het NBW is deze terugwerkende kracht niet langer mogelijk, althans niet in goederenrechtelijke zin.⁴ Niettemin wordt, anders dan in het Duitse en Zwitserse recht, in de Nederlandse literatuur gezocht naar een systematiek die beide vorenbedoelde aspecten van goederenrechtelijke werking tezamen zou verklaren. Een zoektocht die, mede in samenhang met de overige in § 11.2.2 besproken verstoringen elementen in de huidige discussie, als buitengewoon moeizaam kan worden beschouwd. Dat laat onverlet dat de goederenrechtelijke werking van voorwaarden ook voor het huidige Nederlandse recht volledig aanvaard is, zoals ik in § 11.1.4 zal vaststellen.

11.1.2 Goederenrechtelijke werking als gevolg van voorwaardelijk beschikken

Een systematiek waarbij ingeval van het intreden van een voorwaarde een verplichting tot levering of teruglevering van een goed zou ontstaan, zou op geen enkele wijze bijzondere aandacht vragen. Vanzelfsprekend kunnen obligatoire verplichtingen van voorwaardelijke aard zijn; de partijwil staat in obligatoire verhoudingen voorop en vormt ook de grondslag voor de voorwaardelijke werking en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen van

4 Zie § 2.6.2.5.

de voorwaardelijke rechtsverhouding.⁵ Het bijzondere aan een beschikken onder voorwaarde is dan ook in iets anders gelegen, namelijk in de goederenrechtelijke werking die het intreden van de voorwaarde met betrekking tot de gevolgen van de eerdere beschikking zal hebben. Met andere woorden, het verbinden van een voorwaarde aan de beschikking leidt tot goederenrechtelijke werking indien de voorwaarde intreedt.

Deze op zich overzichtelijke systematiek roept twee vragen op. De eerste daarvan is de in de volgende paragraaf besproken vraag wat we in dit verband precies moeten verstaan onder *goederenrechtelijke werking*. Het antwoord daarop blijkt nauwelijks of niet omstreden te zijn. In het kader van de tweede vraag is het niettemin goed om expliciet vast te stellen welke gevolgen we onder dit begrip plaatsen. Deze tweede vraag is gelegen in de verklaring voor die goederenrechtelijke werking na een eerdere voorwaardelijke beschikking. Of anders gezegd, wat is de systematiek waaruit volgt dat na een beschikken onder voorwaarde het intreden van de voorwaarde leidt tot de gevolgen die we plaatsen onder het begrip goederenrechtelijke werking? Deze vraag bespreek ik voor de verschillende stelsels in § 11.2.

11.1.3 Het begrip 'goederenrechtelijke werking'

Inleiding

In het kader van het intreden van voorwaarden na een eerdere voorwaardelijke beschikking wordt veelal gesproken over 'de' goederenrechtelijke werking van voorwaarden. Daaruit lijkt impliciet te volgen dat de inhoudelijke betekenis van dit begrip eenduidig zou zijn. Zoals we hierna zullen zien, is die veronderstelling op basis van de opvattingen in de literatuur ook vrijwel juist. Toch wil ik een nadere blik werpen op de betekenis van deze goederenrechtelijke werking van voorwaarden. Bij het thans besproken onderwerp hebben we immers te maken met de in de inleidende paragraaf besproken situatie, waarbij niet een bepaalde systematiek leidt tot vast te stellen rechtsgevolgen, maar de vaststaande rechtsgevolgen moeten worden verklaard uit hoofde van een nog vast te stellen systematiek. Wil dit laatste met betrekking tot de goederenrechtelijke werking – als begrip dat de goederenrechtelijke gevolgen samenvat⁶ – überhaupt mogelijk zijn, dan moet in ieder geval geheel duidelijk zijn wat die gevolgen zijn. Overigens zij aangetekend dat de term *goederenrechtelijke*

⁵ Althans, zo heb ik in hoofdstuk 3 verdedigd.

⁶ Hijma en Olthof hebben er reeds op gewezen dat de goederenrechtelijke werking (althans, de 'zakelijke werking') de belichaming is van een gemaakte gevolgtrekking. Dit begrip omvat derhalve geen systematiek of verklaring waarom de desbetreffende gevolgen intreden (Hijma & Olthof 1982, p. 257).

werking pas met de invoering van het NBW in zwang is geraakt.⁷ Niettemin hanteer ik deze ook voor het OBW.

Geldend recht, oud BW

In het kader van voorwaarden heeft de term *goederenrechtelijke werking* in de bestaande opvattingen een specifiekere betekenis dan in andere delen van het algemene vermogensrecht.⁸ Daarbij worden met name twee aspecten onderscheiden.⁹ Enerzijds heeft de goederenrechtelijke werking gevolgen voor de verhouding tussen partijen. De bezwaarde verliest met het intreden van de voorwaarde van rechtswege zijn gerechtigdheid tot een goed en de verwachter verkrijgt deze.¹⁰ Na een beschikking onder ontbindende voorwaarde is derhalve sprake van een retro-overgang en herkrijgt de aanvankelijke vervreemder het goed. Bij een beschikking onder opschortende voorwaarde verkrijgt de wederpartij van de vervreemder van rechtswege het goed. Enige (additionele) leveringshandeling tussen partijen is derhalve voor deze rechtsovergang bij het intreden van de voorwaarde niet vereist.

Daarnaast zouden we eventueel ook het ontstaan of eindigen van een beperkt recht (in de verhouding tussen partijen en in dit verband dus niet in de relatie tot een derde) ten gevolge van het intreden van een voorwaarde onder het begrip van de goederenrechtelijke werking kunnen scharen. Art.

7 Onder het OBW wordt m.n. gesproken van de *zakelijke werking* en soms ook van *zakelijk effect*. De discussie of de huidige term *goederenrechtelijk* al dan niet gelukkig is, laat ik graag aan anderen.

8 In het vermogensrecht wordt daaronder bijv. begrepen dat een partij van rechtswege gebonden raakt aan bepaalde verplichtingen, omdat deze partij gerechtigd wordt tot een bepaald goed. De verplichtingen u.h.v. erfpachtvoorwaarden of kwalitatieve verplichtingen zijn daar voorbeelden van. Ook in het verband van vernietiging wordt bijv. gesproken van goederenrechtelijke werking. Fesevur noemt de goederenrechtelijke werking dan ook een 'diffuus' begrip (Fesevur 2005, p. 92).

9 Zie HR 13 april 2001, NJ 2001, 326, r.o. 3.4.2, alwaar de Hoge Raad deze beide hierna te bespreken aspecten van het begrip *goederenrechtelijke werking* expliciet noemt.

10 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 224; Van Drunen 2013a, p. 54; Hijma e.a. 2013, p. 45; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 143 e.v.; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 94; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 344 e.v.; Wessels 2012, p. 26, 27; Reehuis 2010, p. 87; Struycken 2007, p. 552, 553, 641; Fesevur 2005, p. 92 (echter uitsluitend m.b.t. ontbindende voorwaarden); Scheltema 2003, p. 311; Pitlo/Cahen 2002, p. 39; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 183, 187; Faber 2000, p. 181, 182 (en eerder: Faber 1997, p. 211); Fikkers 1992, p. 67; Van Straaten 1990, p. 47; Chao-Duivis 1988, p. 172 nt. 4; Hijma & Olthof 1982, p. 259, 260; Mijnssen 1981, p. 646. Zie ook: PG Boek 6, MvA II, p. 145 (waar dit aspect van de goederenrechtelijke werking expliciet wordt onderschreven); PG Boek 7 (Inv. 7.4), p. 390. OBW: FVan Buchem-Spapens 1982, p. 61; Van der Grinten 1981, p. 86; Kleijn in zijn noot bij bij HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.); Hofmann/Van Opstall 1976, p. 395; Asser/Beekhuis 1975, p. 153-155, 331 (op p. 331 spreekt Beekhuis van 'zakelijk effect'); Asser/Rutten 1958, p. 161; Asser/Beekhuis 1957, p. 155; Suijling 1940, p. 268; Hofmann 1933, p. 180 (m.b.t. ontbindende voorwaarde); Cleveringa 1919, p. 101 (impliciet); Van Oven 1918, p. 147; Van Proosdij 1917, p. 10, 11; Van Goudoever 1913, p. 61; Diephuis 1886, p. 271 (en eerder: Diephuis 1885, p. 133).

3:81 lid 2 sub b BW stelt in ieder geval voor de vestiging onder ontbindende voorwaarde buiten twijfel, dat het intreden van de voorwaarde dit goederenrechtelijke effect heeft. Dit laatste wordt in de literatuur echter slechts door een enkele auteur genoemd als deel van de goederenrechtelijke werking,¹¹ zij het dat dit effect van een ontbindende voorwaarde als zodanig onbetwist is. Incidenteel vinden we ook nog wel andere voorbeelden van de goederenrechtelijke werking tussen partijen, zoals beëindiging van een contractuele mandeligheid in de zin van art. 5:50 BW.¹² Samengevat ziet het eerste aspect van de goederenrechtelijke werking derhalve op de relatie tussen de handelende partijen of tenminste tussen hun rechtsopvolgers in het goed.¹³

Anderzijds heeft de goederenrechtelijke werking betrekking op de rechtsverhouding tussen bezwaarde en derden. Althans voor zover de bezwaarde ten aanzien van het reeds voorwaardelijk overgedragen of bezwaarde goed gedurende de periode van onzekerheid een rechtshandeling heeft verricht ten behoeve van derden – er is derhalve sprake van een *tussenbeschikking* door de bezwaarde. Zolang een voorwaarde niet is ingetreden, kan een bezwaarde ook in deze zin (en is het hem in obligatoire zin overigens ook vaak toegestaan) over het door hem gehouden goed beschikken.¹⁴ Dit begrip *tussenbeschikking* moeten we daarbij niet te beperkt opvatten: niet uitsluitend zijn daaronder begrepen de situaties van een goederenrechtelijke vervreemding of bezwaring, maar ook andere rechtshandelingen verricht door de bezwaarde waaraan een rechtsopvolger in beginsel gebonden zou zijn. Ik verwijs naar de onderstaande bespreking van het Duitse recht, waar dit begrip breed is uitgewerkt.

11 Zie echter in deze zin ook: Struycken 2007, p. 641; Janssen 2005, p. 136.

12 PG Boek 5, MvA II, p. 230; Gräler 2014, p. 21; Wibbens-de Jong 2006, p. 8; Verstappen 1991, p. 401.

13 Het is onbestreden dat i.e.g. de bezwaarde zijn gerechtigdheid kan overdragen en daarmee sprake kan zijn van de bedoelde rechtsopvolger. Of ook de verwachter zijn 'gerechtigdheid' – hoe die verder ook moge kwalificeren – reeds vóór het intreden van de voorwaarde kan overdragen, is een vraag naar het al dan niet aanvaarden van het Anwartschaftsrecht. Zie verder § 11.3.

14 Dit is zonder twijfel geldend recht: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 94 (en eerder: Reehuis 2010, p. 89, 95); Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 345; Bol 2011, p. 619; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 540 (m.b.t. verkoper bij eigendomsvoorbehoud); Boeve 2007a, p. 17 en Boeve 2007b, p. 341; N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 50 (en eerder: Faber 1997, p. 216); Mollema 2007, p. 145 (i.v.m. voorwaardelijke erfstelling); Struycken 2007, p. 553, 554; Snijders 2006, p. 226; Stein 2004, p. 39 (m.b.t. vestiging hypotheekrecht); Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 119; Bartels 1997, p. 81; Van Hees 1997, p. 99; (impliciet) Bakels 1993, p. 98; Zwitser 1993, p. 528; Kortmann 1992, p. 205; Van Mierlo & Wammes 1989, p. 794 (m.b.t. het eigendomsvoorbehoud); Brahn 1988, p. 139 (m.b.t. reclamerecht); Schoordijk 1986, p. 119; Mezas 1985, p. 35, 36.
Ook: PG Boek 3, TM, p. 186; PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA I Inv., p. 1241; Rb. Utrecht 21 maart 2007, JOR 2007, 278; HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462 (in gelijke zin ook Kleijn in zijn noot); HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745; HR 28 april 1989, NJ 1990, 252 (Puinbreekinstallatie).

Zie voor het Belgisch recht in deze zin: Jansen 2009, p. 386 (met literatuur).

De gevolgen van een dergelijke tussenbeschikking – derhalve als meeromvattend begrip dan uitsluitend goederenrechtelijke handelingen – komen met en per het moment van het intreden van de voorwaarde te eindigen.¹⁵ Door de derde van de bezwaarde verkregen eigendom maakt derhalve niet

-
- 15 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 369; (impliciet) Hijma e.a. 2013, p. 45; Scheltema 2013, p. 156; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 94, 95; Bol 2011, p. 619; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 239, 541; Reehuis 2010, p. 89, 90, 95; Mollema 2007, p. 145 (i.v.m. voorwaardelijke erfstelling); Zwalve 2006, p. 272; Scheltema 2003, p. 311; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 183, 184; Van Hees 1997, p. 100 e.v.; Bakels 1994, p. 58 (en eerder: Bakels 1993, p. 98); Fikkers 1992, p. 67; Van Straaten 1990, p. 47; Brahn 1988, p. 140; (impliciet) Schoordijk 1986 p. 119; Rodenburg 1984, p. 23.
- Zie ook: PG Boek 3, TM, p. 186 en 318 (waar Meijers niet de term 'goederenrechtelijke werking' hanteert, maar het gevolg van het vervallen van tussenbeschikkingen wel uitdrukkelijk onderschrijft); PG Boek 6, MvA II, p. 145 (waar het vervallen van tussenbeschikkingen expliciet wordt onderschreven); PG Boek 6, Rapport aan de Koningin, p. 151. Een bevestiging vinden we ook in het verband van het erfrecht, zie het vervallen art. 4.4.5.4 lid 3 alsmede de bijbehorende PG (m.n. PG Boek 4, TM, p. 811 en PG Boek 4 (Inv. Boek 4), MvT, p. 2045).
- OBW: Hofmann/Van Opstall 1976, p. 395; Asser/Beekhuis 1975, p. 154, 331 (op p. 331 spreekt Beekhuis van 'zakelijk effect'. En eerder: Asser/Beekhuis 1957, p. 155); Asser/Rutten 1958, p. 161; Hofmann 1933, p. 181 (m.b.t. ontbindende voorwaarde); Cleveringa 1919, p. 101 (impliciet); Van Oven 1918, p. 147; Van Proosdij 1917, p. 10, 11; Van Goudoever 1913; WPNR 1893, p. 577; Diephuis 1886, p. 271 (en eerder: Diephuis 1885, p. 133). Suijling wees dit tweede aspect van de goederenrechtelijke werking van (opschortende) voorwaarden daarentegen af (Suijling 1940, p. 268).
- Zie ook: HR 6 januari 1961, NJ 1962, 19 (Seneca) (waar de Hoge Raad waarschijnlijk voor de eerste maal bevestigde dat goederenrechtelijke werking van voorwaarden inderdaad ook werking had tegenover derden).
- Overigens vinden we in de PG één opvallende uitzondering genoemd op dit verval van tussenbeschikkingen (PG Boek 7 (Inv. 7.4), p. 391). Volgens de Minister is een verwachter na het intreden van een (ontbindende) voorwaarde o.g.v. art. 7:226 BW als opvolgend eigenaar wel degelijk gebonden aan een huurovereenkomst als aangegaan door de bezwaarde. Een casus die naar de opvatting van de Minister overigens van academische aard zou zijn, nu men in verband met de goederenrechtelijke werking van voorwaarden dergelijke voorwaarden in de praktijk van de onroerend goedhandel zou plegen te vermijden. Daarmee gaf de Minister i.e.g. blijk weinig kaas te hebben gegeten van de handel in commercieel vastgoed; de praktijk leert immers anders. Terecht in andere zin dan de Minister: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 221; Bol 2011, p. 618; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 184; Verstappen 1993, p. 162; Hartkamp 1991, p. 871.
- Overigens stellen Bartels en Van Mierlo onterecht dat de huurder – indien onbekend met de eventueel niet in de openbare registers ingeschreven ontbindende voorwaarde – zich wellicht op de artt. 3:24 of 3:26 BW kan beroepen; deze wetbepalingen bescherming immers slechts degen die een recht op een registergoed verkrijgt en daar vallen rechten van persoonlijke aard niet onder.
- Of dit verval van tussenbeschikkingen ook overeenkomstig het Romeinse recht is, wordt overigens meestal onderschreven: HKK/Finkenauer 2003, p. 886; Potjewijd 1998, p. 89; Jörs e.a./Honsell e.a. 1987, p. 93 (die overigens stellen dat bedoeld verval uitsluitend optrad ingeval sprake was van een beperking van het recht van de verwachter). Afwijzend: Cleveringa 1919, p. 34 (Cleveringa's opvatting, dat het intreden van een ontbindende voorwaarde als uitgangspunt voor het Romeinse recht slechts persoonlijke werking had).

langer deel uit van diens vermogen en ten behoeve van de derde gevestigde beperkte rechten eindigen van rechtswege.

Twee nogal theoretische en ook omstreden aspecten worden door geen enkele auteur onder het begrip *goederenrechtelijke werking* gebracht, althans in elk geval niet expliciet. De eerste daarvan betreft de situatie van het *vervallen* van een voorwaarde na een eerdere beschikking onder die voorwaarde. Er is bijvoorbeeld overgedragen onder de opschortende voorwaarde van toekomstige voldoening van de koopprijs, waarna de koper definitief niet betaalt. De voorwaarde vervalt derhalve en de koper wordt geen (onvoorwaardelijk) rechthebbende van de zaak. Is dit laatste een aspect van de goederenrechtelijke werking? Dat is afhankelijk van de verklaring die we ter zake de goederenrechtelijke werking hanteren. Indien we die verklaring zien op het terrein van de overdracht – en niet op terrein van voorwaardelijke gerechtigdheid van (ook) de verwachter – dan is bij dit aspect inderdaad geen sprake van goederenrechtelijke werking. De overdracht blijft alsdan zonder uiteindelijk effect en zonder dat ooit sprake is geweest van een goederenrechtelijke gerechtigdheid bij de verwachter. Van enig goederenrechtelijk effect is derhalve geen sprake. Indien we deze verklaring echter zien op het terrein van de voorwaardelijke gerechtigdheid van de verwachter, zou dit anders moeten zijn. Als de verwachter immers gedurende de periode van onzekerheid een vorm van goederenrechtelijke gerechtigdheid zou hebben, dan leidt het vervallen van de (opschortende) voorwaarde tot beëindiging van die goederenrechtelijke gerechtigdheid. Het vervallen van de voorwaarde heeft in deze laatste zin derhalve wel goederenrechtelijk effect.

Een tweede nooit genoemd aspect betreft het (bij het in vervulling gaan van een voorwaarde) intreden van de rechtsgevolgen van tussenbeschikkingen die niet verricht zijn door de bezwaarde, maar door de *verwachter*. Derhalve een beschikken gedurende de periode van onzekerheid door deze verwachter over zijn opschortend voorwaardelijke recht, of zo men wil zijn Anwartschaftsrecht.¹⁶ Voor de auteurs die deze mogelijkheid van een dergelijk vroegtijdig beschikken afwijzen, spreekt het voor zich dat zij dit aspect niet noemen als onderdeel van de goederenrechtelijke werking. Voor zover we een beschikken over dit Anwartschaftsrecht daarentegen wel mogelijk achten, moeten we het effect van het intreden van de voorwaarde – de derde wordt zonder meer goederenrechtelijk gerechtigde – mijns inziens wel degelijk kwalificeren als deel van de goederenrechtelijke werking. Wat er echter ook zij van deze beide laatste eventuele aspecten van goederenrechtelijke werking, voor het in dit hoofdstuk besproken verband zijn ze nauwelijks van belang.¹⁷

16 De mogelijkheid daarvan is voor het Nederlandse recht zonder meer omstreden, zie § 11.3.

17 Het doel van de vaststelling van hetgeen de term *goederenrechtelijke werking* inhoudt bestaat voor het onderhavige hoofdstuk immers daaruit, dat we inzicht verkrijgen in de rechtsgevolgen die verklaard moeten worden. Deze beide omstreden aspecten behoren daarentegen tot de weinige wél omstreden kwesties aangaande de goederenrechtelijke gevolgen van

De beide eerstgenoemde aspecten van de goederenrechtelijke werking – derhalve tussen partijen en ten opzichte van derden – zijn met name interessant, omdat ten gevolge van of in verband met deze goederenrechtelijke werking niet (meer) voldaan behoeft te worden aan een aantal vereisten die wél gelden voor een vervreemding of bezwaring respectievelijk het ongedaan maken daarvan.¹⁸ Ook bij de goederenrechtelijke werking is namelijk sprake van een werking ‘van rechtswege’, zoals ik deze in § 2.6.1 heb beschreven. Nadere (leverings-)handelingen of voortgezette wilsovereenstemming zijn in de bestaande visies derhalve voor de goederenrechtelijke werking niet vereist.¹⁹ Ook het (nog) bestaan van beschikkingsbevoegdheid is voor het goederenrechtelijk effect zonder belang²⁰ hetgeen eveneens geldt voor het komen te ontbreken van goede trouw gedurende de onzekerheid.²¹

Dankzij het goederenrechtelijke effect van de ingetreden voorwaarde behoeft namelijk niet (nogmaals) overgedragen te worden, zodat het voortbestaan van beschikkingsbevoegdheid bij de bezwaarde respectievelijk de goede trouw bij de verwachter geen vereiste vormt. Dit is voor wat betreft de beschikkingsbevoegdheid met name daarom wezenlijk, omdat aldus de goederenrechtelijke werking van voorwaarden faillissementsbestendig is. De goederenrechtelijke gevolgen treden derhalve in als ware geen sprake van faillissement, ook al is de vervreemder uit hoofde van art. 23 Fw intussen beschikkingsonbevoegd geworden.²² Ingeval van een schuldsanering of sur-

voorwaarden. Voor het vaststellen van de systematiek van de goederenrechtelijke werking is het derhalve minder zinvol om deze onzekere aspecten daarbij te betrekken. Zij worden immers veelal verschillend benaderd juist vanuit de verschillende inzichten die m.b.t. de goederenrechtelijke werking bestaan. Of anders gezegd, oorzaak en gevolg worden bij deze beide aspecten weer in de gebruikelijke volgorde gehanteerd.

18 Althans, dit kunnen we stellen indien we rekening houden met de te onderscheiden verklaringen voor goederenrechtelijke werking. In afwijking van deze stelling wordt bijv. verdedigd dat ingeval de *levering* afhankelijk is gesteld van een opschortende voorwaarde, per het moment van intreden van de voorwaarde alsnog voldaan moet zijn aan de vereisten van beschikkingsbevoegdheid e.d.

19 Zie de literatuurverwijzingen in § 2.6.1.

20 Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 95; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 345; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 3-VI*, p. 527 e.v.; Reehuis 2010, p. 89; Van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18.

21 Dit vloeit voort uit het moment waartegen de goede trouw getoetst wordt. Dat is onweersproken het moment van voltooiing van de levering: Reehuis 2013, p. 79; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 529; Fesevur 2005, p. 179; Faber 2000, p. 182 (ook Faber 1997, p. 212).

22 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 221; Van Drunen 2013a, p. 52 e.v.; Scheltema 2013, p. 156; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 95, 98, 267 (en eerder: Reehuis 2010, p. 89, 95); Steneker 2012, p. 97; Bol 2011, p. 619; Wessels 2012, p. 26, 27; Wibier & Smid 2009, p. 725; Van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18; Van Vliet 2008, p. 330; Boeve 2007b, p. 341, 343; Peter 2007, p. 132; Struycken 2007, p. 553, 557, 641; Snijders 2006, p. 226; Scheltema 2003, p. 311; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 184, 187, 188; Faber 2000, p. 182 (en eerder: Faber 1997, p. 211); Bartels 1997, p. 83; Van Hees 1997, p. 100; Kortmann 1992, p. 209; Mezas 1985, p. 4; Vriesendorp 1985, p. 58 e.v.; Nieuwenhuis 1980, p. 54.

séance van betaling is dit uiteraard niet anders. Tot slot vervalt ook een onder de bezwaarde gelegd beslag.²³

Anders dan de Duitse en Zwitserse literatuur stelt de Nederlandse literatuur niet expliciet dat het gedurende de periode van onzekerheid komen te ontbreken van handelingsbekwaamheid evenmin van belang is voor de goederenrechtelijke werking. Naar we kunnen aannemen staat een dergelijk ontbreken echter inderdaad niet in de weg aan de goederenrechtelijke werking van voorwaarden. Voor de handelingsbekwaamheid vloeit dit reeds daaruit voort, dat voor de goederenrechtelijke werking de bezwaarde geen rechtshandelingen meer behoeft te verrichten. De onmogelijkheid van het verrichten van rechtshandelingen uit hoofde van de handelingsonbekwaamheid staat derhalve niet in de weg aan het goederenrechtelijk effect.

Duits en Zwitsers recht

Het Duitse en Zwitserse recht erkennen eveneens de beide voormelde aspecten van de goederenrechtelijke werking (*dingliche Wirkung*) bestaande uit een werking tussen partijen alsmede ten opzichte van derden na een *Zwischenverfügung*.²⁴ Sterker, de expliciete erkenning door de beide wetgevers van deze te onderscheiden aspecten heeft in dat verband zelfs geleid tot een ten opzichte van het Nederlandse recht deels afwijkende wetssystematiek.²⁵ Vanuit Nederlandse optiek is daarbij enigszins opvallend dat het eerstbedoelde aspect van de werking tussen partijen in de literatuur van beide stelsels nauwe-

Zie in deze ook PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 1237, waar duidelijk blijkt dat het de expliciete wens van de wetgever was de (opschortend) voorwaardelijke overdracht faillissementsbestendig te maken. Twijfel over deze faillissementsbestendigheid wordt slechts geuit door Holtman (Holtman 1991, p. 458).

Voor het OBW: HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.) (m. nt. Kleijn); HR 20 december 1975, NJ 1975, 230 (waarin de Hoge Raad expliciet overweegt dat de ontbindende voorwaarde van art. 1032 OBW ook goederenrechtelijke werking in faillissement heeft); HR 20 december 1974, NJ 1975, 230 (Restirollo, m.b.t. de ontbindende voorwaarde van art. 1302 OBW). Ook: Brahn 1988, p. 37 (m.b.t. faillissement en art. 1302 OBW). Zie voor het Belgisch recht de studie van Jansen (Jansen 2009, hfdst. 2).

23 Scheltema 2013, p. 156 (en eerder: Scheltema 2003, p. 311); Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 527, 530; Reehuis 2010, p. 95; Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 49 (en eerder: Faber 2000, p. 181, 182; Faber 1997, p. 211, 212).

24 Duits recht: Brehm & Berger 2014, p. 493; Jauernig/Mansel 2014, p. 127; PWW/Brinkmann 2014, p. 220, 221; Schellhammer 2014, p. 1065-1067; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 616; Bork 2011, p. 502; Medicus 2010, p. 344-346; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1069; Wieling 2006, p. 295; HKK/Finkenauer 2003, p. 892-894; Wolf 1999, p. 514, 521; Blomeyer 1938, p. 3, 4. Zwitsers recht: Berger 2012, p. 263; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 858, 861; Koller 2009, p. 1296, 1297; Honsell 2008, p. 613, 617, 618; Guhl/Koller 2000, p. 59, 61, 62; Staehelin 1993, p. 22 e.v.

Overigens wordt in beide stelsels de samenvattende term *dingliche Wirkung* slechts incidenteel gebruikt. De beide voormelde aspecten daarvan worden ook zelden tezamen besproken. Ook hierin kunnen we wederom een geheel andere benadering zien dan in het Nederlandse recht.

25 Zie § 11.2.2.3 en 11.2.5.

lijks (meer) aandacht krijgt en zeker niet vanuit de goederenrechtelijke literatuur. Dat wekt op z'n minst de suggestie dat de goederenrechtelijke werking tussen partijen als een vanzelfsprekendheid wordt beschouwd. De werking ten opzichte van derden – derhalve het verval van tussenbeschikkingen – krijgt daarentegen als het aanzienlijk moeilijker te verklaren, maar tegelijkertijd eveneens volkomen aanvaarde aspect van de *dingliche Wirkung* nog de nodige aandacht. Dit zal met name daaruit voortvloeien dat het verval van tussenbeschikkingen het (uitsluitende) gevolg is van § 161 BGB en art. 152 III OR (alsmede ook in art. 211 lid 3 OR 2020), althans in de visie van een zeer groot deel van de literatuur. In beide stelsels bestaat er hoe dan ook geen enkele twijfel over het feit dat de bezwaarde over een goed kan beschikken ten behoeve van derden mét inachtneming van de voorwaardelijkheid van de aanvankelijke beschikking.²⁶

Het begrip *tussenbeschikking* is in de Duitse literatuur vrij ver uitgewerkt. Hieronder worden begrepen al die beschikkingen, waardoor de rechtsovergang bij het intreden van de voorwaarde op de verwachter in het geheel geen doorgang zou kunnen vinden, als ook waarbij het goed zou zijn bezwaard of inhoudelijk gewijzigd. Daarmee vallen onder dit begrip niet uitsluitend de overdracht, bezwaring en inhoudswijziging van een goed (recht) door de bezwaarde,²⁷ maar ook afstand²⁸ en beëindiging van rechten op een goed,²⁹ bezwaring met pandrechten uit hoofde van de wet,³⁰ alsmede beschikkingen verricht door een faillissementscurator³¹ of uit hoofde van (andersoortige) executie, dan wel een gelegd beslag.³² Tevens wordt door Flume hieronder begrepen het door de bezwaarde aanvaarden van een prestatie van een schuldenaar ter voldoening van een reeds door de bezwaarde voorwaardelijk gecedeerde vordering.³³ Obligatoire verplichtingen van de bezwaarde met betrekking tot een goed vallen uiteraard niet onder het begrip tussenbeschikking respectievelijk buiten het bereik van § 161 BGB; de verwachter raakt bij

26 Duits recht: Brehm & Berger 2014, p. 493; Hk-BGB/Dörner 2014, p. 166; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 616; Wolf/Neuner 2012, p. 652, 653; Bork 2011, p. 502, 503; Staudinger/Bork 2010, p. 346; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 122; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1069; Wieling 2006, p. 802; Wolf 1999, p. 521; Flume 1992, p. 703, 705.

Zwitsers recht: Berger 2012, p. 263, 266, 267; Schwenger 2012, p. 67, 68; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 861, 862; Koller 2009, p. 1294; Honsell 2008, p. 617; Peter 1994, p. 342.

27 PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Staudinger/Bork 2010, p. 347; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1069.

28 Staudinger/Bork 2010, p. 347; Flume 1992, p. 704.

29 PWW/Brinkmann 2014, p. 223.

30 PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 622. Twijfels daarover echter bij MüKo/Westermann 2012, p. 1725.

31 Brehm & Berger 2014, p. 500; Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; PWW/Brinkmann 2014, p. 223; MüKo/Westermann 2012, p. 1725; Staudinger/Bork 2010, p. 348; Blomeyer 1938, p. 4.

32 Dit laatste is expliciet in § 161 lid 1 BGB bepaald.

33 Flume 1992, p. 704. De derde-schuldenaar loopt derhalve het risico dat hij bij het intreden van de voorwaarde (achteraf) aan de verkeerde partij blijkt te hebben voldaan.

het intreden van de voorwaarde hoe dan ook niet gebonden aan een dergelijke verplichting.³⁴ Deze laatste gedachte vinden we ook in de Zwitserse literatuur met betrekking tot art. 152 III OR.³⁵

Naast deze beide aspecten van de goederenrechtelijke werking erkent het Duitse recht ook het aspect van de gevolgen van het Anwartschaftsrecht. De aanvaarding van het niet rechtstreeks op de wet gebaseerde Anwartschaftsrecht vindt zelfs zijn grondslag in de goederenrechtelijke werking. De beide eerstgenoemde aspecten van de goederenrechtelijke werking leidden in de jaren twintig van de vorige eeuw tot de vaststelling, dat de positie van de verwachter in zeer hoge mate was gesecuriseerd. Deze gesecuriseerde positie verkreeg in de jurisprudentie in die zin een zelfstandig karakter, dat deze – onverminderd de voortdurende discussie omtrent de kwalificatie daarvan – zelfstandig overdraagbaar werd als ware sprake van een goederenrechtelijke gerechtigdheid.³⁶ Voor het Zwitsers recht is het bestaan van het Anwartschaftsrecht in enige mate omstreden, hetgeen daarmee tevens geldt voor de vraag of dit een aspect van de goederenrechtelijke werking vormt.

Het door mij bij de bespreking van het Nederlands geldend recht genoemde (eventuele) aspect van de beëindiging van een goederenrechtelijke gerechtigdheid bij het vervallen van een voorwaarde geldt voor het Duitse recht in ieder geval niet. De goederenrechtelijke werking wordt namelijk niet verklaard uit hoofde van een directe goederenrechtelijke gerechtigdheid bij de verwachter. Voor het Zwitsers recht zou dit anders kunnen zijn. De verklaring van de goederenrechtelijke werking is voor het Zwitsers recht enigszins omstreden, waarbij ook de opvatting wordt verdedigd dat de verwachter (uit hoofde van een verdeling van het betreffende goed tussen bezwaarde en verwachter) wel degelijk direct goederenrechtelijk gerechtigd is.

Overeenkomstig het Nederlandse recht blijft een gedurende de periode van onzekerheid opgetreden verlies van handelingsbekwaamheid, tussentijdse (eenzijdige) wilswijziging of eventueel vereiste goede trouw bij de verkrijger voor Duits en Zwitsers recht zonder gevolgen voor wat betreft de goederenrechtelijke werking.³⁷ Evenmin zijn voor dit gevolg voortdurende beschik-

34 Staudinger/Bork 2010, p. 347; Wolf 1999, p. 522.

35 Honsell 2008, p. 617; Peter 1994, p. 342.

36 Zie verder § 11.3.

37 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Jauernig/Mansel 2014, p. 125; PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; MüKo/Westermann 2012, p. 1705, 1708; Wolf/Neuner 2012, p. 648; Staudinger/Bork 2010, p. 337; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 120; Kindl 2008, p. 479; Wieling 2006, p. 295; Wolf 1999, p. 512. Zie v.w.b. de wilswijziging: BGH 21 september 1994, NJW 1994, 3227.

Zwitsers recht: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 379, 381; Berger 2012, p. 265, 266, 267; Schwenzer 2012, p. 68, 69; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 858; Honsell 2008, p. 613, 622; Huguenin e.a. 2008, p. 200; Gutmans 1995, p. 11; Staehelin 1993, p. 17, 19, 30; Keller & Schöbi 1988, p. 108; Bucher 1988, p. 513 nt. 41; Merz 1984, p. 159; Oser 1929, p. 689.

In de Zwitserse literatuur heb ik overigens niet gevonden dat het alsnog komen te ontbreken

kingsbevoegdheid³⁸ of nadere handelingen vereist.³⁹ Voor de bijzondere situatie van het alsnog gedurende de periode van onzekerheid ontstaan van strijd met wet of goede zeden wordt voor het Duitse recht eveneens gesteld, dat deze geen afbreuk doet aan de goederenrechtelijke werking.⁴⁰ In beide stelsels staat een tussentijds faillissement van de bezwaarde (dan wel andersoortige uitwinning door schuldeisers van de bezwaarde) niet aan het goederenrechtelijk effect in de weg.⁴¹

DCFR

Het DCFR vormt met betrekking tot de inhoud van de (ontbindende) goederenrechtelijke werking (*proprietary effect*) in zekere zin het buitenbeentje van de onderzochte stelsels. Zonder meer opvallend is dat bij het intreden van een ontbindende voorwaarde na een eerdere voorwaardelijke overdracht weliswaar de retro-overgang van rechtswege plaatsvindt, maar deze niet leidt tot een verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen door de bezwaarde. Met andere woorden, het hiervoor door mij omschreven eerste aspect van voorwaarden met werking tussen partijen wordt door het DCFR aanvaard, het tweede aspect van de werking ten opzichte van derden niet. Dat betekent dat de verwachter ingeval van bijvoorbeeld vestiging van een beperkt recht op het voorwaardelijk verkregen goed door de bezwaarde bij het intreden van de voorwaarde weliswaar het goed herkrijgt, maar belast met het intussen gevestigde beperkte recht van de derde. Bij algehele vervreemding door de bezwaarde aan een derde vindt bij het intreden van de ontbindende voorwaarde in het geheel geen retro-overgang plaats, hetgeen eveneens geldt ingeval van uitwinning van het goed door crediteuren van de bezwaarde.⁴²

van goede trouw inderdaad zonder gevolgen blijft, maar uit niets volgt dat voor het Zwitsers recht iets anders zou gelden.

38 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Jauernig/Mansel 2014, p. 125; PWW/Brinkmann 2014, p. 220, 221; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Wolf/Neuner 2012, p. 648, 652; Staudinger/Bork 2010, p. 337; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 120; Wolf 1999, p. 512, 514.

Zwitsers recht: BSK OR I-Ehrt 2011, p. 858; Honsell 2008, p. 613; Staehelin 1993, p. 40-43.

39 Duits recht: Wolf/Neuner 2012, p. 649.

Zwitsers recht: Gauch, Schlupe, Emmenegger 2014, p. 379, 381; Berger 2012, p. 266; Schwenzler 2012, p. 69; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 858; Honsell 2008, p. 610, 613; Huguenin e.a. 2008, p. 200; Gutmans 1995, p. 11; Staehelin 1993, p. 23; Keller & Schöbi 1988, p. 108; Bucher 1988, p. 513 nt. 41.

40 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Jauernig/Mansel 2014, p. 125; Wolf 1999, p. 521. In vrijwel gelijke zin ook: Flume 1992, p. 690.

41 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 618; MüKo/Westermann 2012, p. 1725; Staudinger/Bork 2010, p. 323. Zwitsers recht: Staehelin 1993, p. 40-43.

42 De verwachter resteert alsdan uitsluitend de mogelijkheid van een louter persoonlijke aanspraak tot vergoeding van schade door de bezwaarde (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4702, 4703).

Bij het eerste aspect is de goederenrechtelijke werking eveneens beperkter dan in de overige stelsels. Ook een faillissement van de bezwaarde staat namelijk in de weg aan een retro-overgang tussen partijen.⁴³ Evenals de voormelde beperking van het tweede aspect zou deze in theorie verklaard kunnen worden uit de afwijkende systematiek, die het DCFR blijkens de toelichting hanteert voor het vormgeven van de goederenrechtelijke werking.⁴⁴ Echter, de beperking van beide aspecten van de goederenrechtelijke werking ten opzichte van de andere stelsels betreft een expliciete rechtspolitieke keuze van de opstellers van het DCFR. Deze keuze wordt in de toelichting beargumenteerd met een beroep op een onbelemmerd handelsverkeer, op grond waarvan de posities van derden beschermd worden ten koste van die van de verwachter.⁴⁵ Dit argument wordt in de toelichting niet verder uitgewerkt. Dat is spijtig, met name omdat een dermate wezenlijke goederenrechtelijke afwijking van in elk geval de door mij onderzochte rechtsstelsels steviger onderbouwd zou mogen worden dan met uitsluitend een standpunt omschreven in één zin.⁴⁶

11.1.4 De aanvaarding in de verschillende stelsels

Geldend recht

Onder de werking van het NBW bestaat eigenlijk geen enkele discussie meer ten aanzien van het gegeven, dat de goederenrechtelijke gevolgen van beschikkingshandelingen op basis van een daaraan ten grondslag liggende wilsovereenstemming voorwaardelijk kunnen zijn. Dit volgt zowel uit de algemene erkenning daarvan in de literatuur,⁴⁷ de PG⁴⁸ als de rechtspraak.⁴⁹ De wette-

43 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4702, 4703. De toelichting zegt het niet met zoveel woorden, maar als ik deze goed begrijp staat de beschikkingsonbevoegdheid van de bezwaarde u.h.v. diens faillissement de retro-overgang naar de verwachter in de weg (zie ook p. 4701).

44 Deze bestaat daaruit dat de retro-overgang bij een ontbindende voorwaarde in feite een retro-overdracht is, waarbij het toetsingsmoment voor de beschikkingsbevoegdheid is gelegen op het moment van intreden van de voorwaarde (zie § 11.2.5.4).

45 De toelichting noemt daarnaast ook, dat alle onderzochte rechtsstelsels een vorm van bescherming toekennen aan derde-verkrijgers te goeder trouw (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4703). Het behoeft echter weinig betoog dat een dergelijke bescherming van een volstrekt andere orde en ook omvang is, dan de systematiek waar het DCFR thans voor staat.

46 In dit verband is bijv. interessant dat het Duitse recht met zijn abstracte stelsel juist ruim baan gaf aan het vrije handelsverkeer, maar desalniettemin met § 161 BGB koos voor een bescherming van de verwachter tegen tussenbeschikkingen door de bezwaarde.

47 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, p. 323; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 15, 16, 216 e.v.; Van Drunen 2013a, p. 54 (t.a.v. roerende zaken maakt Van Drunen echter weer een uitzondering: Van Drunen 2013b, p. 322. In soortgelijke zin: Abendroth 2013, p. 321); Heyman & Bartels 2012, p. 485; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 93 e.v.; Van Velten 2012, p. 33, 34; Wessels 2012, p. 26; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008, p. 35; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 145 (m.n. t.a.v. vestiging pandrecht); Reehuis 2010, p. 85 e.v.; Van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18 (en eerder: Van Straaten 1990, p. 47); Boeve 2007a, p. 17 e.v.; Peter 2007, p. 132; Verstijlen 2007, p. 825; Janssen 2005, p. 136; Wolfert 2005, p. 455 (en eerder: Wolfert 2001, p. 27); Aertsen 2004,

lijke grondslag van die mogelijkheid wordt door een groot deel van de auteurs gezien in art. 3:84 lid 4 BW. Het lijkt op basis van de PG ook geen twijfel dat de wetgever op enig moment in die richting dacht. Zoals ik echter in § 11.2.2.2 bespreek, heeft het er alle schijn van dat Meijers aan deze wetsbepaling een geheel andere strekking toekende. Wat ook van dit laatste moge zijn, uit art. 3:84 lid 4 BW volgt in ieder geval dat ook de wet de mogelijkheid van een voorwaardelijk beschikken aanvaardt.⁵⁰ Het in vervulling gaan van een dergelijke voorwaarde heeft – qua werking eveneens vrijwel onbetwist⁵¹ – blijkens

p. 130; Mellema-Kranenburg 2004, p. 40; Den Tonkelaar 1994, p. 92 e.v.; Hockx 2003, p. 268; Van Mierlo 2002, p. 93; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 179, 182; Asser/Hartkamp 4-II 2001, p. 268 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132); Verstappen 2000, p. 288 (en eerder: Verstappen 1993, p. 161); Huijgen 1999, p. 30; Van Hees 1997, p. 98 e.v.; Faber 1997, p. 202, 203; Huizink 1995, p. 502; Zwitter 1993, p. 524 (en eerder: Zwitter 1990, p. 36, 113); Fikkers 1992, p. 79; Huijgen 1992, p. 134; Nieskens-Isphording 1992, p. 651; Olthof 1992, p. 301; Holtman 1991, p. 456; Chao-Duvis 1988, p. 172 nt. 4; Schoordijk 1986, p. 117 (en eerder: Schoordijk 1977, p. 109); Mijnssen 1983b, p. 1229; Hijma & Olthof 1982, p. 260; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 402, 403; Hoetink 1955, p. 20. Zie ook de conclusie van A-G Franx bij HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745.

- 48 PG Boek 3, TM, p. 185, 186, 318; PG Boek 3, MvA II, p. 388 (waar de wetgever v.w.b. de mogelijkheid van het eigendomsvoorbehoud stelt dat deze mogelijkheid reeds volgt uit de artt. 3:38 en 3:84 lid 4 BW); PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1202, 1237; PG Boek 6, MvA II, p. 145; PG Boek 6, TM, p. 149; PG Boek 6, MvA II, p. 1011; PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II, p. 294, 295; PG Boek 7 (Inv. 7.4), p. 390.

Zie bijv. ook het ontwerp van art. 3:6.1.14c BW dat bepaalde dat een bewind zou kunnen worden ingesteld 'over een goed waarover onder een voorwaarde is beschikt in het belang van hem aan wie het goed bij de vervulling van de voorwaarde toekomt'.

- 49 Een vrij willekeurige selectie: HR 5 december 2008, RN 2009, 13 (waarin de Hoge Raad t.a.v. een overdracht onder opschortende voorwaarde vaststelde dat de vervreemder het gevolg van de eigendomsovergang op de wederpartij bij het intreden van de voorwaarde niet meer kon afwenden); HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18; Hof Arnhem 14 maart 2006, NJF 2006, 366; HR 13 april 2001, NJ 2001, 326; Hof Amsterdam 9 juli 1992, NJ 1994, 79 (waar het hof de mogelijkheid van overdracht onder opschortende voorwaarde onderkent).

- 50 Zie in dat verband ook art. 86a Ow.

- 51 De enige vier uitzonderingen op de algemene erkenning dat voorwaarden naar huidig Nederlands recht goederenrechtelijke werking kunnen hebben, vond ik in de toelichting bij art. III.1:106 van het DCFR, bij Rodrigues Lopes alsmede bij Krans en Brunner. In de toelichting van het DCFR is de – zonder meer onjuiste – constatering opgenomen, dat voorwaarden naar Nederlands recht slechts persoonlijke werking zouden hebben (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 697). In de toelichting bij art. VIII.-2:203 van het DCFR wordt daarentegen wel de goederenrechtelijke werking van voorwaarden vermeld (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4708).

Rodrigues Lopes stelt o.b.v. art. 6:269 BW (en derhalve onterecht niet o.b.v. art. 3:38 BW) dat het intreden van een ontbindende voorwaarde geen terugwerkende kracht heeft (Rodrigues Lopes 2012, p. 356). Daaruit zou volgen dat het intreden van de voorwaarde uitsluitend een verplichting tot teruglevering in het leven zou roepen en – blijkbaar – geen goederenrechtelijke werking zou hebben. Die laatste opvatting vinden we ook bij Krans en Brunner (De Jong, Krans & Wissink 2014, p. 54; Brunner & De Jong 2004, p. 54). Voor het huidige recht een volstrekt onjuiste opvatting.

literatuur,⁵² PG⁵³ en jurisprudentie⁵⁴ dientengevolge de in de vorige paragraaf besproken goederenrechtelijke werking. Voor wat betreft deze mogelijkheid van een beschikken onder voorwaarde respectievelijk de daaruit voortvloeiende goederenrechtelijke werking geldt, dat deze naar Nederlands recht kan plaatsvinden ongeacht het soort goed respectievelijk ongeacht de aan de verschillende goederen verbonden wijze van levering.⁵⁵ In hoeverre deze mogelijkheid van voorwaardelijk beschikken en goederenrechtelijke werking zijn wortels vindt in het Romeinse recht, is op basis van de literatuur twijfelachtig.⁵⁶

52 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 216 e.v.; Heyman & Bartels 2012, p. 485; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 93, 94, 97; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 274; Van Velten 2012, p. 33, 34; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 238, 239, 526; Jansen 2009, p. 388; Wibier & Smid 2009, p. 725; Peter 2007, p. 132; Struycken 2007, p. 217, 552; Van de Ven 2007, p. 3; Janssen 2005, p. 136; Aertsen 2004, p. 130; Haentjens 2004, p. 480; Mellema-Kranenburg 2004, p. 40; Hockx 2003, p. 268; Scheltema 2003, p. 311 (met uitgebreid literatuuroverzicht); Huijgen 1999, p. 30; Van Hees 1997, p. 100; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132; Huizink 1995, p. 502; Bakels 1994, p. 58 (en eerder: Bakels 1993, p. 98); Verstappen 1993, p. 161; Zwitser 1993, p. 524; Kortmann 1992, p. 202; Plomp 1990, p. 42; Schoordijk 1986, p. 276; Mijnsen 1983b, p. 1229; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 402.

Bij Perrick vinden we echter de voor het geldend recht onjuiste opvatting dat, bij gebrek aan terugwerkende kracht van de voorwaarde, tussenbeschikkingen niet zouden vervallen (Perrick 1992, p. 790, 791).

53 PG Boek 3, TM, p. 186 en (impliciet) 318; PG Boek 6, TM, p. 149; PG Boek 6, MvA II, p. 145, 151.

54 HR 5 december 2008, RN 2009, 13 (waarin de Hoge Raad t.a.v. een overdracht onder opschortende voorwaarde vaststelde dat de vervreemder het gevolg van de eigendomsovergang op de wederpartij bij het intreden van de voorwaarde niet meer kon afwenden); Hof Arnhem 14 maart 2006, NJF 2006, 366.

55 Uitzondering vindt dit slechts t.a.v. wisselbrieven en cheques aan order, welke goederen o.g.v. de artt. 111 en 192 WvK niet voorwaardelijk kunnen worden overgedragen.

56 In de literatuur wordt veelal gesteld dat het Romeinse recht uitsluitend opschortende voorwaarden kende. Wieling stelt niettemin dat het Romeinse recht ook geen opschortend voorwaardelijke overdracht kende (Wieling 2006, p. 792). Het uitgangspunt van uitsluitend opschortende voorwaarden liet onverlet dat een dergelijk voorwaarde in zijn uiteindelijke effect wel van ontbindende aard kon zijn (zie § 2.1.1). In de literatuur wordt veelal verdedigd dat het Romeinse recht – behoudens enkele bescheiden uitzonderingen – aan het intreden van een dergelijke ontbindende voorwaarde slechts persoonlijke werking toekende (Zwalve 2006, p. 11 e.v.; Cleveringa 1919, p. 38). Van Oven stelde dat de goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde voor het Romeinse recht sterk betwist was en derhalve voor het Romeinse recht evenmin thans met zekerheid is te geven (Van Oven 1918, p. 147. In gelijke zin: Schieman 1973, p. 19 e.v., m.n. p. 21). Wel meende Cleveringa bij de Romeinse juristen een zekere zoektocht naar goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde waar te nemen, voortspruitend uit praktische noodzakelijkheid (Cleveringa 1919, p. 62. In deze ook Hofmann, die daarbij echter weer verwijst naar Cleveringa (Hofmann 1933, p. 177)).

Oud BW

In de literatuur van het OBW werd globaal genomen de mogelijkheid van een voorwaardelijk beschikken aanvaard.⁵⁷ Onbetwist was deze echter niet. Qua omvang was de gedeeltelijke of zelfs algehele ontkenning van de mogelijkheid van een dergelijk voorwaardelijk beschikken in de literatuur niettemin bescheiden. Bovendien was ook er nauwelijks een lijn te ontdekken in de verschillende verdedigde varianten van veronderstelde onmogelijkheden.⁵⁸ Van een breder gedragen afwijzing van specifieke onmogelijkheden van voorwaardelijk beschikken was dan ook zeker geen sprake. Van Proosdij stelde dan ook reeds in 1917 met betrekking tot de ontbindende voorwaarde dat aan de 'absolute zakelijke werking' daarvan weinig werd getwijfeld.⁵⁹

Enigszins lastig ten aanzien van de aanvaarding van de mogelijkheid van een beschikken onder voorwaarde bleef, dat nergens een dergelijke algemene

57 Holtman 1991, p. 456 (m.b.t. art. 1302 OBW); Brahn 1988, p. 37 (m.b.t. art. 1302 OBW), p. 42 (m.b.t. eigendomsvoorbehoud); De Groot e.a. 1983, p. 145; Mijnsen & Schut 1982, p. 54 e.v.; Mijnsen 1981, p. 645 e.v.; Hofmann/Van Opstall 1976, p. 395 (m.b.t. ontbindende voorwaarden); Asser/Beekhuis 1975, p. 153 (en eerder: Asser/Beekhuis 1957, p. 154); Pitlo 1965, p. 197 (m.u.v. zaken op naam resp. onroerend goed bij een opschortende voorwaarde); Asser/Rutten 1958, p. 161 (m.b.t. ontbindende voorwaarden); Veenhoven 1955, p. 23, 24; De Bruijn 1945, p. 235, 236; Melis 1944, p. 79 (m.b.t. ontbindende voorwaarden bij schenkingen); Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 34 e.v., m.n. p. 41, 49 (m.b.t. ontbindende voorwaarden bij roerende zaken en bij onroerende zaken i.i.g. bij opschortende en vermoedelijk ook ontbindende voorwaarden); Kalma 1940, p. 224, 225 (m.b.t. ontbindende voorwaarden); Suijling 1940, p. 93, 268, 269 (*uitsluitend* m.b.t. opschortende voorwaarden); Wiarda in: Houwing & Wiarda 1940, p. 48 e.v. (m.b.t. opschortende voorwaarde, en eerder: Wiarda 1937, p. 126 m.b.t. opschortende en ontbindende voorwaarden); Scholten in zijn noot bij HR 10 juni 1938, NJ 1939, 411 (ter zake onroerend goed onder opschortende voorwaarde); Hofmann 1937, p. 97 (m.b.t. ontbindende voorwaarde, en eerder ook: Hofmann 1933, p. 181, 182); Van Brakel 1935a, p. 22 (m.b.t. opschortende voorwaarden bij onroerend goed); Asser/Scholten 1933, p. 444, 445; Hofmann 1933, p. 180 (m.b.t. ontbindende voorwaarde); Meijers 1933b, p. 86, 87; Wery 1930, p. 179, m.n. nt. 40; Cleveringa 1919, o.a. p. 143, 144; Meijers WPNR 1917, 2476 (noot bij HR 10 november 1916); Van Proosdij 1917, p. 14 (*uitsluitend* m.b.t. onroerende zaken); Van Oven 1916, p. 558 (althans, dit volgt impliciet uit zijn betoog v.w.b. ontbindende voorwaarden); Asser/Van Goudoever 1913, p. 61, 238; Diephuis 1886, p. 271 (en eerder: Diephuis 1885, p. 133 (m.b.t. ontbindende voorwaarden) en p. 129 (m.b.t. opschortende voorwaarden)); Everts 1883, p. 97 e.v., 154 e.v. (m.n. p. 164); Opzoomer 1876, p. 619.

Ook bij het Kadaster werd in de registers rekening gehouden met overdracht van onroerend goed zowel onder opschortende als ontbindende voorwaarde (Van Soest 1929, p. 207).

58 Pitlo 1965, p. 197 (*uitsluitend* m.b.t. zaken op naam bij een opschortende voorwaarde, dit laatste *uitsluitend* 'om praktische redenen'); Kamphuisen 1960, p. 169 (t.a.v. beide soorten voorwaarden, ongeacht het soort goed); Hofmann 1944, p. 231 (levering onder opschortende zou niet mogelijk zijn); Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 42 e.v. (t.a.v. opschortende voorwaarden bij roerende zaken); Suijling 1940, p. 93, 268, 269 (*uitsluitend* m.b.t. ontbindende voorwaarden); Van Proosdij 1917, p. 14, 22, 23 (althans, Van Proosdij lijkt op grond van de strekking van art. 2014 OBW in relatie tot art. 1301 OBW de mogelijkheid van voorwaardelijke eigendom van *roerende* zaken af te wijzen).

59 Van Proosdij 1917, p. 15.

mogelijkheid duidelijk uit het OBW volgde.⁶⁰ Daarnaast leken de leden 1 en 2 van art. 1301 OBW aanleiding te geven tot een tegengestelde conclusie.⁶¹ Uitsluitend uit art. 1215 OBW kon indirect worden afgeleid dat de wet deze mogelijkheid wel degelijk bood.⁶² Volgens die bepaling kon een recht van hypotheek worden gevestigd op onroerend goed dat gehouden werd onder een ontbindende of – let wel – een opschortende voorwaarde.⁶³ Naast deze wetsbepaling werd ook wel aansluiting gezocht bij de huurkoop van de artt. 1576 h en p OBW.⁶⁴ De huurkoop werd in de heersende opvattingen beschouwd als een overdracht onder opschortende voorwaarde van voldoening van alle koopsomtermijnen en had bij die benadering als voorwaardelijke rechtsverhouding uit dien hoofde ook goederenrechtelijke werking.⁶⁵ Deze opvatting bleef in de literatuur niet zonder kritiek, hetgeen de huurkoop als wettelijke aanvaarding van een voorwaardelijk beschikken weer enigszins in twijfel trok.⁶⁶

Wat er verder zij van de (beperkte) kritiek in de literatuur op de mogelijkheid van een voorwaardelijk beschikken en het ontbreken van een duidelijke wettelijke grondslag voor die figuur, in de rechtspraak onder het OBW werd deze mogelijkheid reeds langdurig erkend.⁶⁷ Meijers schreef in 1933 in dat

60 De Bruijn hanteerde het spiegelbeeldige argument, namelijk dat ook het tegendeel – een verbod van voorwaardelijk beschikken – niet uit de wet volgde (De Bruijn 1945, p. 237).

61 De enigszins moeizame verhouding tussen deze beide leden werd vaker onderkend: Asser/Rutten 1958, p. 161; Van Proosdij 1917, p. 15; Everts 1883, p. 167.

62 In deze zin ook: Mezas 1985, p. 6; Van der Grinten 1981, p. 85; De Bruijn 1945, p. 237; Everts 1883, p. 167.

63 Juist deze laatste mogelijkheid werd, t.g.v. de vermeende beschikkingsonbevoegdheid van de hypotheekverlener, in de literatuur overigens ook wel betwist.

64 Overigens werden deze bepalingen ter zake de huurkoop pas in 1936 ingevoerd, zodat voordien uitsluitend art. 1215 OBW enig wettelijk houvast bood voor de mogelijkheid van een voorwaardelijk beschikken.

65 Veenhoven 1955, p. 23, 24.

66 Kamphuisen 1960, p. 168 e.v. (Kamphuisen aanvaardde de voormelde constructie van de huurkoop als heersende leer, maar wees deze zelf af); Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 36, 37.

67 HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745 (waar de Hoge Raad de mogelijkheid van een opschortend voorwaardelijke cessie onderschrijft o.b.v. het argument, dat er geen reden bestaat om voor de cessie een uitzondering aan te nemen op de hoofdregel (!) dat rechtshandelingen onder een voorwaarde kunnen worden verricht); HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.) (waarin de ontbindend voorwaardelijke overdracht van roerende zaken door de Hoge Raad – in het kader van de fiduciaire eigendomsoverdracht – expliciet werd aanvaard); HR 20 december 1975, NJ 1975, 230; HR 8 juni 1973, NJ 1974, 346 (Nat. Grondbezit/Kamphuis); (wellicht) HR 24 mei 1968, NJ 1969, 98 (vermoedelijk was in dit arrest sprake van een overdracht onder tijdsbepaling (in gelijke zin de annotator), maar wellicht was toch sprake van een opschortend voorwaardelijke overdracht van rechten); HR 29 september 1961, NJ 1962, 14 (waarin een eigendomsvoorbehoud de bezitsverkrijging en daarmee de eigendomsverkrijging door een derde voorkomt); HR 6 januari 1961, NJ 1962, 19 (Seneca) (waarin de goederenrechtelijke werking van een ontbindende voorwaarde ook t.a.v. derde-verkrijgers van roerende zaken door de Hoge Raad werd onderkend); Rb. Utrecht 12 mei 1954, NJ 1955, 363 (waarin de Rb. de eigendomsoverdracht onder opschortende voorwaarde

verband dan ook, dat zijns inziens de Hoge Raad 'nooit in enig arrest grond gegeven [heeft] om de zakelijke werking der ontbindende voorwaarde van de artt. 1301 en 1302 B.W. te ontkennen'.⁶⁸ Als gevolg van het eerdere beschikken onder die voorwaarde werd de goederenrechtelijke werking van voorwaarden eveneens aanvaard, uiteraard voor zover een dergelijke voorwaardelijke beschikking als mogelijk werd beschouwd.⁶⁹

Samengevat kunnen we vaststellen dat de mogelijkheid van een beschikken onder voorwaarde en de daaruit voortvloeiende goederenrechtelijke werking van voorwaarden gedurende de gehele periode waarin het OBW gelding had, breed werd aanvaard.⁷⁰ Dat soms een enigszins ander beeld bestaat – als zou die mogelijkheid meer omstreden zijn geweest – kan ik uitsluitend daaruit verklaren, dat de in elk geval in kwantitatief opzicht bescheiden afwijkende opvattingen van enkele auteurs relatief veel aandacht kregen.⁷¹

Duits recht

Het Duitse recht onderkent sinds de invoering van het BGB zonder twijfel de mogelijkheid van zowel opschortende als ontbindende beschikkingshandelingen.⁷² Het was ook de uitdrukkelijke keuze van de Duitse wetgever om beschikkingen met een goederenrechtelijk voorwaardelijk gevolg te erkennen, ondanks de in de negentiende eeuw bestaande – deels sterk afwijzende –

van onroerend goed mogelijk acht); Hof 's-Gravenhage 26 januari 1922, W. 10974 (m.b.t. opschortende voorwaarde van betaling resp. eigendomsvoorbehoud); HR 25 februari 1916, NJ 1916, 501 (m.b.t. ontbindende voorwaarde van wanprestatie resp. 1302 OBW); HR 7 februari 1902, W. 7720 (m.b.t. opschortende voorwaarde van betaling/eigendomsvoorbehoud); HR 21 november 1873, W. 3659.

⁶⁸ Meijers 1933a, p. 534.

⁶⁹ Ik noem enigszins willekeurig: De Groot e.a. 1983, p. 145; Meijers 1933b, p. 36.

Zie m.n. ook: HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.) (waarbij de Hoge Raad de goederenrechtelijke werking van i.e.g. ontbindende) voorwaarden expliciet erkende. Weliswaar had dit arrest betrekking op een fiduciaire eigendomsoverdracht, maar de door de Hoge Raad gehanteerde bewoordingen hebben duidelijk een algemene strekking).

⁷⁰ Ook Scheltema komt (v.w.b. de ontbindende voorwaarde) tot deze conclusie (Scheltema 2003, p. 230). Zwalm stelt dat die vaststelling (m.b.t. de ontbindende voorwaarde) i.e.g. geldt vanaf het moment van het verschijnen van de dissertatie van Wiarda in 1937 (Zwalm 2006, p. 252).

⁷¹ Zie bijv. de TM, waar Meijers stelde dat de overdracht onder voorwaarde in het (destijds) geldend recht 'betwist' zou zijn (PG Boek 3, TM, p. 185, nt. 1). Gezien de stand van literatuur en rechtspraak per het moment waarop Meijers dit stelde, kende (ook) Meijers daarmee relatief veel gewicht toe aan de opvatting van een beperkt aantal auteurs.

⁷² Schellhammer 2014, p. 1065; Medicus 2010, p. 344; Vieweg & Werner 2010, p. 82, 344; Baur & Stürmer 2009, p. 238, 639; Herberger/Beckmann 2009, p. 361; Kindl 2008, p. 477, 479; Van Vliet 2000, p. 36; Wolf 1999, p. 515; Flume 1992, p. 725, 728; Pawlowski 1998, p. 288; Westermann 1973 p. 26, 186.

Cleveringa zag dat overigens t.a.v. roerende zaken voor het Duitse recht onterecht anders (Cleveringa 1919, p. 170, 171).

opvattingen dienaangaande.⁷³ Niettemin zoeken we in het BGB tevergeefs naar een expliciete wetsbepaling waar die mogelijkheid uit volgt; een beschikken onder voorwaarde is in de Duitse systematiek namelijk niets anders dan de 'normale' systematiek van een rechthandeling onder voorwaarde. Iets anders is dat uit het BGB wel *blijkt* dat een voorwaardelijk beschikken mogelijk is, zie bijvoorbeeld § 161 BGB en ook § 449 BGB ter zake het eigendomsvoorbehoud. Van die mogelijkheid zijn met name uitgezonderd voorwaardelijke beschikkingen met betrekking tot onroerende zaken. Dat is echter niet het gevolg van de achterliggende systematiek, maar betreft uitsluitend een uitzondering waar de wetgever om redenen gelegen buiten die systematiek voor koos.⁷⁴ Als uitvloeisel van een voorwaardelijk beschikken aanvaardt het Duitse recht vanzelfsprekend ook de goederenrechtelijke werking van zowel ontbindende als opschortende voorwaarden.⁷⁵

Zwitsers recht

Het is voor het Zwitsers recht niet eenvoudig om nauwkeurig aan te geven in hoeverre beschikkingen met voorwaardelijk rechtsgevolg mogelijk zijn. Globaal genomen wordt die mogelijkheid in de literatuur in ieder geval onderkend.⁷⁶ Daarnaast blijkt die mogelijkheid uit de wet, bijvoorbeeld art. 153 III OR en art. 715 ZGB ter zake het eigendomsvoorbehoud. Een aantal voorwaardelijke beschikkingsmogelijkheden lijkt in de literatuur en rechtspraak ook onbestreden te zijn.⁷⁷ Tegelijkertijd is een voorwaardelijk beschikken op verschillende onderdelen wettelijk beperkt.⁷⁸ Ook in de literatuur is de moge-

73 HKK/Finkenauer 2003, p. 892. Een belangrijk deel van de Duitse rechtswetenschappers zag in het intreden van voorwaarden namelijk uitsluitend de mogelijkheid van persoonlijke ongedaanmakingsverbintenissen (Flume 1992, p. 728). Zie verder ook de Nederlandse literatuur: Zwalve 2006, p. 182 e.v.; (uitgebreid) Scheltema 2003, p. 191 e.v.

74 Zie § 5.3.2. De wetgever beschouwde de aan voorwaarden inherente onzekerheid bij onroerende zaken als ongewenst.

75 PWW/Brinkmann 2014, p. 220; Schellhammer 2014, p. 1065; Staudinger/Bork 2010, p. 337, 338; Kindl 2008, p. 479.

76 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 377 (althans, Emmenegger lijkt dit te onderschrijven, maar noemt uitsluitend de mogelijkheid van voorwaardelijke cessie); Berger 2012, p. 259, 263; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 857, 858 (opschortende voorwaarde) en 866 (ontbindende voorwaarde); Honsell 2008, p. 622; Huguenin e.a. 2008, p. 199, 200; Rey 2007, p. 450; Guhl/Koller 2000, p. 59, 61 (impliciet); Peter 1994, p. 203 e.v., 349; Staehelin 1993, p. 22; Bucher 1988, p. 510; Merz 1984, p. 150, 151, 158, 163.

77 De opschortend voorwaardelijke overdracht van roerende zaken is in ieder geval mogelijk, waarbij het eigendomsvoorbehoud veelal als hét voorbeeld daarvan wordt gehanteerd. Ook vestiging van een opschortend voorwaardelijk pandrecht wordt in de literatuur aanvaard (Peter 1994, p. 297). Tot slot wordt tevens de opschortend voorwaardelijke cessie alsmede de afstand van vorderingen vrijwel algemeen als mogelijk beschouwd (Berger 2012, p. 260; Peter 1994, p. 204 (met vermelding van jurisprudentie); Staehelin 1993, p. 22 nt. 111, p. 24; Bucher 1988, p. 511; Merz 1984, p. 152, 159. Ook: BGE 1 juli 1941, 67 II 123 E.4.

78 Een voorwaardelijk beschikken m.b.t. onroerende goederen is bijv. u.h.v. de wet vrijwel geheel uitgesloten (zie § 5.3.2).

lijkheid van een aantal vormen van voorwaardelijk beschikken tenminste betwist.⁷⁹ De rechtswetenschappelijke discussie dienaangaande zal mede voortvloeien uit het feit, dat (ook) het Zwitsers recht geen algemene wettelijke regeling kent ten aanzien van voorwaardelijke beschikkingshandelingen. Bovendien is ook de systematiek van een voorwaardelijk beschikken respectievelijk de verklaring van de goederenrechtelijke werking voor het Zwitsers recht duidelijk meer omstreden dan in bijvoorbeeld het Duitse recht.⁸⁰ Dat helpt uiteraard evenmin wat betreft een algehele aanvaarding van de mogelijkheid van voorwaardelijk beschikken. Voor zover een voorwaardelijk beschikken wordt aanvaard, geldt dat uiteraard ook voor de goederenrechtelijke werking van het intreden van de voorwaarde.⁸¹

DCFR

Blijkens art. VIII.-2:203 onderschrijft ook het DCFR de mogelijkheid van een overdracht onder ontbindende of opschortende voorwaarde.⁸² Het intreden van de voorwaarde heeft ook – de in de vorige paragraaf beschreven beperkte – goederenrechtelijk werking.

11.2 VERKLARING VAN DE GOEDERENRECHTELIJKE WERKING

11.2.1 Inleiding

In § 11.1.4 kwam ter sprake dat de goederenrechtelijke werking van zowel ontbindende als opschortende voorwaarden voor het Nederlands geldend recht niet ter discussie staat. Ook het begrip van de goederenrechtelijke werking – zowel werking tussen partijen als ten opzichte van derden – is deze voor beide aspecten onbetwist. De theoretische verklaring vóór die goederenrechtelijke werking is dat in het huidige Nederlandse recht daarentegen des te meer. In deze § 11.2 bestudeer ik deze sterk omstreden verklaring.

Zoals ik eerder aangaf, wijkt de benadering die ik daarbij zal hanteren enigszins af van de benadering, zoals deze in de literatuur met betrekking

79 Een duidelijk twistpunt is of ook ontbindend voorwaardelijk kan worden beschikt over roerende zaken (vóór die mogelijkheid: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 378; Staehelin 1993, p. 48. Afwijzend: Berger 2012, p. 260; Bucher 1988, p. 510). De mogelijkheid van cessie onder ontbindende voorwaarde is eveneens omstreden (in deze zin: Berger 2012, p. 260). Zie voor een uitgebreid overzicht van de literatuur: Peter 1994, p. 204, nt. 42.

80 Zie § 11.2.5.

81 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 381; Berger 2012, p. 266, 267; Huguenin e.a. 2008, p. 200, 201; Honsell 2008, p. 615, 622; Guhl/Koller 2000, p. 59, 62; Gutmans 1995, p. 11 (m.b.t. ontbindende voorwaarden); Peter 1994, o.m. p. 262 e.v.; Staehelin 1993, p. 17; Bucher 1988, p. 513, 514; Keller & Schöbi 1988, p. 109; Guhl 1944, p. 59; Becker 1941, p. 729 (m.b.t. ontbindende voorwaarden).

82 Het PECL bevat geen regels omtrent overgang van goederenrechtelijke rechten en derhalve ook niet omtrent eventuele voorwaardelijkheid daarvan.

tot dit onderwerp meestal wordt gehanteerd. Zoals ik zal verdedigen, valt een dergelijke verklaring die beide aspecten van de goederenrechtelijke werking zou omvatten voor het Nederlands geldend recht nauwelijks of niet te geven. De reden dat we deze stelling niet vaker in de literatuur tegenkomen, bestaat mijns inziens op de eerste plaats daaruit dat verscheidene factoren de huidige discussie sterk vertroebelen. Op de tweede plaats heeft de Nederlandse wetgever in het NBW – anders dan de Duitse en Zwitserse wetgevers in de respectievelijke wetboeken – niet de consequenties getrokken om tot een beide aspecten omvattende regeling te komen. Het zijn deze beide redenen die in mijn optiek ten grondslag liggen aan de zich voortslepende discussie ter zake de verklaring voor de goederenrechtelijke werking onder het NBW.

In § 11.2.2 zal ik de vijf elementen bespreken die met wisselend gewicht tezamen verantwoordelijk zijn voor de ondoorzichtigheid in de Nederlandse discussie. Vervolgens komen buiten een rechtstreeks verband met de onderzochte stelsels de vier voornaamste systemen aan bod waaruit de goederenrechtelijke werking zou worden verklaard, alsmede de kritiek op deze verklaringen. In de drie daarop volgende paragrafen volgt een nadere bestudering van deze verklaringen in de individuele stelsels. In § 11.2.7 komt bij wijze van intermezzo ter sprake dat de verschillende mogelijke verklaringen voor het Nederlands geldend recht wel degelijk op beperkte schaal leiden tot materiële verschillen. Vanzelfsprekend eindig ik deze paragraaf met mijn conclusies voor het geldend recht.

11.2.2 Vijf verstorende elementen in de Nederlandse discussie

11.2.2.1 *Geen duidelijk alternatief van de wetgever voor de terugwerkende kracht*

Onder de werking van het OBW werd de verklaring voor de goederenrechtelijke werking vaak gezien in de figuur van de terugwerkende kracht. Zoals ik in § 11.2.4 bespreek, was deze verklaring echter niet onbetwist en zeker niet als we tevens rekening houden met de vele varianten waarin de verschillende auteurs de terugwerkende kracht toepasten. In elk geval vanaf het einde van de negentiende eeuw vormde de terugwerkende kracht *grosso modo* niettemin wel de spil waarlangs het merendeel van de auteurs een verklaring zocht. Voor zover we geen probleem zien in het hanteren van een juridische fictie is de terugwerkende kracht ook een relatief sterke verklaringsgrond, althans voor wat betreft de *ontbindende* voorwaarde in combinatie met een causaal stelsel: beide aspecten van de goederenrechtelijke werking laten zich er, dankzij het

nooit aanwezig geacht worden van een titel, op zich uitstekend mee verklaren.⁸³ Het was dan ook zeker niet de systematiek als zodanig die Meijers deed besluiten de terugwerkende kracht van voorwaarden niet in het OM over te nemen, noch overigens het feit dat Meijers een probleem zou hebben gehad met het fictieve karakter daarvan.⁸⁴ De reden daarvoor ligt buiten het terrein van deze systematiek; aan de figuur van de terugwerkende kracht zijn, onverlet de goede verklaring die de terugwerkende kracht in het kader van de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden biedt, namelijk ook de in § 2.6.2.3 besproken lastig op te lossen problemen en nadelen verbonden.

Voor opschortende voorwaarden werd onder het OBW ook wel aansluiting gezocht bij de terugwerkende kracht. Zoals ik in § 11.2.3.2 bespreek, kan het verbinden van een opschortende voorwaarde aan de titel in de heersende opvattingen echter nauwelijks tot de bedoelde goederenrechtelijke gevolgen leiden. Voor zover de systematiek achter opschortend voorwaardelijke beschikkingen onder het OBW al aandacht kreeg – het merendeel van de auteurs richtte zich uitsluitend op ontbindend voorwaardelijke beschikkingen – werd de opschortende voorwaarde dan ook meestal verbonden aan de levering respectievelijk de goederenrechtelijke overeenkomst. Dit laatste vaak mét terugwerkende kracht van de voorwaarde, maar in de opvattingen van een redelijk aantal auteurs (eventueel) ook zónder.⁸⁵ Met name de variant zonder terugwerkende kracht leidt echter tot de in § 11.2.3.3 besproken systematische problemen bij de verklaring van het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van de opschortende voorwaarde. De systematiek van de levering onder opschortende voorwaarde vormde niettemin de onder het OBW meest aanvaarde verklaring voor de goederenrechtelijke werking van opschortende voorwaarden.

Wat er op deze plaats verder ook zij van de expliciete keuze om met art. 3:38 lid 2 BW de terugwerkende kracht in de ban te doen, de vraag is uiteraard welk alternatief de wetgever voor ogen stond. Dát de goederenrechtelijke werking ondanks het vervallen van de terugwerkende kracht ook bij de wetgever niet ter discussie stond, lijkt immers geen enkele twijfel.⁸⁶ Opvallend

83 Waarbij direct aangetekend zij dat slechts een vrij bescheiden deel van de literatuur ontbindende voorwaarden inderdaad aan de titel verbond. Minstens zo vaak werd deze gekoppeld aan de levering, zie § 11.2.4.

84 Bakels en Scheltema stellen dit dan ook ten onrechte (Scheltema 2003, p. 295; Bakels 1993, p. 73, 74). Zie hierover verder § 2.6.2.3.

85 Zie § 11.2.4.

86 Zie de in § 11.1.4 genoemde PG. In de literatuur is op dit in stand blijven van de goederenrechtelijke werking bij het vervallen van de terugwerkende kracht wel kritisch gereageerd. Brahn sprak bijv. van een 'wonderlijke constructie' (Brahn 1974, p. 5, 6, m.b.t. het reclame-recht). Daarbij wil ik aantekenen dat m.i. de terugwerkende kracht als figuur in feite veel verwonderlijker is: de bezwaarde hééft eigendom, maar met de wijsheid achteraf toch niet.

genoeg zijn echter noch de wet noch de PG bepaald helder omtrent dit alternatief.⁸⁷ We lopen de belangrijkste passages langs.

De TM bij art. 3:84 lid 4 BW stelt: 'Is een overeenkomst, die tot levering verplicht, onder voorwaarde aangegaan, dan is de bedoeling van partijen, dat ook de levering onder dezelfde voorwaarde geschiedt, []'.⁸⁸ In § 11.2.2.2 ga ik verder op deze wetsbepaling in, maar in het thans besproken verband kunnen we in elk geval vaststellen dat in Meijers' visie de *levering* voorwaardelijk is. Een eerste bevestiging van die benadering vinden we in de TM bij art. 6:22 BW: 'Wordt dus een onroerende zaak onder ontbindende voorwaarde geleverd, dan wordt de verkrijger eigenaar onder ontbindende voorwaarde, welke voorwaarde – zakelijk – werkt van de vervulling af'.⁸⁹ Een volgende bevestiging vinden we in de toelichting bij art. 3:38 BW, waar Meijers stelt dat 'met de vervulling der voorwaarde niet alleen het recht van hem [zal] verdwijnen, aan wie dit onder die voorwaarde is overgedragen, maar ook van allen, die hun recht van deze verkrijger afleiden, maar dit is een gevolg van de omstandigheid, dat wie een beperkt recht heeft, ook als regel niet meer recht aan derden kan overdragen, dan hij zelf heeft'.⁹⁰ Meijers doelde met het 'is overgedragen' eveneens op de levering,⁹¹ zodat ook in deze passage bij Meijers sprake is van voorwaardelijkheid van de levering.

Naar we uit hoofde van voormeld citaten echter tevens moeten aannemen, is het gevolg van een dergelijke voorwaardelijke levering dat de verkrijger een in goederenrechtelijke zin 'beperkte' gerechtigdheid verkrijgt. Dit laatste is in mijn optiek een lastig te verklaren stap. Het verkrijgen van een 'beperkte' gerechtigdheid uit hoofde van een aan de levering verbonden voorwaarde is een goocheltruc: hoe zou een aan de levering verbonden voorwaarde immers kunnen leiden tot een wijziging – 'beperking' – van hetgeen wordt overgedragen? Levering is immers een vereiste voor overdracht en geen wijze van juridische vormgeving van hetgeen wordt overgedragen.⁹² Ik ga in § 11.2.3.5 verder op deze kwestie in.

Wat er van deze in het kader van de gezochte verklaring wezenlijke vragen ook zij, we kunnen uit de benadering van Meijers als verwoord in de vorengeciteerde TM bij art. 3:38 BW wellicht nog iets anders afleiden: de beide aspec-

87 In gelijke zin: Scheltema 2003, p. 311; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 179, 180. Ik wijs met name ook op Scheltema's visie van de invloed van Wiarda's opvattingen op Meijers (Scheltema 2003, p. 252 e.v.). Ook Scheltema is bij gebrek aan een duidelijk verwoorde visie van Meijers resp. de TM gedwongen tot de nodige aannames v.w.b. de opvattingen van Meijers.

88 PG Boek 3, TM, p. 318.

89 PG Boek 6, TM, p. 146.

90 PG Boek 3, TM, p. 186.

91 Het onderscheid tussen de *levering* als handeling tussen partijen en de *overdracht* als gevolg daarvan werd (ook) in het OM nog niet gemaakt (Mijnssen & Schut 1982, p. 31; Mijnssen & Schut 1984, p. 62). Meijers hanteerde deze termen nog als synoniemen voor het huidige begrip 'levering'. Zie verder ook: PG Boek 3, VV II en MvA II, p. 307, 308.

92 Zie verder § 11.2.3.

ten van de goederenrechtelijke werking – werking tussen partijen en ten opzichte van derden – lijken in Meijers optiek hun grondslag te vinden in weliswaar samenhangende, maar onderling toch verschillende verklaringen. De werking tussen partijen lijkt in elk geval voort te vloeien uit de voorwaardelijke levering, terwijl uitsluitend de werking ten opzichte van derden door Meijers in de toelichting bij art. 3:38 BW expliciet wordt verbonden aan de beperkte gerechtigdheid. Een scheiding in verklaring tussen de beide aspecten van de goederenrechtelijke werking derhalve, zoals ook het Duitse en Zwitserse recht een dergelijke scheiding aanbrengen.⁹³ Daar staat tegenover dat de vorengeciteerde TM bij art. 6:22 BW weer in enige mate suggereert, dat óók de werking tussen partijen zou kunnen zijn gebaseerd op de beperkte gerechtigdheid van de verkrijger.⁹⁴ We zien derhalve in de TM een zekere tweeslachtigheid: de voorwaarde is in de visie van Meijers zonder meer verbonden aan de levering, maar de goederenrechtelijke werking lijkt vervolgens voor wat betreft de werking ten opzichte van derden – en misschien ook tussen partijen – voort te vloeien uit het feit dat het goed waarover is beschikt, beperkt of belast wordt door de voorwaarde.

Andere delen van de PG bieden evenmin al te stevige houvast. In de MvA bij art. 3:91 BW ter zake het eigendomsvoorbehoud – vormgegeven door middel van een opschortende voorwaarde – worden een aantal mogelijkheden voor de bedoelde overdracht onder opschortende voorwaarde besproken. De toelichting bij de uiteindelijke keuze is echter cryptisch: 'De derde mogelijkheid – die in het wetboek is gekozen – bestaat hierin dat men aanneemt dat [] het in dit geval voor de levering onder opschortende voorwaarde voldoende is dat de verkrijger de macht over de zaak verkrijgt die met een terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde correspondeert []'.⁹⁵ In de MvA bij afd. 6.1.5 komt de systematiek van een voorwaardelijk beschikken nogmaals ter sprake: 'Uit artikel 3.4.2.2 lid 4 [art. 3:84 lid 4 BW] volgt dat de vervulling van de voorwaarde wél zakelijke werking heeft. Wordt bijv. een zaak geleverd uit hoofde van een verbintenis onder ontbindende voorwaarde, dan vindt ingevolge deze bepaling de overdracht onder dezelfde ontbindende voorwaarde plaats en is de eigendom van de verkrijger aan dezelfde voorwaarde onderworpen, zodat door vervulling van de voorwaarde de eigendom van de verkrijger eindigt en de vervreemder wederom eigenaar wordt. Rechten op de zaak (eigendom of beperkte rechten), die derden intussen wellicht

93 Zie § 11.2.5.

94 Waarbij nogmaals zij opgemerkt dat ik er (overeenkomstig ik in § 1.2.2 stel) van uitga dat deze delen van de TM waarschijnlijk óf door Meijers zelf zijn opgesteld, óf door het Driemanschap zijn gebaseerd op de concepten van Meijers.

95 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1238. Het eerste door mij weggelaten gedeelte van de passage heeft uitsluitend betrekking op de specifieke problematiek van bezit 'onder' opschortende voorwaarde.

rechtstreeks of indirect aan de verkrijger hebben ontleend, eindigen eveneens [], waarna verwezen wordt naar de vorengeciteerde TM bij art. 3:38 BW.⁹⁶

Als we ervan uit mogen gaan dat in de laatstvermelde passage met 'overdracht' eveneens de levering is bedoeld,⁹⁷ vinden we derhalve in beide passages het door Meijers genoemde element van de voorwaardelijkheid van de levering. Daarnaast wordt wederom het door de voorwaarde beperkte eigendomsrecht genoemd, derhalve het goederenrechtelijke recht beperkt door of belast met de voorwaarde. Deze laatste benadering vinden we overigens tevens in het Rapport aan de Koningin.⁹⁸ In de voormelde MvA bestaat ook in zekere mate de suggestie dat deze voorwaardelijke eigendom de consequentie is van of tenminste samenhangt met de voorwaardelijke levering. Beide passages zijn op dit laatste punt echter weinig duidelijk. Wel gaat de MvA er zonder meer van uit dat óók de goederenrechtelijke werking *tussen partijen* voortvloeit uit het door de voorwaarde beperkte eigendomsrecht. Bij de vorenstaande bespreking van de TM bleek dat deze benadering niet meer dan een mogelijke interpretatie van Meijers' opvatting dienaangaande is.

Onverminderd dit laatste punt heeft het er derhalve alle schijn van dat de opvattingen in de voormelde MvA en het Rapport aan de Koningin in een lijn staan met de TM. Dit echter wellicht op twee wezenlijke punten na. Op de eerste plaats wordt in de MvA bij art. 3:84 lid 4 BW gesteld: 'Uit artikel 3.4.2.2 lid 4 *volgt* dat de vervulling van de voorwaarde wèl zakelijke werking heeft. Wordt bijv. een zaak geleverd uit hoofde van een verbintenis onder ontbindende voorwaarde, dan vindt *ingevolge* deze bepaling de overdracht onder dezelfde ontbindende voorwaarde plaats [cursivering HS]'.⁹⁹ En bij art. 6:265 BW vinden we: 'Dat de onderhavige ontbinding ook geen zakelijke werking heeft, *volgt, behalve uit het ontbreken van een bepaling als artikel 3.4.2.2 lid 4 voor de ontbindende voorwaarde*, ook uit artikel 6.5.4.14 [cursivering HS]'.¹⁰⁰ Van beide citaten gaat sterk de suggestie uit dat art. 3:84 lid 4 BW in de MvA wordt benaderd als zou daarin de wettelijke grondslag voor een voorwaardelijk beschikken zijn gelegen, waar we op grond van de benadering van Meijers echter sterk aan kunnen twijfelen. Ik kom daar in § 11.2.2.2 op terug.

Op de tweede plaats lijkt de wetgever in de hiervoor reeds genoemde MvA bij art. 3:91 alsmede in de MvA bij art. 6:161 lid 2 sub c BW (ter zake vermen-

⁹⁶ PG Boek 6, MvA II, p. 145.

⁹⁷ Als dat anders is – de *overdracht* vormt alsdan het huidige begrip van het resultaat bestaande uit de eigendomsovergang – zou in deze passage sprake zijn van een tournure bij de wetgever. Aanwijzingen dat de wetgever daar bewust voor koos, ontbreken in dit verband geheel.

⁹⁸ Daarin wordt gesteld: 'Zomin degene die slechts de aan een ontbindende voorwaarde gebonden eigendom van een zaak verkregen heeft, bevoegd is onvoorwaardelijke eigendom over te dragen, zomin is hij bevoegd een niet aan die voorwaarde gebonden beperkt zakelijk recht op de zaak te vestigen; []' (PG Boek 6, Rapport aan de Koningin, p. 151).

⁹⁹ PG Boek 6, MvA II, p. 145.

¹⁰⁰ PG Boek 6, MvA II, p. 1011.

ging van een vordering met de daar tegenoverstaande schuld) alsnog voor een afwijkende benadering te kiezen. Bij art. 3:91 BW wordt in verband met de opschortende voorwaardelijkheid van het eigendomsvoorbehoud aan het slot van de passage gesteld dat de leveringshandeling direct voltooid is en 'onmiddellijk een voorwaardelijk eigendomsrecht [doet] ontstaan'.¹⁰¹ Met andere woorden, ook de verwachter zou reeds vóór het intreden van de voorwaarde over een goederenrechtelijke gerechtigdheid beschikken. Interessant genoeg wordt deze benadering van de positie van de verwachter als een 'zakenrechtelijke positie' kort daarvoor in de MvA nog uitdrukkelijk ontkend.¹⁰² Ook in de PG ter zake het recht van reclame van art. 7:39 BW lijkt de directe gerechtigdheid van de koper onder eigendomsvoorbehoud te worden afgewezen.¹⁰³

In de MvA bij art. 6:161 BW vinden we een soortgelijke benadering: 'Ook in de bepaling sub c is de herlevingsconstructie verlaten. Ook hier kan zij tot misverstand leiden: zo zal bijv. degene die onder ontbindende voorwaarde een vordering aan een ander overdraagt, zelf een recht onder opschortende voorwaarde behouden.'¹⁰⁴ Met andere woorden, de aan de debiteur onder ontbindende voorwaarde overgedragen vordering blijft in de visie van de wetgever vooralsnog bestaan – er vindt derhalve (nog) geen vermenging plaats – omdat de oorspronkelijke crediteur respectievelijk cedent zélf een recht onder opschortende voorwaarde behoudt.¹⁰⁵ Dit recht onder opschortende voorwaarde kan niet anders dan een goederenrechtelijke gerechtigdheid zijn; een uitsluitend obligatoire verwachting van de crediteur respectievelijk verwachter zou immers nooit de verklaring kunnen vormen voor het vooralsnog uitblijven van de goederenrechtelijke gevolgen van vermenging aan de zijde van de debiteur respectievelijk bezwaarde. Dit zou betekenen dat zowel de bezwaarde (debiteur) als de verwachter (crediteur) beiden goederenrechtelijk gerechtigd zijn tot het goed (in dit geval de vordering). Ook al zegt de MvA

101 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1238. T.a.v. art. 3:92 BW vinden we in de MvA II Inv. passages die van deze zelfde systematiek van een directe goederenrechtelijke gerechtigdheid bij de bezwaarde uitgaan.

102 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1237.

103 In PG Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), VV II, p. 280 vinden we: 'De commissie was voorshands van oordeel dat het recht van reclame niet strookt met een eigendomsvoorbehoud; bij uitoefening van het recht van reclame wordt immers de eigendom *herkregen* [cursivering HS] (hetgeen impliceert dat de eigendom voor degene die het recht van reclame uitoefent verloren is gegaan), en voor degene die zich de eigendom heeft voorbehouden is de eigendom nu juist niet verloren gegaan'. I.e.g. blijkt nergens uit dat de verkrijger onder het eigendomsvoorbehoud een 'voorwaardelijk eigendomsrecht' zou hebben, hetgeen eventuele toepasselijkheid van het recht van reclame m.i. een stuk dichterbij zou hebben gebracht.

104 PG Boek 6, MvA II, p. 592, 593.

105 Let wel, in het OM was sprake van een 'herleven' van de verbintenis (zie artt 6.1.10.2 lid 2 OM) en derhalve niet van een gedurende de voorwaardelijkheid voortbestaan daarvan. Blijkens de voormelde MvA was het een bewuste keuze van de wetgever om deze systematiek te wijzigen, juist mede in verband met het door de wetgever gestelde recht onder opschortende voorwaarde van de verwachter.

het niet met zoveel woorden, iets anders dan een splitsing of deling van het goed tussen bezwaarde en verwachter uit hoofde van zowel een opschortende als een ontbindende voorwaarde kan hier niet in worden gezien. De wetgever hanteert derhalve op deze plaatsen in de PG een systematiek, waar we in de overige besproken delen van de PG geen aanwijzingen voor vinden.

Wat er echter ook van dat laatste zij, we kunnen in elk geval concluderen dat van enige verdere verduidelijking in de MvA van het in de TM gestelde geen sprake is. Met name de verhouding tussen de voorwaardelijkheid van de levering en de door de voorwaarde beperkte of belaste goederenrechtelijke gerechtigdheid dan wel de deling van het goed tussen bezwaarde en verwachter blijft in de PG met vragen omgeven. Dat is ook gedurende het wetgevingsproces niet onopgemerkt gebleven. In het advies van de Raad van State bij het ontwerp van art. 6:24 BW lezen we: 'Of zou men moeten aannemen, dat het zakelijk recht [het door de bezwaarde bij tussenbeschikking gevestigde recht, HS] onder dezelfde voorwaarde is gevestigd? De Raad kan niets vinden wat steun zou kunnen geven aan een bevestigend antwoord op deze vraag []'.¹⁰⁶ En even daarvoor concludeert de Raad van State: 'Het voor de vervulling der ontbindende voorwaarde deugdelijk gevestigde zakelijk recht blijft dus evenzeer in stand als de eigendom der tevoren verkregen vruchten; []'. In dat verband beschouwt de Raad van State het bij tussenbeschikking door de derde verkregen recht als een bezwaring die op grond van *persoonlijke* ongedaanmakingsverplichtingen door de bezwaarde ongedaan zou moeten worden gemaakt.¹⁰⁷

We zien derhalve dat de PG zeker geen helder antwoord biedt voor de verklaring van de goederenrechtelijke werking. De huidige discussies in de Nederlandse literatuur waarin de goederenrechtelijke werking haar verklaring vindt, kunnen dan ook voor een aanzienlijk deel herleid worden tot de PG. Zoals ik in § 11.2.4 zal bespreken, vormt de PG in die zin echter niet meer dan een voortzetting van de uiteenlopende opvattingen die in de literatuur onder het OBW leefden.

11.2.2.2 Art. 3:84 lid 4 BW in de systematiek van de goederenrechtelijke werking

Inleiding

In de rechtswetenschappelijke discussie omtrent de verklaring van de goederenrechtelijke werking neemt art. 3:84 lid 4 BW een bijzondere plaats in. Zonder twijfel blijkt uit deze wetsbepaling dat de wet een beschikken onder voorwaarde aanvaardt. De vraag is echter of deze bepaling ook de wettelijke *grondslag*

¹⁰⁶ PG Boek 6, advies RvS, p. 150, 151.

¹⁰⁷ De Minister bestrijdt deze gedachtengang van de RvS echter met het argument van de beperkte beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde (PG Boek 6, Rapport aan de Koningin, p. 151).

voor een voorwaardelijk beschikken omvat. Een zeer ruime meerderheid van de auteurs ziet – of lijkt dat tenminste te doen – in dit wetsartikel inderdaad een dergelijke grondslag, welke opvatting incidenteel ook in de jurisprudentie is te vinden.¹⁰⁸ Geheel onweersproken is deze benadering van art. 3:84 lid 4 BW echter niet.¹⁰⁹ Deze laatste kritische benadering van de opvatting dat de bedoelde wettelijke grondslag in dit wetsartikel zou zijn gelegen, is ook terecht. Althans, het heeft er alle schijn van dat de strekking van deze bepaling in de opvatting van Meijers – de bepaling heeft sinds het OM geen wijziging onder-

-
- 108 Abendroth 2014, p. 116 (en eerder: Abendroth 2013, p. 320); Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 172, 216, (m.n.) p. 219 en 220, 224, 265; Scheltema 2013, p. 160, 161 (en eerder: Scheltema 2003, p. 252, 313, 315, 320, 321, 355); Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 93 e.v.; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 346; Van Velten 2012, p. 33; Wessels 2012, p. 26; Reehuis 2010, p. 40, 58, 85 en 87 e.v.; Spath 2010, p. 81; Wibier & Smid 2009, p. 725; Vegter 2008-I, p. 169 (m.b.t. herroepelijke schenking); Boeve 2007b, p. 342; Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 40 (waarbij Faber de juistheid van de redactie echter betwist); Peter 2007, p. 137, 165 e.v.; Struycken 2007, p. 217, 552; Verstijlen 2007, p. 825; Sonneveldt & Vegter 2006, p. 631 (abusievelijk naar Boek 4 verwijzend); Zwolve 2006, p. 257, 272; Wolfert 2005, p. 455 (en eerder: Wolfert 2001, p. 27); (vermoedelijk) Haentjens 2004, p. 480; (vermoedelijk) Beekhoven van den Boezem 2003, p. 44; Van Mierlo 2002, p. 93; Wolfert 2001, p. 27; Van Swaaij 2000, p. 72 e.v.; Potjewijd 1998, p. 92 nt. 74; Van Hees 1997, p. 99, 105 e.v., 139; Zwemmer 1997, p. 12; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132, 133 (en eerder: Hartkamp 1991, p. 870); Huizink 1995, p. 502; Faber & Van Hees 1994, p. 193; Den Tonkelaar 1994, p. 79; (vermoedelijk) Wiersma 1994, p. 346; Bakels 1993, p. 97; Salomons 1993, p. 863; Verstappen 1993, p. 161; Zwitser 1993, p. 524, 530; Huijgen 1992, p. 135; Kortmann 1992, p. 199, 209; Nieskens-Isphording 1993, p. 563 (en eerder: Nieskens-Isphording 1992, p. 651; Nieskens-Isphording 1989, p. 73 nt. 11); Rank-Berenschot 1992b, p. 230; Holtman 1991, p. 456; Plomp 1990, p. 42; Van Straaten 1990, p. 47; Fesevur 1989, p. 118; Vriesendorp 1985, p. 30; Mijnsen & Schut 1984, p. 61, 62 (en eerder: Mijnsen & Schut 1982, p. 56); Mijnsen 1983b, p. 1229 (en eerder: Mijnsen 1981, p. 646); Van Buchem-Spapens 1986, p. 100 (en eerder: Van Buchem-Spapens 1982, p. 61); Hofmann/Van Opstall 1976, p. 402; Asser/Beekhuis 1957, p. 157.
- Hof Arnhem 14 maart 2006, NJF 2006, 366. In deze zin ook de toelichting bij het DCFR t.a.v. het Nederlandse recht: Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4708, 4720, 4721.
- A-G Franx verwijst voor het NBW eveneens naar art. 3:38 lid 1 BW (maar tévens naar 3:84 BW) in zijn conclusie bij HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745. Ook Aertsen noemt zowel art. 3:38 lid 1 als 3:84 lid 4 BW (Aertsen 2004, p. 130, 132). Houwer en Bruggink, Blokland, Mellema-Kranenburg, alsmede Verstappen zien de wettelijke grondslag in de combinatie van de artt. 6:22 jo 3:84 lid 4 BW (Houwer & Bruggink 2009, p. 179; Blokland 2007, p. 15; Mellema-Kranenburg 2004, p. 40; Verstappen in: Van Mourik e.a. 2011, p. 658). Deze auteurs vermelden de wettelijke grondslag van (ook) art. 6:22 BW allen in het kader van herroepelijke schenkingen. Daarvan gaat op z'n minst de suggestie uit dat zij zich vooral door de literatuur ter zake schenkingen hebben laten inspireren. Buiten de literatuur ter zake het schenkingsrecht vinden we art. 6:22 BW als deel van de wettelijke grondslag vrijwel niet. A-G Wattel baseert in zijn conclusie bij HR 5 december 2008, RN 2009, 13 buiten een geval van schenking de goederenrechtelijke werking echter eveneens op de artt. 6:22 jo 3:84 lid 4 BW.
- 109 Hijma & Olthoff 2008, p. 95 (Hijma en Olthoff plaatsen deze wetsbepaling uitsluitend in het kader van het wettelijk vermoeden dat onder voorwaarde wordt beschikt. Zie eerder ook: Olthoff 1986, p. 39, 42 en weer eerder: Hijma & Olthoff 1982, p. 260). Dat geldt ook voor een aantal andere auteurs: Zwitser 2013, p. 250 (en eerder: Zwitser 1993, p. 531, 532; Zwitser 1990, p. 39); Boeve 2007b, p. 342 (v.w.b. de opschortende voorwaarde); (vermoedelijk) Perrick 1992, p. 791; Holtman 1991, p. 456; (vermoedelijk) Den Dulk 1979, p. 132, 133.

gaan – een geheel andere was dan het creëren van een dergelijke wettelijke grondslag en uitsluitend bedoeld was om het hierna besproken wettelijke vermoeden te creëren.

Als we er daarentegen van uitgaan dat art. 3:84 lid 4 BW wel degelijk de in de wet verankerde grondslag is voor een voorwaardelijk beschikken respectievelijk de goederenrechtelijke werking, dan is de te beantwoorden vraag wat de in deze wetsbepaling neergelegde systematiek zou moeten zijn. Benaderd vanuit deze verwachting dat we alhier de systematiek van de goederenrechtelijke werking aantreffen, komen we echter nogal bedrogen uit. *Als* we in de redactie van de bepaling inderdaad de systematiek van de goederenrechtelijke werking proberen te lezen, lopen we in elk geval tegen verscheidene problemen aan. Op welke wijze zou bijvoorbeeld voorwaardelijkheid van de levering kunnen leiden tot voorwaardelijkheid van hetgeen wordt verkregen? Dit laatste zou volgen uit de letterlijke redactie van art. 3:84 lid 4 BW en wordt door een deel van de literatuur ook zonder verdere kritiek onderschreven, maar vormt mijns inziens een zeer discutabele systematiek.¹¹⁰ Een andere kwestie betreft de koppeling tussen de voorwaardelijkheid van de verbintenis en de daarop gebaseerde levering. De opgeschorte werking van een verbintenis uit hoofde van een opschortende voorwaarde zou volgens een deel van de literatuur de systematiek van art. 3:84 lid 4 BW bij opschortende voorwaarden in de weg staan.¹¹¹ Bij die benadering omvat art. 3:84 lid 4 BW derhalve uitsluitend de systematiek van een ontbindend voorwaardelijke overdracht en behoeft die voor opschortende voorwaardelijkheid aanpassing.

Bij de vorenbedoelde problemen spreekt het voor zich dat deze voortvloeien uit de interpretatie van de wetsbepaling als zou daarin de systematiek van de goederenrechtelijke werking zijn gelegen. Zelf wil ik echter verdedigen dat deze interpretatie van art. 3:84 lid 4 BW naar een strekking die deze in de bedoeling van Meijers en derhalve ook qua redactie eigenlijk niet heeft, de verwarring omtrent de systematiek van de goederenrechtelijke werking verder heeft helpen vergroten.

Onderstaand zal ik eerst de waarschijnlijke benadering van de wetsbepaling door Meijers bespreken en vervolgens de latere interpretatie in de PG. De interpretatie in de literatuur komt in § 11.2.6 ter sprake.

Meijers' benadering

De Toelichting bij art. 3:84 lid 4 BW is vrij duidelijk: 'Is een overeenkomst, die tot levering verplicht, onder voorwaarde aangegaan, dan is de bedoeling van

¹¹⁰ Zie verder § 11.2.3 en 11.2.6.

¹¹¹ Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 216; Boeve 2007b, p. 342; Asser/Mijnssen-De Haan 2001 3-1 2001, p. 180; (vermoedelijk) Mezas 1985, p. 3, nt. 10.

Auteurs die expliciet ook voor de opschortende voorwaarde art. 3:84 id 4 BW willen toepassen zijn: Van Hees 1997, p. 139; Vriesendorp 1985, p. 30; Asser/Beekhuis 1957, p. 157.

partijen, dat ook de levering onder dezelfde voorwaarde geschiedt, al zou dit niet bij de levering nogmaals overeengekomen zijn. Het vierde lid zegt dit met zoveel woorden, om kwesties dienaangaande te voorkomen'.¹¹² Een aantal zaken valt op. Op de eerste plaats blijkt uit de TM in het geheel niet dat Meijers de bepaling zou hebben bedoeld als wettelijke grondslag voor een voorwaardelijk beschikken. Meijers had uitsluitend een betekenis voor ogen waarbij in het geval ten tijde van de levering niet nogmaals expliciet onder voorwaarde gepresteerd zou worden, tóch een recht onder voorwaarde zou worden verkregen.¹¹³ Ook al wordt de term noch in de wetsbepaling noch in de TM genoemd, het lijdt daarmee eigenlijk geen twijfel dat Meijers de betekenis van de bepaling zag in het wettelijke *vermoeden* dat daaruit volgt. De geciteerde slotwoorden 'om kwesties dienaangaande te voorkomen' benadrukken dit nogmaals.

Voorop zij gesteld dat de redactie van art. 3:84 lid 4 BW ook in de vorenomschreven betekenis van een wettelijk vermoeden niet uitblinkt in duidelijkheid, met name niet indien we bij de interpretatie van het wetsartikel de voormelde TM buiten beschouwing zouden laten. Mét de TM in de hand kan daarentegen de bedoeling van Meijers met deze bepaling mijns inziens nauwelijks of niet anders worden geïnterpreteerd. De gedachte van Meijers ter zake een dergelijk vermoeden vinden we echter niet alleen in de TM, maar bestond bij hem reeds veel langer. Reeds in 1917 schreef Meijers: 'dat wanneer partijen bij een contract om te geven een ontbindende voorwaarde stellen, zij toch deze voorwaarde wel tevens bedoeld hebben als een ontbindende voorwaarde voor de levering. Reeds het Romeinsche recht stelde het vermoeden op, dat wanneer de oorzaak een voorwaardelijk karakter droeg, ook de daarop volgende rechtshandeling vermoed werd onder gelijke voorwaarde te zijn aangegaan. Dit vermoeden heeft ook in onze tegenwoordige maatschappij reden van bestaan'.¹¹⁴ Het kost weinig moeite om dit citaat in één lijn te plaatsen met de voormelde TM bij art. 3:84 lid 4 BW.

Vermeld moet worden dat het in 1917 door Meijers bedoelde vermoeden in de door hem voorgestane systematiek een enigszins andere functie had dan in het latere OM. Meijers verdedigde aanvankelijk voor het Nederlandse recht een abstract stelsel in plaats van het causale stelsel dat in het OM is opgenomen.

¹¹² PG Boek 3, TM, p. 318.

¹¹³ Zie bijv. PG Boek 6, TM, p. 149; PG Boek 6, TM, p. 152. In de TM bij art. 3:38 BW vinden we nog: 'Evenmin is sprake van terugwerkende kracht in de zin van het ontwerp, wanneer rechten onder een voorwaarde worden overgedragen, vergelijk artikel 3.4.2.2' (PG Boek 3, TM, p. 186). Dat Meijers een beschikken onder voorwaarde mogelijk achtte en die mogelijkheid ook terug zag in art. 3:84 lid 4 BW, lijdt dan ook geen twijfel. Dat hij met de voormelde zijdelingse verwijzing naar dit artikel zou hebben bedoeld, dat daarin wel degelijk ook de wettelijke grondslag voor een dergelijk voorwaardelijk beschikken zou zijn gelegen, komt mij uiterst onwaarschijnlijk voor.

¹¹⁴ Meijers 1917a, p. 23. Ook bij Beekhuis vinden we deze gedachte (Asser/Beekhuis 1957, p. 155).

In een abstract stelsel heeft het bedoelde (wettelijke) vermoeden een duidelijke functie. Bij een dergelijk stelsel staat er immers niets aan in de weg, om – ondanks het feit dat partijen overeenkwamen een goed onder voorwaarde te verschaffen – dit goed niettemin onvoorwaardelijk over te dragen. Een afwijking tussen de titel waaraan een voorwaarde is verbonden en de eventuele onvoorwaardelijkheid bij de levering blijft in een abstract stelsel immers zonder gevolg in die zin, dat de verkrijging in goederenrechtelijke zin onvoorwaardelijk is. Het door Meijers bedoelde vermoeden zou in een abstract stelsel alsnog het verband leggen tussen de voorwaardelijkheid verbonden aan de titel en de goederenrechtelijke verkrijging.¹¹⁵

In een causaal stelsel heeft een dergelijk vermoeden en daarmee ook art. 3:84 lid 4 BW als gezegd een enigszins andere functie. Een discrepantie tussen de titel die beoogd een goed onder voorwaarde over te dragen en een uiteindelijk onvoorwaardelijke overdracht blijft als uitgangspunt zonder gevolgen in die zin, dat het goed niet onvoorwaardelijk wordt verkregen. De titel vormt immers geen grondslag voor een onvoorwaardelijke verkrijging, maar uitsluitend voor een voorwaardelijke verkrijging. Of anders gezegd, voor de levering van een goed in onvoorwaardelijke zin ontbreekt de titel.¹¹⁶ De functie van het bedoelde vermoeden is dan ook in iets anders gelegen, namelijk dat partijen – indien zij de voorwaarde ten tijde van de levering niet expliciet herhalen – de bestaande verbintenis ten tijde van de levering niet stilzwijgend hebben gewijzigd in een grondslag tot levering van een onvoorwaardelijk recht.¹¹⁷

Het vorenomschreven verschil in functie van het bedoelde vermoeden in een abstract en in een causaal stelsel wordt door Meijers nergens genoemd. Niettemin ligt het sterk voor de hand dat, ook al bestaat in enige mate dit verschil in functie, Meijers' aanvankelijke idee omtrent een dergelijk vermoeden zijn

115 Het lijkt dan ook nauwelijks toeval dat de TM bij art. 6:24 BW (maar in het onderhavige verband m.b.t. art. 3:84 lid 4 BW) verwijst naar een tweetal *Duitse* handboeken (zie PG Boek 6, TM, p. 149, nt. 1). Duitsland kent immers een abstract stelsel.

116 Deze benadering vinden we ook in de PG (PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1235). Zie ook in deze zin: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 345, 346.

117 Waarbij ik overigens zou durven stellen dat een dergelijk uitgangspunt óók zou hebben gegolden zónder dat daar een wetbepaling aan zou zijn besteed. Zie in deze zin ook het Zwitserse recht, waar zonder een dergelijk wettelijk vermoeden eveneens wordt aangenomen dat een beschikken u.h.v. een (opschortend) voorwaardelijke verbintenis onder dezelfde voorwaarde plaatsvindt (Staehelin 1993, p. 25 (met verdere literatuurverwijzingen); Oser 1929, p. 691). Opvallend genoeg verdedigt Staehelin t.a.v. ontbindende voorwaarden echter anders (p. 46), hetgeen ik in het kader van het Zwitserse causale stelsel (dat ook door Staehelin in dit verband wordt genoemd) niet goed kan plaatsen. Snijders is voor het Nederlands geldend recht t.a.v. mijn vorenstaande conclusie voorzichtig: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 346.

weerslag heeft gekregen in art. 3:84 lid 4 BW.¹¹⁸ Voor zover de TM bovendien al een wettelijke grondslag voor een voorwaardelijk beschikken noemt, is dat art. 3:38 BW. In het kader van die wetsbepaling – derhalve in het verband van de voorwaardelijkheid van rechtshandelingen – stelt Meijers dat overdracht onder voorwaarde alsmede vestiging van beperkte rechten onder voorwaarde mogelijk is.¹¹⁹ Reeds daarmee zou een (tweede) wettelijke grondslag in art. 3:84 lid 4 BW in de opvattingen van Meijers weinig voor de hand liggen. Ik wil derhalve verdedigen dat Meijers, ondanks de enigszins ongelukkige redactie van deze laatste bepaling, in dit wetsartikel dan ook uitsluitend het voormelde wettelijke vermoeden heeft willen neerleggen. Van een wettelijke grondslag voor de goederenrechtelijke werking was in Meijers' opvatting in dit wetsartikel dan ook geen sprake.¹²⁰

De latere PG

De vorenomschreven benadering van art. 3:84 lid 4 BW als het bedoelde wettelijke vermoeden wordt in de latere PG nergens expliciet weersproken en incidenteel ook onderschreven.¹²¹ Zoals ik in § 11.2.2.1 echter reeds stelde, vinden we op tenminste drie plaatsen in de PG redelijk sterke aanwijzingen dat de wetgever de bepaling op enig moment alsnog ging beschouwen als de wettelijke grondslag voor een voorwaardelijk beschikken respectievelijk de goederenrechtelijke werking. Zo stelt de MvA dat uit art. 3:84 lid 4 *'volgt* dat de vervulling van de voorwaarde wèl zakelijke werking heeft. Wordt bijv. een zaak geleverd uit hoofde van een verbintenis onder ontbindende voorwaarde, dan vindt *ingevolge* deze bepaling de overdracht onder dezelfde ontbinden-

118 O.m. Van Swaaij ziet dit geheel anders (Van Swaaij 2000, p. 70 e.v.). Overeenkomstig een deel van de literatuur gaat hij ervan uit dat zonder een bepaling als art. 3:84 lid 4 BW (ontbindende) voorwaarden in het NBW geen goederenrechtelijke werking zouden hebben. Overeenkomstig het aanvankelijk door Meijers' verdedigde abstracte stelsel kan bij gebrek aan terugwerkende kracht de titel ook in het causale stelsel van het OM immers niet leiden tot goederenrechtelijke werking. In de visie van Van Swaaij heeft Meijers dáárom en in navolging van hetgeen hij in 1917 t.a.v. een abstract stelsel schreef (Meijers 1917a, p. 23) de bepaling in het OM opgenomen. Van Swaaij's stelling dat Meijers met deze bepaling beoogde een retro-levering (onder voorwaarde) van rechtswege aan de oorspronkelijke vervreemder te laten plaatsvinden (p. 73), komt mij overigens volstrekt onverdedigbaar voor.

119 PG Boek 3, TM, p. 185.

120 Struycken komt t.a.v. de bedoeling van Meijers tot dezelfde conclusie (Struycken 2007, p. 559). Scheltema is daarentegen abuis waar hij stelt dat de bepaling haar herkomst uit de gedachtewereld van het OBW verraaft, waar deze bepaling de suggestie zou wekken dat de goederenrechtelijke werking voortvloeit uit het overdrachtsmechanisme (Scheltema 2003, p. 320). Ook Zwolve is in die zin abuis waar hij stelt dat de regeling van art. 3:84 lid 4 BW haar verklaring vindt in het feit dat de wetgever de terugwerkende kracht van het OBW afschafte (Zwolve 2006, p. 270). Als gezegd was dit alles immers helemaal niet de strekking van de bepaling die Meijers voor ogen stond.

121 Zie de visie van de Minister (PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1235).

de voorwaarde plaats [cursivering HS]'.¹²² Op zich zouden we dit ook aldus kunnen interpreteren, dat in de visie van de wetgever *blijkens* art. 3:84 lid 4 BW voorwaarden goederenrechtelijke werking hebben. Op een dergelijke zuivere vaststelling van de wetgever dat (ook) uit deze wetsbepaling blijkt dat voorwaarden goederenrechtelijke werking hebben, zou weinig zijn af te dingen. Ik ben echter geneigd om de MvA aldus te interpreteren, dat de wetgever met 'ingevolge' een 'tengevolge van' bedoelde. Met andere woorden, de mogelijkheid van een voorwaardelijke overdracht zou volgens de MvA wel degelijk zijn wettelijke grondslag vinden in deze wetsbepaling.

Deze laatste interpretatie vindt sterke steun in de MvA bij art. 6:265 BW: 'Dat de onderhavige ontbinding ook geen zakelijke werking heeft, volgt, behalve uit het *ontbreken* van een bepaling als artikel 3.4.2.2 lid 4 voor de ontbindende voorwaarde, ook uit artikel 6.5.4.14 [cursivering HS]'.¹²³ Hierin kunnen we toch weinig anders lezen dan dat – blijkbaar – art. 3:84 lid 4 BW bij voorwaarden de essentiële functie vervult van wettelijke grondslag voor goederenrechtelijke werking. Immers, bij het ontbreken van een dergelijke bepaling ontbreekt klaarblijkelijk ook de goederenrechtelijke werking. Tot slot vinden we de voormelde benadering van art. 3:84 lid 4 BW ook nog herhaald in de PG bij art. 4:138 BW.¹²⁴ Reeds uit hoofde van de voormelde twee gedeelten van de MvA heeft het er derhalve alle schijn van dat de wetgever de betekenis van art. 3:84 lid 4 BW anders is gaan zien dan Meijers deed, waar de bij de inleiding vermelde literatuur in is gevolgd.¹²⁵

Bij het vorenstaande is de vaststelling van (ook) Struycken interessant dat de wetsbepaling bij de totstandkoming van het NBW weinig discussie heeft opgeleverd.¹²⁶ In verband met de volledig verschillende benaderingen van de bepaling door Meijers en in de latere PG is het echter de vraag waarom die discussie is uitgebleven. Ik kan dat niet anders verklaren dan dat de wijziging in interpretatie van het wetsartikel stilzwijgend en waarschijnlijk zelfs onbewust is verlopen – zie het ontbreken van enige latere betwisting van het door Meijers beoogde wettelijke vermoeden. Mijn veronderstelling is dat op enig moment behoefte werd gevoeld aan een duidelijker wettelijke grondslag voor de figuur van een voorwaardelijk beschikken en in dat verband art. 3:84 lid 4 BW werd 'gevonden'. Echter, een weinig gelukkige vondst. De

¹²² PG Boek 6, MvA II, p. 145.

¹²³ PG Boek 6, MvA II, p. 1011. Dat de PG bij art. 6:265 BW uitsluitend van de ontbindende en niet van de opschortende voorwaarde spreekt is in die zin begrijpelijk, dat hier de vergelijking met de ontbinding wegens een tekortschieten wordt getrokken.

¹²⁴ PG Boek 4, MvA II, p. 814.

¹²⁵ Wellicht dat we de MvA bij art. 3:91 BW overigens ook in deze gewijzigde betekenis moeten plaatsen. De MvA stelt: 'Wel volgt deze mogelijkheid [van overdracht onder opschortende voorwaarde, HS] reeds uit de artikelen 3.2.5 en 2.4.2.2 lid 4 BW' (PG Boek 3, MvA II, p. 388). Hier wordt echter ook naar art. 3:38 BW verwezen, hetgeen die gewijzigde benadering weer minder waarschijnlijk maakt.

¹²⁶ Struycken 2007, p. 218. Van enige wezenlijke discussie is ook mij niet gebleken.

herinterpretatie van de wetsbepaling is namelijk niet zonder gevolgen gebleven in het verband van de complexiteit van de discussie omtrent de verklaring van de goederenrechtelijke werking. Zodra we er immers van uitgaan dát art. 3:84 lid 4 BW de grondslag voor en zelfs de systematiek van een voorwaardelijk beschikken en de goederenrechtelijke werking omvat, lopen we tegen de grenzen van de redactie van het wetsartikel aan. Een redactie die, als gezegd, door Meijers helemaal niet als zodanig was bedoeld om die systematiek te omvatten, maar waar in de moderne literatuur wél consequenties voor die systematiek uit worden afgeleid.¹²⁷

11.2.2.3 *Twee aspecten van goederenrechtelijke werking, één verklaring?*

In § 11.1.3 kwam ter sprake dat de goederenrechtelijke werking in ieder geval twee aspecten omvat: de werking tussen partijen en de werking ten opzichte van derden die gedurende de periode van onzekerheid van de bezwaarde rechten op het goed hebben verkregen. De terugwerkende kracht onder het OBW vormde als verklaring voor deze *beide* aspecten van goederenrechtelijke werking op zich een – in elk geval voor ontbindende voorwaarden – zonder meer goede systematiek. Immers, in een causaal stelsel verklaart deze zowel de werking tussen partijen als de werking ten opzichte van derden.¹²⁸ Aangevend zij reeds op deze plaats dat de in deze systematiek gelegen fictie ook vervangen zou kunnen worden door de fictie ‘voorwaarden hebben goederenrechtelijke werking’, waaruit het relatieve van de terugwerkende kracht als daadwerkelijke ‘systematiek’ blijkt.

Dit uitgangspunt – twee aspecten van goederenrechtelijke werking, één verklaring – vormt nog steeds de benadering in de Nederlandse literatuur. Met andere woorden, een verklaring die slechts één van beide aspecten zou omvatten, voldoet in deze benadering niet. Zoals ik echter in de § 11.2.6 verder zal betogen, is een dergelijke benadering in het NBW niet goed houdbaar. De werking tussen partijen laat zich bij het ontbreken van terugwerkende kracht namelijk nog het beste verklaren uit de voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste. De werking ten opzichte van derden laat zich daarentegen bij het ontbreken van terugwerkende kracht deels verklaren uit een goederenrechtelijke ‘bezwarende’ van het goed met de voorwaarde, maar juist niet uit

127 Ik noem enkele voorbeelden. Van Hees verdedigt o.b.v. art. 3:84 lid 4 BW dat de wet bij een overdracht onder voorwaarde uitgaat van een gesplitst eigendomsrecht (Van Hees 1997, p. 98 e.v.). Van Swaaij stelt dat art. 3:84 lid 4 BW de fictie van een retro-overdracht behelst voor het geval de overeengekomen ontbindende voorwaarde intreedt (Van Swaaij 2000, p. 73). Dit laatste kan ik overigens met de beste wil niet in de bepaling lezen. In verband met de opgeschorte werking van opschortende voorwaarden en de daaruit voortvloeiende – veronderstelde – onwerkzaamheid van de titel, zou de bepaling geen toepassing kunnen vinden bij een opschortend voorwaardelijke verbintenis tot levering (zie hiervoor in deze paragraaf).

128 Zie § 11.2.3.

voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste. Van eenzelfde afdoende verklaring voor beide aspecten is derhalve geen sprake, onverminderd het feit dat de verklaring van het verval van tussenbeschikkingen hoe dan ook lastig is.¹²⁹ Bij de in § 11.2.2.1 besproken opvattingen van de wetgever voor een alternatief voor de terugwerkende kracht lezen we niettemin tussen de regels door, dat de wetgever in feite eveneens naar een dergelijke 'dubbele' verklaring zocht binnen een en dezelfde systematiek: de levering onder voorwaarde die zou leiden tot verkrijging van een *beperkte* of *belaste* gerechtigdheid. Een systematiek derhalve die met het ene been in de voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste zou staan en met het andere in de voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid. De crux bij een dergelijke benadering wordt daarbij gevormd door de – ook door de wetgever onbesproken – vraag hoe de voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste kan leiden tot een in goederenrechtelijke zin met de voorwaarde *belast* goed.

Mijn vorenstaande opvatting dat de beide aspecten van de goederenrechtelijke werking buiten een systeem van terugwerkende kracht geen eensluidende verklaring (kunnen) hebben, vinden we ook in het Duitse en Zwitserse recht. Beide rechtssystemen kennen evenmin een systematiek van goederenrechtelijk werkende terugwerkende kracht.¹³⁰ Het is dan ook allesbehalve toeval dat de Duitse en voor een wezenlijk deel ook de Zwitserse rechtsleer onderscheid maken tussen de verklaringen voor deze beide aspecten. De werking tussen partijen wordt verklaard uit de voorwaardelijkheid van de levering, waaruit echter niet de werking ten opzichte van derden wordt afgeleid. Dit laatste geschiedt bij gebrek aan beter door middel van wetsduiding: § 161 BGB en art. 152 III OR. Reeds uit deze wetsbepalingen vloeit voort dat beide wetgevers onderkennen, dat een verklaring voor de werking tussen partijen nog geen verklaring voor de werking ten opzichte van derden behelst.

De zoektocht in de Nederlandse literatuur naar één en dezelfde verklaring voor beide aspecten laat zich begrijpelijkerwijs mede daaruit verklaren, dat het NBW geen met deze § 161 BGB en art. 152 III OR overeenstemmende bepalingen kent. Of anders gezegd, de rechtsliteratuur ziet zich daarmee gedwongen een verklaring te vinden die inderdaad beide aspecten zou omvatten. Daarnaast ligt in zekere mate voor de hand dat waar ook onder het OBW veelal het uitgangspunt was dat dezelfde verklaring de gehele goederenrechtelijke werking verklaarde, men onder het NBW wederom op zoek ging naar een dergelijke alomvattende verklaring. Dit – zoals ik in § 11.2.3 zal verdedigen

129 Dit laatste is ook door RvS geconstateerd, op grond waarvan de Raad het vervallen van de terugwerkende kracht aan de wetgever in heroverweging geeft (PG Boek 6, advies RvS, p. 150).

130 Hetgeen voor het Zwitsers recht onverlet laat dat onduidelijk blijft of partijen niet toch terugwerkende kracht met goederenrechtelijk effect overeen kunnen komen, zie § 2.6.2.5.

niet mogelijke – uitgangspunt vormt eveneens een complicerende factor in de Nederlandse discussie.

11.2.2.4 *Twee soorten voorwaarden, één verklaring?*

Een volgende in zekere mate complicerende factor bij de zoektocht naar de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van voorwaarden is gelegen in het feit dat voorwaarden twee vormen kennen: ontbindend of opschortend. In § 11.2.4 zullen we zien dat onder het OBW tussen deze beide vormen incidenteel wel verschil in aanvaarding van de goederenrechtelijke werking bestond. Dat neemt niet weg dat de goederenrechtelijke werking van beide soorten voorwaarden reeds onder het OBW werd en zeker voor het geldend recht (zeer) breed wordt aanvaard.

De gedachte dat ook de verklaring van de goederenrechtelijke werking voor ontbindende en opschortende voorwaarden hetzelfde zou moeten zijn, ligt in redelijke mate voor de hand. Dat is geen noodzakelijkheid, maar als uitgangspunt bij de zoektocht naar die verklaring valt er veel voor te zeggen, al was het maar uit een oogpunt van complexiteit. Het hanteren van onderling verschillende systemen voor wat veelal als spiegelbeeldige figuren wordt beschouwd, maakt de zaken immers nog ingewikkelder dan zij al zijn. Daarnaast is niet uit te sluiten dat onderling verschillende verklaringen onbedoeld en waarschijnlijk ook ongewenst tot verschillende consequenties leiden.¹³¹ Dit laat onverlet dat sommige auteurs zich genoodzaakt zien ten aanzien van beide soorten voorwaarden (deels) verschillende verklaringen te hanteren. Dit betreft met name die auteurs die de voorwaardelijkheid koppelen aan de verbintenis die de grondslag voor de beschikking vormt en die tegelijkertijd de mogelijkheid van nakoming van een verbintenis onder opschortende voorwaarde afwijzen.¹³²

Bij de bespreking van de goederenrechtelijke werking in de PG en literatuur doet zich in dit verband tevens een praktisch probleem voor: vaak is niet zonder meer duidelijk of hetgeen wordt besproken al dan niet betrekking heeft op beide vormen van voorwaarden. Zo wordt meestal uitgegaan van een beschikken onder ontbindende voorwaarde, waarbij het enigszins onzeker blijft of de verdedigde opvatting tevens toepassing kan vinden op opschortende voorwaarden. Soms is dat uitdrukkelijk niet het geval. Vaker roept echter de gevolgde redenering de vraag op of deze wel toepassing kán vinden op de spiegelbeeldige voorwaarde. Ook hierin is een – beperkte – complicerende factor gelegen.

¹³¹ Zie § 11.2.7 m.b.t. de mogelijke materiële consequenties van verschillende verklaringen.

¹³² Zie verder hoofdstuk 3 (m.n. § 3.2.3) en § 11.2.6. In dit verband wordt ook de toepasselijkheid of zelfs juistheid van art. 3:84 lid 4 BW – als de (onterecht) veronderstelde grondslag voor een voorwaardelijk beschikken – afgewezen.

Gezien zowel de in mijn optiek bestaande ongewenstheid van onderling verschillende verklaringen als het feit dat vaak onduidelijk is of de verdedigde opvattingen op beide soorten voorwaarden betrekking hebben, bespreek ik in dit hoofdstuk beide soorten voorwaarden dan ook zoveel mogelijk tezamen.

11.2.2.5 Een alternatief voor een onder het OBW ontbrekende systematiek

De laatste vertroebelende factor in de huidige Nederlandse discussie vindt zijn wortels in het verleden. Hiervoor kwam reeds ter sprake dat met de invoering van het NBW de zoektocht begon naar een alternatief voor de systematiek voor de goederenrechtelijke werking zoals deze onder het OBW van kracht zou zijn geweest. Deze laatste zou in de visies van moderne auteurs in elk geval bij ontbindende voorwaarden zijn gevormd door de terugwerkende kracht, met name door middel van het daaruit afgeleide algehele verval van de titel.¹³³ Van die benadering gaat sterk de suggestie uit dat onder het OBW een breed aanvaarde systematiek zou hebben bestaan.

De gedachte dat het OBW een dergelijke breed aanvaarde systematiek kende, is echter niet terecht. Weliswaar vormde de terugwerkende kracht bij een aanzienlijk deel van de auteurs inderdaad de kern waar de goederenrechtelijke werking uit werd verklaard, maar de verdere – essentiële – uitwerking daarvan verschilde tussen de individuele auteurs sterk.¹³⁴ De huidige benadering dat we door de overgang van het OBW naar het NBW plots op zoek moesten naar een alternatief voor een tot dan toe breed aanvaarde systematiek, is daarmee eveneens onterecht. De discussies zijn uiteraard wel gewijzigd in die zin, dat de terugwerkende kracht geen onderdeel meer kan vormen van welke verdere verklaring dan ook. Dat neemt echter niet weg dat de verklaring van de goederenrechtelijke werking sinds zeer lange tijd in het Nederlandse recht (sterk) omstreden is. Met andere woorden, de huidige situatie waarin de inhoud van die verklaring onduidelijk is, is niets anders dan de voortzetting van een reeds lang bestaande situatie.

133 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 225; Zwitser 2013, p. 250, 256; Reehuis 2010, p. 88; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 139 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132); Scheltema 2003, p. 262; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 187; Den Tonkelaar 1994, p. 86, 92. Bij Van Velten vinden we dit impliciet, waar hij stelt dat t.g.v. het ontbreken van terugwerkende kracht de goederenrechtelijke werking van (ontbindende) voorwaarden moeizaam in het Nederlandse stelsel is onder te brengen (Van Velten 2012, p. 33).

134 Zie § 11.2.4.

11.2.3 Vier systemen, vier problemen

11.2.3.1 Inleiding

In § 11.2.4 en verder bespreek ik de verschillende verklaringen van respectievelijk verdedigde systemen voor de goederenrechtelijke werking in de onderzochte stelsels. Zoals daarbij zal blijken, werd voor het OBW en wordt voor het Nederlands geldend recht een groot aantal varianten verdedigd met betrekking tot die verklaring. In elk geval voor het NBW zullen de verschillende in § 11.2.2 besproken elementen deels debet zijn aan deze hoeveelheid varianten. Daarnaast vindt dit grote aantal varianten waarschijnlijk ook daarin zijn grondslag, dat lang niet alle auteurs een omvattende verklaring verdedigen voor de gezamenlijke vier situaties van ontbindende of opschortende voorwaardelijkheid in combinatie met enerzijds de werking tussen partijen en anderzijds de werking ten opzichte van derden. Deze benadering in een groot deel van de literatuur van slechts een of enkele van de bedoelde vier situaties maakt het namelijk mogelijk varianten – voor de desbetreffende, door een bepaalde auteur besproken situatie op zich terecht – als verklaring te verdedigen, die op andere van de bedoelde vier situaties slecht toepasbaar zijn.

Het is een open deur om te stellen dat de omvang van de te onderscheiden verklaringen de inzichtelijkheid van de discussie niet ten goede komt. Dit grote aantal varianten in de verklaring van de goederenrechtelijke werking neemt echter niet weg, dat we voor de gezamenlijke onderzochte stelsels op hoofdlijnen vier systemen kunnen onderscheiden.¹³⁵ Vier systemen die echter ieder hun beperkingen kennen. In deze paragraaf zal ik als inleiding op de volgende paragrafen – en met name om zoveel mogelijk te voorkomen dat we ten gevolge van het nauwelijks te overziene aantal varianten door de bomen het bos niet meer zien – deze vier systemen bespreken. Daarbij komt tevens ter sprake waarom geen van deze systemen kan worden beschouwd als zaligmakend.

11.2.3.2 Voorwaardelijkheid van de titel met terugwerkende kracht

Eén van de onder het OBW verdedigde systemen betrof de voorwaardelijkheid van de titel, waarbij het intreden van de voorwaarde terugwerkende kracht

¹³⁵ Scheltema ziet drie limitatieve mogelijkheden waarop een *ontbindende* voorwaarde goederenrechtelijk effect kan hebben: het eigendomsrecht zelf is van de ontbindende voorwaarde afhankelijk, de ontbindende voorwaarde bewerkstelligt automatisch (ex nunc) een nieuwe eigendomsoverdracht (derhalve een retro-overdracht) of de oorspronkelijke eigendomsoverdracht zelf wordt (ex tunc) aangetast (Scheltema 2003, p. 82, 83). V.w.b. dit laatste ‘terugdraaien’ van de overdracht onderscheid ik zelf twee verschillende systemen, waarmee ik dan ook op vier te bespreken mogelijkheden kom.

had.¹³⁶ Het intreden van een *ontbindende* voorwaarde leidt ten gevolge van de terugwerkende kracht alsdan tot verval van de titel reeds ten tijde van de levering. Daarmee is de overdracht ten tijde van die levering derhalve (alsnog) zonder rechtsgrond geschiedt, hetgeen in een causaal stelsel tot gevolg heeft dat de overdracht nooit tot stand is gekomen. De goederenrechtelijke werking tussen partijen laat zich derhalve aldus verklaren, dat bij gebrek aan een (geldige) titel de rechtsovergang niet kán hebben plaatsgevonden. Het verval van de gevolgen van eventuele tussenbeschikkingen verricht door de bezwaarde – derhalve de werking ten opzichte van derden – vloeit voort uit de beschikkingsonbevoegdheid van deze bezwaarde, nu hij ten tijde van de tussenbeschikking (alsnog) geen eigenaar blijkt te zijn geweest.¹³⁷ Met andere woorden, de gevolgen van de tussenbeschikking vervallen uit hoofde van het ‘nemo plus’-beginsel.¹³⁸ Zoals ik eerder stelde vormt een dergelijke systematiek in een causaal stelsel bij ontbindende voorwaarden als zodanig een goede verklaring voor de goederenrechtelijke werking.

Deze inzichtelijke systematiek kent echter drie zwakke plekken van geheel verschillende aard. Op de eerste plaats leidt de terugwerkende kracht tot tal van onbedoelde en ongewenste neveneffecten.¹³⁹ Dit aanzienlijke nadeel van terugwerkende kracht werd reeds onder het OBW erkend en vormde voor Meijers de reden om de figuur van de terugwerkende kracht in het NBW in de ban te doen. Weliswaar heeft dit nadeel geen betrekking op de systematiek als zodanig, maar het gewicht ervan moeten we allesbehalve onderschatten. De gemaakte keuze voor het laten vervallen van de terugwerkende kracht is in mijn optiek dan ook alleszins verdedigbaar.

Op de tweede plaats leent terugwerkende kracht bij voorwaardelijkheid van de titel zich slecht voor toepassing bij *opschortende* voorwaarden. Zowel onder het OBW als het NBW wordt er namelijk veelal van uitgegaan dat een verbintenis onder opschortende voorwaarde ten gevolge van de opgeschorte werking niet verschuldigd kán worden nagekomen.¹⁴⁰ Weliswaar zou dit ‘gebrek’ aan de titel door de terugwerkende kracht bij het intreden van de opschortende voorwaarde worden geheeld, maar tot dat (eventuele) moment is de aanvankelijke levering aan de verwachter in een causaal stelsel op niets gestoeld. Vermoedelijk – het komt bij geen enkele auteur expliciet ter sprake – is hierin de reden gelegen dat de goederenrechtelijke werking van opschor-

136 Anders dan heden ten dage soms wordt aangenomen, vormde deze systematiek niet dé verklaring onder het OBW, ook niet in de periode na 1950. Zie § 11.2.4.

137 Dit is overigens de systematiek die voor bijv. het Belgisch recht nog steeds toepassing vindt, zie: Jansen 2009, p. 378.

138 Zie in deze zin bijv. Diephuis die stelde dat de bezwaarde ‘geen vaster regt kon overdragen dan hij zelf had, of waarover hij kon beschikken’ (Diephuis 1886, p. 271).

139 Zie § 2.6.2.3. Deze ongewenste effecten zijn met het nodige creativiteit in de rechtspraak i.e.g. voor een deel opgelost, maar dat leidde soms op zijn beurt weer tot een wat wankelende systematiek.

140 Zie § 3.1.3.1. Een opvatting die ik zelf overigens ten zeerste betwist, zie m.n. § 3.4.

tende voorwaarden onder het OBW merendeels wordt verklaard uit de in § 11.2.3.2 en 11.2.3.3 te bespreken systemen. Daarmee is tevens gegeven dat de verklaring voor de goederenrechtelijke werking tussen ontbindende en opschortende voorwaarden inhoudelijk zou verschillen, hetgeen ik in § 11.2.2.4 als ongewenst beschouwde.

Een laatste zwakte van de terugwerkende kracht is dat deze eigenlijk helemaal geen daadwerkelijke systematiek vormt. Deze 'grondslag' voor het goederenrechtelijke effect van voorwaarden is immers een op de wet gebaseerde fictie.¹⁴¹ Of anders gezegd, de terugwerkende kracht vormt uitsluitend dankzij de wet de 'verklaring' voor de goederenrechtelijke werking. Dat betekent dat deze fictie met gelijkblijvend effect vervangen kan worden door welke wetsduiding dan ook. Een nieuw art. 3:38 lid 3 BW luidende: 'De vervulling van een voorwaarde na een voorafgaand beschikken onder diezelfde voorwaarde heeft goederenrechtelijke werking' vormt derhalve evenveel een verklaring voor goederenrechtelijke werking als de terugwerkende kracht doet.

11.2.3.3 Voorwaardelijkheid van de levering mét en zónder terugwerkende kracht

Het tweede systeem bestaat uit de voorwaardelijkheid van de levering. Een systematiek zoals het Duitse recht en een deel van de Zwitserse literatuur die hanteren en die ook door een deel van de literatuur onder het OBW en het NBW werd respectievelijk wordt verdedigd. Meestal wordt de voorwaarde daarbij specifiek verbonden aan de goederenrechtelijke overeenkomst. Omdat voorwaarden aan rechtshandelingen worden verbonden en de leveringshandeling buiten de goederenrechtelijke overeenkomst nogal eens als een uitsluitend feitelijke handeling wordt beschouwd, is dit laatste in die zin ook begrijpelijk.

De goederenrechtelijke werking tussen *partijen* laat zich met een dergelijke systematiek redelijk verklaren. Bij opschortende voorwaarden 'werkt' de levering pas met het intreden van die voorwaarde of heeft deze ingeval van terugwerkende kracht werking gehad vanaf het moment van de leveringshandeling. Bij ontbindende voorwaarden vervalt (het gevolg van) de aanvankelijke levering alsnog, hetgeen bij terugwerkende kracht eveneens goed verdedigbaar is. Bij het *ontbreken* van terugwerkende kracht wordt dit effect bij ontbindende voorwaarden al enigszins lastiger, omdat het alsdan veronderstelt dat de levering of tenminste de goederenrechtelijke overeenkomst in zijn effecten nog steeds voortbestaat.¹⁴² Met wat goede wil is die hobbel echter nog wel te nemen.

141 Het is in mijn optiek dan ook treffend dat Scheltema, die de terugwerkende kracht als de beste verklaring voor de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden beschouwt, als enige mij bekende auteur het fictieve karakter van de terugwerkende kracht ontkent (Scheltema 2003, p. 295).

142 Zie in een dergelijke zin voor het Zwitsers recht ook Staehelin (Staehelin 1993, p. 44).

Veel moeilijker is het tweede aspect van de goederenrechtelijke werking: de werking ten opzichte van *derden* oftewel het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen. Onverminderd de voorwaardelijkheid van de levering is of wordt de bezwaarde namelijk enig rechthebbende van het geleverde goed. Voor zover we niet het systeem hanteren waarbij het door de bezwaarde gehouden goed tevens in goederenrechtelijk opzicht is 'belast' door de voorwaarde, is de bezwaarde gedurende de periode van onzekerheid daarmee volledig beschikkingsbevoegd ten aanzien van dat goed. Een beschikking ten behoeve van derden is daarmee blijvend van aard in die zin, dat de systematiek er zonder terugwerkende kracht niet toe leidt dat (de gevolgen van) die beschikking bij het intreden van de voorwaarde alsnog vervallen. Terugwerkende kracht zou weer wél tot dat effect leiden; onder het OBW vinden we de voorwaardelijkheid van de levering in combinatie met terugwerkende kracht dan ook vrij veel verdedigd. De ongewenste neveneffecten van terugwerkende kracht gelden alsdan echter onverminderd.

Zoals we in § 11.2.5 zullen zien, hanteren ook het Duitse en Zwitserse recht deze systematiek van de voorwaardelijkheid van de levering respectievelijk goederenrechtelijke overeenkomst, echter zonder terugwerkende kracht. In dit laatste is dan ook de reden gelegen dat de Duitse en Zwitserse wetgevers voor wat betreft het aspect van de – uit hoofde van die systematiek ontbrekende – derdenwerking de eerder genoemde § 161 BGB en art. 152 III OR hebben gecreëerd. De daarin gelegen wetsduiding ondervangt daarbij hetgeen niet uit de systematiek voortvloeit, waardoor het intreden van een voorwaarde alsnog leidt tot verval van de intussen door derden verkregen rechten.

11.2.3.4 Overdracht gevolgd door een voorwaardelijke retro-levering

Een derde systematiek betreft de onvoorwaardelijke overdracht aan de bezwaarde, waarbij direct na de aanvankelijke levering aan de bezwaarde een retro-levering aan de verwachter (oorspronkelijke vervreemder) plaatsvindt onder opschortende voorwaarde. Er is derhalve sprake van twee leveringen, waarbij slechts de tweede – opschortend – voorwaardelijk is. Met de figuur als zodanig wordt echter invulling gegeven aan een ontbindende voorwaardelijkheid van de rechtsverhouding. Beoogd is namelijk de oorspronkelijke vervreemder bij het intreden van de ontbindende voorwaarde wederom eigenaar te laten worden. Zoals ik nog zal bespreken, is dit de systematiek die door het DCFR ten aanzien van ontbindende voorwaarden wordt gevolgd en die ook in het Romeinse recht bekend zou zijn geweest.¹⁴³ Onder het OBW werd een dergelijke systematiek eveneens wel verwoord.¹⁴⁴ De moderne Nederlandse literatuur kent met Van Swaaij één verdediger.¹⁴⁵

143 In deze zin: Scheltema 2003, p. 40 e.v., 95, 96.

144 Opzoomer 1879a, dl. V, p. 123, 124 (echter afwijzend); Van Proosdij 1917, p. 11, 12.

145 Van Swaaij 2000, p. 70, 145.

Het spreekt voor zich dat voren omschreven systematiek van een retro-levering naar zijn aard betrekking heeft op voorwaardelijke beschikkingen onder *ontbindende* voorwaarde. In feite worden echter de twee varianten van een ontbindend en een opschortend voorwaardelijk beschikken gereduceerd tot de variant van een opschortend voorwaardelijk beschikken.¹⁴⁶ Daarmee behoeft ook uitsluitend een opschortend voorwaardelijk beschikken nog een verklaring voor de goederenrechtelijke werking. In zekere zin is daarin ook het eerste probleem gelegen; uit deze systematiek alleen volgt niet waarom opschortende voorwaarden goederenrechtelijke werking zouden hebben. Dit laatste vraagt nog steeds om een additionele verklaring.

Een tweede probleem bestaat daaruit dat de verkrijging door de bezwaarde in goederenrechtelijke zin niet direct voorwaardelijk is. Pas ten gevolge van de direct aansluitende retro-overdracht onder voorwaarde gebeurt dat. Daarmee bestaat een probleem indien de verkrijger reeds bij voorbaat over het goed zou hebben beschikt. Deze eerdere beschikking bij voorbaat zal alsdan in de normale systematiek 'voorgaan' op de retro-overdracht aan de vervreemder. Wetsduiding daargelaten kan ik niet beredeneren hoe dit in een systematiek waarbij onder voorwaarde teruggeleverd wordt anders zou kunnen zijn.¹⁴⁷

Een volgende kwestie betreft de wijze van teruglevering. Voor zover ten aanzien van de levering namelijk aan bepaalde formaliteiten moet worden voldaan – akte, inschrijving in registers, mededeling – zullen partijen deze ook daadwerkelijk moeten naleven.¹⁴⁸ Althans, wederom kan ik niet beredeneren waarom bij een teruglevering niet aan dergelijke formaliteiten behoeft te worden voldaan.¹⁴⁹ Op zich is het vanzelfsprekend mogelijk de terugleve-

146 Van Swaaij zegt dit op een uitzondering na niet met zoveel woorden, maar impliciet volgt dit wel uit zijn betoog: '[] een levering voor het geval dat [cursivering HS] de aan de obligatoire overeenkomst verbonden ontbindende voorwaarde intreedt []' (Van Swaaij 2000, p. 73). In dezelfde zin t.a.v. Van Swaaij: Scheltema 2003, p. 355). Of de ontbindende voorwaarde intreedt, is naar zijn aard onzeker, Daarmee is t.a.v. de 'teruglevering' aan de verwachter inderdaad sprake van een voorwaarde. Deze teruglevering dient echter vanzelfsprekend niet ongedaan gemaakt te worden, maar het effect van die teruglevering – de retro-overdracht – dient alsdan juist pas in te treden. Daarmee is zeker dat in deze systematiek een opschortende voorwaarde en juist geen ontbindende voorwaarde van toepassing is. Bij Van Swaaij vinden we dit in zekere zin onderkend, waar hij spreekt van de opschortende voorwaarde die bestaat in de vervulling van de ontbindende voorwaarde (Van Swaaij 2000, p. 191).

147 Ook Scheltema ziet dit probleem als t.b.v. een derde is beschikt (Scheltema 2003, p. 355).

148 De toelichting bij het DCFR stelt anders – de teruglevering zou 'automatisch' plaatsvinden (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4701) – maar laat de vraag onbesproken waarom dat het geval is.

149 Van Swaaij concentreert zich bij zijn betoog – niet voor niets? – op de teruglevering van roerende zaken, niet-registergoederen. De teruglevering daarvan is immers in de door hem verdedigde visie eenvoudig: een tweezijdige verklaring met de strekking dat de verwachter vanzelf cp weer bezitter is bij het intreden van de voorwaarde (Van Swaaij 2000, p. 73). Wordt die verklaring niet afgelegd, bijv. omdat partijen dit over het hoofd zien, dan zou art. 3:84 lid 4 BW dit verzuim ondervangen en zou de verklaring gelden als te zijn afgelegd.

ring conform alle daaraan gestelde vereisten te laten plaatsvinden. Ik zou echter denken dat een dergelijke benadering voor het handelsverkeer in aanzienlijke mate belastend is – en ook wel erg veel juridisch inzicht vraagt – met als enige doel een bepaalde juridische systematiek te kunnen volgen.

Een laatste mogelijke probleem is gelegen in de titel die ten grondslag moet liggen aan de opschortend voorwaardelijke teruglevering aan de verwachter. Bij de bespreking van het DCFR zullen we zien dat de toelichting ervan uitgaat, dat de eventuele toekomstige ongedaanmakingsverplichting uit hoofde van het intreden van de ontbindende voorwaarde die titel vormt. Daar kunnen we echter in die zin vraagtekens bij zetten, dat in elk geval de verbintenis tot ongedaanmaking door een deel van de auteurs als *toekomstig* van aard wordt beschouwd.¹⁵⁰ Dat zou betekenen dat teruglevering plaatsvindt uit hoofde van een nog niet bestaande verbintenis, hetgeen in elk geval systematische vragen oproept.

Samengevat kent de systematiek van overdracht gevolgd door een retro-levering nogal wat serieuze problemen. Daarnaast verklaart deze niet waarom de (opschortend voorwaardelijke) retro-levering überhaupt goederenrechtelijke werking zou hebben, hetgeen toch wel de kern van de problematiek raakt. Als verklaring voor de goederenrechtelijke werking is de systematiek derhalve hoe dan ook ernstig incompleet. Met uitzondering van de bepaling van het DCFR in § 11.2.5.4 laat ik deze daarom verder voor wat zij is.

11.2.3.5 Voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid

Het vierde en thans als laatste te bespreken systeem onderscheidt zich in zijn werking wezenlijk van de drie vorenbesproken systemen en wordt vrijwel uitsluitend verdedigd door een deel van de Nederlandse literatuur. Terwijl de overige drie systemen betrekking hebben op aspecten die tot de overdracht leiden – titel, levering respectievelijk goederenrechtelijke overeenkomst – is bij deze vierde systematiek sprake van een beperking in goederenrechtelijk opzicht van hetgeen wordt verkregen (of bij een opschortende voorwaarde van hetgeen wordt behouden). Het goed zélf ondervindt derhalve in zekere zin een wijziging ten gevolge van de voorwaarde tot het moment dat de voorwaarde intreedt of vervalt. Hoe we deze goederenrechtelijke wijziging moeten duiden, is bij de betreffende auteurs omstreden: het goed zou zijn 'belast' met de voorwaarde, partijen zouden ten gevolg van de voorwaarde 'beperkt' gerechtigd zijn of ieder van partijen zou een vorm van mede-gerechtigdheid tot het goed hebben. In dit laatste geval zou derhalve sprake zijn van 'gesplitste' of 'gedeelde' eigendom.

Zelf kan ik dit onmogelijk in art. 3:84 lid 4 BW lezen, laat staan voor de gevallen waarin de leveringsformaliteiten m.n. ook een openbaarmakingsfunctie t.o.v. derden vervullen.

150 Zie § 3.3.2.3 en m.n. 6.2.5.7. Een opvatting die ik zelf niet onderschrijf, zodat het thans door mij naar voren gebrachte mogelijke probleem in mijn eigen optiek ontbreekt.

Onverlet de discussie omtrent de duiding van deze goederenrechtelijke wijziging heeft deze systematiek een sterke zijde. De bezwaarde is namelijk hoe dan ook niet beschikkingsbevoegd met betrekking tot het gehele goed. Hij houdt immers een goed dat op enigerlei wijze beperkt wordt door de voorwaarde. Dat maakte het tweede aspect van de goederenrechtelijke werking, de werking ten opzichte van derde-verkrijgers van het goed, voor een *deel* eenvoudig te verklaren. De bezwaarde loopt bij een beschikken over dit goed ten behoeve van een derde immers aan tegen zijn beperkte beschikkingsbevoegdheid ten gevolge van die voorwaardelijkheid. Als voorwaardelijk rechthebbende zou de bezwaarde daarmee ook niet over het goed kunnen beschikken anders dan over het goed dat *beperkt* is door die voorwaarde. De derde verkrijgt derhalve een goed dat op dezelfde wijze door de voorwaarde 'beperkt' zou zijn als het geval is bij de bezwaarde.

Het fraaie aan deze systematiek is dat daarmee verklaard wordt waarom ook de derde die uit hoofde van een tussenbeschikking verkreeg, zelf ook niet meer dan een voorwaardelijk rechthebbende is. In § 11.2.6.3 zullen we zien dat daarin de reden gelegen is dat een deel van de huidige Nederlandse literatuur deze systematiek verdedigt. Ook kunnen we ervan uitgaan dat daarmee de verklaring van de goederenrechtelijke werking ten opzichte van deze derden dezelfde is als tussen partijen. Die verklaring moet namelijk in beide gevallen voortvloeien uit de bezwaring van het goed met de voorwaarde. Zoals ik onderstaand verder zal bespreken, vormt het vorenstaande echter nog geen verklaring als zodanig voor de goederenrechtelijke werking ten opzichte van derden. Immers, vooralsnog verklaart deze systematiek niet méér dan waarom ook de derde zich geconfronteerd ziet met de voorwaarde. Waarom het intreden van de voorwaarde leidt tot een (retro-)overgang op de verwachter is hiermee echter niet verklaard.

Drie andere aspecten van deze systematiek zijn daarentegen veel minder inzichtelijk. De eerste daarvan betreft de vraag waarom de bezwaarde een door de voorwaarde 'beperkte' gerechtigdheid heeft en daarmee ook beperkt beschikkingsbevoegd is ten aanzien van het goed. Als we uitgaan van een deling of splitsing van het goed tussen de bezwaarde en de verwachter is deze beperkte beschikkingsbevoegdheid nog wel inzichtelijk: een deel van de goederenrechtelijke gerechtigdheid bevindt zich alsdan immers in het vermogen van een ander – de verwachter – en uiteraard kan de bezwaarde niet over dat deel beschikken. Een dergelijke splitsing van het goed wordt om dogmatische redenen echter door een deel van de literatuur vrij fel bestreden. In de benadering dat geen sprake is van een dergelijke splitsing, kan de beperkte beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde niet voortvloeien uit het feit dat een deel van de gerechtigdheid (reeds) bij de verwachter berust. Daarmee is tevens de grondslag voor een dergelijke beperkte beschikkingsbevoegdheid onduidelijk. Als de bezwaarde het goed niet deelt met een ander, dan zou men immers verwachten dat deze geheel rechthebbende is en daarmee vanzelfsprekend ook volledig beschikkingsbevoegd is. Vanuit de systematiek

is het alsdan niet verklaarbaar waarom de bezwaarde uit hoofde van de voorwaarde tóch beperkt beschikkingsbevoegd is. Dit effect zou nog wel bereikt kunnen worden door middel van wetsduiding, overeenkomstig het in § 11.2.5 besproken Duitse en Zwitserse recht. Een groot deel van de Nederlandse auteurs ziet in art. 3:84 lid 4 BW ook een dergelijke wetsduiding. Daarmee is in mijn optiek als zodanig weinig mis, als we in dat geval maar voor ogen houden dat niet langer sprake is van een daadwerkelijk systematische verklaring.¹⁵¹

Een tweede weinig inzichtelijk aspect van de thans besproken systematiek is hoe de goederenrechtelijke wijziging van het goed tot stand komt. In de PG en literatuur vinden we daarvoor een benadering die we eufemistisch als 'interessant' kunnen kwalificeren. Zoals in § 11.2.2.1 ter sprake kwam, lijkt er in de TM en de MvA vanuit te worden gegaan dat voorwaardelijkheid van de levering er toe leidt dat de in goederenrechtelijk opzicht 'beperkte' – om het daar maar even op te houden – gerechtigdheid ontstaat. Deze stap van de levering onder voorwaarde naar de bedoelde beperkte gerechtigdheid blijft in de PG echter onverklaard; wáárom leidt een voorwaardelijke levering tot een in goederenrechtelijk opzicht beperkte gerechtigdheid? De levering vormt immers deel van de vereisten voor overdracht, terwijl de bedoelde beperkte goederenrechtelijke gerechtigdheid betrekking heeft op het goed zelf. Of anders gezegd, uit de juridische leveringshandeling als zodanig vloeit voort dát geleverd wordt, maar levering is geen figuur waarmee de goederenrechtelijke gerechtigdheid van een goed als zodanig kan worden aangepast.¹⁵² De systematiek waarbij een wijze van levering de inhoud bepaald van hetgeen wordt verkregen, kent het BW in ieder geval niet in enig ander verband.¹⁵³ Het verbinden van de voorwaarde aan de levering lijkt in deze systematiek dan ook in zoverre onterecht, dat uit de voorwaarde alsnog voortvloeit wát geleverd wordt. Aan dit opvallende aspect van deze systematiek wordt in de nog te bespreken literatuur geen aandacht besteed.

Het laatste lastige aspect van deze systematiek is wellicht nog wezenlijker. Waarom leidt de in verband met de voorwaarde *beperkte* gerechtigdheid bij het intreden van de voorwaarde überhaupt tot een (retro-)overgang tussen

151 Al had bij de aanneming van een dergelijke wetsduiding de complexiteit van de huidige Nederlandse discussie enorm beperkt kunnen worden door bijv. i.p.v. de huidige tekst in art. 3:84 lid 4 BW te bepalen: 'Voorwaarden hebben goederenrechtelijke werking'. Iets anders is dat voormelde wetsbepaling in mijn optiek een geheel andere betekenis heeft of tenminste in de bedoeling van Meijers had, zie § 11.2.2.2.

152 Iets anders is dat de levering uiteraard betrekking heeft op een bepaald goed. Wat dat goed inhoudelijk verder is t.t.v. de levering, wordt echter niet bepaald door de levering, ook niet v.w.b. de juridische aspecten ter zake dat goed.

153 De vestigingshandeling t.b.v. het laten ontstaan van beperkte rechten heeft hier daarentegen wel iets van weg. Bij de vestiging wordt immers de inhoud van hetgeen wordt verkregen binnen de door de wet gestelde grenzen vastgesteld. Een dergelijke vestigingshandeling is echter iets anders dan een levering, juist omdat er een afgeleid respectievelijk andersoortig goederenrechtelijk recht ontstaat.

partijen en het vervallen van tussenbeschikkingen ten opzichte van derden? Een verklaring voor deze effecten is de door de voorwaarde beperkte gerechtigdheid immers niet. Sterker, voor de werking tussen partijen is deze systematiek zelfs buitengewoon moeilijk te verklaren. Bij de vorenbesproken drie andere systemen is de voorwaardelijkheid verbonden aan de aspecten die leiden tot overdracht. Dat maakt het 'heen-en-weer schuiven' van bijvoorbeeld eigendom bij het intreden van een voorwaarde in die zin begrijpelijk; het is niet de voorwaarde die leidt tot de eigendomsverschuiving, maar de (beoogde) overdracht verkrijgt met het intreden van de opschortende voorwaarde effect of dit effect wordt door de ontbindende voorwaarde daaraan juist ontnomen.

Bij een systematiek gebaseerd op voorwaardelijke gerechtigdheid is dit laatste volledig anders. Er is daarbij in het geheel geen sprake van enig 'heen-en-weer schuiven' van eigendom of andersoortige gerechtigdheid uit hoofde van de eerdere overdracht. Voorwaarden zelf kunnen de gevolgen van rechtshandelingen opschorten of beëindigen, maar vormen geen figuur die zelfstandig tot enigerlei rechtsovergang kan leiden. Voorwaarden vormen in de Nederlandse opvatting immers ook een onzelfstandig bestanddeel respectievelijk modaliteit en niet een figuur met zelfstandige betekenis.¹⁵⁴ Dit ontbreken van de mogelijkheid om zelfstandig tot een rechtsovergang te leiden, geldt eveneens voor de gerechtigdheid tot een goed. Waarom zou de door mij gehouden 'ontbindend voorwaardelijke eigendom' – wat dat verder ook is – bij het intreden van de voorwaarde weer terugkeren bij de vervreemder? Het zelfstandig van eigenaar kunnen wisselen – derhalve zonder dat sprake is van een verband met een door de vervreemder en verkrijger verrichte rechtshandeling – is een eigenschap die door niemand aan eigendom of andersoortige gerechtigdheid wordt toegedicht. Het begrip *goed* is ook niet voor niets statisch van aard. In de PG en door de auteurs die deze systematiek verdedigen, wordt het goederenrechtelijk effect niettemin met een hoge mate van vanzelfsprekendheid en nota bene zonder verdere verklaring aangenomen.¹⁵⁵

Zijdelings verwant aan het vorenstaande speelt bij de thans besproken systematiek nóg een vraagstuk. In § 2.3.3 kwam ter sprake dat zonder enige twijfel voorwaarden aan rechtshandelingen kunnen zijn verbonden. In het kader van een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid is daarvan echter geen sprake; niet de rechtshandeling maar het goed zélf is bezwaard of beperkt met dan wel gesplitst door de voorwaarde. Voorwaardelijkheid krijgt daarmee een geheel andere invulling dan in het geval deze aan een

¹⁵⁴ Zie § 2.3.4.

¹⁵⁵ Zie voor een bespreking van de PG § 11.2.2.1. Aangetekend zij dat het nogal de vraag is of Meijers de werking tussen partijen inderdaad verklaarde uit een dergelijke beperkte goederenrechtelijke gerechtigdheid. V.w.b. de werking t.o.v. derden was dat vrij duidelijk wel de opvatting van Meijers. De MvA baseert beide aspecten van de goederenrechtelijke werking wel expliciet op deze beperkte gerechtigdheid. Zie voor de literatuur § 11.2.4 en m.n. 11.2.6.

rechtshandeling of obligatoire aspecten van een rechtsverhouding is verbonden. Het is dan ook niet voor niets dat auteurs die deze systematiek verdedigen, moeite hebben met het kwalificeren van die voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid. Per saldo kent daarmee (ook) deze vierde systematiek stevige problemen als verklaring voor de goederenrechtelijke werking.

De conclusie is dan ook dat ieder van de vorenomschreven vier systemen weliswaar de goederenrechtelijke werking voor een groter of kleiner deel kan verklaren, maar niet voor de gezamenlijke vier situaties die we kunnen onderscheiden: overdracht onder ontbindende of opschortende voorwaarde alsmede werking tussen partijen en ten opzichte van derden. Met deze vier systemen en de daarin gesignaleerde tekortkomingen in gedachten bestuderen we in de komende paragrafen de opvattingen in de verschillende stelsels.

11.2.4 De verklaringen onder het OBW

11.2.4.1 *Inleiding*

In § 2.6.2.2 besprak ik dat onder het OBW breed werd onderschreven dat aan het intreden van voorwaarden – tenminste als uitgangspunt – terugwerkende kracht was verbonden. Globaal genomen werd de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van voorwaarden onder het OBW ook in deze terugwerkende kracht gezien, met name bij ontbindende voorwaarden. Echter, de verschillende opvattingen waren niet alleen aanzienlijk diffuser en genuanceerder dan uit dit globale beeld volgt, maar wijzigden ook nog eens gestaag gedurende de werkingsperiode van het OBW. De terugwerkende kracht vormde derhalve als verklaring voor die werking wel de grootste gemene deler, maar die vaststelling doet als zodanig weinig recht aan de voortdurende en omvangrijke discussies onder het OBW daaromtrent.

In deze paragraaf wil ik geen diepgaande weergave geven van de historische ontwikkeling onder het OBW van deze verklaring van de goederenrechtelijke werking. Op de eerste plaats is er dienaangaande reeds veel onderzoek verricht, relatief recent nog door Scheltema.¹⁵⁶ Belangrijker is echter dat deze historische ontwikkeling en de vele verschillende opvattingen die daaraan ten grondslag lagen voor het onderhavige onderzoek slechts van bescheiden belang zijn. Een groot gedeelte van de discussies richtte zich namelijk op de vraag óf voorwaarden inderdaad goederenrechtelijke werking kenden en óf de verklaring voor die (eventuele) goederenrechtelijke werking in de terugwerkende kracht was gelegen. De goederenrechtelijke werking is intussen echter feitelijk onbetwist en de verklaring voor die werking is voor het geldend recht zeker niet gelegen in de terugwerkende kracht. Daarnaast is het aanvankelijke

156 Scheltema 2003.

discussiepunt of het Nederlandse recht een causaal of abstract stelsel kende, sinds 1950 beslist in het voordeel van de eerste.¹⁵⁷ Voor het thans geldend materiële recht is de historische ontwikkeling onder het OBW in die zin derhalve slechts van beperkt belang.

Niettemin zal ik onderstaand wel een aantal opvattingen onder het OBW in een min of meer chronologische volgorde bespreken, met name in verband met twee aspecten. Ten eerste zijn de verdedigde verklaringen ook voor het huidig recht nog steeds van belang, voor zover die géén aansluiting zochten bij de terugwerkende kracht. Op de tweede plaats werd onder het OBW door een deel van de literatuur verschil gemaakt in de verklaring voor de goederenrechtelijke werking tussen partijen en die ten opzichte van derden. Daaruit blijkt dat dit door mij eveneens voor het Nederlandse geldend recht verdedigde onderscheid derhalve – naast het feit dat het Zwitserse en zeker het Duitse recht ook een dergelijk verschil maken – voor het Nederlandse recht niet nieuw is.

11.2.4.2 *De periode tot 1930*

Voor wat betreft de periode tot 1930 is het vaststellen van de verklaring van de goederenrechtelijke werking niet zo eenvoudig. In de literatuur werd namelijk maar relatief bescheiden aandacht besteed aan die verklaring, zeker waar het betreft de literatuur in de negentiende eeuw.¹⁵⁸ Voor zover dit anders was, waren de gegeven verklaringen veelal niet heel inzichtelijk. Onverminderd dit laatste werd de goederenrechtelijke werking meestal wel in verband gebracht met de terugwerkende kracht, zie de onderstaand besproken literatuur. In de rechtspraak kwam dat verband daarentegen minder duidelijk naar voren. In een arrest uit 1868 stelde de Hoge Raad dat het intreden van een ontbindende voorwaarde in een overeenkomst niet gelijk is te stellen met 'eene volkomene vernietiging, als of zij [de overeenkomst, HS] nimmer had bestaan'.¹⁵⁹ Deze benadering liet onverlet dat de Hoge Raad aan het intreden van een (ontbindende) voorwaarde wel degelijk het verval van tussenbeschikkingen verbond, zie bijvoorbeeld een arrest uit 1873 waarbij een hypotheekrecht om die reden kwam te vervallen.¹⁶⁰ In elk geval in expliciete zin blijkt uit

¹⁵⁷ HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1 (Damhof/Staat).

¹⁵⁸ In gelijke zin: Scheltema 2003, p. 176, 177. Dit was ook reeds in 1919 door Cleveringa geconstateerd: Cleveringa 1919, p. 140.

¹⁵⁹ HR 19 juni 1868, W. 3018. A-G Karseboom drukte zich als volgt uit: 'Art. 1301, al. 1, B.W. spreekt dan ook niet van eene volkomene vernietiging der overeenkomst, alsof deze nimmer bestaan had, maar van een doen ophouden der verbindtenis, dat is, voor het vervolg de rechtsgevolgen ontnemen, []; en het rechtsgevolg wordt er aan verbonden, dat door die ontbinding de zaken weder terugkeeren tot den vorigen stand, even alsof er geene verbindtenis bestaan had'. Overigens handelt het arrest over de ontbindende voorwaarde van wanprestatie van art. 1302 OBW, maar de Hoge Raad verwijst uitdrukkelijk naar art. 1301 OBW, waardoor het arrest toch een algemene strekking heeft.

¹⁶⁰ HR 21 november 1873, W. 3659.

niets dat de Hoge Raad of de AG in dit arrest de relatie met de terugwerkende kracht leggen. Van enige andere duidelijke verklaring blijkt echter evenmin, waar uitsluitend verwezen wordt naar art. 1215 OBW.¹⁶¹ Ook in een arrest uit 1916 wordt de goederenrechtelijke werking van een ontbindende voorwaarde terloops door de Hoge Raad genoemd, maar van enige verklaring blijkt niet.¹⁶²

Zoals gezegd vinden we daarentegen in de literatuur uit deze periode duidelijke aanwijzingen dat de terugwerkende kracht als verklaringsgrond werd beschouwd. Bijvoorbeeld Diephuis en Opzoomer spraken zich uitdrukkelijk in deze zin uit.¹⁶³ Beide auteurs noemden echter wel de terugwerkende kracht, maar plaatsten deze niet in een systematiek waar de goederenrechtelijke werking als een logische consequentie uit zou voortvloeien. Daarbij zij aangetekend dat Diephuis nota bene uitging van een causaal stelsel, terwijl Opzoomer juist een abstract stelsel verdedigde.¹⁶⁴ Van enig verschil in de verklaring voor de goederenrechtelijke werking tussen beiden blijkt echter niet. Meer dan de vaststelling dat de terugwerkende kracht tot de goederenrechtelijke werking leidt, vinden we bij Diephuis en Opzoomer derhalve niet. Ook Everts en later De Savornin Lohman legden de relatie tussen terugwerkende kracht en goederenrechtelijke werking.¹⁶⁵ Anders dan Diephuis en Opzoomer plaatste in elk geval Everts deze wel in een zekere systematiek. Als verklaring bleef die echter enigszins ondoorgrondelijk. Dit laatste mede omdat het er in redelijke mate de schijn van heeft dat Everts uitging van een abstract stelsel, echter zonder dat Everts de consequenties daarvan uitwerkte.¹⁶⁶

161 Overigens merk ik op dat art. 1215 OBW zeker niet per definitie beschouwd hoeft te worden als toepassing van terugwerkende kracht. Zie bijv. de AG bij het voormelde arrest, die de wetsbepaling plaatste in het kader van de 'nemo plus-regel'.

162 HR 25 februari 1916, NJ 1916, 501 (m.b.t. ontbindende voorwaarde van wanprestatie resp. 1302 OBW).

163 Diephuis 1886, p. 269 e.v.; Diephuis 1885, p. 132, 133 (zie ook p. 122 v.w.b. de goederenrechtelijke werking van opschortende voorwaarden die Diephuis 'in overeenstemming' met de terugwerkende kracht beschouwde (Diephuis 1885, p.129); Opzoomer 1879a, p.152 e.v. (in het verband van het verval van tussenbeschikkingen), p. 169 e.v. Zien in dezelfde zin: WPNR 1893, p. 577 (onbekende auteur).

164 Diephuis 1888, p. 69; Opzoomer 1879 a, p. 224 e.v. (zie in gelijke zin: Scheltema 2003, p. 184; Wiarda 1937, p. 144, 145).

165 Land/De Savornin Lohman 1907, p. 61; Everts 1883, p. 134, 145, 176.

166 Zie v.w.b. Everts veronderstelde opvatting ter zake het abstracte stelsel: Everts 1883, p. 160. Zie in deze zin over Everts: Scheltema 2003, p. 179, 182; Wiarda 1937, p. 145; Cleveringa 1919, p. 142 (Cleveringa constateerde in dat verband overigens dat Everts de eerste voor het Nederlandse recht is, die het abstracte stelsel als zodanig aannam).

Uit de koppeling van de terugwerkende kracht aan de gedachte dat een (ontbindende) voorwaarde een 'voorlopig gevolg geeft, dat echter, bij hare vervulling, ten gevolge dier beperkte wilsverklaring, weer wordt te niet gedaan', lijkt Everts i.e.g. de goederenrechtelijke werking van de (ontbindende) voorwaarde te verklaren. Het helderst verwoord vinden we dit bij zijn betoog aangaande het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde: 'Wil dit waar zijn [het verval van tussenbeschikkingen door

Van Goudoever zocht eveneens aansluiting bij de redactie van art. 1301 OBW.¹⁶⁷ Daarbij ging hij uit van een causaal stelsel,¹⁶⁸ waarbij de terugwerkende kracht leidde tot het verval van de titel en daarmee de gevolgen van de levering. Daarmee is Van Goudoever de vroegste door mij bestudeerde auteur die expliciet de systematiek verdedigde waarbij de combinatie van een causaal stelsel met terugwerkende kracht tot goederenrechtelijke werking van (ontbindende) voorwaarden leidde.¹⁶⁹

Ook Van Oven plaatste de goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde in het licht van de terugwerkende kracht. Althans, zónder terugwerkende kracht was goederenrechtelijke werking zijns inziens in elk geval uitgesloten.¹⁷⁰ Daarbij volgde ook hij de redenering dat ten gevolge van de terugwerkende kracht de titel verviel en daarmee tevens de gevolgen van de levering tussen partijen.¹⁷¹ Van Oven ging dan ook uit van een causaal stel-

de bezwaarde bij het intreden van de voorwaarde, HS], dan is het duidelijk, dat die voorwaardelijke toestand van den eigendom reeds moet bestaan hebben vóór de nieuwe eigendomsoverdracht en vóór het verleenen van de hypotheek, dus, 'dat de ontbindende voorwaarde aanstonds bij het aangaan der verbindtenis, waaraan de verkoper of bezwaarder zijn eigendom ontleent, was vastgesteld en als bestanddeel in de overeenkomst opgenomen, zoodat zij aan het zakelijk regt zelf, dat de schuldeischer kreeg, verbonden was' (Everts 1883, p. 100). De aanhalingen in het citaat zijn als zodanig door Everts opgenomen, maar de bedoeling daarvan blijkt niet. Zie aangaande de verklaring van Everts voor het verval van tussenbeschikkingen ook p. 175, 176.

Twijfels vloeien onder andere voort uit het feit dat Everts soms toch aansluiting lijkt te zoeken bij een causaal stelsel. Ik citeer: 'Reeds uit deze beschouwing blijkt en volgt onwedsprekelijk, dat de schuldenaar, al had hij ook reeds voorloopig aan zijn voorwaardelijke schuld voldaan, nooit schuldenaar geweest is, en hij dus altijd ongestoord eigenaar, bezitter, enz. van de door hem geleverde zaken geweest is, d.w.z., dat ook de vervulde ontbindende voorwaarde terugwerkende kracht heeft, die partijen en zaken in den toestand verplaatst, als had tusschen haar nooit eenige rechtsbetrekking bestaan' (Everts 1883, p. 150). Het al dan niet bestaan van een 'schuld' is in een abstract stelsel echter zonder betekenis. Het verband dat Everts hier legt, kan ik derhalve moeilijk plaatsen in de rest van zijn betoog. Ook Cleveringa uit stevige twijfels op dit punt, waar hij constateert dat Everts in het geheel niet inzag dat hij een nieuwe titelopvatting had geïntroduceerd (Cleveringa 1919, p. 142). Daarnaast lijkt Everts de goederenrechtelijke werking soms te beschouwen als een gevolg náást terugwerkende kracht en niet ván de terugwerkende kracht: 'Ook dit is duidelijk [het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van de ontbindende voorwaarde, HS], en volgt uit de terugwerking en de ipso jure werking, want deze handelingen blijken dan door iemand verricht te zijn, die niet het minste recht op het goed had' (Everts 1883, p. 176). Onder de 'ipso jure werking' verstaat Everts blijkens de rest van zijn betoog de goederenrechtelijke werking en niet zozeer de werking van rechtswege.

167 Van Goudoever 1913, p. 61, 237.

168 Van Goudoever 1913, p. 238 nt. 3.

169 Overigens lijkt Van Goudoever in enige mate ook te neigen naar een beperkte beschikkingsbevoegdheid bij de bezwaarde, waar hij spreekt van een 'onvolkomen recht'. Daar gaat in zekere mate de suggestie vanuit dat niet zozeer de titel maar het recht zélf voorwaardelijk zou zijn.

170 Van Oven 1919, p. 303, nt. 1 (en eerder: Van Oven 1918, p. 159).

171 Van Oven 1916, p. 558.

sel.¹⁷² Voor het tweede aspect van de goederenrechtelijke werking – de werking ten opzichte van derden – is de opvatting van Van Oven echter minder duidelijk. In 1918 stelde hij: 'Een rechtsstelsel kan het zeer goed zoo bepalen, en aldus de rechten van derden benadeelen ten behoeve van een der partijen, maar de aard der ontbindende voorwaarde met terugwerkende kracht brengt het niet mee []'.¹⁷³ Oftewel, Van Oven zag in de terugwerkende kracht wel een verklaringsgrond voor goederenrechtelijke werking tussen partijen, maar niet voor wat betreft het aspect van het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen door de bezwaarde. Het met terugwerkende kracht komen te vervallen van de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde vormde voor hem blijkbaar geen afdoende verklaring. Inhoudelijk onderbouwde hij deze benadering met de gedachte dat het partijen in hun onderlinge relatie vrijstond wat tussen hen had te gelden, maar dat zij niet konden beschikken over de (intussen verkregen) rechten van anderen. Dit alles liet onverlet dat Van Oven een dergelijk verval van tussenbeschikkingen niettemin tóch aanvaardde.¹⁷⁴ Hoe we deze opvattingen van Van Oven met elkaar moeten rijmen, is mij niet duidelijk.¹⁷⁵

Een duidelijk afwijkende opvatting werd door Van Proosdij verdedigd. Van Proosdij liet de vraag open of het Nederlandse recht een causaal of een abstract stelsel kende.¹⁷⁶ Voor de eventuele goederenrechtelijke werking van voorwaarden vormde dit wezenlijke verschil in uitgangspunten voor hem echter geen probleem; het al dan niet bestaan van goederenrechtelijke werking in een specifiek geval was in zijn optiek niet zozeer een kwestie van de achterliggende systematiek, maar uitsluitend een gevolg van de billijkheid respectievelijk de algemene rechtsbeginselen.¹⁷⁷ Deze niet-systematische benadering door Van Proosdij vond geen enkele navolging, met uitzondering van de instemming van Polderman.¹⁷⁸

172 Van Oven 1924, p. 101 e.v. Volgens Wiarda zou Van Oven op dit uitgangspunt beperkte uitzonderingen erkent hebben (Wiarda 1937, p. 145).

173 Van Oven 1918, p. 147. Op p. 146 en 147 betoogt Van Oven overigens vrij uitgebreid dat de werking t.o.v. derden geen gevolg is van de systematiek van terugwerkende kracht.

174 Van Oven 1924, p. 101, 102; Van Oven 1916, p. 558.

175 Wellicht dat Van Oven in zijn artikel uit 1918 uitsluitend de systematiek van voorwaarden in abstracto besprak, terwijl hij dat in zijn artikel uit 1916 en het preadvies uit 1924 voor het positieve recht van het OBW deed. Voor die 'in abstracto'-benadering vinden we in het artikel uit 1918 wel een aantal aanwijzingen, maar tegelijkertijd eindigt Van Oven dit artikel juist met de vaststelling dat de wettelijke bepalingen van het OBW alleen niet tot een resultaat leiden v.w.b. de goederenrechtelijke werking. Bovendien beschouwde Van Oven in het preadvies het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde juist als een *toepassing* van het causale stelsel (p. 101). Oftewel, het verval van tussenbeschikkingen zou wel degelijk zijn verklaring vinden in de systematiek.

176 Zie o.a. Van Proosdij 1917, p. 58. Zie ook in deze zin: Polderman 1918 p. 4.

177 Van Proosdij 1917, p. 58 e.v. Zie in deze zin over de opvattingen van Van Proosdij ook: Polderman 1918, p. 4.

178 Polderman 1918.

Van de zijde van Meijers hand ontbreken in de thans besproken periode geschriften over de goederenrechtelijke werking grotendeels. In zijn noot bij HR 10 november 1916 stelt hij in elk geval dat (opschortende) voorwaarden verbonden kunnen zijn aan de (rechtshandeling van de) levering.¹⁷⁹ Ook uit een artikel uit 1917 kunnen we zonder meer afleiden dat hij de goederenrechtelijke werking in deze periode reeds onderschreef.¹⁸⁰ Meijers' *promovendus* Cleveringa was daarentegen de meest invloedrijke auteur in de periode tot 1930 ter zake de verklaring van de goederenrechtelijke werking. Cleveringa was net als Meijers een verdediger van het abstracte stelsel.¹⁸¹ Bij dit door hem verdedigde stelsel nam hij tevens goederenrechtelijke werking aan van de (ontbindende) voorwaarde, zij het zonder terugwerkende kracht.¹⁸² De combinatie van deze elementen – abstract stelsel, goederenrechtelijke werking en geen terugwerkende kracht – kennen we uit het Duitse recht, zoals dat vanaf de invoering van het BGB gelding had. Niettemin zocht Cleveringa bij zijn opvattingen voor het Nederlandse recht geen aansluiting bij het Duitse.¹⁸³ Als verklaring voor de goederenrechtelijke werking wees Cleveringa de mogelijkheid van een goederenrechtelijke overeenkomst onder voorwaarde in ieder geval af.¹⁸⁴ Uiteindelijk zag hij geen logische verklaring voor het bestaan van de goederenrechtelijke werking en beschouwde het – door hem niet betwiste – bestaan daarvan uitsluitend als wetsduiding en voortvloeiend uit de historische ontwikkeling ter zake.¹⁸⁵

11.2.4.3 De periode 1930 – 1950

We zien derhalve dat gedurende de lange periode tot 1930 de terugwerkende kracht in de visies van veel auteurs enigerlei functie ter zake de goederenrech-

179 HR 10 november 1916, WPNR 2476 (1917), p. 278.

180 Meijers 1917a, p. 23.

181 Zie Cleveringa 1919, p. 69: 'Een onzekerheid bij de overeenkomst merken zij [de verdedigers van het causale stelsel, HS] aan als van invloed op de standvastigheid der levering'. Uit de daarop volgende afwijzing van die gedachte volgt eigenlijk al de richting waarin Cleveringa denkt. Uit zijn betoog op p. 142 e.v. volgt vervolgens zonder twijfel, dat hij het abstracte stelsel aanhangt.

182 Cleveringa wijst weliswaar nergens de terugwerkende kracht expliciet van de hand, maar wezenlijk is dat hij die figuur evenmin ergens hanteerde. Zie o.a.: Cleveringa 1919, p. 144, 154 e.v. en 163 e.v. Opvallend genoeg is Cleveringa in deze meermalen foutief geïnterpreteerd. Van Oven kwam tot de onjuiste conclusie dat Cleveringa de terugwerkende kracht t.b.v. goederenrechtelijke werking juist wel onderschreef (Van Oven 1919, p. 303, nt. 1) en ook Van Swaaij komt tot deze foutieve interpretatie (Van Swaaij 2000, p. 30). Scheltema interpreteert Cleveringa daarentegen wel juist (Scheltema 2003, p. 185, 186).

183 Het heeft er alle schijn van dat de verklaring daarvoor is gelegen in het feit dat Cleveringa zich in die zin vergiste, dat hij meende dat het Duitse recht slechts persoonlijke werking aan het intreden van een (ontbindende) voorwaarde toekende (Cleveringa 1919, p. 137 e.v.).

184 Cleveringa 1919, p. 145.

185 Cleveringa 1919, p. 145, 155, 162 (ter zake verval van tussenbeschikkingen). In gelijke zin: Scheltema 2003, p. 186, 187.

telijke werking van voorwaarden vervulde. Onomstreden was deze echter niet en zeker niet in het verband van de exacte functie die deze in de systematiek zou moeten vervullen. In de navolgende periode tot 1950 bleef de vraag omstreden of het Nederlandse stelsel als abstract dan wel causaal (of eventueel putatief) kwalificeerde. Sommige auteurs probeerden die vraag onbeantwoord te laten in het verband van (de verklaring van) de goederenrechtelijke werking van voorwaarden. Anderen verdedigden wel een bepaald stelsel, maar kwamen vervolgens tot uiteenlopende antwoorden met betrekking tot deze goederenrechtelijke werking respectievelijk de verklaring daarvan. Ook in deze periode was er dan ook geen sprake van een duidelijke lijn in de verscheidene opvattingen.

Hofmann ging ervan uit dat het Nederlandse recht een abstract stelsel kende.¹⁸⁶ Niettemin stelde hij ter zake ontbindende voorwaarden 'dat de ontbinding van de rechtshandeling, die tot de levering aanleiding heeft gegeven, naar ons recht in beginsel zakelijke werking heeft, []'.¹⁸⁷ In de door hem bedoelde rechtshandeling die tot de levering aanleiding heeft gegeven kan weinig anders worden gezien dan de titel. Het is derhalve de vraag hoe Hofmann bij het uitgangspunt van een abstract stelsel desondanks gevolgen verbindt aan de ontbinding van de titel.¹⁸⁸ Wat daar van zij, de terugwerkende kracht vervulde naar Hofmanns opvatting in ieder geval een cruciale rol, in verband met het feit dat bij het ontbreken daarvan zijns inziens ook geen sprake was van goederenrechtelijke werking.¹⁸⁹

Anders dan Hofmann liet Van Brakel de vraag naar de aard van het Nederlandse stelsel als causaal of abstract bewust onbeantwoord. Voor de (verklaring van de) goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde was deze aard in zijn optiek namelijk zonder belang. Van Brakel verdedigde namelijk dat een verval van de titel hoe dan ook niet afdoende was om de grondslag te (kunnen) vormen voor die werking. Althans, hij stelde dat art. 1301 OBW 'slaat [] op de ontbinding der overeenkomst en laat zich met de zakenrechtelijke gevolgen, welke daaraan verbonden kunnen zijn, niet in. Indien men niettemin aan de ontbinding van het contract in sommige of in alle gevallen een zakenrechtelijke werking, hetzij alleen tusschen partijen, hetzij

186 Hofmann 1944, p. 230 (en eerder: Hofmann 1933, p. 180). Wiarda stelt m.b.t. Hofmann onterecht anders (Wiarda 1937, p. 144), maar heeft zich door Hofmann op het verkeerde been laten zetten. Op p. 166 spreekt Hofmann van de wederzijdse bedoeling van partijen om de eigendom over te laten gaan, maar doelt daarmee slechts op de goederenrechtelijke overeenkomst. Daarnaast noemt Hofmann dat de wet het vereiste van een titel op zich kan stellen, maar blijkt zijn betoog op p. 180 niet stelt.

187 Hofmann 1933, p. 182.

188 In 1944 lijkt Hofmann te stellen dat de voorwaarde wel degelijk aan de goederenrechtelijke overeenkomst is verbonden, die echter – bij een voorwaarde die reeds in de titel is opgenomen – niet (nogmaals) bij de goederenrechtelijke overeenkomst uitdrukkelijk behoeft te worden vermeld (Hofmann 1944, p. 231).

189 Hofmann 1933, p. 182.

ook tegenover derden meent te moeten verbinden, dan moet men dit op grond van ons zakenrecht alléén aannemen'.¹⁹⁰ Hoe dit in het 'zakenrecht' zou zijn vormgegeven, omschreef Van Brakel echter niet. Dat laat onverlet dat we kunnen vaststellen, dat Van Brakel het met terugwerkende kracht vervallen van de titel niet beschouwde als de systematiek waarlangs (ontbindende) voorwaarden goederenrechtelijke werking zouden verkrijgen.

P. Scholten verdedigde daarentegen de causale leer.¹⁹¹ De combinatie van dit vereiste van een titel met de terugwerkende kracht van de (ontbindende) voorwaarde vormde voor hem de grondslag voor de goederenrechtelijke werking.¹⁹² Anders dan Scholten maar overeenkomstig Van Brakel liet Wiarda het antwoord op de vraag of het Nederlandse recht een causaal, abstract dan wel putatief stelsel van eigendomsoverdracht kende uitdrukkelijk onbeantwoord.¹⁹³ Door die vraag open te laten, was voor Wiarda de titel als aanknopingspunt voor de verklaring van de goederenrechtelijke werking in ieder geval ongeschikt. Deze verklaring zocht Wiarda dan ook in de goederenrechtelijke overeenkomst onder voorwaarde als ook in de onvoorwaardelijke overdracht van voorwaardelijke eigendom.¹⁹⁴ Beide mogelijkheden hadden zijns inziens tot gevolg, dat mét het intreden van de ontbindende of opschortende voorwaarde de verwachter van rechtswege eigenaar werd.

Niettemin bestond er in Wiarda's opvatting wel een verschil bij het vereiste van terugwerkende kracht. Bij de *opschortende* voorwaarde vervulde de terugwerkende kracht bij geen van beide mogelijkheden een functie, althans niet als dwingend vereiste voor goederenrechtelijke werking.¹⁹⁵ Voor wat betreft de mogelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst onder opschortende voorwaarde was Wiarda's verklaring daarbij gelegen in de goederenrechtelijke gebondenheid die uit die (voorwaardelijke) goederenrechtelijke overeenkomst voor partijen voortvloeit. Ten aanzien van de mogelijkheid van 'eigendom onder opschortende voorwaarde' blijft die verklaring echter steken op de constatering dát deze mogelijk zou zijn.¹⁹⁶

190 Van Brakel 1935c, p. 2. In deze zin ook: Van Brakel 1935a, p. 27 e.v.

191 Asser/Scholten 1933, p. 178, 179 (en eerder: Asser/Scholten 1905, p. 97 e.v.).

192 Asser/Scholten 1933, p. 179.

193 Zie Wiarda 1937, p. 136 e.v. (m.n. p. 149). Deze vaststelling is overigens uitsluitend gebaseerd op het beperkte aantal door mij bestudeerde geschriften van Wiarda. Scheltema komt echter tot dezelfde conclusie (Scheltema 2003, p. 243).

194 Wiarda in: Houwing & Wiarda 1940, p. 48 e.v. (m.n. p. 53); Wiarda 1937, p. 126 e.v.

195 Wiarda in: Houwing & Wiarda 1940, p. 54; Wiarda 1937, p. 126, 130. Mógelijk acht hij die terugwerkende kracht bij de opschortende voorwaarde echter zonder meer, althans v.w.b. bestaande (niet toekomstige) goederen.

196 Zie Wiarda 1937, p. 130 e.v. Scheltema ziet Wiarda's verklaring daarbij in de splitsing van het eigendomsrecht in spiegelbeeldige (voorwaardelijke) eigendom (Scheltema 2003, p. 244). Zelf lees ik in Wiarda's betoog daarentegen niet meer dan de constatering, dát sprake is van een dergelijke splitsing en dát het intreden van de voorwaarde daarbij goederenrechtelijk effect zou hebben (zie m.n. p. 132).

Voor de *ontbindende* voorwaarde was dat naar zijn opvatting anders: de onvoorwaardelijke overdracht van eigendom onder ontbindende voorwaarde zou zeer wel mogelijk zijn zónder het vereiste van terugwerkende kracht te stellen, terwijl bij de goederenrechtelijke overeenkomst onder ontbindende voorwaarde de terugwerkende kracht wél een vereiste vormt.¹⁹⁷ Dit verschil vloeit daaruit voort dat de rol van de goederenrechtelijke overeenkomst bij een (beoogde) verkrijging onder ontbindende voorwaarde direct is uitgespeeld bij de levering, zodat deze zijns inziens zónder terugwerkende kracht op een later moment van het intreden van de voorwaarde niet meer van belang kan zijn. Buitengewoon inzichtelijk is het betoog van Wiarda nochthans niet.¹⁹⁸

Een mogelijke volgende stap werd in 1939 door de Hoge Raad gezet. In dat jaar wees de Hoge Raad arrest waarin de Hoge Raad voor specifiek de overdracht van octrooien aannam, dat ter zake een dergelijke overdracht een abstract stelsel gold.¹⁹⁹ Een nadien opgekomen ontbindende voorwaarde bij een eerdere overdracht (althans de in art. 1302 OBW bedoelde voorwaarde van tekortschieten) waarmee de uiteindelijke verkrijger ten tijde van zijn verkrijging ook bekend was, had volgens de Hoge Raad echter geen goederenrechtelijke effect. Of anders gezegd, de tussenbeschikking waarbij de uiteindelijke verkrijger het octrooi verkreeg, bleef in stand. De vraag is uiteraard hoe de Hoge Raad dit gevolg van het ontbreken van goederenrechtelijke werking onderbouwde. De Hoge Raad stelt in dit verband dat het abstracte stelsel 'meebrengt dat het recht, hetwelk Lamp aan de overdracht van het octrooi ontleende, niet werd getroffen door het feit, dat de overeenkomst, ter uitvoering waarvan Vonk zijn recht zonder voorbehoud aan Lamp (lees: Van de Leemput, *Red.*) overdroeg, later door ontbinding werd tenietgedaan, []'. Hiermee lijkt de Hoge Raad te zeggen dat, omdát de titel in een abstract stelsel voor de overdracht zonder belang is, van goederenrechtelijke werking (in elk geval ten opzichte van derden) geen sprake kan zijn. Daaruit zou volgen dat de Hoge Raad in een *causaal* stelsel de goederenrechtelijke werking van voorwaarden wel degelijk zou afleiden uit de titel, ook al stelt de Hoge Raad dit niet met zoveel woorden.²⁰⁰

Voor de opvattingen in de literatuur maakte het arrest weinig indruk, althans de verschillende auteurs beroepen zich slechts zelden op dit arrest. Zo stelde Houwing zich op het standpunt dat het Nederlandse recht een *causaal* (of tenminste putatief) stelsel kende.²⁰¹ Hij aanvaardde ook de goede-

197 Wiarda 1937, p. 130.

198 Zie ook de uitgebreide bespreking van Wiarda's opvatting door Scheltema, waarbij ik constateer dat ook Scheltema enige moeite heeft met het betoog van Wiarda (Scheltema 2003, p. 243 e.v.).

199 HR 28 april 1939, NJ 1939, 866.

200 In gelijke zin: Scheltema 2003, p. 266, 267.

201 Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 2, 3. In die zin is Scheltema niet helemaal juist, waar hij (uitsluitend) stelt dat Houwing van een *causaal* stelsel uitging (Scheltema 2003, p. 231).

renrechtelijke werking van *ontbindende* voorwaarden bij roerende zaken.²⁰² Hoe Houwing deze goederenrechtelijke werking verklaarde, blijft echter in zekere mate onduidelijk. In ieder geval zag hij bij de overdracht 'onder ontbindende voorwaarde' naast de koopovereenkomst en de zakelijke overeenkomst nóg een obligatoire overeenkomst.²⁰³ Deze behelsde in zijn opvatting een afwijking of aanvulling van de koopovereenkomst: 'Men zal begrijpen, wat ik met deze nadere overeenkomst wil: de aan de obligatoire overeenkomst verbonden ontbindende voorwaarde heeft immers zakelijke werking. Zij doet den eigendom op den vervreemder overgaan – al of niet met terugwerkende kracht – zonder levering, niet door wilsovereenstemming van partijen, maar krachtens wetsbepaling'.²⁰⁴ Het heeft er derhalve de schijn van dat Houwing overeenkomstig de opvattingen van Cleveringa en (vermoedelijk) Hofmann de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden uitsluitend verklaarde uit hoofde van wetsduiding, zelfs al ging Houwing uit van een causaal stelsel. Bij *opschortende* voorwaarden wees Houwing goederenrechtelijke werking bij roerende zaken en rechten daarentegen af op basis van de gedachte, dat ten tijde van het intreden van de voorwaarde nog steeds wilsovereenstemming vereist was.²⁰⁵ Van enige 'zakelijke gebondenheid' wilde Houwing niet weten. Bij onroerende zaken speelde dit probleem van de wilsovereenstemming volgens Houwing niet, zodat de opschortende voorwaarde daarbij zijns inziens wel goederenrechtelijke werking had.²⁰⁶

Suijling wees de mogelijkheid van een overdracht onder *ontbindende* voorwaarde geheel af, zodat we bij hem voor die voorwaarde uiteraard ook geen verklaring van de goederenrechtelijke werking vinden.²⁰⁷ Deze afwijzing volgde uit de gedachte dat ten gevolge van een dergelijke goederenrechtelijke werking de eigendom in de tijd zou zijn gesplitst, hetgeen in strijd zou zijn met het door Suijling verdedigde idee van ondeelbare eigendom.²⁰⁸ Vermoedelijk mogen we die benadering echter ook omdraaien: de goederenrechtelijke werking van voorwaarden zou derhalve in de opvatting van Suijling worden verklaard door een splitsing van de goederenrechtelijke gerechtigdheid tussen

202 Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 41. Vermoedelijk achtte Houwing deze ook mogelijk bij de overdracht van onroerende zaken, maar expliciet is hij daar niet over.

203 Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 40, 41.

204 Gezien dit citaat kan ik dan ook niet inzien, hoe Scheltema tot de conclusie kan komen dat Houwing de opvatting zou zijn toegedaan dat door de terugwerkende kracht van de ontbindende voorwaarde de rechtstitel komt te vervallen en – als uitvloeisel van het causale stelsel – daarmee de eerdere overdracht tenietging (Scheltema 2003, p. 231).

205 Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 42 e.v. (zie ook p. 49). Die visie werd (veel) later door de Hoge Raad afgewezen: HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745.

206 Houwing in: Houwing & Wiarda 1940, p. 47 e.v. Uit de vereiste inschrijving van de akte zouden partijen alsnog 'zakelijk' zijn gebonden (zie p. 49).

207 Suijling 1940, p. 93, 268 e.v.

208 Suijling 1940, p. 94.

bezwaarde en verwachter.²⁰⁹ Een opvatting die we als een van de beide eerder door Wiarda verdedigde mogelijkheden herkennen, met dien verstande dat Suijling de mogelijkheid van een dergelijke splitsing afwijst. De overdracht onder *opschortende* voorwaarde onderkende Suijling daarentegen wel. De goederenrechtelijke werking van de voorwaarde was zijns inziens daarbij echter beperkt tot de rechtsovergang tussen partijen. De gevolgen van een eventuele tussenbeschikking door de bezwaarde zouden bij het intreden van de voorwaarde niet alsnog vervallen. De reden voor dit laatste zag Suijling daarin dat anders de vooralsnog door de bezwaarde gehouden eigendom op een wijze zou worden beperkt, dat nog slechts een (door hem afgewezen) tijdelijke eigendom zou resteren.²¹⁰

Van Dijk verbond de opschortende voorwaarde (in het kader van het eigendomsvoorbehoud) expliciet niet aan de titel, maar aan de levering.²¹¹ Daaruit zou volgen dat het rechtsgevolg van die levering – de eigendomsovergang – pas intreedt met de vervulling van de voorwaarde. Ook bij De Bruijn vinden we een dergelijke benadering. Hij verdedigde de goederenrechtelijke werking van zowel ontbindende als opschortende voorwaarden, maar ging daarvoor niet uit van het (dwingende) vereiste van terugwerkende kracht.²¹² Wél onderschreef hij de mogelijkheid dat de voorwaarde met goederenrechtelijk effect terugwerkte, maar dat was zijns inziens ook niet meer dan een geboden mogelijkheid. De aanvankelijke verklaring van De Bruijn voor de goederenrechtelijke werking was in ieder geval gelegen in de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst.²¹³ De Bruijn zocht zeker geen verklaring in een splitsing van het eigendomsrecht tussen de verwachter en de bezwaarde, ook al stelt hij dat de gerechtigdheid van de verwachter het midden houdt tussen een persoonlijk en een zakelijk recht. Dit laatste vloeide zijns inziens echter uitsluitend voort uit de mogelijkheid van de verwachter door betaling van de koopprijs de eigendom te verkrijgen en lijkt daarmee meer een beschrijving van de in goederenrechtelijk opzicht beschermde positie van de verwachter. De benadering van een gesplitst eigendomsrecht vinden we tot slot wél bij Van Dijk, maar ook deze worstelde met de exacte kwalificatie van de gerechtigdheid van de verwachter.²¹⁴

209 Het is echter niet uit te sluiten dat Suijling deze splitsing slechts als een (niet mogelijke) consequentie van de voorwaarde zag en deze derhalve geen verklaring als zodanig vormde. Een aanwijzing daarvoor vinden we daarin, dat hij – blijkens een enigszins zijdelingse opmerking – de voorwaarde verbindt aan de levering (Suijling 1940, p. 268 nt. 1).

210 Suijling 1940, p. 268.

211 Van Dijk 1940, p. 45.

212 De Bruijn 1948, p. 361 (en eerder: De Bruijn 1945, p. 235 e.v. (m.n. p. 237)).

213 De Bruijn 1948, p. 360 (en eerder: De Bruijn 1945, p. 243 e.v.). Overigens heb ik niet gevonden of De Bruijn uitging van een causaal of een abstract stelsel voor het Nederlands recht.

214 Van Dijk 1940, p. 60.

11.2.4.4 De periode 1950 – 1992 en de conclusie

We zagen dat in de voorgaande periode tot 1950 de goederenrechtelijke werking in beperkte mate werd betwijfeld, maar met name dat de verklaring voor die goederenrechtelijke werking omstreden was. Het is in zekere zin opvallend dat in de relatief korte periode tussen 1930 en 1950 de terugwerkende kracht als verklaring in de literatuur duidelijk aan betekenis inboet. Een duidelijke reden daarvoor lijkt te ontbreken. Wat daar van zij, in 1950 wijzigde de discussie ten gevolge van het arrest Damhof/Staat wezenlijk doordat de Hoge Raad definitief vaststelde dat het Nederlandse recht een causaal stelsel kende.²¹⁵ Voor de bepaald niet eenvoudig te duiden opvattingen van Meijers verwijs ik naar de TM als besproken in § 11.2.2.1. Samengevat was in Meijers' optiek de levering voorwaardelijk, maar heeft het er tot op zekere hoogte tevens de schijn van dat de verwachter dankzij de voorwaardelijkheid van de levering direct over een goederenrechtelijk recht beschikt.²¹⁶ Gezien art. 3.2.5 OM (het huidige art. 3:38 BW) zag Meijers in ieder geval geen noodzaak de goederenrechtelijke werking uit de terugwerkende kracht te laten voortvloeien.

In de jaren vijftig verdedigde Beekhuis zowel voor ontbindende als opschortende voorwaarden dat het goed dat onder voorwaarde wordt geleverd zélf van die voorwaarde afhankelijk is.²¹⁷ Tegelijkertijd stelde Beekhuis dat de overdracht zelf – hij doelde waarschijnlijk op de *levering* in de huidige terminologie en met name op de goederenrechtelijke overeenkomst – voorwaardelijk was.²¹⁸ Beekhuis lijkt daarbij te duiden op een systematiek waarbij de voorwaardelijkheid van de levering leidt tot een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid. Helemaal duidelijk is hij voor wat betreft dit laatste echter niet. Voor zover hij dit inderdaad bedoelde, blijkt echter niet waarom voorwaardelijkheid van de levering tot een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid zou leiden. In elk geval zocht Beekhuis geen aansluiting bij voorwaardelijkheid van de titel of bij de figuur van de terugwerkende kracht.²¹⁹

Ook bij Veenhoven vinden we geen enkele verwijzing naar de titel noch de terugwerkende kracht. Volgens hem zijn zowel ontbindende als opschortende voorwaarden verbonden aan de goederenrechtelijke overeenkomst (en

215 HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1 (Damhof/Staat).

216 Struycken komt i.e.g. tot de conclusie dat Meijers er vermoedelijk van uitging dat de verwachter inderdaad beschikt over een goederenrechtelijk recht (Struycken 2007, p. 559 e.v.).

217 Asser/Beekhuis 1957, p. 154 e.v.

218 Asser/Beekhuis 1957, p. 154, waar Beekhuis expliciet stelt dat de zakelijke overeenkomst onder opschortende of ontbindende voorwaarde kan worden aangegaan.

219 Wél wijst Beekhuis op de partijbedoeling ter zake de beoogde voorwaardelijkheid van de overdracht ten gevolge waarvan ook de onderliggende verbintenis tot overdracht voorwaardelijk zal zijn.

daarmee derhalve onderdeel van de levering).²²⁰ Daaraan verbond Veenhoven zowel de werking tussen partijen als die ten opzichte van derden. Een verdere verklaring waarom die effecten zouden intreden ontbreekt echter.

In 1961 volgt de Hoge Raad in het Seneca-arrest ten aanzien van ontbindende voorwaarden een andere koers.²²¹ In dit arrest stelt de Hoge Raad dat de terugwerkende kracht van de ontbinding van de koopovereenkomst niet kon wegnemen, dat de verkrijger van de oorspronkelijk verkochte en geleverde zaken door zaaksvorming nieuw gevormde zaken eigenaar was geworden en derhalve ook eigenaar bleef. Wat van deze kwestie van de zaaksvorming ook zij, het uitgangspunt van de Hoge Raad is daarmee duidelijk een goederenrechtelijke werking van de voorwaarde ten gevolge van het met terugwerkende kracht vervallen van de titel.²²² Een benadering die derhalve overeenstemde met de eerdere opvattingen van onder meer van Van Goudoever, Van Oven, en P. Scholten. Deze zijdelingse vaststelling door de Hoge Raad valt ook goed te plaatsen in het licht van het eerdere arrest Damhof/Staat. Dat de Hoge Raad hiermee voor het OBW – vooralsnog – leek vast te stellen dat de systematiek van de goederenrechtelijke werking van (ontbindende) voorwaarden bestond uit het met terugwerkende kracht vervallen van de titel, leidde in de literatuur echter niet tot een breder aanvaarde verklaring.

In Pitlo's zeer onduidelijke visie op de verklaring van de goederenrechtelijke werking vinden we nauwelijks of geen aanknopingspunt bij deze door de Hoge Raad genoemde systematiek. Pitlo stelt bijvoorbeeld: 'Het is [] de vraag of de terugwerking eigen is aan de voorwaarde bij de zakelijke rechtshandeling'.²²³ Tegelijkertijd leed het zijns inziens 'weinig twijfel' dat deze verbonden was aan (ontbindende) voorwaarden en zag hij geen bezwaar tegen terugwerkende kracht bij opschortende voorwaarden.²²⁴ Wat precies de functie van de terugwerkende kracht zou moeten zijn, blijft bij Pitlo niettemin onduidelijk. Expliciete aansluiting bij de onderliggende verbintenis of titel zocht Pitlo in elk geval niet.²²⁵ Voor de goederenrechtelijke werking van zowel opschor-

220 Veenhoven 1955, p. 23, 24.

221 HR 6 januari 1961, NJ 1962, 19 (Seneca).

222 Zie ook het eerdere arrest van de Hoge Raad van 10 december 1943 (NJ 1944, 159), waar de Hoge Raad reeds tot deze zelfde (zeer kort verwoorde) vaststelling komt.

223 Pitlo 1965, p. 198. Overigens verwijst Pitlo in dit verband naar HR 19 december 1935, NJ 1936, 948, maar uit dat arrest valt m.i. v.w.b. de thans besproken kwestie niets af te leiden.

224 Zo komt hij tot de vaststelling dat ook voorstanders van de abstracte leveringstheorie de goederenrechtelijke werking – blijkbaar u.h.v. de terugwerkende kracht – erkennen (Pitlo 1965, p. 198). Zijn suggestie dat de bedoelde voorstanders inderdaad aansluiting zochten bij de terugwerkende kracht is echter, zoals uit de vorenomschreven opvattingen blijkt, voor een belangrijk deel onjuist. Overigens kwam Pitlo zelf tot de vaststelling dat in een abstract stelsel voorwaarden geen goederenrechtelijke werking kennen (Pitlo 1964 p. 83).

225 Zie bijv. Pitlo 1964 p. 83, waar Pitlo stelt: 'In de causale leveringstheorie werkt de ontbindende voorwaarde in de obligatoire verhouding opgenomen door in de daarop volgende zakelijke overeenkomst, zodat bij het uiteenvallen van de obligatoire verhouding de zakelijke overeenkomst mede wegvalt en er een zakelijke vordering tot teruggave ontstaat'. Op dezelfde pagina wekt Pitlo de suggestie dat e.e.a. het gevolg is van de terugwerkende kracht,

tende als ontbindende voorwaarden bij overdracht van roerende zaken is in zijn optiek de 'gebonden wil' van partijen wezenlijk, waar uit lijkt te volgen dat terugwerkende kracht in de visie van Pitlo helemaal geen rol vervult bij de goederenrechtelijke werking.²²⁶ Althans, ik heb geen enkel systematisch verband tussen de bedoelde 'gebonden wil' en de figuur van terugwerkende kracht kunnen vinden. De eerder door de Hoge Raad verwoorde systematiek vinden we bij Pitlo dan ook niet terug.

Schoordijk lijkt in 1971 in overeenstemming met de Hoge Raad de verklaring van goederenrechtelijke werking onder het OBW in de terugwerkende kracht te zien. Hij verbond de voorwaarde echter aan de levering en niet aan de titel.²²⁷ Weliswaar vinden we een dergelijke systematiek ook bij andere auteurs onder het OBW, maar de inzichtelijke systematiek in een causaal stelsel van het verval van de titel bij het intreden van een ontbindende voorwaarde werd derhalve (ook) door Schoordijk niet gevolgd.

Bij Van Opstall vinden we halverwege de jaren zeventig deze laatste systematiek wel uitgebreid verdedigd.²²⁸ Enigszins moeilijker is daarentegen dat Van Opstall tevens stelt, dat de voorwaarde niet op de rechtshandeling moet worden betrokken, maar op het met die rechtshandeling beoogde rechtsgevolg.²²⁹ Naar ik aanneem – ik heb dit bij Van Opstall niet expliciet verwoord gevonden – leidt de meerzijdige rechtshandeling van aanbod en aanvaarding tot de titel, waarmee deze het voorwaardelijke rechtsgevolg zou zijn van die rechtshandeling. Indien deze laatste aanname van de opvatting van Van Opstall onjuist zou zijn, kan ik de door Van Opstall voorgestane systematiek daarentegen niet goed plaatsen.

Den Dulk verdedigde in 1979 dat de goederenrechtelijke werking voortvloeide uit de voorwaarde bij de titel.²³⁰ Of daarbij aan de terugwerkende kracht een functie toe kwam, bespreekt Den Dulk niet. De voorwaarde is zijns inziens in elk geval niet verbonden aan de goederenrechtelijke overeenkomst.

We zien derhalve dat weliswaar een deel van de literatuur de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden benaderde vanuit de systematiek van verval met terugwerkende kracht van de titel, maar dat tegelijkertijd een

maar op welke wijze die systematiek zou werken – zie bijv. de vorengeciteerde moeilijk te duiden verhouding tussen obligatoire en zakelijke overeenkomst – blijft bij Pitlo onduidelijk.

226 Pitlo 1965, p. 198. Overigens constateert Pitlo wel dat de figuur van de gebonden wil in de jurisprudentie werd afgewezen (verwijzend naar HR 6 juni 1930, NJ 1930, 1193).

227 Schoordijk 1971, p. 459 nt. 14 (zie in een zelfde zin: Schoordijk 1986, p. 117, waar Schoordijk de voorwaarde specifiek verbindt aan de goederenrechtelijke overeenkomst). Schoordijk merkt daarbij overigens op dat de terugwerkende kracht als verbonden aan voorwaarden door hem werd beschouwd als het Nederlands geldend recht. Voor zover al juist betwijfel ik echter, of die voorwaarde ook werd beschouwd als verbonden aan de levering.

228 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 395 e.v.

229 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 384.

230 Den Dulk 1979, p. 132, 133.

wezenlijk deel van de auteurs een andere benadering volgde. In 1980 wees de Hoge Raad echter wederom arrest waarbij in het kader van fiduciaire zekerheidseigendom de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden aandacht kreeg.²³¹ In dit arrest herhaalde de Hoge Raad dat de (impliciete) ontbindende voorwaarde aan de overeenkomst is verbonden, waarmee – de Hoge Raad zegt het niet met zoveel woorden – de systematiek van verval van de titel gevolgd lijkt te worden.

Dit arrest werd echter in het thans besproken verband op één belangrijk punt in de literatuur verschillend geïnterpreteerd. Kleijn lijkt in zijn relatief veel besproken noot bij dit arrest een verband te leggen tussen art. 1301 OBW en de terugwerkende kracht van voorwaarden, waarbij hij overigens geen aansluiting zocht bij een verval van de titel.²³² Opvallend genoeg werd juist op grond van ditzelfde arrest door een groot deel van de literatuur verdedigd, dat de Hoge Raad de goederenrechtelijke werking bij het intreden van ontbindende voorwaarden ook zónder terugwerkende kracht mogelijk zou achten.²³³ Althans voor wat betreft de werking tussen partijen. Onder meer Mijnsen baseert deze stelling (uitsluitend) daarop dat de Hoge Raad spreekt van een 'alsdan' en 'weer' overgaan van de eigendom bij het intreden van de voorwaarde, terwijl bij terugwerkende kracht de eigendom geacht moest worden nimmer te zijn overgedragen aan de bezwaarde.²³⁴ Een benadering van dit arrest waar ik duidelijke twijfels bij heb.²³⁵

231 HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.).

232 Heel duidelijk is Kleijn op dit punt echter niet, al wordt hij in de literatuur wel zo geïnterpreteerd (Mezas 1985, p. 23, nt. 62; Bakels 1981, p. 631, nt. 11; Mijnsen 1981, p. 645).

233 Faber & Van Hees 1994, p. 193 (die tevens stellen dat de Hoge Raad geanticipeerd kan hebben op de artt. 3:38 lid 2 en 3:84 lid 4 BW); Zwitter 1993, p. 530; Brahn 1988, p. 55; Mezas 1985, p. 23 (die eveneens stelt dat de Hoge Raad in dit arrest leek te hebben geanticipeerd op art. 3:38 lid 2 NBW, zie p. 24); De Groot e.a. 1983, p. 145; Bakels 1981, p. 631, nt. 11; Mijnsen 1981, p. 645; Brahn 1981b, p. 338; Van der Grinten 1981, p. 86 (Van der Grinten gaat nog een stapje verder, waar hij stelt dat de Hoge Raad de verklaring van de terugwerkende kracht in dit arrest *uitdrukkelijk* verwerpt. Dit laatste kan ik met de beste wil niet in het arrest lezen. Overigens stelt Van der Grinten tevens dat uit dit arrest voor de eerste maal zou volgen dat de Hoge Raad een overdracht onder voorwaarde aanvaardt. Dat is zeker niet juist, zie de in § 11.1.4 en hiervoor in deze § 11.2.4 vermelde rechtspraak). Ook A-G Franx noemt die interpretatie van het arrest, maar oppert duidelijke twijfels t.a.v. die interpretatie (zie zijn conclusie bij HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745). Let wel, met uitzondering van Van der Grinten is de stelling bij de voormelde auteurs *niet* dat de goederenrechtelijke werking niet door de terugwerkende kracht verklaard wordt, maar dat deze blijkens voormeld arrest i.e.g. niet uit de terugwerkende kracht verklaard *behoeft* te worden.

234 Ook Mezas en Brahn hechten sterk aan deze woorden (Mezas 1985, p. 23; Brahn 1981b, p. 338).

235 Het is m.n. de vraag hoeveel gewicht we aan deze woorden van de Hoge Raad mogen toekennen. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest immers niet als zodanig over de terugwerkende kracht bij voorwaarden, noch over de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van voorwaarden. Ook A-G Franx uitte sterke twijfels over die interpretatie (zie zijn conclusie bij HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745).

Mijnssen zelf verdedigde uit hoofde van dit arrest een verklaring van de goederenrechtelijke werking bestaande uit de voorwaardelijkheid van het verkregen recht: een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid derhalve.²³⁶ Korte tijd later nam hij echter tezamen met Schut een ander standpunt in, waarbij wel degelijk de terugwerkende kracht van de aan de levering respectievelijk goederenrechtelijke overeenkomst verbonden ontbindende voorwaarde tot verval van de aanvankelijke levering leidde.²³⁷ Ook de levering onder opschortende voorwaarde zou mogelijk zijn, waarbij de terugwerkende kracht bij het intreden van die voorwaarde geen toepassing zou vinden.

Bij Rutten vinden we in 1981 geen systematische verklaring voor de goederenrechtelijke werking.²³⁸ Overeenkomstig de visie van Cleveringa onderbouwt Rutten het bestaan daarvan met de historische ontwikkeling, al heeft de terugwerkende kracht – gezien zijn stelling *sec* – in zijn opvatting wel betekenis. Hoe we deze terugwerkende kracht in de systematiek moeten plaatsen, beschrijft hij echter niet. Het ten gevolge van een ontbindende voorwaarde met terugwerkende kracht vervallen van de titel en daarmee van de overdracht wordt door hem in elk geval niet verdedigd. Deze laatste opvatting vinden we daarentegen weer wel verdedigd door Brahn, (wellicht) Den Tonkelaar, Hijma en Olthof alsmede Van Buchem-Spapens.²³⁹ Ook Vriesendorp verdedigt de combinatie van voorwaardelijkheid van de titel en terugwerkende kracht als verklaringsgrond, maar dan met betrekking tot opschortende voorwaarden.²⁴⁰ Het dankzij de terugwerkende kracht alsnog ten tijde van de (eerdere) levering blijken te bestaan van een rechtsgeldige titel liet zijns inziens de rechtsovergang met effect intreden.

In 1989 stelt de Hoge Raad vast dat ook vorderingen onder een opschortende voorwaarde kunnen worden geleverd.²⁴¹ Daarbij verbindt de Hoge Raad in dit arrest de opschortende voorwaarde echter aan de rechtshandeling van de cessie en derhalve niet aan de titel. Of de Hoge Raad daarmee een koerswijziging beoogde ten opzichte van de voormelde arresten uit 1961 en 1980, bijvoorbeeld in het kader van anticipatie op het NBW, is onduidelijk. In deze beide laatste arresten ging het immers om *ontbindende* voorwaarden, zodat het ook mogelijk is dat de Hoge Raad in het arrest van 1989 met betrekking

236 Mijnssen 1981, p. 646.

237 Mijnssen & Schut 1982, p. 54 e.v.

238 Asser/Rutten I (De verbintenis in het algemeen) 1981, p. 147 e.v. V.w.b. het OBW is Ruttens standpunt daarmee sinds 1958 niet gewijzigd (Asser/Rutten 1958, p. 161 e.v.).

239 Brahn 1988, p. 37 (m.b.t. art. 1302 OBW); Den Tonkelaar 1983, p. 105 (t.a.v. opschortende voorwaarden verdedigt Den Tonkelaar geen duidelijke opvatting, zie p. 87); Hijma & Olthof 1982, p. 259; Van Buchem-Spapens 1982, p. 60, 61. Overigens stellen Hijma en Olthoff voor het NBW dat de *levering* bij gebrek aan terugwerkende kracht niet de verklaringsgrond voor de goederenrechtelijke werking kan vormen (p. 260). *Mét* terugwerkende kracht zou dat – blijkbaar – anders zijn.

240 Vriesendorp 1985, p. 24 e.v.

241 HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745.

tot een *opschortende* voorwaarde een andere systematiek wenste te hanteren. Een tweede interessant punt aan dit arrest is dat de Hoge Raad – mijns inziens wezenlijk duidelijker dan in het arrest uit 1980, maar niettemin niet geheel onbetwistbaar – vaststelt dat terugwerkende kracht op zich geen vereiste vormt voor de goederenrechtelijke werking bij het intreden van de voorwaarde.²⁴² Althans, voor wat betreft de goederenrechtelijke werking tussen partijen. Voor de werking ten opzichte van derden die uit hoofde van een tussenbeschikking door de bezwaarde gerechtigde zijn geworden, is dat anders.²⁴³ De Hoge Raad noemt expliciet de terugwerkende kracht als onderdeel van de verklaring waarom deze derde zijn gerechtigdheid verliest ten gunste van de verwachter. Ondanks (ook) dit arrest hield een aanzienlijke groep van auteurs in de laatste jaren waarin het OBW nog werking had bij ontbindende voorwaarden vast aan de gedachte, dat de goederenrechtelijke werking voortvloeide uit het met terugwerkende kracht vervallen van de titel.²⁴⁴

Conclusie

In de hedendaagse literatuur wordt gesteld dat – in ieder geval vanaf de tweede helft van de twintigste eeuw – breed of zelfs algemeen werd aangenomen, dat de goederenrechtelijke werking van de *ontbindende* voorwaarde onder het OBW voortvloeide uit het met terugwerkende kracht vervallen van de titel.²⁴⁵ Deze opvatting kunnen we op grond van het vorenstaande voor het OBW als geheel echter als onjuist of tenminste als onvoldoende nauwkeurig beschouwen.²⁴⁶ Dat geldt ook voor de periode na 1950, waarin door de Hoge Raad was vastgesteld dat het Nederlandse recht een causaal stelsel kende. Zoals we zagen werd dit verval van de titel ten gevolge van de terugwerkende kracht weliswaar door een aantal auteurs verdedigd, maar deze opvatting vond zeker geen algemene ingang. Bovendien zien we dat een bredere acceptatie van deze benadering pas vanaf 1980 plaatsvindt, derhalve pas in de laatste jaren waarin het OBW werking had. De beste papieren voor deze benadering

242 De Hoge Raad stelt: 'Voor zover aan het onderdeel de gedachte ten grondslag ligt dat bij een cessie naar Nederlands recht de vervulling van de voorwaarde slechts werkt vanaf het ogenblik van de cessie, is het eveneens tevergeefs voorgesteld. Het ziet er immers aan voorbij dat het aan partijen vrijstaat om bij de overeenkomst voor de werking van de vervulling van de voorwaarde een ander tijdstip te bepalen'.

243 Zie ook: Hartkamp 1991, p. 869.

244 Hartkamp 1991, p. 869; Holtman 1991, p. 456; Van Straaten 1990, p. 47; Zwitser 1990, p. 36; Chao-Duivis 1988, p. 172.

245 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 225; Zwitser 2013, p. 250; (impliciet) Van Velten 2012, p. 33; Reehuis 2010, p. 88; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, p. 139 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132); Scheltema 2003, p. 262; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 187; Den Tonkelaar 1994, p. 86, 92; Fikkers 1992, p. 67.

246 Zie in eenzelfde zin: Van der Grinten 1981, p. 86; Rutten in zijn noot bij HR 6 januari 1961, NJ 1962, 19 (Rutten stelt: 'Ook dit [de goederenrechtelijke werking t.o.v. derden, HS] is sedert tal van jaren heersende leer, zij het dat er in het geheel geen eenstemmigheid bestaat omtrent de grondslag daarvan'.

onder het OBW vinden we nog bij voormelde arresten van de Hoge Raad na 1950. Ook bij de Hoge Raad zelf vinden we echter aanwijzingen voor andere verklaringen. Met het vorenstaande kom ik derhalve voor de periode na 1950 tot een wezenlijk andere conclusie dan Scheltema.²⁴⁷

De figuur van de terugwerkende kracht *buiten* het verband van verval van de titel vond in de literatuur duidelijk ruimere aanhang. Toepassing van de terugwerkende kracht leidde bij deze auteurs echter tot talloze varianten in de verdedigde systematiek – voor zover die systematiek bij individuele auteurs overigens al afdoende inzichtelijk is. Van enige breder gedragen opvatting is derhalve geen sprake, met dien verstande dat de terugwerkende kracht als gezegd wel de spil vormde waar de verschillende opvattingen zich om heen bewogen. Voor de periode vóór 1950 is de conclusie niet veel anders, waarbij de discussie omtrent het causale of abstracte karakter van het Nederlandse recht de zaken overigens nog minder inzichtelijk maakte.

Voor wat betreft de goederenrechtelijke werking van opschortende voorwaarden leent de voorwaardelijkheid van de titel zich hoe dan ook slecht. De opschortende voorwaarde werd dan ook meestal aan de levering respectievelijk de goederenrechtelijke overeenkomst verbonden, al dan niet met als consequentie de verkrijging van een in goederenrechtelijke zin voorwaardelijke gerechtigdheid.²⁴⁸ Soms werd aan deze voorwaardelijke levering expliciet terugwerkende kracht gekoppeld, maar ook bleef de terugwerkende kracht in dat verband vaak onbesproken. Per saldo ontbrak voor de goederenrechtelijke werking van opschortende voorwaarden een breder gedragen verklaring, zoals dat (met uitzondering van de laatste jaren van het OBW) ook voor de ontbindende voorwaarden gold. De slotconclusie is dan ook dat de verklaring van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden, voor zover deze inderdaad werd aanvaard, gedurende de gehele werkingsduur van het OBW zeer omstreden is gebleven.

247 Scheltema stelt juist dat in deze periode algemeen werd aangenomen dat het intreden van een ontbindende voorwaarde terugwerkende kracht had en daarmee leidde tot het van aanvang af ontbreken van een geldige titel en daarmee van de overdracht (Scheltema 2003, p. 262). Echter, zoals we zagen werd de terugwerkende kracht veelal helemaal niet verbonden aan het verval van de titel, óók niet door een aantal van de door Scheltema genoemde auteurs.

248 Vriesendorp constateert – overigens tot zijn eigen verbazing – dan ook dat opschortende voorwaardelijkheid van de titel in de literatuur van het OBW nauwelijks werd genoemd (Vriesendorp 1985, p. 27). Bartels en Van Mierlo stellen niettemin dat het dankzij de terugwerkende kracht alsnog van kracht worden van de titel de verklaring voor de goederenrechtelijke werking onder het OBW zou hebben gevormd (Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 225). Dat kunnen we echter als onjuist beschouwen.

11.2.5 De verklaringen naar Duits en Zwitsers recht en het DCFR

11.2.5.1 Inleiding

Het kwam reeds meermalen kort ter sprake dat het Duitse en Zwitserse recht bij de verklaring van de goederenrechtelijke werking een geheel andere koers varen dan het Nederlandse. Met betrekking tot een relatief bescheiden aantal (hierna te bespreken) kwesties vloeien daar wellicht ook materiële verschillen uit voort, maar die zijn van beperkt belang. Het verschil in systematiek met het Nederlandse recht is derhalve vooral van theoretische aard en bestaat daaruit, dat zowel het Duitse als het Zwitserse recht de verklaring van de goederenrechtelijke werking tussen partijen onderscheiden van de verklaring van die werking ten opzichte van derden. Of anders gezegd, de verklaring waarom voorwaarden tussen partijen goederenrechtelijke werking hebben is niet tévens de verklaring waarom voorwaarden leiden tot het verval van tussenbeschikkingen door de bezwaarde. Voor de werking tussen partijen wordt deze in de Duitse literatuur vrijwel algemeen gezien in de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst. In de Zwitserse literatuur wordt die benadering door een deel van de auteurs eveneens onderschreven, maar ook vinden we wel andere opvattingen. De werking ten opzichte van derden wordt daarentegen in beide stelsels afgeleid uit wetsduiding: § 161 BGB en art. 152 III OR. Deze wetsartikelen worden beschouwd als beschermingsbepalingen ten behoeve van de verwachter, juist omdat de gehanteerde systematiek van de werking tussen partijen niet zou leiden tot het verval van tussenbeschikkingen.

Een laatste inleidende opmerking ten aanzien van beide stelsels betreft het volgende. Terwijl in de Nederlandse rechtskring boekenplanken zijn volgeschreven over de goederenrechtelijke werking van voorwaarden, mogen we de aandacht voor die werking in de Duitse en Zwitserse rechtskring als relatief bescheiden aanmerken. Althans, voor wat betreft de *verklaring* van die werking. De aandacht voor het *materiële recht* ter zake het verval van tussenbeschikkingen is daarentegen vrij groot, met name in de Duitse kring. Deze materiële gevolgen zijn mede in die zin interessant, dat de grondslag daarvoor is gelegen in wetsduiding respectievelijk de strekking als beschermingsbepaling van § 161 BGB en art. 152 III OR. Met andere woorden, deze gevolgen worden niet afgeleid uit een achterliggende systematiek voor het verval van tussenbeschikkingen, maar uit de bedoeling van de beide wetgevers met deze wetsbepalingen. In de Nederlandse rechtskring is in zekere zin sprake van een tegengestelde benadering. Het – voor de Nederlandse rechtskring niet bijzonder ver uitgewerkte – materiële recht ter zake het verval van tussenbeschikkingen wordt min of meer als een gegeven beschouwd, terwijl de grondslag voor dat materiële recht juist omstreden is. Bij deze laatste benadering komt aan de verdere uitwerking van het materiële recht in de Zwitserse en met name Duitse rechtskring in die zin betekenis toe, dat deze beide stelsels daarmee inzicht

geven in hetgeen mogelijk (ook) voor het Nederlandse recht zou moeten worden verklaard. Bij de onderstaande bespreking besteed ik daarom de nodige aandacht aan dit materiële recht.

11.2.5.2 *Duits recht*

Hiervoor stelde ik reeds dat de vraag naar de verklaring van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden in de Duitse rechtswetenschap duidelijk minder stof heeft doen opwaaien dan in de Nederlandse rechtskring. Een mogelijke reden daarvoor is dat met de invoering van het BGB in 1900 het bestaan van – maar dus niet de verklaring voor – deze goederenrechtelijke werking in feite onbetwist was.²⁴⁹ Deze verklaring was niettemin in de periode van totstandkoming van het BGB een discussiepunt.²⁵⁰ In die periode deed de visie opgang dat de tot dan toe aanvaarde terugwerkende kracht bij het intreden van voorwaarden tot ongewenste effecten leidde en derhalve niet diende te worden overgenomen in het BGB.²⁵¹ Met het wegvallen van de terugwerkende kracht als grondslag voor de goederenrechtelijke werking moest een andere verklaring gezocht worden; een situatie die wij vanzelfsprekend herkennen met betrekking tot de overgang van het OBW naar het NBW. Het belang van het vinden van een andere verklaring werd vooral gezien met betrekking tot de overdracht onder ontbindende voorwaarde. Voor ontbindende voorwaarden moest immers verklaard worden waarom de eigendom naar de verwachter terug zou vallen zonder teruglevering. Dát sprake moest zijn van een dergelijke retro-overgang, was reeds door de eerste commissie die het ontwerp voor het BGB opstelde als zodanig vastgesteld. De overwegingen van de commissie daarvoor bestonden echter niet uit een juridisch-systematische argumentatie, maar uit het gegeven dat goederenrechtelijke werking het beste overeenstemde met de historische ontwikkeling van de figuur van

249 Een mogelijke, meer feitelijke reden voor de bescheiden omvang van die aandacht is daarin gelegen dat de praktijk in Duitsland weinig gebruik zou maken van de goederenrechtelijke werking die (met name ontbindende) voorwaarden bieden (Zwalve 2006, p. 194, 195 (verwijzend naar Flume); Flume 1992, p. 728).

250 Flume 1992, p. 728.

Zie verder ook de Nederlandse literatuur: Zwalve 2006, p. 182 e.v.; (uitgebreid) Scheltema 2003, p. 191 e.v.

251 Scheltema constateert dat het BGB aan het intreden van een (ontbindende) voorwaarde weliswaar inderdaad geen terugwerkende kracht verbindt, maar aan dat intreden wel dezelfde rechtsgevolgen verbindt als ware sprake van terugwerkende kracht (Scheltema 2003, p. 225). Voor zover hij daarmee doelt op de goederenrechtelijke werking van voorwaarden – in de zin van een retro-overgang op de verwachter en het verval van tussenbeschikkingen – kan men dat op zich stellen. Het is echter de vraag wat alsdan de consequentie van die gedachte zou moeten zijn. We kunnen deze gedachte immers net zo goed omdraaien: de goederenrechtelijke gevolgen van een systeem mét terugwerkende kracht zijn niet anders dan die van het BGB zónder terugwerkende kracht.

voorwaarden, het (destijds) geldende recht alsmede de behoeften van de praktijk.²⁵² Een uitgewerkte dogmatische onderbouwing bleef achterwege.²⁵³

Dit laatste is in de moderne Duitse literatuur nauwelijks anders, zeker voor wat betreft de werking tussen partijen. De merendeels aangehangen verklaring voor de goederenrechtelijke werking tussen partijen bestaat uit de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst, zowel ten aanzien van de ontbindende als de opschortende voorwaarde.²⁵⁴ Deze verklaring bestaande uit de goederenrechtelijke overeenkomst onder voorwaarde wordt in de literatuur als verklaring voor de werking tussen partijen – klaarblijkelijk – als een vanzelfsprekendheid of tenminste als afdoende beschouwd. Een groot deel van de individuele auteurs constateert namelijk nauwelijks of niet meer dan dát aan de goederenrechtelijke overeenkomst een voorwaarde kan worden verbonden. Waarom dit tussen partijen tot goederenrechtelijk effect zou leiden, met name bij gebrek aan terugwerkende kracht of de vaststelling dat de goederenrechtelijke overeenkomst qua effecten voortbestaat na het moment van levering, blijft vrijwel onbesproken.²⁵⁵

Aan het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen als deel van het goederenrechtelijk effect wordt door de verschillende auteurs iets meer aandacht besteed, vermoedelijk daartoe uitgedaagd door de betekenis die § 161 BGB in de systematiek zou moeten hebben. Die betekenis wordt merendeels daarin gezien dat voorwaarden geen (goederenrechtelijk) terugwerkende kracht kennen.²⁵⁶ De bezwaarde is daarmee gedurende de periode van onzekerheid

252 HKK/Finkenauer 2003, p. 892.

253 Hetgeen in ieder geval in de moderne Duitse literatuur als verrassend wordt beschouwd (HKK/Finkenauer 2003, p. 892; Flume 1992, p. 728).

254 Schellhammer 2013, p. 508, 559 (m.b.t. eigendomsvoorbehoud); Wolf/Neuner 2012, p. 645; Vieweg & Werner 2010, p. 82; Wilhelm 2010, p. 950; Bauer/Stürner 2009, p. 238, 639; Herberger/Beckmann 2009, p. 361; Kindl 2008, p. 477, 478; Wieling 2006, p. 43, 294, 295; Flume 1992, p. 725, 728 (waarbij aangetekend zij dat Flume slechts van de voorwaardelijke rechtshandeling spreekt en niet specifiek van de goederenrechtelijke overeenkomst); Banke 1991, p. 21 e.v. (m.b.t. eigendomsvoorbehoud); Westermann 1973 p. 186, 187.

Zie in deze zin ook de Nederlandse auteurs: Zwalve 2006, p. 252; Scheltema 2003, p. 207 e.v. (m.b.t. ontbindende voorwaarden); Van Vliet 2000, p. 36; Nieskens-Isphording 1999, p. 65 (m.b.t. opschortende voorwaarde van eigendomsvoorbehoud).

255 Voor een goederenrechtelijke werking o.b.v. de voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst zou voor een sluitende verklaring aan een van beide vereisten moeten worden voldaan, zie § 11.2.3.3.

256 Wel wordt door Armgardt verdedigd dat terugwerkende kracht een goede verklaring zou bieden voor het verval van tussenbeschikkingen (Vieweg/Armgardt 2010, p. 1062, 1069). Armgardt onderkent echter dat de heersende leer een goederenrechtelijke terugwerkende kracht niet erkent. Ook Westermann beschouwt deze *Pendenztheorie* als een verklaring die voor een groot deel tegemoet komt aan de eisen van de praktijk (MüKo/Westermann, uitgave uit het jaar 2001, p. 1601. In MüKo/Westermann 2012, p. 1600, 1601 ontbreekt deze passage opvallend genoeg). De visie dat terugwerkende kracht tot bedoeld verval zou leiden, werd (ook) t.t.v. de totstandkoming van het BGB onderschreven (HKK/Finkenauer 2003, p. 891). Dat voorwaarden naar Duits recht echter geen (goederenrechtelijke) terugwerkende kracht hebben, is feitelijk onbetwist (zie § 2.6.2).

volledig beschikkingsbevoegd en is dat – achteraf beschouwd na het intreden van de voorwaarde – ook steeds geweest.²⁵⁷ Een systematiek die we ook kunnen afleiden uit § 161 lid 3 BGB.²⁵⁸ Daarmee zouden de gevolgen van een tussenbeschikking bij het intreden van de voorwaarde in stand blijven, ook ten opzichte van de verwachter die (weer) gerechtigde tot het goed is geworden.

Uit deze betekenis van § 161 BGB volgt eigenlijk reeds dat het verval van tussenbeschikkingen het uitsluitende gevolg is van wetsduiding. Of anders gezegd, uit de systematiek van de goederenrechtelijke werking tussen partijen – bestaande uit de voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst – kan een dergelijk verval niet worden afgeleid. Deze benadering van het verval van tussenbeschikkingen uitsluitend uit hoofde van de in § 161 BGB neergelegde wetsduiding wordt in de literatuur ook onderschreven.²⁵⁹ Dat in de literatuur vaak wordt geconstateerd dat § 161 BGB daarmee leidt tot een (wettelijke) beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde²⁶⁰ – in de zin dat deze feitelijk niet langer onvoorwaardelijk over zijn goed kan beschik-

257 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 166; Schellhammer 2014, p. 1067; Weber 2013, p. 283; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 621; MüKo/Westermann 2012, p. 1718, 1719, 1721 e.v.; Bork 2011, p. 502; Staudinger/Bork 2010, p. 333, 346; Wolf 1999, p. 521; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 856.

Ook Bartels komt voor het Duitse recht tot deze vaststelling (Bartels 1997, p. 89). Scheltema constateert dan ook op zich terecht dat 'consequent geredeneerd' de bezwaarde in het Duitse recht (geheel) beschikkingsbevoegd zou moeten zijn (Scheltema 2003, p. 210). Dat laatste is ook het geval, zij het dat § 161 BGB 'ingrijpt'.

Wellicht anders echter Weber en Wolf, die er – zonder nadere onderbouwing – van uitgaan dat de tussenbeschikking vanaf het moment van de beschikkingshandeling (derhalve met terugwerkende kracht) door het intreden van de voorwaarde komt te vervallen (Weber 2013, p. 283; Wolf 1999, p. 521).

258 Volgens deze bepaling zijn de bedoelde derdenbeschermingsbepalingen *analoog* van toepassing, juist omdat de bezwaarde beschikkingsbevoegd is.

259 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 166; Jauernig/Mansel 2014, p. 127; PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Schellhammer 2014, p. 1066; Weber 2013, p. 283; Medicus 2010, p. 345, 346; Staudinger/Bork 2010, p. 333; Wilhelm 2010, p. 909; Wolf 1999, p. 521; Flume 1992, p. 725, 726.

Nieskens-Isphording ziet voor het Duitse recht daarentegen de grondslag voor de bescherming van de verwachter tegen tussenbeschikkingen in het Anwartschaftsrecht dat deze veelal heeft (Nieskens-Isphording 1997, p. 111). Dat is echter onjuist. Zoals ik in § 11.3.2 bespreek is het Anwartschaftsrecht een *gevolg* van de verregaande bescherming – mede dankzij § 161 BGB – van de verwachter en niet andersom. Vriesendorp heeft dan ook terecht betoogd dat voor de bescherming van de verwachter (koper onder eigendomsvoorbehoud) de constructie van het Anwartschaftsrecht in het Duitse recht niet van betekenis is (Vriesendorp 1985, p. 16 e.v.).

260 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; Jauernig/Mansel 2014, p. 127; Flume 1992, p. 703; Wolf 1999, p. 521 (Wolf spreekt weliswaar van een beperking van de *Verfügungsmacht*, maar verwijst daarbij naar Flume die uitgaat van een beperking van de beschikkingsbevoegdheid). Ook Bork stelt dat deze opvatting de heersende leer is, maar anderschrijft deze zienswijze zelf niet. Bork ziet in § 161 BGB de grondslag voor een beschikkingsverbod met absolute werking voor de bezwaarde. Dit verbod bestaat daaruit, dat tussenbeschikkingen die de gevolgen van het intreden van de voorwaarde negatief beïnvloeden met het intreden van de voorwaarde komen te vervallen (Staudinger/Bork 2010, p. 346).

ken – doet niets af aan deze systematiek uit hoofde van de wet. Wél heeft dit laatste een direct materieel gevolg. De tussenbeschikking is namelijk in die zin in zijn gevolgen (ontbindend) voorwaardelijk, dat deze op grond van § 161 BGB afhankelijk blijft van het eventuele intreden van de voorwaarde zoals deze geldt tussen de bezwaarde en de verwachter. Voor het Duitse recht zijn er echter de nodige rechtshandelingen die uitsluitend onvoorwaardelijk kunnen worden verricht.²⁶¹ Wil een tussenbeschikking derhalve überhaupt mogelijk zijn (derhalve tot het eventuele moment dat § 161 BGB toepassing vindt), dan moet die tussenbeschikking ook zelf onder voorwaarde kunnen bestaan.²⁶² Deze handelingen kunnen dan ook niet door de bezwaarde worden verricht, zolang de voorwaarde nog kan intreden.

Ik besteed een enkel woord aan de figuur van de gesplitste of gedeelde eigendom. In § 11.2.6 zal ik bespreken dat in de Nederlandse literatuur wel wordt verdedigd dat ten gevolge van een overdracht onder voorwaarde het eigendomsrecht wordt gedeeld of gesplitst tussen de bezwaarde en de verwachter. Ook in de Duitse literatuur wordt dit – incidenteel – verdedigd, maar tegelijkertijd zeer veel vaker afgewezen.²⁶³ Wezenlijk in dit verband is echter dat deze splitsing van de eigendom in de Duitse dogmatiek hoe dan ook niet wordt gehanteerd als verklaringsgrond voor de goederenrechtelijke werking, noch voor de werking tussen partijen, noch voor de werking ten opzichte van derden. De eventuele kwalificatie als gesplitste eigendom vervult een geheel andere rol, namelijk die van een verdere duiding van het Anwartschaftsrecht.²⁶⁴ Wat er verder zij van de Duitse discussie in deze, voor de thans gezochte verklaringsgrond is deze zonder betekenis.

In verband met het feit dat als gezegd het verval van tussenbeschikkingen geen systematisch gevolg is, maar voortvloeit uit het met § 161 BGB ingrijpen door de wetgever, doet zich de vraag voor wat de materële gevolgen van deze bepaling zijn. § 161 BGB wordt – in overeenstemming met de functie die de Duitse wetgever voor ogen stond – heel expliciet beschouwd als een beschermingsbepaling ten behoeve van de verwachter. De uit deze wetsbepaling voortvloeiende sterke bescherming van de verwachter wordt in de Duitse literatuur beschouwd als de grondslag voor het *Anwartschaftsrecht*.²⁶⁵ Vereist voor die bescherming is dat ten behoeve van de verwachter reeds beschikt

261 Zie § 5.3.1.

262 PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Staudinger/Bork 2010, p. 349; Flume 1992, p. 705.

263 Zie hierover: Staudinger/Bork 2010, p. 327; Nève 2000, p. 48.

264 Dit Anwartschaftsrecht vervult – anders dan door een enkele Nederlandse auteur wordt gesteld – evenmin enigerlei functie in de verklaring van de goederenrechtelijke werking. Zie § 11.3.2.2.

265 MüKo/Westermann 2012, p. 1721; Medicus 2010, p. 345; Staudinger/Bork 2010, p. 324; Wolf 1999, p. 511 en 521 (Wolf plaatst deze grondslag overigens ten dele iets breder, namelijk in de gezamenlijke §§ 160, 161 en 162 BGB). Zie verder § 11.3 voor het Anwartschaftsrecht.

is onder een voorwaarde. Een slechts obligatoire gerechtigdheid van de verwachter op (levering van) het goed is derhalve onvoldoende.

De geboden bescherming bestaat uit het verval van – voor de verwachter negatief uitwerkende – tussenbeschikkingen door de bezwaarde met betrekking tot hetzelfde goed indien de voorwaarde intreedt. Derhalve vervallen bij het intreden van de voorwaarde de in § 11.1.3 beschreven (gevolgen van) tussenbeschikkingen. Het artikel richt zich vanzelfsprekend niet alleen op tussenbeschikkingen verricht door de oorspronkelijke bezwaarde, maar ook op die van eventuele rechtsopvolgers in het goed.²⁶⁶ Gezien het feit dat de wetsbepaling bedoeld is ter bescherming van de positie van de verwachter, zou in theorie sprake kunnen zijn van een slechts relatieve (uitsluitend tussen bezwaarde en verwachter geldende) ongeldigheid van de tussenbeschikking. In de heersende leer betreft dit echter een absolute ongeldigheid.²⁶⁷ Deze geldt derhalve van rechtswege zowel jegens als ten behoeve van een ieder.²⁶⁸

Daarentegen is in de Duitse literatuur enigszins omstreden of na een verval uit hoofde van § 161 BGB een tussenbeschikking geacht moet worden nooit te hebben bestaan, dan wel tót dat verval wel gevolg heeft gehad. In het eerste geval zou derhalve sprake zijn van terugwerkende kracht van de werking van § 161 BGB. Merendeels gaat de literatuur ervan uit dat tussenbeschikkingen zonder een dergelijke terugwerkende kracht en derhalve per het moment van intreden van de voorwaarde vervallen.²⁶⁹ Opvallend genoeg gaat een beperkt aantal auteurs uit van een verval terugwerkend tot het moment van de tussenbeschikking.²⁷⁰ Enige verklaring voor dit effect van terugwerkende kracht geven deze auteurs echter niet, hetgeen reeds op grond van het in zijn algemeenheid ontbreken van terugwerkende kracht opvallend is.

De beschermingsregeling van § 161 BGB kent vier beperkingen. De eerste daarvan is een open deur: beëindiging van de door derden verkregen goederenrechtelijke rechten vindt uitsluitend plaats, indien de voorwaarde ook

266 Staudinger/Bork 2010, p. 349.

267 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; Jauernig/Mansel 2014, p. 127; Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; PWW/Brinkmann 2014, p. 223; MüKo/Westermann 2012, p. 1723; Bork 2011, p. 502; Staudinger/Bork 2010, p. 349; Vieweg & Werner 2010, p. 344; Wolf 1999, p. 522; Hübner 1996, p. 479; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 856. In dezelfde zin t.a.v. Duits recht: Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4705.

268 PWW/Brinkmann 2014, p. 223; MüKo/Westermann 2012, p. 1723; Staudinger/Bork 2010, p. 349; Wolf 1999, p. 522; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 856.

269 Jauernig/Mansel 2014, p. 127; PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Staudinger/Bork 2010, p. 349.

270 Weber 2013, p. 283 (die terugwerkende kracht van voorwaarden afwijst, maar v.w.b. de werking van § 161 BGB deze expliciet aanneemt. Weber verwijst overigens onterecht naar Jauernig); Wolf 1999, p. 521 (die terugwerkende kracht van voorwaarden eveneens afwijst, maar v.w.b. § 161 BGB in de vorenbesproken zin aanneemt); (impliciet) Hübner 1996, p. 479. Een dergelijke visie kan ik in de systematiek niet verklaren en ben ik bij de door mij bestudeerde auteurs verder ook niet tegengekomen. Ook de toelichting bij het DCFR gaat er m.b.t. het Duitse recht van uit dat geen sprake is van een dergelijke terugwerkende kracht (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4705).

daadwerkelijk intreedt.²⁷¹ Ten tweede geldt de in § 161 neergelegde bescherming van de verwachter niet ten opzichte van derdenverkrijgers te goeder trouw. Systematisch juist worden de bedoelde derdenbeschermingsbepalingen op grond van § 161 lid 3 BGB van overeenkomstige toepassing verklaard: de bezwaarde is immers beschikkingsbevoegd ten aanzien van de tussenbeschikking, zodat rechtstreekse toepassing van deze derdenbeschermingsbepalingen niet mogelijk is.²⁷² Een volgende beperking van toepasselijkheid van § 161 BGB bestaat daaruit dat de bepaling van regelend recht is. De verwachter kan derhalve, volgens een deel van de literatuur met toepassing van § 185 BGB,²⁷³ rechtsgeldig tussenbeschikkingen door de bezwaarde toestaan.²⁷⁴

Tot slot blijven de gevolgen van tussenbeschikkingen door de bezwaarde geldig voor zover deze geen negatieve invloed hebben op het door de verwachter verkregen goed. Neutrale of positieve beschikkingen blijven daarentegen in stand.²⁷⁵ De strekking van deze invloed als positief of negatief dient in economische zin te worden beoordeeld.²⁷⁶ Omdat de werking van § 161 BGB absoluut is en als gezegd daarmee ook jegens en ten behoeve van derden strekt, vindt deze beoordeling plaats op basis van objectieve (en niet subjectieve) maatstaven.²⁷⁷ Uit dit in stand blijven van neutrale en positieve tussenbeschikkingen blijkt dat de wetbepaling écht de strekking van bescherming heeft en niet het min of meer toevallige gevolg is van goederenrechtelijke systematiek. Een dergelijke afweging zou uiteraard geen enkel argument zijn voor het buiten toepassing laten, indien sprake was van een uitsluitend goederenrechtelijk gevolg. Juist deze redenering was voor de Duitse wetgever een belangrijk argument om in het BGB af te zien van een terugwerkende kracht bij het intreden van voorwaarden.²⁷⁸ Bij een systematiek gebaseerd op terug-

271 Staudinger/Bork 2010, p. 349.

272 Zie verder § 11.4.4.5.

273 § 185 BGB biedt de mogelijkheid om een beschikkingsonbevoegde met toestemming van de gerechtigde rechtsgeldig beschikkingshandelingen t.a.v. een goed te laten verrichten. Op dit punt hapert m.i. de Duitse dogmatiek echter. Waarom zou immers de toepasselijkheid van § 185 BGB vereist zijn? De bezwaarde is immers – onbetwist – juist niet beschikkingsonbevoegd t.a.v. het door hem gehouden goed.

274 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; Jauernig/Mansel 2014, p. 127; Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Schellhammer 2014, p. 1067; Staudinger/Bork 2010, p. 349; Wolf 1999, p. 522; Hübner 1996, p. 479; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 856. Ook BGH 10 oktober 1984, NJW 1985, 376; BGH 26 november 1997, NJW-RR 98, 1065.

275 § 161 BGB drukt dit – vrij verwoord – anders uit: tussenbeschikkingen zijn onwerkzaam voor zover deze de van de voorwaarde afhankelijke ‘werking’ teniet zouden doen of daaraan afbreuk zouden doen. Dat tussenbeschikkingen met een positieve of neutrale uitwerking voor de verwachter in stand blijven, is onbetwist: (impliciet) Hk-BGB/Dörner 2014, p. 166; Jauernig/Mansel 2014, p. 127; Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Weber 2013, p. 283; Staudinger/Bork 2010, p. 348, 349; Vieweg/Armgarth 2010, p. 1070; Wolf 1999, p. 522; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 856.

276 MüKo/Westermann 2012, p. 1725.

277 Staudinger/Bork 2010, p. 349.

278 HKK/Finkenauer 2003, p. 891; Schiemann 1973, p. 128 e.v.

werkende kracht zouden immers alle gevolgen van tussenbeschikkingen vervallen, derhalve ook de gevolgen die de verwachter niet deren of voor hem zelfs positief zijn.²⁷⁹

Wat kunnen we uit het vorenstaande afleiden? Op de eerste plaats blijkt uit de betekenis van § 161 BGB duidelijk dat in de Duitse visie voorwaardelijkheid van de levering respectievelijk goederenrechtelijke overeenkomst uitsluitend een verklaring biedt voor de goederenrechtelijke werking tussen partijen. § 161 BGB ondervangt immers het 'haat' in de goederenrechtelijke werking ten opzichte van derden respectievelijk het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen. Dat betekent tevens dat de opvatting die we in de Nederlandse PG en literatuur vinden, als zou voorwaardelijkheid van de levering leiden tot een door de voorwaarde 'beperkte' goederenrechtelijke gerechtigdheid en waaruit de werking ten opzichte van derden zou moeten worden afgeleid, in het Duitse recht onbekend is.

Op de tweede plaats leert het op § 161 BGB gebaseerde materiële recht ons iets over de strekking die deze bepaling heeft. Het artikel vormt uitdrukkelijk een beschermingsbepaling voor de verwachter en ook niet meer dan dat. Waar de verwachter geen behoefte heeft aan bescherming – hij stemt bijvoorbeeld in met een voor hem negatieve tussenbeschikking of de tussenbeschikking is voor hem positief – dwingt de systematiek derhalve ook niet tot een verval van die tussenbeschikking. Mijn conclusie is dat deze systematiek van de goederenrechtelijke werking in de (nota bene *Duitse*) dogmatiek wellicht niet *himmelhoch jauchzend* fraai is, maar wel zeer overzichtelijk en werkbaar.

11.2.5.3 *Zwitsers recht*

Overeenkomstig de Duitse literatuur besteedt de Zwitserse niet buitengewoon veel woorden aan de verklaring van de goederenrechtelijke werking tussen bezwaarde en verwachter. Dat is voor het Zwitsers recht echter ook in die zin opvallend, dat de mogelijkheid van een beschikken onder voorwaarde op onderdelen (bijvoorbeeld ten aanzien van de overdracht onder ontbindende voorwaarde van roerende zaken) omstreden is.²⁸⁰ De gedachte ligt voor de hand dat een dergelijke discussie vanzelf ook de nodige aandacht zou creëren voor de verklaring van die goederenrechtelijke werking, hetgeen dus niet het geval is.

Wat daarvan zij, voor zover mogelijke verklaringen in de literatuur ter sprake komen, lijken ook die omstreden. Dat begint reeds met de verhouding tussen het OR en het ZGB. Volgens art. 7 ZGB vinden de algemene bepalingen

²⁷⁹ Ook Scheltema onderschrijft als voorstander van de terugwerkende kracht het nadeel dat een systeem gebaseerd op terugwerkende kracht in dit opzicht heeft (Scheltema 2003, p. 356, 357).

²⁸⁰ Zie § 11.1.4.

van het OR ook toepassing op andere rechtsverhoudingen dan als in het OR omschreven. Sommige auteurs leiden daaruit af dat ook de bepalingen ter zake voorwaarden uit het OR (de artt. 151-157 OR) een dergelijk bredere en daarmee ook goederenrechtelijke toepassing vinden.²⁸¹ Andere auteurs baseren de mogelijkheid van voorwaardelijke goederenrechtelijke verhoudingen daarentegen uitsluitend op het OR, overigens zonder expliciete tegenspraak van (eventuele) toepasselijkheid van art. 7 ZGB.

Maar ook de verklaring van de goederenrechtelijke werking als zodanig *lijkt* – als gezegd bestaat er weinig aandacht voor dit onderwerp – in het Zwitsers recht sterk omstreden te zijn. Zo is het in hoge mate onduidelijk of het Zwitsers recht (in de vorm van regelend recht) de mogelijkheid kent van goederenrechtelijk terugwerkende kracht.²⁸² In het kader van de gezochte verklaring is dat uiteraard wel een zeer wezenlijk punt. In hoeverre door de auteurs die deze mogelijkheid aanvaarden de verklaring voor de goederenrechtelijke werking ook inderdaad uit de terugwerkende kracht wordt afgeleid, blijft echter eveneens onduidelijk.²⁸³ Veel auteurs hanteren een systematiek waarbij terugwerkende kracht in elk geval geen functie wordt toegekend, maar de rechtshandeling van respectievelijk die leidt tot een beschikken – levering, afstand – voorwaardelijk is.²⁸⁴ Of daarmee door de betreffende auteurs bedoeld wordt dat de goederenrechtelijke overeenkomst voorwaardelijk is, blijft echter eveneens veelal onduidelijk.²⁸⁵ Dat laatste kan mede daaruit voortvloeien dat de figuur van de goederenrechtelijke overeenkomst in het Zwitsers recht omstreden is.²⁸⁶ Op welke wijze de voorwaardelijkheid van de (rechtshandeling van de) beschikking tot goederenrechtelijke werking leidt, blijft verder onbesproken.

De enige door mij bestudeerde Zwitserse auteur die uitgebreid ingaat op de verklaring van de goederenrechtelijke werking is Staehelin. Staehelin gaat ervan uit dat een beschikken onder ontbindende voorwaarde in feite een beschikken onder tijdsbepaling is, zodat – heel duidelijk is hij niet – de verkrijger

281 Tuor e.a. 2009, p. 21.

282 Dit wordt zowel aangenomen als afgewezen, maar m.n. wordt die vraag n de literatuur onduidelijk of gewoon niet beantwoord. Zie § 2.6.2.5 en in soortgelijke zin ook de toelichting bij het DCFR t.a.v. het Zwitsers recht (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4706).

283 Bijv. aanvaardde Oser een goederenrechtelijk werkende terugwerkende kracht (Oser 1929, p. 689, 693), maar legt hij niet expliciet het verband met de goederenrechtelijke werking (die Oser ook niet op enige andere wijze verklaarde). Rey lijkt daarentegen de goederenrechtelijke werking wel te koppelen aan (het door partijen overeengekomen zijn van) terugwerkende kracht, maar dit is nogal impliciet omschreven (Rey 2007, p. 102).

284 Schwenzer 2012, p. 66, 68; Berger 2012, p. 259, 260; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 851; Koller 2009, p. 1275; Merz 1984, p. 150.

285 Incidenteel vinden we de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst echter wel expliciet vermeld: Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 377 (waar sprake is van voorwaardelijkheid van de *Verfügungsverträge*).

286 Schmid, Hürlimann-Kaup 2012, p. 277; Schwenzer 2012, p. 16; Rey 2007, p. 441, 442; Staehelin 1993, p. 1-9. Berger stelt dat de goederenrechtelijke overeenkomst thans merendeels wordt aanvaard (Berger 2012, p. 90).

slechts een tijdelijke gerechtigdheid verkrijgt.²⁸⁷ Aan het feit dat ook het Zwitsers recht een duidelijk onderscheid kent tussen voorwaarden en tijdsbepalingen besteedt Staehelin in dit verband geen aandacht. Voor een beschikken onder opschortende voorwaarde gaat hij daarentegen uit van een *Verfügungs-erklärung* onder voorwaarde. Onduidelijk is echter wat hij met dit in de Zwitserse literatuur verder niet gebruikte begrip bedoelt, behalve dat Staehelin hiermee expliciet niet het oog heeft op de titel of goederenrechtelijke overeenkomst.²⁸⁸

Zoals ik hierna zal bespreken, gaat de Zwitserse literatuur er overeenkomstig de Duitse van uit dat de bezwaarde gedurende de periode van onzekerheid in het Zwitsers recht geheel beschikkingsbevoegd is. Daarin wordt de functie van het met § 161 BGB min of meer overeenstemmende art. 152 III OR gezien, welke bepaling voor wat betreft de strekking met art. 211 lid 3 ook in het OR 2020 gehandhaafd is. Opvallend genoeg wordt het aan deze wetsbepaling ten grondslag liggende uitgangspunt – de bezwaarde is beschikkingsbevoegd – in de literatuur op geen enkele wijze in verband gebracht met de verklaring voor de goederenrechtelijke werking tussen partijen. Inherent aan dit uitgangspunt is echter dat die verklaring de volledige beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde in stand laat. Reeds daarom passen verklaringen waaruit zou voortvloeien dat de bezwaarde beschikkingsonbevoegd is tot het verrichten van onvoorwaardelijke tussenbeschikkingen niet in de Zwitserse systematiek zoals die in elk geval uit de wet volgt. Terugwerkende kracht of een ‘verdeling’ van de eigendom tussen bezwaarde en verwachter zijn reeds om die reden derhalve geen geschikte verklaringen, wil naar Zwitsers recht sprake zijn van een consistente wettelijke systematiek.

Op grond van het vorenstaande mogen we in elk geval concluderen dat de goederenrechtelijke werking tussen partijen een in het Zwitsers recht slechts beperkt uitgewerkte figuur is. Het Zwitsers recht heeft ons in deze dan ook weinig te bieden.

Zoals gezegd beschermt art. 152 III OR de verwachter aan wie reeds is geleverd tegen tussenbeschikkingen door de bezwaarde.²⁸⁹ Voor toepasselijkheid van deze bescherming is vereist dat reeds aan de verwachter (voorwaardelijk) is overgedragen.²⁹⁰ In art. 211 lid 3 van het OR 2020 blijkt dit ook duide-

287 Staehelin 1993, p. 44, 45.

288 Staehelin 1993, p. 22-24.

289 Volgens Staehelin is art. 152 III in het OR geplaatst in navolging van § 161 BGB (Staehelin 1993, p. 31). Daaruit volgt eigenlijk reeds, dat deze bepalingen inderdaad dezelfde functie in beide rechtstelsels vervullen.

290 Terzijde merk ik op dat voor het Zwitsers recht wordt verdedigd, dat de wetsbepaling door analoge toepassing ook bescherming aan de verwachter zou bieden na een beschikking onder een zogeheten opschortende *Rechtsbedingung* (Staehelin 1993, p. 80). Een dergelijke *Rechtsbedingung* wordt gevormd door een constitutief vereiste voor (bijv.) een beschikking, zoals het alsnog verkrijgen van beschikkingsbevoegdheid t.a.v. het goed waarover is ‘beschikt’. Deze opvatting van (analoge) toepassing van art. 152 III OR is in die zin verras-

lijk uit de redactie. Bij een uitsluitend opschortend voorwaardelijk *recht* op levering van de verwachter vindt de bepaling dan ook geen toepassing.²⁹¹ De redactie van de bepaling is daarbij gericht op opschortend voorwaardelijke beschikkingen. Dat het wetsartikel analoog mag worden toegepast bij ontbindende voorwaardelijkheid lijkt nauwelijks omstreden. Art. 211 lid 3 van het OR 2020 is eveneens van toepassing op beide soorten voorwaarden. Heersende leer is in elk geval dat art. 152 III OR inderdaad analoog kan worden toegepast op ontbindende voorwaarden.²⁹² Een dergelijke expliciete bepaling is voor het verval van tussenbeschikkingen vereist, omdat als gezegd overeenkomstig het Duitse recht de bezwaarde gedurende de periode van onzekerheid als volledig beschikkingsbevoegd wordt beschouwd om tussenbeschikkingen met blijvend effect te verrichten.²⁹³ Het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van de voorwaarde is derhalve niet het gevolg van goederenrechtelijk werkende terugwerkende kracht, van enige goederenrechtelijke gebondenheid van de zaak zelf, noch van een beperkte beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde, maar uitsluitend een gevolg van zuivere wetsduiding.²⁹⁴

send, dat vóór het moment dat aan de *Rechtsbedingung* is voldaan, de beschikking als zodanig nog niet tot stand kan zijn gekomen.

291 Althans, dit is heersende leer. Ingeval art. 152 III OR ook toepassing zou vinden op voorwaardelijke verbintenissen tot levering, dan zou de – uitsluitend verbintenisrechtelijke – positie van de verwachter een mate van bescherming verkrijgen die hij (overeenkomstig Nederlands recht) bij een onvoorwaardelijke verbintenisrechtelijke positie niet zou hebben gehad. Niettemin wordt in de Zwitserse literatuur een enkele maal anders verdedigd. Zie voor dit alles: Koller 2009, p. 1289; Huguenin e.a. 2008, p. 199; Honsell 2008, p. 617; Peter 1994, p. 346 e.v.; Bucher 1988, p. 511, nt. 31; Guhl 1944, p. 56.

292 Berger 2012, p. 263, 264; Schwenger 2012, p. 69; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 866; Honsell 2008, p. 622 (echter anders op p. 617, althans v.w.b. hetgeen volgens Honsell heersende leer zou zijn); Huguenin e.a. 2008, p. 200; Guhl/Koller 2000, p. 61; Staehelin 1993, p. 54; Bucher 1988, p. 512; Merz 1984, p. 163; Guhl 1944, p. 58; Oser 1929, p. 693.

Tegen analoge toepassing: Becker 1941, p. 730. Honsell stelt dan ook onterecht dat de onmogelijkheid van analoge toepassing heersende leer zou zijn, maar dat gezien voormelde auteurs lijkt dat onjuist. Staehelin stelt dan ook het tegenovergestelde (Staehelin 1993, p. 54. Zie ook het literatuuroverzicht van Staehelin op p. 55, nt. 297).

293 Schwenger 2012, p. 68; Honsell 2008, p. 617, 622; Staehelin 1993, p. 30 e.v.; Becker 1941, p. 730 (m.b.t. ontbindend voorwaardelijke verhoudingen).

Peter en Staehelin merken overigens op dat het wetsartikel uitdrukking geeft aan het beginsel dat het oudere recht in rang voorgaat op het jongere. In hun optiek geldt dat ook voor het opschortend voorwaardelijke recht, dat in rang boven het jongere recht uit de tussenbeschikking blijft (Peter 1994, p. 347 e.v.; Staehelin 1993, p. 30-32). Ook Berger lijkt die opvatting te onderschrijven (Berger 2012, p. 263). Als deze visie voor het Zwitsers recht ook de daadwerkelijke goederenrechtelijke werkelijkheid zou weergeven en dus niet slechts een 'beginsel' dat ten grondslag ligt aan art. 152 III OR, zou deze wetsbepaling uiteraard overbodig zijn.

Guhl zoekt de verklaring voor de werking van art. 152 III OR in een wettelijke beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde (Guhl 1944, p. 56).

294 Expliciet in deze zin: Guhl/Koller 2000, p. 59; Staehelin 1993, p. 31.

Overigens wordt als gevolg van art. 152 III OR niettemin wel gesproken van een – wettelijk – beperkte beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde (zie o.a. Guhl/Koller 2000, p. 59; Staehelin 1993, p. 34). Deze kwalificatie van de positie van de bezwaarde is echter, anders

In de Zwitserse literatuur is geprobeerd de werking van art. 152 III OR te plaatsen in een zekere systematiek. Overeenkomstig de Duitse literatuur wordt de bepaling in dat verband wel beschouwd als een (wettelijke) beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde.²⁹⁵ Ook wordt wel gesteld dat de goederenrechtelijke werking van voorwaarden ten aanzien van tussenbeschikkingen qua werking kan worden beschouwd als zouden deze laatste zijn aangegaan onder ontbindende voorwaarde.²⁹⁶ Een andere incidenteel verdedigde, maar veelal afgewezen visie is de 'verdeling' van het betreffende goed tussen de bezwaarde en de verwachter.²⁹⁷ De conclusie blijft echter dat het verval van tussenbeschikkingen uiteindelijk steeds terug te leiden is op de wet.

In de Zwitserse literatuur worden dezelfde vier beperkingen ten aanzien van de werking van art. 152 III OR onderscheiden als in het Duitse ten aanzien van § 161 BGB. Vanzelfsprekend vindt het verval van tussenbeschikkingen op de eerste plaats slechts toepassing indien de voorwaarde intreedt. Ten tweede bestaat de mogelijkheid dat derden een beroep kunnen doen op derdenbescherming.²⁹⁸ Deze laatstbedoelde beperking van de bescherming van de verwachter vloeit daaruit voort, dat de door art. 152 III OR geboden bescherming niet verder strekt dan de bescherming die de verwachter zou hebben genoten, indien de voorwaarde ten tijde van de tussenbeschikking reeds was ingetreden.²⁹⁹ Overeenkomstig de redactie van art. 152 III OR volgt dit ook uit art. 211 lid 3 van het OR 2020. Ten derde is de wetbepaling eveneens van regelend recht. De verwachter zou zelfs ná het intreden van de opschortende voorwaarde alsnog toestemming kunnen verlenen voor het verrichten van de tussen-

dan veelal voor het Nederlandse recht wordt aangenomen, niet het gevolg van de systematiek van een voorwaardelijk beschikken, maar als gezegd uitsluitend van de wetsduiding van art 152 III OR.

295 BSK OR I-Ehrt 2011, p. 862; Guhl/Koller 2000, p. 59.

296 BSK OR I-Ehrt 2011, p. 862; Honsell 2008, p. 618 (voor de omgekeerde situatie van een overdracht onder ontbindende voorwaarde lijkt Honsell dezelfde systematiek t.a.v. de ontbindend voorwaardelijke bezwaarde te verdedigen (p. 622).

297 Koller 2009, p. 1294. Iets anders is dat bij een dergelijke visie het eenvoudig is te verklaren, waarom partijen gezamenlijk over de gehele – alsdan dus onvoorwaardelijke – eigendom ten behoeve van een derde kunnen beschikken (in deze ook Koller 2009, p. 1294, 1296). Een bepaling als § 185 BGB, op grond waarvan een beschikkingsonbevoegde met toestemming van de gerechtigde rechtsgeldig beschikkingshandelingen kan verrichten, is daarvoor niet nodig.

Andere auteurs bestrijden echter deze visie van gedeelde eigendom: Schwenzer 2012, p. 67, 68; Huguenin e.a. 2008, p. 199; Bucher 1988, p. 511; Becker 1941, p. 728.

298 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 381; Berger 2012, p. 264; Schwenzer 2012, p. 69; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 862, 866; Huguenin e.a. 2008, p. 200.

Terzijde zij opgemerkt dat de bedoelde derdenbescherming volgens de literatuur slechts in een beperkt aantal gevallen toepassing vindt. Dit vloeit naar Zwitsers recht o.a. daaruit voort dat bij cessie van rechten (vrijwel) geen verkrijging te goeder trouw door derden mogelijk is (Schwenzer 2012, p. 69).

299 Schwenzer 2012, p. 68, 69; Honsell 2008, p. 618.

beschikking door de bezwaarde met blijvend effect.³⁰⁰ Uit dit laatste zou volgen dat art. 152 III OR bij het intreden van de voorwaarde geen werking van rechtswege kent, maar dat lijkt wel degelijk het geval te zijn.

De laatste beperking is daarin gelegen dat de ongeldigheid van tussenbeschikkingen uitsluitend intreedt voor zover deze een inbreuk betekenen op de rechten van de verwachter.³⁰¹ Een beschikking met positieve gevolgen voor de verwachter blijft derhalve in stand. Ook voor het Zwitsers recht volgt hieruit duidelijk dat art. 152 III OR een beschermingsbepaling is en niet een min of meer willekeurig effect van goederenrechtelijke systematiek.

De conclusies voor het Zwitsers recht zijn derhalve voor het verval van tussenbeschikkingen niet anders dan voor het Duitse recht. De goederenrechtelijke werking tussen partijen is – hoe deze verder ook verklaard moge worden – in de systematiek evenmin verbonden aan het vervallen van tussenbeschikkingen. Dit verval van tussenbeschikkingen vloeit voort uit de wet en is eveneens gebaseerd op de gedachte dat de verwachter bescherming verdient ten opzichte van derden.

11.2.5.4 DCFR

De toelichting bij art. VIII.-2:203 is niet alleen relatief uitgebreid, maar toont bovendien een tweetal aspecten van goederenrechtelijke werking waarin het DCFR fors afwijkt van de overige onderzochte stelsels. Daarbij komt in het DCFR aan de figuur van de goederenrechtelijk terugwerkende kracht waarschijnlijk geen betekenis toe. Ontbindende voorwaarden kennen in elk geval expliciet geen dergelijke terugwerkende kracht en kunnen deze op grond van afwijkende partijwil ook niet verkrijgen.³⁰² Ten aanzien van opschortende voorwaarden wordt dit niet uitdrukkelijk gesteld, maar geldt waarschijnlijk hetzelfde.³⁰³ Deze keuze voor afwijzing van terugwerkende kracht is uitdrukkelijk daarin gelegen, dat het uit de terugwerkende kracht voortvloeiende verval van tussenbeschikkingen door de bezwaarde bij het intreden van de voorwaarde als ongewenst wordt beschouwd. Met andere woorden, in het DCFR zijn het juist verkrijgende derden die worden beschermd ten opzichte van de

300 Althans, dit wordt in de literatuur aangenomen (Peter 1994, p. 352).

301 (waarschijnlijk) Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 380, 381; BSK OR I-Ehrat 2011, p. 862; Honsell 2008, p. 618; Huguenin e.a. 2008, p. 199; Peter 1994, p. 348, 349; Keller & Schöbi 1988, p. 107; Becker 1941, p. 725.

302 Zowel art. VIII.-2:203 (1) als de toelichting (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4701-4703) stellen dit letterlijk.

303 Art. VIII.-2:203 (2) stelt dit niet als zodanig en ook uit de toelichting volgt dit niet uitdrukkelijk. Wel volgt uit dit lid 2 dat de eigendom pas overgaat met het intreden van de opschortende voorwaarde, waar we de onmogelijkheid van terugwerkende kracht in zouden kunnen zien. Belangrijker is dat blijkens de toelichting terugwerkende kracht (met goederenrechtelijk effect) nergens in Boek VIII mogelijk is (Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4703). Uit niets volgt dat voor opschortende voorwaarden een uitzondering wordt gemaakt.

verwachter. Een keuze die daarmee wordt onderbouwd dat aldus 'the free flow of commerce would not be restricted'.³⁰⁴

Een eerste opvallend aspect aan het DCFR is dan ook dat – in afwijking van alle overige onderzochte stelsels – de (gevolgen van) tussenbeschikkingen ten gunste van derden niet eindigen met het intreden van een ontbindende voorwaarde.³⁰⁵ Een consequentie die volgens de toelichting zou voortvloeien uit het genoemde ontbreken van terugwerkende kracht. Aan het feit dat in elk geval het Nederlandse recht een dergelijk verval toch aanneemt zónder terugwerkende kracht, besteedt de toelichting geen aandacht. We kunnen echter wel constateren dat de gedachtengang achter deze systematiek van het DCFR overeenstemt met het Duitse en Zwitserse recht. De bezwaarde is volgens de toelichting bij het DCFR gedurende de periode van onzekerheid eveneens volledig beschikkingsbevoegd. Het verval van tussenbeschikkingen vindt naar Duits en Zwitsers recht derhalve uitsluitend plaats dankzij de wetsduiding van § 161 BGB en art. 152 III OR. Het DCFR kent echter geen equivalent van deze bepalingen, zodat bij eenzelfde benadering als in het Duitse en Zwitserse recht een tussenbeschikking respectievelijk de door derden verkregen gerechtigdheid tot hetzelfde goed inderdaad niet vervalt met het intreden van de voorwaarde.

Het tweede opvallende punt is dat de DCFR de goederenrechtelijke werking bij het intreden van een ontbindende voorwaarde daaruit verklaart, dat direct bij de aanvankelijke levering een geanticipeerde (voorwaardelijke) retro-overdracht plaats heeft.³⁰⁶ De retro-overgang bij het intreden van een ontbindende voorwaarde is derhalve vormgegeven als een retro-overdracht bij voorbaat, namelijk ten tijde van de aanvankelijke voorwaardelijke levering. Aan deze retro-overdracht ligt echter geen daadwerkelijke teruglevering ten grondslag, gezien het feit dat de toelichting ervan uitgaat dat deze direct na de levering aan de verkrijger 'automatic' plaatsvindt.³⁰⁷ Voor het overige wordt de retro-overdracht wel benaderd als een echte overdracht. Uit hoofde van het in het DCFR neergelegde causale stelsel is derhalve ook een geldige titel voor die retro-overdracht vereist. Deze wordt blijkens de toelichting daarin gevonden dat uit hoofde van art. III.-1:106 bij het intreden van een ontbindende voorwaarde tussen partijen ongedaanmakingsverplichtingen bestaan. Deze ongedaanmakingsverplichting vormt de titel voor de voorwaardelijke, geanticipeerde retro-

304 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4703. Of deze redengeving stevig valt te onderbouwen, waag ik op het eerste gezicht te betwijfelen. Tegenover de zekerheid van de derde-verkrijger staat immers de onzekerheid van de verwachter t.a.v. de vraag of hij het voorwaardelijk overgedragen goed bij het intreden van de voorwaarde (onbezwaard) terugkrijgt. De verwachter zou daarmee weinig genegen kunnen zijn goederen direct (voorwaardelijk) over te dragen, hetgeen 'the free flow of commerce' weinig goed zal doen.

305 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4701.

306 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4702. Zie v.w.b. de voorwaardelijkheid van die retro-overdracht onderstaande bespreking van de overdracht onder opschortende voorwaarde.

307 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4701. Ik heb niet onderzocht hoe het DCFR in dat verband omgaat met eventuele leveringsformaliteiten. De toelichting ter zake voorwaardelijke beschikkingen zwijgt daar i.e.g. over.

overdracht aan de oorspronkelijke vervreemder respectievelijk verwachter. Daaruit moeten we afleiden dat de ongedaanmakingsverbintenis reeds ten tijde van de aanvankelijke levering aan de verwachter bestaat en derhalve niet toekomstig van aard is. In een ander verband – de afwijzing van de mogelijkheid van goederenrechtelijke werking met terugwerkende kracht van ontbindende voorwaarden – wordt in de toelichting de ongedaanmakingsverbintenis daarentegen als (nog) niet bestaand beschouwd.³⁰⁸ Hoe we deze lastig te rijmen standpunten in onderling verband moeten zien, blijft onbesproken.

Aan de opschortend voorwaardelijke overdracht besteedt het DCFR daarentegen weinig woorden op grond van het – onjuiste – argument dat een dergelijke overdracht geen vergelijkbare moeilijkheden kent als een ontbindend voorwaardelijke. Opvallend is in elk geval dat een opschortend voorwaardelijke overdracht wordt beschouwd als een overdracht onder tijdsbepaling, met dien verstande dat onzeker is of het overeengekomen tijdstip zal intreden.³⁰⁹ Onduidelijk blijft waarom voor de figuur van de overdracht onder opschortende voorwaarde blijkbaar een andere systematiek zou gelden dan bij een ontbindende voorwaarde. Deze laatste is immers vormgegeven als een retro-overdracht onder voorwaarde aan de verwachter (oorspronkelijke vervreemder), hetgeen per saldo neerkomt op een overdracht onder opschortende voorwaarde.³¹⁰ Dat daarmee de voorwaardelijke overdracht in zijn goederenrechtelijke systematiek altijd de vorm heeft van een opschortend voorwaardelijke overdracht, lijkt in de toelichting over het hoofd te zijn gezien. Daarnaast is ook enigszins onduidelijk of tussenbeschikkingen door de bezwaarde bij het intreden van de opschortende voorwaarde vervallen. Uit het vorenbesproken (waarschijnlijk) ontbreken van terugwerkende kracht zou volgen dat tussenbeschikkingen niet vervallen, maar de toelichting zwijgt hierover.

De conclusie ten aanzien van het DCFR is als volgt. Ten aanzien van tussenbeschikkingen volgt het DCFR bij ontbindende voorwaarden in beginsel dezelfde systematiek als het Duitse en Zwitserse recht: tussenbeschikkingen blijven derhalve op grond van die systematiek in stand. Anders dan voor het Duitse en Zwitserse recht is in het DCFR echter de keuze gemaakt tot het *niet* uit hoofde van wetsduiding laten vervallen van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen. Voor wat betreft de goederenrechtelijke werking tussen partijen van ontbindende voorwaarden volgt het DCFR een geheel afwijkende systematiek, namelijk van de (geanticiperde) voorwaardelijke teruglevering aan de oor-

308 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4703.

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

310 De retro-overdracht kan immers zelf niet ontbindend voorwaardelijk noch onvoorwaardelijk van aard zijn. Beoogd is immers dat de verkrijger vooralsnog rechthebbende is en blijft tót het eventuele moment van intreden van de voorwaarde. Die opschortende voorwaarde als verbonden aan de retro-overdracht betreft dan het intreden van de ontbindende voorwaarde, dan wel – eenvoudiger – heeft dezelfde gebeurtenis als de ontbindende voorwaarde als inhoud.

spronkelijke vervreemder. De opschortend voorwaardelijke overdracht zelf is slechts bescheiden uitgewerkt en ook de verhouding daarvan tot de systematiek bij ontbindende voorwaarden is onduidelijk.

11.2.6 Verklaringen voor het Nederlands geldend recht

11.2.6.1 *Inleiding*

Als vertrekpunt voor de verklaringen van de goederenrechtelijke werking voor het Nederlands geldend recht is het goed om het vorenstaande kort samen te vatten. Het gegeven dat voorwaarden in het huidige Nederlandse recht goederenrechtelijke werking kennen, zowel tussen partijen als ten opzichte van derden na tussenbeschikkingen door de bezwaarde, is thans eigenlijk onbestreden. Zoals we echter in deze paragraaf zullen zien, is de verklaring voor die werking dat des te meer. In § 11.2.2 besprak ik de uiteenlopende redenen waarom het welhaast ook niet anders kón dan dat die verklaring onder het NBW sterk omstreden zou zijn. Daar komt bij dat de vier voornaamste denkrichtingen aangaande deze verklaring geen van alle probleemloos zijn, zo zagen we in § 11.2.3.

Blijkens dit laatste brengen de vorenbesproken andere onderzochte stelsels het er dan ook qua systematiek niet heel veel beter vanaf. We zagen bijvoorbeeld dat de verklaring van de goederenrechtelijke werking onder de lange werkingsduur van het OBW veel zwaarder omstreden was dan vandaag de dag in de Nederlandse literatuur wordt aangenomen. In de Duitse en Zwitserse literatuur is die discussie daarentegen duidelijk minder hevig. Voor het verval van tussenbeschikkingen – de werking ten opzichte van derden – is de reden daarvoor echter evident: de beide wetgevers hebben dit verval door middel van wetsduiding geheel buiten iedere systematiek geplaatst. Als zodanig was dit bij gebrek aan terugwerkende kracht mijns inziens een juiste, zo niet zelfs een onontkoombare keuze, die wellicht ook door de Nederlandse wetgever gemaakt had moeten worden. Ten aanzien van de goederenrechtelijke werking tussen partijen bestaat in de Zwitserse literatuur daarentegen zonder meer onduidelijkheid omtrent de verklaring daarvan, maar wordt de discussie dienaangaande nauwelijks gevoerd. Voor het Duitse recht is tot slot de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst als verklaringsgrond nauwelijks omstreden, maar bij de ontbindend voorwaardelijke beschikkingen kunnen we daar toch enige vraagtekens bij plaatsen.³¹¹ Wat verder van dit

311 Zie § 11.2.3.3.

alles zij, het feit dat de huidige Nederlandse discussie dermate complex is, mag niet de minste verbazing wekken.³¹²

Bij een bespreking van de verscheidene verklaringen van de goederenrechtelijke werking in de moderne Nederlandse literatuur lopen we tegen een probleem aan: het aantal onderling verschillende verklaringen en de complexiteit van veel van die verklaringen heeft geleid tot een zeer onoverzichtelijke situatie ten aanzien van de vraag wát als de overheersende opvattingen is te beschouwen. Onder het OBW bestond uiteraard ook een veelvoud aan te onderscheiden opvattingen, maar veel daarvan hadden tenminste nog gemeen dat deze op enigerlei wijze aanknoopten bij de terugwerkende kracht. De moderne visies ontberen een dergelijk, min of meer gemeenschappelijk ijkpunt. In combinatie met de in § 11.2.2 besproken versturende elementen heeft zich daaruit in de huidige discussie een mijns inziens vrijwel onontwarbare kluwen aan opvattingen gevormd. Zoals uit de voorgaande onderdelen van deze § 11.2 bovendien is gebleken, vallen tegen iedere systematische verklaring van de goederenrechtelijke werking behoorlijke bedenkingen in te brengen. Op grond van dit alles vertoont de zoektocht naar een sluitende verklaring voor de goederenrechtelijke werking dan ook de nodige overeenkomsten met die naar de heilige graal.

Niettemin kunnen we wel een zekere ordening aanbrengen. Enerzijds hebben we namelijk de verklaringen die aansluiting zoeken bij de voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste. Anderzijds zijn er de verklaringen die de goederenrechtelijke werking proberen te verklaren uit de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke gerechtigd ten aanzien van het goed waarover onder voorwaarde is beschikt. De hierna besproken opvattingen in het huidige Nederlandse recht heb ik dan ook langs deze twee hoofdlijnen geordend.

Anders dan ik doorgaans bij de bespreking van het geldend recht van de verschillende stelsels doe, komen in deze paragraaf tezamen met de bespreking van de literatuur mijn eigen opvattingen aan bod aangaande de verschillende verklaringen. Dat is in beperkte mate ingegeven door het feit dat we in deze paragraaf tevergeefs zullen zoeken naar 'het' Nederlandse recht aangaande de verklaring voor de goederenrechtelijke werking; een dergelijke breed aanvaarde verklaring ontbreekt als gezegd. Te midden van al de uiteenlopende verklaringen is het daarom van weinig bezwaar dat ik daar mijn eigen ideeën in verwerk. Met name is dit echter ingegeven door overwegingen van efficiëntie.

312 Jansen stelt in zijn Belgische dissertatie n.a.v. de de verklaring van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden in het Nederlandse recht dan ook terecht, dat deze discussies de complexiteit van het Nederlandse zakenrecht aantonen (Jansen 2009, p. 428). Faber spreekt enigszins eufemistisch van de in de literatuur heersende 'verwarring' (Faber 1997, p. 203), in welke term echter in enige mate de onterechte suggestie is gelegen dat voor het thans voorliggende vraagstuk überhaupt een sluitend antwoord zou bestaan.

11.2.6.2 Voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste

Geldend recht, nadere uitwerking

Ten behoeve van een overdracht zijn drie vereisten van belang: de titel, beschikkingsbevoegdheid bij de vervreemder en een levering aan de verkrijger. Zoals we eerder zagen, wordt in de systematiek van het OBW, het Duitse en Zwitserse recht alsmede het DCFR de voorwaardelijkheid verbonden aan een van deze vereisten, waar vervolgens de goederenrechtelijke werking voor een gedeelte uit wordt afgeleid. Slechts voor een *gedeelte*, want tot een 'perfecte' systematiek leidt de voorwaardelijkheid van deze vereisten niet. Voor het OBW werd immers – met name in het kader van het verval van tussenbeschikkingen – terugwerkende kracht van de voorwaarde als vereiste gesteld. Het Duitse en Zwitserse recht vereisen voor dit verval het in § 161 BGB en art. 152 III OR opgenomen wettelijke ingrijpen. Het DCFR tot slot kent geen terugwerkende kracht noch een equivalent van de voormelde Duitse en Zwitserse wetsbepalingen, maar onder het DCFR vervallen tussenbeschikkingen dan ook niet. Op basis van deze vier systemen lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat uitsluitend de voorwaardelijkheid van aspecten van de overdracht de *gehele* goederenrechtelijke werking niet goed kan verklaren.

Dit laatste is ook de teneur van de Nederlandse literatuur. Voorwaardelijkheid van de titel of de beschikkingsbevoegdheid als zodanig wordt slechts zeer incidenteel als verklaring verdedigd. Voorwaardelijkheid van de levering en dan met name van de goederenrechtelijke overeenkomst vinden we daarentegen relatief vaak als verklaring genoemd. Echter, dat laatste vooral in het kader van de goederenrechtelijke werking tussen partijen. Voor de werking ten opzichte van derden – het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen door de bezwaarde – wordt de verklaring veelal alsnog gezocht in de nog te bespreken verklaring bestaande uit de voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid van de bezwaarde. Ik loop een deel van de verschillende opvattingen ter zake voorwaardelijkheid van de drie vereisten voor overdracht langs.

Het aantal hedendaagse Nederlandse auteurs dat aansluiting zoekt bij de titel als verklaringsgrond is bescheiden. Van deze auteurs bespreek ik de opvattingen van Kortmann, Van Vliet en Vriesendorp.³¹³ In de visie van Kortmann

313 Zie daarnaast ook: Fesevur 2005, p. 239, 240 (die de verklaring bij *opschortende* voorwaarden zoekt in de combinatie van titel en levering); Zwemmer 1997, p. 79 (m.b.t. ontbindende voorwaarden); Verstappen 1993, p. 161 (Verstappen hanteert overigens zowel het begrip 'koopovereenkomst onder ontbindende voorwaarde' als 'verbintenis op grond waarvan wordt geleverd', zodat ik niet helemaal zeker ben of hij daadwerkelijk doelt op de voorwaardelijkheid van de titel).

Vriesendorp wijst voor het eigendomsvoorbehoud (als opschortend voorwaardelijke verhouding) de titel in beginsel als verklaringsgrond af, omdat t.g.v. de opschortende voorwaarde die titel juist nog zou ontbreken (Vriesendorp 1985, p. 24 e.v.) en dit bij gebrek

bestaat de titel uit de voorwaardelijke verbintenis die tot levering verplicht.³¹⁴ De overeenkomst waar deze verbintenis uit voortvloeit is zijns inziens daarentegen onvoorwaardelijk. Indien de ontbindende voorwaarde intreedt, wordt niettemin 'de koopovereenkomst A-B ontbonden en vervalt de verbintenis op grond waarvan A verplicht was tot levering'.³¹⁵ Daaruit volgt dat in Kortmanns visie de verbintenis tot levering niet reeds ten gevolge van de eerdere levering teniet is gegaan. Wat daar van zij, als ik Kortmann goed begrijp is aan het verval van de verbintenis die de titel vormt toe te schrijven, dat de gerechtigdheid van de bezwaarde eindigt.³¹⁶ Ook de goederenrechtelijke werking van de opschortende voorwaarde situeert Kortmann in het persoonlijke vorderingsrecht ter zake de (voltooiing van de) overdracht. Voor het verval van de gevolgen van eventuele tussenbeschikkingen door de bezwaarde beschouwt Kortmann dit persoonlijke recht echter als 'niet louter persoonlijk'. Dit goederenrechtelijke aspect van het persoonlijke recht is in de visie van Kortmann een gevolg van het feit, dat de overdracht grotendeels voltooid is.³¹⁷ Op deze benadering van Kortmann is veel kritiek mogelijk en deze heeft in de literatuur dan ook terecht geen navolging gevonden.³¹⁸

Van Vliet stelt dat ten gevolge van het causale stelsel de titel onder opschortende voorwaarde de eigendomsovergang na een levering uitstelt tot het

aan terugwerkende kracht onder het NBW niet wordt 'geheeld' (p. 29). Niettemin effent z.i. art. 3:84 lid 4 in die zin het pad dat uitsluitend door wetsduiding de voorwaardelijkheid van de titel alsnog de mogelijkheid schept van een opschortend voorwaardelijke overdracht met (beschermde) effect bij het intreden van de voorwaarde.

314 Kortmann 1992, p. 209.

315 Kortmann 1992, p. 204, 205.

316 Overigens stelt Kortmann zelf dat de wijze waarop de eigendom bij het intreden van een ontbindende voorwaarde door de verwachter wordt herkegen geenszins duidelijk is (Kortmann 1992, p. 205, nt. 25). Zijn hierna beschreven opvatting kan ik echter niet anders dan als een dergelijke verklaring zien.

317 Kortmann 1992, p. 204.

318 Onduidelijk blijft bijv. waarom de onvoorwaardelijke overeenkomst tóch eindigt met het intreden van de ontbindende voorwaarde. Kortmann stelt immers expliciet dat de overeenkomst zélf onvoorwaardelijk is, maar tegelijkertijd wordt ontbonden bij het intreden van de voorwaarde. Misschien dat Kortmann in het specifieke geval doelt op een ontbinding van de overeenkomst u.h.v. een tekortschieten (6:265 BW) en niet u.h.v. de ontbindende voorwaarde. Ook bij die benadering krijg ik de redenering echter niet sluitend.

Een tweede punt van kritiek is waarom de verbintenis tot levering t.g.v. die levering niet teniet zou zijn gegaan. Met die opvatting wijkt Kortmann derhalve af van hetgeen veelal in de literatuur wordt verdedigd. Daarbij zij opgemerkt dat Kortmann het ontbreken van terugwerkende kracht onder het NBW (uiteraard) onderschrijft, zodat daar geen verklaring voor Kortmanns opvatting gevonden kan worden. En zelfs al zou die verbintenis niet teniet zijn gegaan, ná de levering is haar rol uitgespeeld, zodat onduidelijk is wat haar functie nog zou moeten zijn in het verband van de retro-overgang aan de verwachter.

Een derde punt is de vraag waarom bij opschortende voorwaardelijkheid een obligatoir recht dankzij een grotendeels (maar dus niet geheel) voltooide overdracht alsnog goederenrechtelijke trekjes zou krijgen. Als we dit zouden kunnen onderbouwen, zou daarin voor opschortende voorwaarden het ei van Columbus zijn gelegen. Echter, die onderbouwing gaat buitengewoon lastig worden.

intreden van de voorwaarde.³¹⁹ Door het ontbreken van een geldige en daarmee effectieve rechtsgrond voor de overdracht komt die overdracht in een causaal stelsel in zijn gedachtengang niet tot stand. Voor zover we aannemen dat de opgeschorte werking de geldigheid van de titel inderdaad in de weg staat, is dit laatste uiteraard juist.³²⁰ Desondanks kan ik hierin geen verklaring zien voor de goederenrechtelijke werking van opschortende voorwaarden.³²¹ Een dergelijke systematiek stuit namelijk op twee problemen af. De eerste betreft de onjuiste volgorde waarin aan de vereisten voor overdracht zou worden voldaan. Er wordt alsdan namelijk helemaal niet geleverd *krachtens* een geldige titel, zodat ook niets meer dan een leveringshandeling wordt verricht. Dat heeft – de mogelijkheid van toekomstige convalescentie daargelaten – geen enkel effect, ook niet als later tussen partijen alsnog een titel tot stand zou komen.³²² Het intreden van de opschortende voorwaarde kan derhalve de zonder effect gebleven overdracht niet alsnog van goederenrechtelijk effect voorzien.

Een tweede punt betreft de vraag hoe bij een dergelijke systematiek het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen door de bezwaarde zouden moeten worden verklaard. Zelfs als we in afwijking van het vorenstaande zouden aannemen dat mét het geldig worden van de titel de eerdere levering resulteert in een geldige overdracht tussen partijen, dan nog valt niet in te zien waarom dit consequenties zou hebben op tussentijds door derden verkregen rechten. Bij gebreke aan een tot stand gekomen overdracht en zonder dat sprake is van terugwerkende kracht blijft de bezwaarde immers volledig beschikkingsbevoegd. Een laatste punt betreft het feit dat de benadering van Van Vliet naar zijn aard slechts betrekking heeft op opschortende voorwaarden en niet tevens op ontbindende. Dat maakt deze visie in mijn optiek hoe dan ook minder geschikt.³²³

Ook Vriesendorp verbindt de opschortende goederenrechtelijke werking aan de opschortende voorwaardelijkheid van de titel. Interessant daarbij is echter dat Vriesendorp aan de verklaring voor de goederenrechtelijke werking helemaal geen systematiek ten grondslag legt. In zijn optiek vormt art. 3:84 lid 4 BW de wettelijke grondslag op grond waarvan de voorwaardelijke verbintenis tot eigendomsverschaffing bij het intreden van de voorwaarde tot het goederenrechtelijke effect van de levering leidt.³²⁴ Een dergelijke wetsduiding

319 Van Vliet 2000, p. 84.

320 Ik verdedig zelf anders, zie § 3.2.3.

321 Het is mij overigens niet helemaal duidelijk of Van Vliet dat wél doet, of uitsluitend doelt op het vooralsnog uitblijven van de eigendomsovergang bij gebrek aan een titel.

322 Zie in deze zin ook: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 254.

323 Zie § 11.2.2.3.

324 Vriesendorp 1985, p. 29-31. V.w.b. het verval van tussenbeschikkingen zoekt ook Vriesendorp de verklaring in een beperkte beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde, maar vindt deze niet duidelijk in de wettelijke (respectievelijk door hem verdedigde) systematiek (Vrie-

zou zonder meer de goederenrechtelijke werking verklaren, maar uiteraard niet vanuit een systematische invalshoek. Als kritiekpunt veel wezenlijker is echter dat art. 3:84 lid 4 BW helemaal niet de betekenis heeft die Vriesendorp daaraan toedicht. Niet alleen had Meijers een geheel andere bedoeling met de wetsbepaling,³²⁵ maar ook de redactie als zodanig onderbouwt de visie van Vriesendorp niet. Het is dan ook veelzeggend dat Vriesendorp in 1985 zelf kritiek had op die redactie en dienaangaande aanvulling van het wetsartikel bepleitte.³²⁶

Ik zou dan ook willen stellen dat de Nederlandse literatuur terecht het standpunt huldigt dat de titel – bij het ontbreken van terugwerkende kracht – geen goede systematische verklaringsgrond (meer) vormt voor de goederenrechtelijke werking van in ieder geval de ontbindende voorwaarde.³²⁷ De titel is immers ten tijde van de levering geldig en, ook achteraf beschouwd ná het intreden van de voorwaarde, in stand gebleven voor de periode tot het moment van intreden van de voorwaarde. Maar ook bij opschortende voorwaardelijkheid vormt de titel geen goede verklaring. Bij de benadering dat de opschortende voorwaarde er toe leidt dat er nog geen geldige titel is, blijft met name de vraag hoe het verval van tussenbeschikkingen door de bezwaarde zou moeten worden verklaard. Bij de benadering dat opschortende voorwaardelijkheid de geldigheid van de titel *niet* in de weg staat, valt al helemaal niet in te zien hoe dit tot goederenrechtelijke werking zou moeten leiden.

Het tweede voor de overdracht gestelde vereiste is de beschikkingsbevoegdheid. Beschikkingsbevoegdheid kan naar zijn aard echter slechts van belang zijn voor een deel van de effecten die onder de goederenrechtelijke werking worden verstaan: het verval van tussenbeschikkingen verricht door de bezwaarde. Beschikkingsbevoegdheid zegt immers iets over de – beperkte – goederenrechtelijke mogelijkheid van een (opvolgend) beschikken door de bezwaarde. Deze bezwaarde is ten gevolge van zijn eigen voorwaardelijke gerechtigdheid niet in staat over ‘meer’ te beschikken dan zijn voorwaardelijke recht, zo is de gedachte. In de literatuur vinden we deze benadering in ieder geval met grote regelmaat terug en deze is ook door de Hoge Raad als zodanig verwoord.³²⁸

sendorp 1985, p. 54, 55). Z.i. zou derhalve een uitdrukkelijke wetsbepaling met die strekking – blijkbaar náást art. 3:84 lid 4 BW – moeten worden toegevoegd.

325 Zie § 11.2.2.2.

326 Vriesendorp 1985, p. 30.

327 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 144; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 274; Scheltema 2003, p. 320 e.v.; Asser/Mijnssen-De Haan 3-I 2001, p. 187; Zwitser 1990, p. 37.

328 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 220, 221; Reehuis 2010, p. 93; Snijders 2006, p. 226; Fesevur 2005, p. 173 (en eerder: Fesevur 1989, p. 118); Hartkamp 2003, p. 893 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132); Scheltema 2003, p. 350 nt. 64; Nieskens-Ispording & Van der Putt-Lauwers 2002, p. 39, 40; Asser/Mijnssen-De Haan 3-I 2001, p. 183, 184; Bartels

De in dit verband essentiële vraag is waarom de bezwaarde *beperkt* beschikkingsbevoegd zou zijn. In de Duitse en Zwitserse literatuur wordt in dat verband wel gesteld dat § 161 BGB en art. 152 III OR in feite een *wettelijke* beperking van de beschikkingsbevoegdheid zouden inhouden. Dat is nodig omdat de bezwaarde in beide rechtssystemen (en overigens ook het DCFR) als volledig rechthebbende wordt beschouwd. Voor het Nederlandse recht kan een beperkte beschikkingsbevoegdheid bij gebrek aan een dergelijke wetsduiding daarentegen slechts voortvloeien uit hetgeen de verwachter in goederenrechtelijke zin heeft *verkrege*n. Met andere woorden, verklaard zou moeten worden uit hoofde waarvan de overdracht onder voorwaarde van een goed er toe leidt dat de bezwaarde geen volledige goederenrechtelijke gerechtigdheid van dat goed verkrijgt. Op die vraag ga ik in § 11.2.6.3 verder in.

Met het vorenstaande is eigenlijk reeds gegeven waarom beschikkingsbevoegdheid geen verklaring biedt voor het andere goederenrechtelijke effect van voorwaarden, namelijk de (retro-)overgang tussen partijen. Voor dát effect van het intreden van een voorwaarde is de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde geheel zonder betekenis. Een beperking van de beschikkingsbevoegdheid kan immers naar zijn aard uitsluitend gevolgen hebben in de sfeer van een ‘niet-kunnen’ respectievelijk onmogelijkheid. Als niet of beperkt beschikkingsbevoegde kan ik een aantal handelingen niet rechtsgeldig verrichten, die ik als volledig beschikkingsbevoegde wél met juridisch gevolg kan verrichten. Een juridische beperking gelegen in de beschikkingsbevoegdheid kan daarentegen op zich zelf niet de grondslag vormen voor het positieve gevolg van een eigendomsverschuiving bij het intreden van een voorwaarde. De gedachte dat een beperking van de beschikkingsbevoegdheid voor de (retro-)overgang tussen partijen van enigerlei belang zou zijn, vinden we dan ook terecht niet in de literatuur.³²⁹

Indien we de voorwaarde willen verbinden aan het derde vereiste dat tot overdracht leidt – de levering – hebben we in theorie de keuze uit twee mogelijkheden. Enerzijds zou de leveringshandeling zélf, bijvoorbeeld de bezitsverschaffing, voorwaardelijk kunnen zijn. Anderzijds zou de voorwaarde kunnen zijn verbonden aan de goederenrechtelijke overeenkomst als onderdeel van de levering. Beide mogelijkheden worden in een deel van de literatuur aan-

1997, p. 82 e.v.; Nieskens-Isphording 1993, p. 563; Huijgen 1992, p. 135; Kortmann 1992, p. 205 e.v.; Van Straaten 1992, p. 195; Olthof 1986, p. 46 nt. 19.

Zie ook HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745, waar de Hoge Raad ter zake het verval van tussenbeschikkingen eveneens verwijst naar het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid bij de bezwaarde t.a.v. een *onvoorwaardelijk* recht.

Incidenteel vinden we overigens ook de gedachte dat de bezwaarde wel degelijk volledig beschikkingsbevoegd is t.a.v. het door hem onder voorwaarde gehouden goed (Salomons 1993, p. 864).

329 Vriesendorp wijst die gedachte dan ook uitdrukkelijk af (Vriesendorp 1985, p. 23). Verstijlen doet dat impliciet (Verstijlen 2007, p. 825).

vaard.³³⁰ Ook de Hoge Raad heeft een aantal malen een voorwaarde verbonden aan de levering aanvaard, deels specifiek ten aanzien van de goederenrechtelijke overeenkomst.³³¹

330 Zie t.a.v. de voorwaardelijkheid van de leveringshandeling: Verstappen 1993, p. 161 (die deze mogelijkheid onderkent náást die van voorwaardelijkheid van de titel); (waarschijnlijk) Schoordijk 1986, p. 306, 307; Mijnsen 1983a, p. 348, 349 (zie p. 345 waaruit volgt dat Mijnsen hier niet doelt op de goederenrechtelijke overeenkomst).

Zie t.a.v. de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst: Peter 2007, p. 165, 166; Struycken 2007, p. 551, 552 (Struycken ziet de voorwaardelijke levering i.i.g. als een mogelijkheid); Fesevur 2005, p. 240 (Fesevur zoekt de verklaring echter in de combinatie van titel en levering); Nieskens-Isphording 1999, p. 65 (in het kader van de opschortende voorwaarde van het eigendomsvoorbehoud); Den Tonkelaar 1994, p. 95 (en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 108, waarbij Den Tonkelaar echter tegelijkertijd en zonder verdere toelichting stelt dat de levering *onvoorwaardelijk* is, maar het verkregen recht voorwaardelijk zou zijn (Den Tonkelaar 1994, p. 93 resp. Den Tonkelaar 1983, p. 106)); Rank-Berenschot 1992b, p. 229; Mijnsen & Schut 1982, p. 54.

Daarnaast vinden we auteurs die voorwaardelijkheid van de (rechtshandeling van de) levering aanvaarden, maar bij wie onduidelijk blijft of daarmee al dan niet de goederenrechtelijke overeenkomst is bedoeld: Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 145, 238 (zowel m.b.t. vestigingshandeling als levering bij een ontbindende voorwaarde. Zie echter ook p. 523, waar de levering bij een eigendomsvoorbehoud juist onvoorwaardelijk zou dienen te zijn, m.n. om de op p. 527 genoemde reden t.a.v. de rechtspositie van de verwachter); Van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18; Asser/Mijnsen-De Haan 3-1 2001, p. 185, 186 (*uitsluitend* v.w.b. opschortend voorwaardelijk beschikkingen. Eerder verbond Mijnsen de voorwaarde overigens wél expliciet aan de goederenrechtelijke overeenkomst (Mijnsen & Schut 1982, p. 54). Overigens stellen Mijnsen en de Haan tévens dat sprake is van het verschaffen van een recht onder opschortende voorwaarde (p. 186). Of dat in lijn is met het vorenstaande wil ik betwijfelen); Holtman 1991, p. 456; Bakels 1984, p. 481 nt. 13.

331 HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18 (waarbij de Hoge Raad de goederenrechtelijke overeenkomst onder opschortende voorwaarde noemt); HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506; HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745 (de Hoge Raad stelt in r.o. 3.6: 'Er is immers geen reden voor cessie een uitzondering aan te nemen op de hoofdregel dat rechtshandelingen onder een voorwaarde kunnen worden verricht').

Faber en later ook Bartels en Van Mierlo stellen dat de Hoge Raad in het arrest uit 2001 ten onrechte spreekt van een voorwaardelijke *levering* (Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 40; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 217, 218). Bedoeld zou zijn een voorwaardelijke *overdracht*. Ik merk daarbij op dat de Hoge Raad in dit arrest ook spreekt van de 'verbintenis tot *overdracht* onder opschortende voorwaarde'. Ik kan derhalve niet uitsluiten dat de eveneens door de Hoge Raad in dit arrest vermelde *levering* onder voorwaarde inderdaad een *slip of the pen* is. Zie over dit arrest ook: Reehuis 2010, p. 58, 91. Uit de niet mis te verstane bewoordingen in r.o. 3.4 van HR 10 augustus 2007 blijkt echter anders: '[] dat de gunning ook de goederenrechtelijke overeenkomst van overdracht van de aandelen omvat onder de opschortende voorwaarde, dat de koper aan al zijn betalingsverplichtingen heeft voldaan. Die opschortende voorwaarde heeft immers tot gevolg dat tot het moment van haar vervulling de goederenrechtelijke overeenkomst geen werking heeft []'. En in r.o. 3.6: 'De eerste klacht faalt evenwel voor zover daarin wordt betoogd dat de omstandigheid dat aan de goederenrechtelijke overeenkomst een opschortende voorwaarde is verbonden, []'.

Ook in het arrest uit 1989 is de Hoge Raad duidelijk t.a.v. de voorwaardelijkheid van de levering: 'Voor zover onderdeel 6 strekt ten betoge dat naar Nederlands recht vorderingen niet onder opschortende voorwaarde kunnen worden gecedeerd, faalt het omdat dit betoog

Expliciete afwijzing van de mogelijkheid van een voorwaardelijke levering is er in de literatuur ook, althans in elk geval voor zover daar goederenrechtelijke werking mee zou zijn beoogd.³³² Dit met name waar het betreft opschortende voorwaarden en de daaruit voortvloeiende opgeschorte werking, maar ook wel voor wat betreft voorwaardelijkheid in breder verband. In het kader van dit laatste worden twee problemen gesignaleerd. Op de eerste plaats zou de *feitelijkheid* van de levering – met name ingeval van levering door middel van bezits- of machtsverschaffing – het daaraan verbinden van een voorwaarde in de weg staan. Indien we het (steeds) bestaan van een goederenrechtelijke overeenkomst ontkennen, zou deze veronderstelde feitelijkheid inderdaad een argument kunnen zijn.³³³ De Hoge Raad onderkent echter expliciet het bestaan van de goederenrechtelijke overeenkomst respectievelijk zelfs het verbinden van een voorwaarde aan die goederenrechtelijke overeenkomst, zodat we dit argument in elk geval voor het geldend recht terzijde kunnen stellen.³³⁴

Op de tweede plaats wordt bij gebrek aan terugwerkende kracht ook de goederenrechtelijke werking bij voorwaardelijkheid van de levering als zodanig ontkend, zowel wat betreft ontbindende als opschortende voorwaarden. Voor beide soorten voorwaarden worden daarbij onderling verschillende argumentaties gehanteerd. Bij een *ontbindende* voorwaarde zou de reeds uit hoofde van

geen steun vindt in het recht. Er is immers geen reden voor cessie een uitzondering aan te nemen op de hoofdregel dat rechtshandelingen onder een voorwaarde kunnen worden verricht'. A-G Franx oordeelde bij zijn conclusie in dezelfde zin.

332 Abendroth 2013, p. 320, 321; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 217, 218; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 3-VI*, p. 527; Reehuis 2010, p. 90, 91; Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 40 (en eerder: Faber 1997, p. 182); Out 2003, p. 80; Kortmann 1992, p. 208; Vriesendorp 1985, p. 23 e.v.

Mijnssen en De Haan ontkennen niet de mogelijkheid van een levering onder *ontbindende* voorwaarde, maar wel dat – bij gebrek aan terugwerkende kracht – daarin de verklaring voor de goederenrechtelijke werking kan zijn gelegen (Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 183). Eerder stelde Mijnssen dat mét terugwerkende kracht de voorwaardelijke levering wel de bedoelde verklaring voor goederenrechtelijke werking vormt (Mijnssen & Schut 1982, p. 54 e.v.).

Wibier en Smid stellen eveneens dat een levering (bij een eigendomsvoorbehoud) onvoorwaardelijk plaatsvindt, maar beargumenteren dit verder niet (Wibier & Smid 2009, p. 725).

333 Zie in deze zin: Abendroth 2013, p. 320; Van Drunen 2013, p. 322; Reehuis 2010, p. 58, 90, 91 Out 2003, p. 80; Scheltema 2003, p. 324 (hetgeen volgens Scheltema ook zou gelden voor andere leveringsvormen dan bezitsverschaffing – de mededeling bij cessie, de inschrijving van een akte bij levering van registergoederen – omdat ook die van feitelijke aard zouden zijn); Kortmann 1992, p. 208.

334 In r.o. 3.4.2 van het arrest van HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506 stelt de Hoge Raad: 'Iedere rechtshandeling kan blijkens art. 3:38 lid 1 BW onder voorwaarde geschieden, tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit. De wet – die in art. 3:91 BW voorschrijft op welke wijze de levering ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde van bepaalde roerende zaken, niet-registergoederen, geschiedt – verzet zich noch tegen levering onder ontbindende noch tegen levering onder opschortende voorwaarde; *de aard van de levering evenmin*' [cursivering HS].

de levering tot stand gekomen overdracht bij het intreden van die voorwaarde in stand blijven.³³⁵ Daarmee zou uiteraard ook iedere goederenrechtelijke werking ontbreken. Deze benadering staat echter diametraal tegenover het Duitse en Zwitserse recht alsmede de benadering van het DCFR, hetgeen tenminste een zekere terughoudendheid op deze visie rechtvaardigt. Ik werk een en ander een eerste stapje verder uit, om daar in § 11.2.8 op terug te komen.

Zoals ik in § 11.2.3 aangaf, veronderstelt de goederenrechtelijke werking bij ontbindende voorwaardelijkheid van de levering respectievelijk de goederenrechtelijke overeenkomst dat deze in zijn effecten nog steeds voortbestaat ten tijde van het intreden van de voorwaarde. Dit laatste is weer een consequentie van het ontbreken van terugwerkende kracht; wil het intreden van een voorwaarde bij dit uitgangspunt immers effect kunnen hebben, zal de rechtsverhouding uiteraard (nog) moeten bestaan. Willen we bij ontbindende voorwaardelijkheid van de levering derhalve bereiken dat sprake is van goederenrechtelijke werking, dan zou de levering respectievelijk goederenrechtelijke overeenkomst geen momentopname mogen vormen. Of beter gezegd, deze zou tenminste moeten (voort-)bestaan gedurende de periode van onzekerheid, wil het intreden van de voorwaarde überhaupt effect kunnen hebben op die levering respectievelijk goederenrechtelijke overeenkomst. In § 11.2.8 zal ik deze benadering van de vooralsnog voortbestaande goederenrechtelijke overeenkomst verdedigen, zodat in mijn opvatting de overdracht – anders dan de (gevolgen van tussenbeschikkingen door de bezwaarde – bij het intreden van een ontbindende voorwaarde na de levering helemaal niet in stand behoeft te blijven.

De afwijzende argumentatie ten aanzien van de *opschortende* voorwaardelijkheid van de levering – althans met goederenrechtelijke effect bij het intreden van de voorwaarde – is van geheel andere aard. De gedachte achter die afwijzing is daarin gelegen, dat de levering gezien de opgeschorte 'werking' ook pas effect heeft met het intreden van de voorwaarde. Voordien zou de levering dan ook niet zijn voltooid. Met dit laatste zou de verwachter bijvoorbeeld nog geen faillissementsbestendige positie hebben in de zin van art. 35 Fw,³³⁶ maar ook zou de bezwaarde nog geheel beschikkingsbevoegd zijn

335 Zie in deze zin: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 223; Reehuis 2010, p. 58, 90, 91; Hijma & Olthof 1982, p. 260.

336 Abendroth 2013, p. 320, 321; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 222; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 527; Scheltema 2003, p. 314, nt. 23; Faber 2000, p. 181, 182 (en eerder: Faber 1997, p. 208 e.v.); Kortmann 1992, p. 208. Vriesendorp wijst de voorwaardelijkheid van de levering resp. goederenrechtelijke overeenkomst eveneens af, maar o.b.v. een geheel andere benadering (Vriesendorp 1985, p. 28, 29). Enerzijds ontkent hij het bestaan van de goederenrechtelijke overeenkomst, anderzijds beschouwt hij de voorwaardelijkheid van de levering náást de voorwaardelijkheid van de titel als verklaringsgrond niet zinvol.

Uitdrukkelijk anders: Struycken 2007, p. 551 e.v. (m.n. p. 553), die (juist) ook bij de levering onder opschortende voorwaarde faillissementsbestendigheid verdedigt. Deze levering is

en de verwachter daarmee niet zijn beschermd tegen beschikkingen door de bezwaarde. Het uitgangspunt dat het ontbreken van een voltooide levering als zodanig de voormelde effecten zou hebben, is terecht onbestreden.³³⁷ In § 11.2.8 zal ik echter verdedigen dat ook deze benadering van de opgeschorte werking van de opschortende voorwaarde – de levering is niet voltooid ten gevolge van de opgeschorte werking – onjuist is. Voor de werking tussen partijen (maar niet ten opzichte van derden) zou derhalve ook bij opschortende voorwaarden de voorwaardelijkheid van de levering de goederenrechtelijke werking kunnen verklaren.

De conclusie bij de voorwaardelijkheid van de verschillende overdrachtsvereisten is dat geen van deze op brede aanvaarding mag rekenen. Voorwaardelijkheid van de levering en met name voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst heeft van deze opties voor het geldend recht niettemin de beste papieren.

11.2.6.3 Voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid

Geldend recht, nadere uitwerking

De tweede denkrichting op hoofdlijnen in het Nederlandse recht heeft geen betrekking op voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste, maar bestaat uit de voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid. Hoe we die gerechtigdheid exact moeten kwalificeren, is onduidelijk: het goed is 'belast' met de voorwaarde, de bezwaarde (en wellicht ook de verwachter) is 'beperkt' gerechtigd tot het goed of ieder van partijen houdt een vorm van mede-gerechtigdheid tot dit goed. Uit dit kwalificatievraagstuk volgt eigenlijk reeds dat, net als bij de vorenbesproken voorwaardelijkheid van vereisten voor de overdracht, ook deze tweede denkrichting met lastige vragen is omgeven.

Bij het zoeken naar antwoorden op deze en andere vragen kunnen de overige onderzochte stelsels ons niet de helpende hand bieden; geen van deze stelsels kent een systematiek waarbij de goederenrechtelijke werking verklaard wordt uit een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid.³³⁸ Dit verschil in benadering laat zich in elk geval voor een deel verklaren. De

z.i. ondanks de opschortende voorwaarde voltooid en (daarom?) onherroepelijk door de vervreemder. Ook Van Drunen verdedigt de voorwaardelijkheid van de levering mét goederenrechtelijke effect (Van Drunen 2013 a, p. 52-55).

337 Zie in dit verband van opschortende voorwaardelijkheid ook: PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1237.

338 Incidenteel vinden we in de Nederlandse literatuur wel de opvatting dat het Duitse Anwartschaftsrecht in deze een functie vervult, omdat daaruit zou volgen dat de verwachter een goederenrechtelijke gerechtigdheid houdt. Voor zover dit Anwartschaftsrecht inderdaad al als een goederenrechtelijk recht zou moeten worden beschouwd, is die zienswijze niettemin onjuist. Het Anwartschaftsrecht vindt namelijk juist zijn grondslag in de goederenrechtelijke beschermde positie van de verwachter en vormt zelf niet de basis voor die bescherming noch de verklaring voor goederenrechtelijke werking. Zie verder § 11.3.2.2.

Nederlandse ideeën ten aanzien van de goederenrechtelijke werking als gelegen in een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid zijn voor een belangrijk deel daardoor ingegeven, dat hiermee geprobeerd wordt het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van een voorwaarde – derhalve de werking ten opzichte van derden – te verklaren. Zoals we zagen ontbreekt een dergelijke behoefte in de Duitse en Zwitserse literatuur, omdat het verval van tussenbeschikkingen rechtstreeks op de wet kan worden gebaseerd. Ook voor het DCFR ontbreekt die behoefte, echter omdat voor dat stelsel juist de keuze is gemaakt om tussenbeschikkingen bij het intreden van de voorwaarde in stand te laten. Tot slot bestond ook onder het OBW weinig animo voor een benadering op basis van goederenrechtelijke gerechtigdheid. De terugwerkende kracht in zijn verschillende varianten bood immers een tenminste redelijke verklaring voor het verval van tussenbeschikkingen.

De gedachte van goederenrechtelijke werking gebaseerd op een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid wordt in de Nederlandse literatuur van het NBW echter ook gehanteerd als verklaring voor de werking tussen partijen. Als gezegd ontbreekt in de andere onderzochte stelsels die benadering ook in dit verband. Dit verschil in benadering tussen deze stelsels is iets minder begrijpelijk. In elk geval volgt hieruit dat de overige stelsels zich tevreden stellen met verklaringen gelegen op het terrein van voorwaardelijkheid van vereisten voor de overdracht (met name de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst), terwijl dienaangaande in het Nederlandse recht – blijkbaar – twijfels bestaan.³³⁹

Bij deze denkrichting die de goederenrechtelijke werking wil verklaren op basis van een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid moeten met name twee vragen worden beantwoord. De kernvraag bestaat uiteraard daaruit dat verklaard moet worden waarom deze systematiek zou leiden tot goederenrechtelijke werking. Anders dan bij de vorenbesproken verklaringen ter zake voorwaardelijkheid van vereisten die leiden tot overdracht gaat daar echter een vraag aan vooraf. De mogelijkheid van een voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst en zeker van een voorwaardelijke verbintenis die aan een levering ten grondslag ligt, past – ongeacht of dergelijke figuren al dan niet tot goederenrechtelijke werking kunnen leiden – zonder twijfel in een systematiek waarbij rechtshandelingen en verbintenissen voorwaardelijk

339 Hierbij wil ik twee kanttekeningen maken. Een systematiek gebaseerd op terugwerkende kracht zoals het OBW die kende wordt door hedendaagse auteurs niet als zodanig betwijfeld, maar is nu eenmaal o.g.v. art. 3:38 lid 2 BW niet langer mogelijk. Een tweede kanttekening betreft dat ik niet kan uitsluiten dat de gezochte verklaring voor het verval van tussenbeschikkingen door auteurs enigszins 'ad hoc' tevens wordt gehanteerd voor de goederenrechtelijke werking tussen partijen. Twee verschillende verklaringen voor deze beide aspecten van goederenrechtelijke werking verdient immers zeker geen schoonheidsprijs. De neiging om een acceptabel geachte verklaring voor het verval van tussenbeschikkingen 'dan ook maar' te hanteren voor de werking tussen partijen, is in die zin te begrijpen. Duidelijke aanwijzingen dat van dit laatste inderdaad sprake is, heb ik echter niet.

kunnen zijn. Bij een goederenrechtelijke gerechtigdheid onder voorwaarde is het echter de vraag hoe deze zou moeten ontstaan. Met andere woorden, op welke wijze wordt een voorwaarde in goederenrechtelijke zin verbonden aan het goed dat wordt overgedragen?

Deze laatste vraag wordt door een deel van de auteurs beantwoord met een verwijzing naar de wetsduiding die in art. 3:84 lid 4 BW zou zijn gelegen.³⁴⁰ Een benadering van deze wetsbepaling waarvan ik verdedigde, dat deze sterk afwijkt van hetgeen Meijers ermee beoogde en waarvan de redactie dan ook slecht aansluit bij de interpretatie dat hierin de wettelijke grondslag van een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid zou zijn gelegen.³⁴¹ Een ander deel van de literatuur en de PG gaan er daarentegen van uit dat een voorwaarde verbonden aan de levering zou leiden tot een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid.³⁴² Wáárom een 'voorwaardelijke levering' zou leiden tot een dergelijke door de voorwaarde *beperkte* of daarmee *belaste* gerechtigdheid blijft echter onbesproken en ligt ook alles behalve voor de hand. Ook dit is derhalve een benadering waar ik grote moeite mee heb.³⁴³ We lopen een aantal van de auteurs die deze benadering niettemin hanteren langs.

Van de moderne auteurs heeft Scheltema het meest omvattende onderzoek onderzoek naar de goederenrechtelijke werking van *ontbindende* voorwaarden gedaan, zodat ik met zijn visie begin. Scheltema verdedigt dat de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden tussen partijen het gevolg is van de wetsduiding van art. 3:84 lid 4 BW. Een eigendomsovergang onder bijzondere titel van rechtswege derhalve, waarbij in de visie van Scheltema niet aan de vereisten van art. 3:84 lid 1 BW hoeft te worden voldaan.³⁴⁴ In die zin lijkt in de visie van Scheltema geen sprake te zijn van enige goederenrechtelijke gerechtigdheid bij de verwachter. Hij spreekt dan ook van een 'eigendomsverwachtingsrecht'.³⁴⁵ Niettemin beschouwt hij de positie van

340 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 219, 220; (vermoedelijk) Snijders in: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 274, 346; (waarschijnlijk) Reehuis 2010, p. 40, 58, 85 e.v (Reehuis stelt dit nergens expliciet, maar hij verwijst wel veelvuldig naar de doorwerking van de voorwaarde in de titel naar het recht dat de verkrijger u.h.v. art. 3:84 lid 4 BW verkrijgt. Ook spreekt hij van het 'krachtens' art. 3:84 lid 4 BW aan het recht van de bezwaarde kleven van de bijzondere eigenschap, dat bij het intreden van de ontbindende voorwaarde dat aan de vervreemder terugvalt (Reehuis 2013, p. 12, 13)); Verstijlen 2007, p. 825; Zwalve 2006, p. 272; (vermoedelijk) Fesevur 2005, p. 92; Scheltema 2003, p. 356; Van Straaten 1990, p. 47, 48; (vermoedelijk) Schoordijk 1986, p. 119, 275, 276. Zie verder § 11.2.2.2 voor een overzicht van de auteurs die in art. 3:84 lid 4 BW deze wettelijke grondslag zien ongeacht de verklaring die de verschillende auteurs voor de goederenrechtelijke werking hanteren.

341 Zie § 11.2.2.2.

342 Zie voor deze PG § 11.2.2.1 en voor de bedoelde literatuur hierna in deze paragraaf.

343 Zie § 11.2.3 waar ik deze kritiek uitgebreider bespreek.

344 Scheltema 2003, p. 356.

345 Scheltema 2003, p. 361.

de verwachter als een goederenrechtelijke positie, die hij afleidt uit zijn (hierna besproken) verklaring voor het verval van tussenbeschikkingen. Een goederenrechtelijke positie die – vergelijkbaar met het Duitse Anwartschaftsrecht – ook overdraagbaar is. Onverminderd het feit dat de goederenrechtelijke werking tussen partijen in Scheltema's optiek derhalve uitsluitend voortvloeit uit de voormelde wetsduiding, is dus tóch sprake van een goederenrechtelijke positie bij de verwachter.³⁴⁶ In dit laatste is naar Scheltema's opvatting als gezegd echter niet de verklaring voor de goederenrechtelijke werking tussen partijen gelegen.

De verklaring voor het verval van tussenbeschikkingen, derhalve de goederenrechtelijke werking ten opzichte van derden, ziet hij uitdrukkelijk anders dan de werking tussen partijen. Dit verval van tussenbeschikkingen plaatst Scheltema in het licht van een beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de verkrijger onder ontbindende voorwaarde respectievelijk de bezwaarde. Deze beperking vloeit daaruit voort dat hij de verwachter beschouwt als een – in zekere zin – beperkt gerechtigde tot het goed.³⁴⁷ De bezwaarde kan ten gevolge van dit 'beperkt recht' van de verwachter niet over het gehele respectievelijk onvoorwaardelijke goed beschikken. Waarom de gevolgen van de tussenbeschikking met het intreden van de voorwaarde vervallen – is bijvoorbeeld sprake van een retro-overgang van de derde naar de bezwaarde dan wel rechtstreeks naar de verwachter of 'verdwijnt' het goederenrechtelijke recht van de derde in het niets – bespreekt Scheltema niet. We zien in elk geval dat

346 Waarbij Scheltema overigens aangeeft dat deze positie geen betrekking heeft op de eigendom van een zaak zelf (p. 361).

347 Scheltema 2003, p. 328, 343, 348. Scheltema stelt in dit verband: 'Het eigendomsverwachtingsrecht van de disponent onder ontbindende voorwaarde kan daarom in het systeem van het BW slechts als een beperkt recht worden gekwalificeerd. Deze kwalificatie betekent overigens niet veel meer dan dat er sprake is van een van het eigendomsrecht afgeleid minder omvattend goederenrechtelijk recht op een (eigendoms)recht van een ander' (Scheltema 2003, p. 349).

Snijders en Hartkamp wijzen Scheltema's kwalificatie als 'beperkt recht' van de verwachter af, onder meer op grond van de gedachte dat het verwachtingsrecht van deze niet onder de wettelijke definitie van art. 3:8 BW valt (Snijders 2006, p. 224; Hartkamp 2003, p. 893). Gezien het vorenstaande citaat van Scheltema lijkt mij echter niet dat Scheltema inderdaad doelt op een in art. 3:8 BW omschreven beperkt recht, ook al wordt dit door andere auteurs wel als zodanig opgevat (zie o.a. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 224; Wibier & Smid 2009, p. 727). Overigens stelt Scheltema tevens dat derdenbescherming bij onbekendheid met de voorwaarde kan voortvloeien uit art. 3:86 lid 2 BW, waarin dan toch weer de suggestie is gelegen dat Scheltema wel degelijk uitgaat van een 'echt' beperkt recht (Scheltema 2003, p. 350).

Overigens vinden we de benadering van Scheltema ook bij andere auteurs, zie bijv. Hijma en Olthof, die stellen dat 'de positie van de verkrijger [is] te vergelijken met die van iemand op wiens goed een beperkt recht rust (Hijma & Olthof 2014, p. 97) Zie in een zelfde zin ook eerder: Hijma & Olthof 1982, p. 260. Ook Stein noemt een voorwaardelijk eigendomsrecht in het kader van 'beperkte genotsrechten' (Stein 2004, p. 39). Zie ook Hof Amsterdam 2 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:979, waar het Hof bij de afstand van een eigendomsvoorbehoud eveneens aansluiting zoekt bij de afstand van een beperkt recht.

Scheltema bij de beide aspecten van de goederenrechtelijke werking voor verschillende verklaringen kiest: de werking tussen partijen ontstaat door wetsduiding sec,³⁴⁸ de werking ten opzichte van derden door een beperking van de goederenrechtelijke gerechtigdheid van de bezwaarde.

Door Fesevur wordt expliciet een onderscheid gemaakt tussen ontbindende en opschortende voorwaarden. De ontbindende voorwaarde verbonden aan de titel zou bij levering (vermoedelijk uit hoofde van art. 3:84 lid 4 BW) leiden tot eigendom onder die voorwaarde. Het intreden van de ontbindende voorwaarde heeft in verband daarmee goederenrechtelijke werking, waarvoor Fesevur echter geen nadere verklaring geeft.³⁴⁹ Gedurende de periode van onzekerheid is de bezwaarde op grond van de voorwaardelijke eigendom slechts beperkt beschikkingsbevoegd, hetgeen bij het intreden van de voorwaarde tot het verval van tussenbeschikkingen zou leiden.³⁵⁰ De mogelijkheid dat ook bij opschortende voorwaardelijkheid wordt geleverd, aanvaardt Fesevur zonder meer.³⁵¹ Daarentegen wijst hij de mogelijkheid van eigendom onder opschortende voorwaarde af.³⁵² In zijn visie is bij een dergelijke overdracht de opschortende voorwaarde verbonden aan de goederenrechtelijke overeenkomst, die op haar beurt voorwaardelijk is omdat de titel uit hoofde van deze voorwaarde een beperkte strekking heeft.³⁵³ Van enige voorwaardelijkheid van de eigendom bij de vervreemder respectievelijk bezwaarde is in de visie van Fesevur derhalve geen sprake. Daarmee maakt hij derhalve ten aanzien van beide soorten van voorwaarden een onderscheid in verklaring: bij ontbindende voorwaarden is dit gelegen in de voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid, bij opschortende voorwaarden in voorwaardelijkheid van aspecten die leiden tot de overdracht.

Faber verdedigt daarentegen dat de verwachter aan wie is overgedragen onder *opschortende* voorwaarde wel degelijk gerechtigd is tot een eigendomsrecht onder die voorwaarde.³⁵⁴ Die benadering wordt door Faber met name negatief beargumenteerd in die zin, dat zijns inziens de opschortende voorwaardelijkheid van de titel of de levering geen goederenrechtelijk effect zou hebben.³⁵⁵ De opschortende voorwaardelijkheid van de titel zou een ontbreken van een leveringsverplichting tot gevolg hebben, terwijl deze voorwaardelijkheid van de levering ertoe zou leiden dat de levering nog niet voltooid

348 Scheltema stelt dan ook dat art. 3:84 lid 4 BW 'in ons huidige recht essentieel' is (Scheltema 2013, p. 161).

349 Fesevur 2005, p. 92.

350 Fesevur 2005, p. 146, 151, 195.

351 Fesevur 2005, p. 112, 239 (m.b.t. de levering van registergoederen resp. eigendomsvoorbehoud).

352 Fesevur 2005, p. 92.

353 Fesevur 2005, p. 239, 240.

354 N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 52 e.v.

355 N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 38 e.v. (en eerder: Faber 1997, p. 212 e.v.).

is. Deze benadering dat de verwachter direct een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde houdt, betekent tevens dat de vervreemder respectievelijk bezwaarde in goederenrechtelijk opzicht beperkt is.³⁵⁶ Daar vloeit in de opvatting van Faber dan ook de beperkte beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde uit voort. Uit het intreden van de voorwaarde volgt volgens Faber het verval van tussenbeschikkingen door de bezwaarde zowel als de onvoorwaardelijke verkrijging door de verwachter.³⁵⁷ Een nadere verklaring voor deze effecten geeft hij echter niet.

Een enigszins vergelijkbare benadering als van Faber vinden we ten aanzien van *ontbindende* voorwaarden bij Bartels en Van Mierlo en drie decennia eerder ook bij Hijma en Olthof.³⁵⁸ Voorwaardelijkheid van de levering zou volgens hen bij gebrek aan terugwerkende kracht de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden niet kunnen verklaren. Wel zou een voorwaarde kunnen worden verbonden aan het te vestigen of over te dragen recht, waarmee het verkregen recht zélf van voorwaardelijke aard zou zijn.³⁵⁹ Uit dit laatste leiden zij waarschijnlijk af dat de bezwaarde beperkt is in zijn beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van beschikkingen ten behoeve van derden.³⁶⁰ Het intreden van de ontbindende voorwaarde zou er in de visie van Hijma en Olthof toe leiden dat het recht van de verkrijger respectievelijk bezwaarde van rechtswege ophoudt te bestaan en door de verwachter wordt herkre- gen.³⁶¹ Het intreden van dit effect volgt in de opvatting van voormelde auteurs rechtstreeks uit het feit dat het goederenrechtelijke recht van de bezwaarde zelf voorwaardelijk is; een nadere verklaring daarvoor geven zij dan ook niet. De verklaring voor het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van de voorwaarde komt bij Hijma en Olthof niet expliciet ter sprake, maar zal door hen naar alle waarschijnlijkheid worden herleid naar de voornoemde beperkte beschikkingsbevoegdheid. Bij Bartels en Van Mierlo is dit laatste in elk geval de gedachtengang, waarmee de derde ten behoeve van wie de tussenbeschikking plaatsvindt zelf ook niet meer dan een recht verkrijgt beperkt door de voorwaarde.³⁶²

Mijnssen en De Haan volgen met betrekking tot *ontbindend* voorwaardelijke beschikkingen eveneens een dergelijke systematiek, maar wijken daarvan

356 N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 50.

357 N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 51.

358 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 219 e.v.; Hijma & Olthof 1982, p. 259, 260.

359 Een gedachte die Olthoff enkele jaren later kort herhaalde: 'De partijvoorwaarde alleen zou leiden tot verkrijging van een voorwaardelijk recht, []' (Olthoff 1988, p. 130).

360 Hijma & Olthof 2014, p. 96, 97.

361 Naar ik aanneem bedoelen Hijma en Olthof dit laatste overigens niet letterlijk. Immers, óf de systematiek is dat het recht van de bezwaarde zelf eindigt en de verwachter een nieuw recht verkrijgt, óf – veel beter verdedigbaar – er vindt een rechtsovergang plaats van het bestaande recht van de bezwaarde op de verwachter.

362 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 220, 221.

wellicht toch enigszins af.³⁶³ De levering vindt in hun optiek plaats onder ontbindende voorwaarde, hetgeen een voorwaardelijk resultaat in de zin van een voorwaardelijke overdracht tot gevolg heeft. Deze voorwaardelijke overdracht 'gaat gepaard aan de verkrijging van een voorwaardelijk recht'. Ook eerder leek Mijnsen (tezamen met Schut) te denken in de richting van een recht van de bezwaarde dat in zekere zin is beperkt door de voorwaarde.³⁶⁴ Het intreden van de ontbindende voorwaarde als zodanig en derhalve niet de voorwaardelijkheid van de levering zou in de visie van Mijnsen en De Haan leiden tot het van rechtswege terugkeren van het recht naar de verwachter. Waarom dat het geval zou zijn, verklaren zij niet.

Ook Reehuis onderschrijft dat de gerechtigdheid tot het ontbindend of opschortend voorwaardelijk overgedragen goed wordt beperkt door de voorwaarde, maar wijst uitdrukkelijk de gedachte af dat deze beperking een gevolg zou zijn van de voorwaardelijkheid van de levering.³⁶⁵ Deze goederenrechtelijke 'beperking' zou het gevolg zijn van de voorwaardelijkheid van de verbintenis uit hoofde waarvan is geleverd.³⁶⁶ Wellicht dat Reehuis dit gevolg baseert op de in art. 3:84 lid 4 BW gelegen wetsduiding, maar zeker ben ik niet.³⁶⁷ Waarom het intreden van de voorwaarde leidt tot de rechtsovergang tussen partijen en het verval van eventuele tussenbeschikkingen wordt door Reehuis in het verband van de voorwaardelijke gerechtigdheid evenmin nader verklaard.

De levering ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis leidt in de visie van Snijders tot verkrijging van een recht dat aan dezelfde voorwaarde is onderworpen.³⁶⁸ Het is enigszins de vraag of Snijders hier uitsluitend het oog heeft op ontbindende voorwaarden of ook op opschortende voorwaarden. Voor wat betreft deze laatste stelt hij in elk geval dat ten gevolge van de voorwaarde de overdracht pas tot stand komt bij het intreden van de voorwaarde. Met andere woorden, bij een beschikken onder opschortende voorwaarde lijkt er derhalve nog helemaal geen sprake te zijn van 'verkrijging van een recht onderworpen aan dezelfde voorwaarde'. Niettemin stelt Snijders *en passant* dat bij de figuur van het eigendomsvoorbehoud sprake zou zijn

363 Asser/Mijnsen-De Haan 3-1 2001, p. 183, 187. V.w.b. een beschikking onder opschortende voorwaarde volgen zij de reeds besproken systematiek van voorwaardelijkheid van de levering.

364 Zij stellen althans: 'De verkrijger kreeg een recht dat door de ontbindende voorwaarde was beperkt' (Mijnsen & Schut 1982, p. 56).

365 Reehuis 2013, p. 19 e.v. (en eerder: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 93 e.v.; Reehuis 2010, p. 85 e.v.). Reehuis gaat ervan uit dat aan een onder ontbindende voorwaarde overgedragen goed daarmee de betreffende voorwaarde aan dat goed is 'verbonden' (Reehuis 2010, p. 90).

366 Reehuis 2010, p. 87, 94.

367 Bijv. bij Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 93-95 wordt dit wel vrij sterk gesuggereerd.

368 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 274, 346.

van splitsing van het eigendomsrecht tussen bezwaarde en verwachter,³⁶⁹ maar ontkent hij ditzelfde juist ook.³⁷⁰ Terecht heeft Snijders zijn twijfels geuit over de exacte systematiek respectievelijk positie van de opschortend voorwaardelijke verwachter.³⁷¹ Het goederenrechtelijke effect tussen partijen lijkt hij te baseren op wetsduiding zoals die zou zijn gelegen in art. 3:84 lid 4 BW.³⁷² Een nadere verklaring treffen we bij hem niet aan. Het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen verricht door de bezwaarde bij het intreden van de voorwaarde verklaart hij uit het feit dat de bezwaarde 'geconditioneerd beschikkingsbevoegd' zou zijn, derhalve uitsluitend beschikkingsbevoegd met inachtneming van de voorwaarde.³⁷³ Of Snijders dit effect afleidt uit enigerlei 'bezwaaring' van het goed ten gevolge van de voorwaarde of uit art. 3:84 lid 4 BW blijft bij hem onbesproken.

Schoordijk lijkt de goederenrechtelijke werking uitsluitend te baseren op de wetsduiding van art. 3:84 lid 4 BW, zowel wat betreft de werking tussen partijen als voor het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen.³⁷⁴ Voor dit verval van tussenbeschikkingen stelt hij dat de bezwaarde nooit volledig beschikkingsbevoegd is geweest. Deze beperkte beschikkingsbevoegdheid zou alsdan voortvloeien uit de voorwaardelijkheid van de levering, waar Schoordijk de voorwaarde uit hoofde van art. 3:84 lid 4 BW aan verbindt.³⁷⁵ Tegelijkertijd lijkt Schoordijk uit te gaan van een (hierna te bespreken) gesplijste eigendom tussen bezwaarde en verwachter.³⁷⁶ Hoe de voorwaardelijkheid van de levering en de splitsing van het eigendomsrecht zich tot elkaar zouden verhouden, is mij niet duidelijk geworden. Waarom voorwaardelijkheid van de levering in de visie van Schoordijk zou leiden tot een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid zónder dat sprake zou zijn van een splitsing overigens evenmin.

369 'Het gaat erom dat afgezien van wettelijke uitzonderingen (men denke aan het eigendomsvoorbehoud) geen hybride wordt getolereerd die voorziet in splitsing van een volledig recht (eigendom of ander toebehoren) over meerdere personen (Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 150, 151).

370 Snijders stelt in dit verband: 'Rank-Berenschot merkt op dat het begrip 'eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde' van de verkrijger niet staat voor een met de vervreemder gedeelde eigendom of voor een beperkt recht, maar – zo ook schrijver dezes – voor een op de levering gebaseerde goederenrechtelijke aanspraak welke als gevolg van de vervulling van de opschortende voorwaarde tot een volwaardig eigendomsrecht wordt' (Snijders 2006, p. 226).

371 Snijders 2006, m.n. p. 227.

372 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 274, 346; Snijders 2006, p. 225.

373 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 304.

374 Schoordijk 1986, p. 119, 275, 276.

375 Schoordijk hanteerde in 1986 de begrippen 'levering' en 'overdracht' door elkaar, waaruit i.e.g. lijkt te volgen dat hij deze (zoals onder het OBW veelal het geval was) destijds als synoniemen gebruikte.

376 Schoordijk 1986, p. 117 ('De eigendommen (onder opschortende en ontbindende voorwaarden) completeren elkaar'); Schoordijk 1971, p. 459.

Als laatste van de thans te bespreken groep van auteurs verdedigt Rank-Berenschot dat er twee wijzen zouden zijn waarop een opschortende voorwaardelijke gerechtigdheid kan ontstaan.³⁷⁷ Op de eerste plaats is het volgens haar mogelijk dat uit hoofde van een onvoorwaardelijke verbintenis een goederenrechtelijke overeenkomst onder opschortende voorwaarde wordt aangegaan, die tezamen met de overige leveringsvereisten leidt tot een voorwaardelijk eigendomsrecht. Op de tweede plaats kan ook de opschortend voorwaardelijke verbintenis (direct) worden nagekomen, waarbij ten gevolge van de levering een voorwaardelijk eigendomsrecht ontstaat. Op welke wijze de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst dan wel de verbintenis tot levering leiden tot de voorwaardelijkheid van het eigendomsrecht, bespreekt zij niet.³⁷⁸

Bij de vorenbesproken groep van auteurs zien we derhalve dat de verklaring voor de goederenrechtelijke werking – al dan niet gebaseerd op de veronderstelde wetsduiding van art. 3:84 lid 4 BW – zou zijn gelegen in een vorm van ‘bezwaaring’ van het goed door de voorwaarde. Daarnaast komen deze verklaringen op nóg een punt overeen: geen van de voormelde auteurs zoekt de verklaring in enigerlei splitsing of deling van het goed tussen bezwaarde en verwachter. Voor het overige valt er nauwelijks een lijn in deze uiteenlopende verklaringen te ontdekken en wordt met name ook veel *niet* verklaard. Dit laatste betreft met name de vraag op welke wijze het goed ‘bezwaard’ raakt met de voorwaarde en waarom een dergelijke bezwaaring überhaupt goederenrechtelijk effect zou hebben, wederom de wetsduiding van art. 3:84 lid 4 BW als eventuele verklaring daargelaten.

Dan de auteurs die, anders dan de eerstbesproken groep, juist als uitgangspunt nemen dat een goed op een of andere wijze is gesplitst tussen bezwaarde en verwachter. Met andere woorden, in deze benadering verkrijgt respectievelijk behoudt óók de verwachter een goederenrechtelijk recht. Vooruitlopend op mijn conclusies in § 11.2.8 wil ik vooropstellen dat ik zelf terughoudend ben ten aanzien van een dergelijke benadering. Dat is niet zozeer ingegeven door dogmatische overwegingen, maar met name omdat een dergelijke splitsing van een goed tot buitengewoon lastige goederenrechtelijke vragen aanleiding kan geven.³⁷⁹ Dit laatste is mede een gevolg daarvan dat een nauwkeurige kwalificatie van deze gesplitste eigendom bij de huidige inzichten niet valt te geven en deze daarmee slecht is te plaatsen in het vermogensrecht. Een zelfde problematiek vinden we in het Duitse recht met betrekking tot de figuur

³⁷⁷ Rank-Berenschot 1992b, p. 228-230.

³⁷⁸ Wél verwijst Rank-Berenschot vergelijkenderwijs naar art. 3:84 lid 4 BW.

³⁷⁹ Zie voor een aantal van die vragen § 11.2.7. Overigens heeft Snijders in zijn noot bij HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./Tekstra q.q.) een aantal van dergelijke vragen m.i. overtuigend beantwoord.

van het Anwartschaftsrecht, waarvan de eveneens moeilijke goederenrechtelijke kwalificatie tot zeer stevige dogmatische en praktische vragen leidt.

Ook in een deel van de literatuur wordt deze figuur op dogmatische gronden afgewezen. Scheltema ziet bijvoorbeeld niets in een systeem van gesplitste eigendom, omdat daarmee de 'heldere structuur' van het systeem van het goederenrecht wordt doorbroken.³⁸⁰ Ook wijst hij er op dat eigendom het meest omvattende recht op een zaak is, zodat twee eigendomsrechten op dezelfde zaak per definitie niet mogelijk zouden zijn.³⁸¹ Deze laatste gedachte vinden we ook bij Reehuis, naast diens benadering dat een dergelijke splitsing in strijd zou zijn met art. 3:83 lid 3 BW omdat partijen aldus zouden handelen in strijd met het gesloten stelsel van de beperkte rechten.³⁸² Dergelijke afwijzingen als zodanig leggen – in verband met het feit dat de verschillende verklaringen op theoretische gronden alle sterk omstreden zijn – dan weer minder gewicht in de schaal, maar zij compliceren de discussie op grond van de aard van de gehanteerde argumenten wel verder. Daar komt bij dat de door voor- en tegenstanders gehanteerde dogmatische argumenten ten aanzien van splitsbaarheid de 'andersdenkenden' naar hun aard niet kunnen overtuigen, zoals eerder door Struycken fraai is verwoord.³⁸³

De PG en rechtspraak geven een enigszins gevarieerd beeld. In de eerder besproken MvA bij de artt. 3:91 en 6:161 lid 2 sub c BW lijkt bijvoorbeeld een gesplitste gerechtigdheid te worden aanvaard.³⁸⁴ Dit echter in afwijking van andere delen van de PG, waar in elk geval uit niets volgt dat de wetgever inderdaad uitging van een dergelijke splitsing en de directe verkrijging van een goederenrechtelijke gerechtigdheid van de verwachter incidenteel zelfs

380 Scheltema 2003, p. 169.

381 Scheltema 2003, p. 343 e.v.

382 Reehuis 2013, p. 21, 22; Reehuis 2010, p. 86. Ook bij Kortmann meen ik die opvatting te lezen (Kortmann 1992, p. 201).

Zie verder over dit vraagstuk: Bartels 1997, p. 84-94; Vriesendorp 1985, p. 88 e.v.

383 Struycken stelt: 'De dogmatische vraag in hoeverre vermogensrechten splitsbaar zijn, speelt in deze discussie een dubbelrol, in de ene redenering die van onwrikbaar dogma, in de andere de rol van *petitio principii*. In de stroming die betwist dat aan de koper een voorwaardelijk eigendomsrecht toekomt, vormt de onsplitsbaarheid van het eigendomsrecht het uitgangspunt van de redenering; de onbestaanbaarheid van voorwaardelijke eigendom wordt gepresenteerd als consequentie van het dogmatische uitgangspunt van onsplitsbaarheid. Daarentegen vormt de splitsbaarheid het sluitstuk van de redenering van degenen die de positie van de koper wel als een voorwaardelijk eigendomsrecht aanmerken; de erkenning van het bestaan van dubbele of gesplitste eigendom brengt hen tot de conclusie dat het uitgangspunt van onsplitsbaarheid niet langer onverkort geldt' (Struycken 2007, p. 555).

384 PG Boek 3, MvA II Inv., p. 1238 (bij de verwachter bij een eigendomsvoorbehoud zou onmiddellijk een voorwaardelijk eigendomsrecht ontstaan); PG Boek 6, MvA II, p. 592, 593. Zie § 11.2.2.1.

is afgewezen.³⁸⁵ In het arrest van 12 januari 2001 – met betrekking tot een op een bijzondere kwaliteitsrekening gestort depot – gaat de Hoge Raad uit van een gedeelde gerechtigdheid tussen bezwaarde en verwachter in de vorm van een gemeenschap.³⁸⁶ Ook de verwachter is derhalve direct goederenrechtelijk rechthebbende, zij het uiteraard met inachtneming van de voorwaarde. Wat er verder zij van deze keuze van de Hoge Raad in het voorliggende geval, een algemene strekking heeft het arrest waarschijnlijk niet.³⁸⁷ In een arrest uit 2007 ter zake de levering van een goed lijkt de Hoge Raad ook niets te zien in een dergelijke gesplitste eigendom.³⁸⁸ Daarnaast verbond de Hoge Raad ook in een tweetal eerdere arresten de voorwaarde aan de levering, zonder dat ergens uit volgt dat in de visie van de Hoge Raad daarmee sprake is van een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid, laat staan dat daarmee gesplitste eigendom zou ontstaan.³⁸⁹ We kunnen derhalve vaststellen dat de wetgever en de Hoge Raad niet geheel eenduidig zijn ten aanzien van een aanvaarding of afwijzing van de gesplitste goederenrechtelijke gerechtigdheid tussen bezwaarde en verwachter. Niettemin kunnen we de afwijzing daarvan waarschijnlijk wel afleiden uit de PG en voormelde arresten.

385 Zie voor dit laatste PG Boek 3, MvA II Inv., p. 1237, 1238, waar de theoretische mogelijkheid van een 'zakenrechtelijke positie' van de verwachter respectievelijk koper bij een eigendomsvoorbehoud wordt besproken, maar voor het NBW wordt afgewezen. De verwachter zou dus nog geen eigendom hebben en derhalve ook geen gedeelde eigendom. Deze ontkenning wordt overigens direct daarna gevolgd door (voornoemde) *aanvaarding* van die mogelijkheid (p. 1238).

386 HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./Tekstra q.q.). Zie ook de noot van Snijders bij dit arrest.

387 Het heeft arrest als gezegd betrekking op de specifieke situatie van een bijzondere (notariële) kwaliteitsrekening. De notaris beheert de vordering die – blijkbaar – direct aan bezwaarde en verwachter als deelgenoten in de gemeenschap toekomt. Met name is aan deze figuur bijzonder dat beide partijen volgens de Hoge Raad 'een voorwaardelijk recht op toedeling' hebben. Daarvan is bij de situatie van een voorwaardelijk beschikken geen sprake, al was het maar dat er alsdan geen derde (in het arrest de notaris) bij betrokken is die met uitsluiting van alle anderen het beheer en de beschikkingsmogelijkheid over het goed (i.c. de gelden op de kwaliteitsrekening) heeft. Snijders noemt het arrest in zijn analyse van de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud, waarbij hij de mogelijkheid lijkt open te laten dat de Hoge Raad de benadering van de positie van de verwachter ook buiten het vorenomschreven verband zou kunnen toepassen (Snijders 2006, p. 225).

388 Zie r.o. 3.4 van HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18: 'Die opschortende voorwaarde [verbonden aan de levering resp. goederenrechtelijke overeenkomst, HS] heeft immers tot gevolg dat tot het moment van haar vervulling de goederenrechtelijke overeenkomst geen werking heeft en er in zoverre (nog) geen sprake is van meer dan uitsluitend een recht op levering in de zin van artikel 2, lid 2, laatste volzin, WBRV'.

M.a.w., bij de verwachter is in de opvatting van de Hoge Raad vooralsnog geen sprake van een 'verkrijging', waarmee de figuur van een gesplitste eigendom die (ook) aan de verwachter toekomt door de Hoge Raad lijkt te zijn afgewezen. Weliswaar is hier sprake van een fiscaal arrest, maar dit heeft betrekking op de Wet op belastingen van rechtsverkeer die een sterk civielrechtelijke inslag heeft.

389 HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506; HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745.

Een relatief beperkt aantal auteurs gaat er desondanks van uit dat een voorwaardelijk beschikken leidt tot een gesplitste goederenrechtelijke gerechtigdheid.³⁹⁰ Daarbij zij aangetekend dat niet al deze auteurs daarmee ook de verklaring van de goederenrechtelijke werking in een dergelijke splitsing zoeken. Nieskens-Isphording bijvoorbeeld beschouwt de opschortend voorwaardelijke eigendomsverkrijging (althans in ieder geval bij een eigendomsvoorbehoud) als een deling van het eigendomsrecht tussen de bezwaarde en de verwachter, maar de *verklaring* voor de goederenrechtelijke werking is in haar opvatting gelegen in de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst.³⁹¹ Met andere woorden, de splitsing van het goed tussen bezwaarde en verwachter is weliswaar een gevolg van het voorwaardelijk beschikken, maar de goederenrechtelijke werking bij het intreden van die voorwaarde zou niet tot die splitsing te herleiden zijn.

Bij andere auteurs vindt de verklaring van de goederenrechtelijk haar grondslag wél in de splitsing van het goed. Zwitser stelt bijvoorbeeld dat het verval van tussenbeschikkingen voortvloeit uit die verdeling tussen partijen.³⁹² De bezwaarde is in zijn optiek slechts *beperkt* beschikkingsbevoegd, namelijk uitsluitend voor zijn deel van de eigendom en verkeert daarmee in de onmogelijkheid om tevens ten behoeve van derden te beschikken over het deel van de verwachter. Als ik het goed zie, vloeit deze verdeling volgens Zwitser voort uit de wetsduiding van art. 3:84 lid 4 BW, waarmee derhalve de noodzaak ontbreekt om tot een systematische verklaring te komen. Waarom deze deling zou leiden tot goederenrechtelijke werking tussen partijen, bespreekt Zwitser niet. Het is ook de vraag of hij deze deling ziet als de grondslag voor de werking tussen partijen. In 1990 verdedigde hij (nog) dat de goederenrechtelijke overeenkomst voorwaardelijk zou zijn, waaruit de goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden tussen partijen zou voortvloeien.³⁹³ Voor de werking ten opzichte van derden ging Zwitser er destijds echter van uit dat de verkrijger eigendom 'onder ontbindende voorwaarde' verkreeg. Ook bij Zwitser blijft onbesproken waarom dit laatste zou plaatsvinden en waarom een dergelijke 'voorwaardelijke eigendom' bij het intreden zou terugvallen aan de verwachter.

Bij Potjewijd vinden we eveneens de opvatting dat de splitsing van het eigendomsrecht in ontbindende en opschortende eigendom ten behoeve van

390 Naast de hierna vermelde auteurs zijn dat o.m.: Heyman & Bartels 2012, p. 245; Steneker 2012, p. 97; Van Hees 1997, p. 105 e.v. (opgemerkt zij, dat Van Hees vrijwel steeds spreekt van twee eigendomsrechten, maar wel degelijk gesplitste eigendom bedoeld, zie p. 108); Rank-Berenschot 1992b, p. 228-230; Bakels 1985, p. 25, 26; Mezas 1985, p. 3 (m.n. nt. 10), p. 45.

391 Nieskens-Isphording 1999, p. 63.

392 Zwitser 1993, p. 524 e.v. (m.n. p. 528, 529). Later stelde Zwitser dat de goederenrechtelijke werking volgde uit het feit dat 'de ontvanger geen volle eigendom had verkregen, maar slechts eigendom onder ontbindende voorwaarde' (Zwitser 2013, p. 250).

393 Zwitser 1990, p. 36, 39.

de bezwaarde en verwachter de grondslag vormt voor de goederenrechtelijke werking.³⁹⁴ Ook hij onderbouwt deze benadering echter uitsluitend met een verwijzing naar art. 3:84 lid 4 BW. Ook Wolfert gaat uit van een gesplitst eigendomsrecht en beschouwt deze deling als de grondslag voor de goederenrechtelijke werking. Zij baseert dit eveneens uitsluitend op de wetsduiding van art. 3:84 lid 4 BW.³⁹⁵ Ook Nieuwenhuis ziet ten gevolge van de overdracht onder opschortende voorwaarde (eigendomsvoorbehoud) een gedeelde eigendom ontstaan.³⁹⁶ Nieuwenhuis gaat echter niet in op de verklaring voor die deling, noch op de vraag waarom deze tot goederenrechtelijke werking tussen partijen zou leiden.

De conclusie bij de voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid als verklaring voor de goederenrechtelijke werking in het Nederlandse recht is als volgt. De beide denkrichtingen die we kunnen onderscheiden – ‘bezwaring’ van het goed met de voorwaarde en splitsing van het goed tussen bezwaarde en verwachter – lijken als verklaringen op de eerste plaats gericht op het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van de voorwaarde. Zoals ik in § 11.2.3.5 besprak valt voor die benadering zeker wel iets te zeggen, maar de wezenlijke vraag wáárom tussenbeschikkingen zouden vervallen, wordt in de literatuur eigenlijk niet beantwoord. Het enige, veelal impliciete antwoord dat we in de literatuur vinden, bestaat uit de veronderstelde wetsduiding van art. 3:84 lid 4 BW. Datzelfde geldt voor de werking tussen partijen; de verklaring voor die werking wordt door geen enkele auteur uitgewerkt tot een logische systematiek en wordt op zijn best herleid tot vorenbedoelde wetsduiding. Tot slot wordt ook de kernvraag op welke wijze de ‘bezwaring’ respectievelijk splitsing van het goed tussen bezwaarde en verwachter zou moeten plaatsvinden niet beantwoord, wederom met uitzondering van een verwijzing naar art. 3:84 lid 4 BW.

11.2.7 Materiële consequenties van de verschillende verklaringen

Inleiding

In de Nederlandse en Duitse literatuur wordt soms gesteld dat de keuze voor een bepaalde verklaring van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden weinig praktische betekenis heeft. Voor de goederenrechtelijke werking als zodanig is dat uiteraard ook juist. Zoals we in § 11.1 zagen, is die goederen-

³⁹⁴ Potjewijd 1998, p. 92 nt. 74.

³⁹⁵ Wolfert 2001, p. 27, 28. Enigszins bijzonder aan de opvatting van Wolfert is overigens, dat zij ervan uitgaat dat het voorwaardelijke eigendomsrecht van de (opschortend) voorwaardelijke verwachter kwalificeert als afhankelijk van het recht van de bezwaarde. Wolfert beschouwt deze afhankelijkheid als een uitzondering op de regel dat eigendomsrechten absoluut van aard zijn.

³⁹⁶ Nieuwenhuis 1980, p. 53-55.

rechtelijke werking zowel in zijn bestaan als voor wat betreft de inhoud daarvan voor het Nederlands geldend recht immers niet betwist. Voor een aanzienlijk aantal, inhoudelijk sterk uiteenlopende vraagstukken hebben de verschillende verklaringen echter wel degelijk consequenties. Althans, uiteraard voor zover we aan deze verklaringen inderdaad gevolgen willen verbinden ten aanzien van andere vermogensrechtelijke vraagstukken. Deze (mogelijke) consequenties betekenen dat de verklaring van de goederenrechtelijke werking veel minder een 'studeerkameraangelegenheid' is, dan de verklaring voor die werking als zodanig.

In het vorenstaande verband bespreek ik kort een aantal vraagstukken waarbij de verklaring van de goederenrechtelijke werking van belang kan zijn. Het doel daarvan is uitdrukkelijk niet om antwoorden op deze vraagstukken te formuleren, maar uitsluitend om aan te tonen dat de sterk theoretische discussies ten aanzien van die verklaring mogelijk niet zonder consequenties zijn. Met het oog op deze doelstelling heb ik ook zeker niet naar volledigheid gestreefd, al zullen de onderstaand besproken vraagstukken vermoedelijk wel het merendeel van de mogelijke consequenties omvatten. Als gezegd zijn deze vraagstukken zeer divers van aard en ontbreekt tussen deze veelal ook iedere samenhang. De volgorde waarin ik een en ander bespreek, is dan ook geheel willekeurig.

Consequenties van de verschillende verklaringen

Een eerste mogelijke consequentie van de verschillende verklaringen vinden we bij de (verder in § 11.4.4.5 besproken) vraag of de derdenbeschermingsbepalingen van de artt. 3:86 en 3:88 BW toepassing kunnen vinden ten aanzien van tussenbeschikkingen door de bezwaarde ten behoeve van derden te goeder trouw. In een verklaring waarbij de voorwaardelijkheid gevolgen heeft voor de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde ligt toepasselijkheid van in elk geval art. 3:86 BW voor de hand. Als die verklaring echter niet of niet zonder meer consequenties heeft voor de beschikkingsbevoegdheid, dan is de vraag óf en zo ja op welke wijze deze derdenbeschermingsbepalingen nog toepassing kunnen vinden. Ik wijs in dit verband op het Duitse recht waar de voorwaardelijkheid door de koppeling aan de goederenrechtelijke overeenkomst wel werking heeft tussen partijen, maar op zich de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde niet aantast.³⁹⁷ In verband daarmee zijn derdenbeschermingsbepalingen door de Duitse wetgever van *overeenkomstige* toepassing verklaard (§ 161 lid 3 BGB) en dus niet rechtstreeks van toepassing. Voor de werking van art. 3:88 BW is bovendien vereist dat de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder voortvloeit uit de ongeldigheid van een eerdere overdracht uit hoofde van een gebrek in de titel of levering. Voor toepasselijkheid van art. 3:88 BW is derhalve additioneel vereist dat de voorwaardelijkheid

³⁹⁷ Zie § 11.2.5.2.

bij de eerdere overdracht niet kwalificeert als een beschikkingsonbevoegdheid bij de toenmalige vervreemder én dat de voorwaardelijkheid kwalificeert als het bedoelde 'gebrek'.³⁹⁸

Een volgend vraagstuk betreft de situatie dat aan de verwachter onder een opschortende voorwaarde is overgedragen. Voordat de opschortende voorwaarde intreedt, ontbindt een van partijen uit hoofde van een tekortschieten door de wederpartij de overeenkomst uit hoofde waarvan is overgedragen. Een dergelijke ontbinding heeft geen goederenrechtelijke werking, maar er ontstaan in beginsel obligatoire ongedaanmakingsverplichtingen.³⁹⁹ Bij een eerdere onvoorwaardelijke overdracht zal de verkrijger het reeds verkregen goed dan ook overeenkomstig art. 3:84 lid 1 BW moeten terugleveren. Voor zover de verklaring van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden bestaat uit een directe goederenrechtelijke gerechtigdheid van de verwachter, zal door deze verwachter eveneens teruggeleverd moeten worden. De figuur van de ontbinding bij een tekortschieten staat immers geheel los van de werking van voorwaarden respectievelijk de reeds door de verwachter verkregen goederenrechtelijke gerechtigdheid. Voor zover de verwachter daarentegen nog geen goederenrechtelijk recht heeft verkregen, is een ongedaanmakingsverplichting bestaande uit een retro-overdracht vanzelfsprekend zowel uitgesloten als overbodig. De bezwaarde is alsdan immers nog steeds de volle eigenaar van de zaak.⁴⁰⁰ Wél doet zich de vraag voor hoe in dat geval moet worden verklaard waarom, als de opschortende voorwaarde ná de ontbinding alsnog zou intreden, het goed niet alsnog op de verwachter overgaat. Toetsing van de geldigheid van de titel doet zich immers uitsluitend voor per het eerdere moment van de levering, hetgeen bij een overdracht 'onder opschortende voorwaarde' niet anders is. Ik laat de vraag voor wat zij is.⁴⁰¹ Min of meer

³⁹⁸ Zie verder § 11.4.4.5.

³⁹⁹ Art. 6:271 BW.

⁴⁰⁰ Zie in deze zin t.a.v. het Anwartschaftsrecht ook Radke (Radke 2001, p. 78). Bij een retro-overdracht door de (opschortend voorwaardelijke) verwachter aan de vervreemder stelt hij de vraag wat de vormgeving is die leidt tot de 'herkrijging' door de vervreemder/bezwaarde. Is het Anwartschaftsrecht inderdaad een zelfstandig goederenrechtelijk recht zoals dat is verkregen bij de oorspronkelijke overdracht onder opschortende voorwaarde aan de verwachter, dan vindt een dergelijke herkrijging door de vervreemder plaats langs de weg van een normale overdracht van dat goed. Is daarentegen de rechtspositie van de verwachter te beschouwen als de *Vorwirkung* van een onvoorwaardelijke rechtshandeling, dan vindt de herkrijging door de oorspronkelijke vervreemder plaats langs de weg van opheffing van die *Vorwirkung*.

⁴⁰¹ Zie verder: Van Velten 2012, p. 323 en Heuff 1975, p. 195, die (in het kader van een ontbinding van de overeenkomst u.h.v. wilsovereenstemming) stellen dat voor het laten intreden van het beoogde rechtsgevolg – geen rechtsovergang op de verwachter bij het intreden van de voorwaarde – inschrijving van die rechtshandeling in de registers een vereiste vormt.

dezelfde vraagstukken doen zich overigens voor bij een 'afstand van de voorwaarde' door de verwachter.⁴⁰²

In zeker verband met het vorenstaande vraagstuk vinden we een derde mogelijke consequentie van de verschillende verklaringen. Partijen zouden ná een onvoorwaardelijk beschikken – en daarmee een onvoorwaardelijke verkrijging – alsnog een ontbindende voorwaarde aan de verkrijging willen verbinden.⁴⁰³ Voor zover de daaruit voortvloeiende voorwaardelijkheid uitsluitend obligatoir effect zou moeten hebben – een terugleveringsverplichting bij het intreden van de alsnog overeengekomen ontbindende voorwaarde – is aanpassing van de rechtsverhouding in deze zin uiteraard probleemloos. Als deze voorwaarde echter goederenrechtelijke effect dient te verkrijgen, wordt het lastiger.⁴⁰⁴ Bij voorwaardelijkheid van de titel als verklaringsgrond lijkt het alsnog toevoegen van een voorwaarde op zich vrij eenvoudig. Ten aanzien van de levering respectievelijk goederenrechtelijke overeenkomst kunnen we daar al over twijfelen.⁴⁰⁵ Bij een verklaring op het terrein van de goederenrechtelijke gerechtigdheid lijkt het zonder meer 'toevoegen' van een voorwaarde daarentegen niet mogelijk. Het bezwaren met respectievelijk splitsen van het goed tussen bezwaarde en verwachter uit hoofde van de voorwaarde vraagt waarschijnlijk een goederenrechtelijk handelen en niet louter een nadere wilsovereenstemming. Daarvoor zou derhalve een nadere beschikkingshandeling zijn vereist. Dit alles is van overeenkomstige toepassing indien tussen partijen direct onder voorwaarde is overgedragen, maar partijen vervolgens alsnog de inhoud van de voorwaarde wensen te wijzigen.

Als we uitgaan van een situatie waarbij de verkrijger respectievelijk bezwaarde zijn (voorwaardelijk) verkregen goed aan een derde – bekend met de ontbindende voorwaarde – overdraagt, wordt het nog gecompliceerder.

402 De verwachter ziet daarbij af van het voortbestaan van de voorwaarde, zodat deze voorwaarde ook niet meer kan intreden en de verwachter het goed bij het alsnog plaatsvinden van de gebeurtenis evenmin nog kan verkrijgen. Binnen goederenrechtelijke verhoudingen is voor het doen van afstand, althans v.w.b. afstand van een beperkt recht, echter vereist dat voldaan wordt aan de vereisten van overdracht van het betreffende recht (art. 3:98 BW). Zie verder § 8.2.3 onder de 'nadere uitwerking'.

403 Dat partijen een rechtsverhouding alsnog voorwaardelijk kunnen maken, leidt eigenlijk geen twijfel.

404 Van Velten noemt deze kwestie m.b.t. de overdracht van onroerend goed ook, echter met een geheel andere benadering dan ik hierna zal bespreken (Van Velten 2012, p. 318). In de visie van Van Velten is de problematiek gelegen in het feit dat een dergelijke, nieuw overeengekomen voorwaarde niet in de openbare registers is gepubliceerd. Waarschijnlijk doelt Van Velten daarmee op derdenbescherming. Zijn conclusie dat een dergelijke voorwaarde geen goederenrechtelijke werking heeft, lijkt in dat verband uitsluitend juist v.w.b. het aspect van het verval van (de gevolgen van) tussenbeschikkingen, maar niet v.w.b. de werking tussen partijen.

405 Voor het Duitse recht stelt Wieling (t.a.v. het 'toevoegen' van een opschortende voorwaarde) dat de enkele overeenkomst met die strekking zonder (goederenrechtelijk) effect is (Wieling 2006, p. 799). Dit vraagstuk is naar Duits recht duidelijk omstreden, zie de door Wieling genoemde literatuur en rechtspraak.

Is deze derde, ervan uitgaande dat de oorspronkelijke vervreemder en verkrijger alsnog de voorwaarde zouden kunnen wijzigen, aan die wijziging gebonden zonder zijn medewerking of tenminste instemming? Bij een verklaring gebaseerd op voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid lijkt gebondenheid van de derde aan de gewijzigde voorwaarde uitgesloten. Dit laatste zou immers een wijziging inhouden van zijn goederenrechtelijke recht zónder zijn medewerking.⁴⁰⁶ Wat is echter de situatie als de voorwaarde is verbonden aan de overdracht tussen de oorspronkelijke vervreemder en verkrijger? Of anders gezegd, hoe zou beredeneerd moeten worden dat – als deze partijen op zich in staat zouden zijn de inhoud van de voorwaarde aan te passen – de derde daaraan niet gebonden zou zijn?

Een andere eventuele consequentie heeft eveneens betrekking op het ontstaan van de voorwaardelijkheid met goederenrechtelijk effect. Overeenkomstig art. 3:81 lid 1 BW kan een beperkt recht ontstaan door overdracht van bloot eigendom onder voorbehoud van het beperkte recht. Kan dat beperkte recht echter ook worden voorbehouden onder een ontbindende of een opschortende voorwaarde? Waarschijnlijk zijn we geneigd om deze vraag, voor wat betreft ontbindende voorwaarden mede gebaseerd op art. 3:81 lid 2 sub b BW, direct positief te beantwoorden. Vanuit een meer pragmatische invalshoek zou ik dat ook zeker willen onderschrijven. Vanuit de systematiek lijkt het antwoord echter genuanceerder te liggen.

Als we de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van *ontbindende* voorwaarden plaatsen op het terrein van de overdrachtsvereisten, bestaat het volgende probleem. De verwachter van het beperkte recht (derhalve de partij aan wie reeds de bloot eigendom is geleverd) is zelf nooit gerechtigde geweest tot het door de bezwaarde voorbehouden beperkte recht. De verwachter heeft immers niet meer geleverd gekregen dan de bloot eigendom. Dat is een wezenlijk verschil met de normale situatie waarin een goed wordt overgedragen of een beperkt recht gevestigd 'onder ontbindende voorwaarde'. In die laatste situatie komt het (voorwaardelijk) verkregen recht uit het vermogen van de

⁴⁰⁶ Al bestaan daarover in het Duitse recht m.b.t. het Anwartschaftsrecht – de *opschortend* voorwaardelijke positie van een verkrijger derhalve – duidelijk twijfels over. Voor die situatie worden in de Duitse literatuur drie verschillende opvattingen verdedigd. De eerste is, dat het de oorspronkelijke partijen A en B u.h.v. contractsvrijheid vrij staat de voorwaarde te wijzigen, mét effect voor de positie van C. De tweede opvatting bestaat daaruit, dat A en B niet in staat zijn het zelfstandige Anwartschaftsrecht van een ander (C) te wijzigen door een wijziging in hun onderlinge rechtsverhouding. Tot slot is er de (ook door het BGH onderschreven) visie, dat alle inherente risico's aan de obligatoire rechtsverhouding tussen A en B – bijv. ontbinding, maar ook wijziging daarvan – gevolgen hebben voor het Anwartschaftsrecht van C. Zie verder: Weber 2013, p. 279, 280 en m.n. p. 284, 285. Vieweg en Werner zien dit laatste in die zin anders, dat de bedoelde wijziging wel degelijk steeds instemming van C zou behoeven (Vieweg & Werner 2010, p. 348). Zie ook Bork, die stelt dat een latere wijziging van de (voorwaardelijke) goederenrechtelijke overeenkomst zonder toestemming van C niet mogelijk is (Staudinger/Bork 2010, p. 329).

vervreemder. Met de ongedaanmaking van de (gevolgen van de) overdracht zou het door de bezwaarde verkregen goed – dat immers afkomstig is uit het vermogen van de verwachter – weer terugkeren naar deze verwachter. Indien daarentegen een beperkt recht wordt voorbehouden, heeft dit nooit deel uitgemaakt van het vermogen van de verkrijger van de bloot eigendom. Een overgang van dit beperkte recht naar de verkrijger van de bloot eigendom bij het intreden van de ontbindende voorwaarde kan derhalve niet worden vormgegeven door middel van een ‘terugdraaien’ van de overdracht.

Bij een verklaring van de goederenrechtelijke werking op basis van goederenrechtelijke gerechtigdheid is het relatief eenvoudig om de overgang van het beperkte recht op de bloot eigenaar bij het intreden van de ontbindende voorwaarde te verklaren. Het (voorbehouden) beperkte recht was in dat geval zelf belast met of bestond onder die voorwaarde. Het feit dat de bloot eigenaar niet eerder rechthebbende was van het voorbehouden beperkte recht, is voor de verklaring van de goederenrechtelijke werking zonder enig belang. Althans, als we willen aannemen dat de voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid inderdaad als zodanig een verklaring vormt.⁴⁰⁷

Dan het voorbehoud van een beperkt recht onder opschortende voorwaarde. Dat lijkt een merkwaardige figuur, maar toepassingsmogelijkheden zijn denkbaar.⁴⁰⁸ Bij de verklaring van de goederenrechtelijke werking bestaande uit voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste kan ik wederom geen sluitende systematiek vinden voor het daadwerkelijke voorbehoud van een beperkt recht ‘onder opschortende voorwaarde’. Bij een dergelijke systematiek zou immers eerst het goed moeten worden overgedragen, om vervolgens het beperkte recht onder opschortende voorwaarde te laten ontstaan. De figuur van de overdracht leent zich immers niet om een beperkt recht voor een eventueel toekomstig moment voor te behouden. Als we de goederenrechtelijke werking daarentegen zien in de voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid, dan is deze figuur systematisch geen probleem. De vervreemder behoudt alsdan een vorm van goederenrechtelijke gerechtigdheid, die bij het

407 Zelf heb ik gesteld dat de verklaringen op dit terrein in feite helemaal geen verklaring zijn, zie § 11.2.3.5. Ook de (Nederlandse) auteurs die deze verklaringsgrond verdedigen, geven óf niet aan hoe e.e.a. tot goederenrechtelijke werking leidt, óf brengen deze verklaring terug tot de veronderstelde wetsduiding van art. 3:84 lid 4 BW, zie § 11.2.6.3. De gedachte dat een verklaring gebaseerd op goederenrechtelijke gerechtigdheid de overgang van het voorbehouden beperkte recht wel zou verklaren, is in die zin dan ook bepaald niet vrij van kritiek.

408 Bijv. de overdracht van een vordering op een derde, waarbij de vervreemder bij het intreden van bepaalde omstandigheden – de opschortende voorwaarde – een recht van vruchtgebruik op die vordering wenst te verkrijgen. Zouden partijen de vordering eerst onbezwaard aan de verkrijger cederen en vervolgens het recht van vruchtgebruik onder opschortende voorwaarde vestigen, dan loopt de vervreemder bijv. het risico dat de verkrijger de vordering reeds bij voorbaat verpand had. Het eventuele toekomstige vruchtgebruik zal dit pandrecht alsdan tegen zich moeten laten gelden. Hierin zit voor de vervreemder uiteraard het grote voordeel van het voorbehoud van het beperkte recht.

intreden van de opschortende voorwaarde van rechtswege het 'voorbehouden' beperkte recht in zijn vermogen laat verschijnen. Dankzij de verklaring in de vorm van goederenrechtelijke gerechtigdheid is in dat geval daadwerkelijk sprake van een voorbehouden gerechtigdheid.

Geheel andersoortig is de mogelijke consequentie van het voor het Nederlandse recht bestaan van het Anwartschaftsrecht; de positie van de (met name opschortend voorwaardelijke) verwachter waarover deze reeds vóór het intreden van de voorwaarde en als ware sprake van een reeds in zijn vermogen bestaan goed kan beschikken. In de Nederlandse literatuur wordt de discussie over het al dan niet bestaan van een dergelijke positie vrijwel steeds gevoerd via de vraag hoe de positie van de verwachter moet worden gekwalificeerd: is deze direct goederenrechtelijk van aard of niet? Deze laatste vraag wordt op zijn beurt beantwoord op basis van de verklaring van de goederenrechtelijke werking. Bij een dergelijke benadering van het aannemen of afwijzen van het Anwartschaftsrecht – welke benadering ik overigens zelf niet onderschrijf – spreekt het daarmee voor zich, dat de verklaring van de goederenrechtelijke werking een essentiële functie heeft.⁴⁰⁹ Dat geldt tevens voor de daarmee verbonden vraag op welke wijze aan een dergelijk beschikken vorm moet worden gegeven. Heeft de verwachter een goederenrechtelijke positie op een goed zelf, dan ligt het sterk voor de hand dat geleverd moet worden overeenkomstig de leveringsformaliteiten voor het betreffende, door de verwachter voorwaardelijk gehouden goed. Heeft de verwachter daarentegen geen goederenrechtelijk recht op het goed zelf, dan kan men van mening verschillen over de voorgeschreven wijze van levering.

Indien we de verklaring van de goederenrechtelijke werking zoeken in de vorm van een gesplitste of mede-eigendom, dan roept dit mogelijk ook consequenties op voor de eigenaarsbevoegdheden en/of de gebruiksrechten van een goed.⁴¹⁰ Eventueel zouden die uitsluitend gezamenlijk door verwachter en bezwaarde kunnen worden uitgeoefend, althans zou tenminste onderbouwd moeten

⁴⁰⁹ Zie verder § 11.3.3.3.

⁴¹⁰ De zeer bescheiden literatuur spreekt zich in dat verband uit tégen een gebruiksrecht van de verwachter u.h.v. zijn goederenrechtelijke gerechtigdheid, zie: Van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18; Verstijlen 2007, p. 828; (vermoedelijk) Vriesendorp 1985, p. 33.

Deze opvatting is m.n. van belang ingeval van een faillissement van de bezwaarde, waarbij de curator zich verzet tegen een (voortgezet) gebruik van het goed door de verwachter (zie Verstijlen, voormeld). Voor het Belgisch recht onderschrijft Jansen de beëindigingsmogelijkheid van de curator (Jansen 2009, p. 439). Bij Mezas vinden we voor het OBW daarentegen de opvatting dat een curator het gebruiksrecht van de verwachter *niet* kan beëindigen (Mezas 1985, p. 40).

worden waarom deze niet (ook) aan de verwachter zouden toekomen.⁴¹¹ Een voorbeeld daarvan is de revindicatie, waarvan overigens veelal wordt aangenomen dat uitsluitend de bezwaarde kan uitoefenen.⁴¹² Ook zou een dergelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid van de verwachter van betekenis kunnen zijn ingeval van een onrechtmatige daad door een derde ten aanzien van het goed. Als de gerechtigdheid van de verwachter immers zou kwalificeren als (mede-)gerechtigdheid tot het absolute recht, dan ligt de gedachte voor de hand dat het handelen van de derde tevens een onrechtmatige daad jegens de verwachter inhoudt. Is de positie van de verwachter daarentegen van persoonlijke aard, moet bij de schending door de derde sprake zijn van strijd met een wettelijke plicht dan wel met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Een volgende, door Mezas opgeworpen kwestie betreft de vraag of de gerechtigdheid van de verwachter – als we aan zouden nemen dat deze gerechtigdheid in de vorm van een Anwartschaftsrecht of anderszins in beginsel overdraagbaar is – ook met goederenrechtelijke werking onoverdraagbaar gemaakt kan worden.⁴¹³ Als 'echt' eigendomsrecht is een goederenrechtelijke onoverdraagbaarheid uit hoofde van partijwil naar geldend recht niet mogelijk,⁴¹⁴ maar bij de kwalificatie als vorderingsrecht uit hoofde van art. 3:83 lid 2 BW weer wel. De verklaring van de goederenrechtelijke werking en de daaruit voortvloeiende positie van de verwachter lijken in die zin inderdaad bepalend voor de vraag, of de gerechtigdheid respectievelijke positie van de verwachter in goederenrechtelijke zin onoverdraagbaar gemaakt kan worden.

In een aantal gevallen is het eventueel van belang of de gerechtigde tot een goed een *ouder* of *jonger* recht heeft dan andere partijen. Zwitser noemt in dit verband onder meer de artt. 3:90 lid 2, 3:284, 3:291 en 292 BW.⁴¹⁵ Overeenkomstig de strekking van Zwitsers betoog zou ik eveneens menen dat de verklaring van de goederenrechtelijke werking ook ten aanzien van de ouderdom van een goed in het vermogen van een bepaalde partij verschil zal maken. Indien het goed als geheel tussen partijen overgaat – de goederenrechtelijke werking is derhalve verbonden aan een aspect van de overdracht – dan verkrijgt de verwachter een voor zijn vermogen nieuw en dus als jonger kwalificerend

411 In gelijke zin voor het Zwitsers recht: Peter 1994, p. 266. Hetgeen voor het Zwitsers recht, waar sprake is van een verdeeld eigendomsrecht tussen bezwaarde en verwachter, in de literatuur dan ook wordt aangenomen, zei het niet geheel onweersproken (zie Koller 2009, p. 1295); Becker 1941, p. 728, 729.

412 Vriesendorp 1985, p. 61; Diephuis 1886 p. 257; (vermoedelijk) Everts 1883, p. 104.

413 Mezas 1985, p. 46 e.v.

414 Zie § 5.2.4.2.

415 Zwitser 1993, p. 525.

goed.⁴¹⁶ Indien deze verklaring is gelegen in een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid en met name bij een splitsing of deling van dat goed tussen bezwaarde en verwachter, dan is de verwachter direct gerechtigd en houdt hij derhalve in zijn vermogen een ouder goed.

Weer een andere mogelijke consequentie heeft betrekking op de – als zodanig onbestreden⁴¹⁷ – mogelijkheid van het verrichten van tussenbeschikkingen door de bezwaarde. Indien de bezwaarde een dergelijke tussenbeschikking verricht, zal (het gevolg van) die tussenbeschikking bij het intreden van de voorwaarde uit hoofde van de goederenrechtelijke werking van rechtswege weer vervallen. In dat verband is de vraag interessant of de bezwaarde tezamen met de verwachter ook een onvoorwaardelijke tussenbeschikking kan verrichten, bijvoorbeeld vestiging van een recht van hypotheek dat in stand blijft als de voorwaarde intreedt. Als we die vraag positief beantwoorden is de vraag op welke wijze de verwachter zijn 'goedkeuring' moet verlenen. Voor zover we de verklaring van de goederenrechtelijke werking zien in een aspect van de overdracht, dan lijkt een obligatoire figuur als toestemming afdoende. Indien we die verklaring zien in de goederenrechtelijke gerechtigdheid, dan lijkt medewerking door de verwachter meer voor de hand te liggen.⁴¹⁸

Met betrekking tot tussenbeschikkingen door de bezwaarde bestaat nog een mogelijke consequentie. In de literatuur wordt soms gesteld dat bij het intreden van de voorwaarde uitsluitend de gevolgen van tussenbeschikkingen vervallen, voor zover deze voor de verwachter negatief zijn. Niet-conflicterende of gunstige beschikkingen ten aanzien van de zaak zouden derhalve in stand blijven.⁴¹⁹ Vanuit de visie dat het bedoelde verval slechts voortvloeit uit een aan de verwachter geboden bescherming, zoals in het Duitse en Zwitserse recht § 161 BGB en art. 152 III OR deze bieden, is een dergelijke gedachte goed te begrijpen. De bezwaarde is beschikkingsbevoegd en kan derhalve tussenbeschikkingen verrichten, maar uit hoofde van een (al dan niet wettelijke) bescherming worden de gevolgen van die tussenbeschikkingen bij het intreden van de voorwaarde beëindigd, waardoor de verwachter op enigerlei wijze beperkt zou worden.

416 De opvatting dat alsdan sprake is van een nieuw recht lijkt omstreden. Vóór die opvatting bijv.: Scheltema 2003, p. 355 (waarbij opgemerkt zij dat Scheltema het verval van tussenbeschikkingen verklaart uit het 'beperkte' recht dat de verwachter tóch reeds zou hebben, hetgeen m.i. op gespannen voet staat met zijn benadering van de verkrijging van een nieuw recht door de verwachter, zie § 11.2.6.3). Tegen: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 277; Zwitser 1993.

417 Zie § 11.1.3.

418 In het Duitse recht kan de bezwaarde met toestemming (dus niet medewerking) van de verwachter rechtsgeldige tussenbeschikkingen doen (zie § 11.2.5.2 bij de bespreking van § 161 BGB).

419 Scheltema 2003, p. 356.

Voor wat betreft het resultaat strekt deze benadering tot tevredenheid. Echter, de vraag wáárom de goederenrechtelijke werking – die bij gebrek aan een wettelijke bepaling in het BW de grondslag voor dit verval vormt en ook van rechtswege werkt – slechts conflicterende rechten zou aantasten, blijft in de literatuur onbeantwoord. Bij een verklaring van de goederenrechtelijke werking als afgeleide van wilsovereenstemming – de titel of goederenrechtelijke overeenkomst derhalve – valt hieraan in zoverre invulling te geven, dat partijen de goederenrechtelijke werking ten aanzien van het verval van tussenbeschikkingen impliciet in vorenstaande zin hebben beperkt of alsnog beperken. Bij een verklaring gebaseerd op goederenrechtelijke gerechtigdheid ligt deze benadering duidelijk minder voor de hand. De verdere bedoelingen van partijen zijn voor de inhoud van een goederenrechtelijke gerechtigdheid immers veelal zonder belang, zodat het ook niet eenvoudig is het verval van tussenbeschikkingen te beschouwen als een van die gerechtigdheid deel uitmakende bescherming van de verwachter. Bij deze laatste verklaring van de goederenrechtelijke werking is het derhalve veel lastiger om te verklaren waarom niet-conflicterende of gunstige tussenbeschikkingen niet tóch vervallen.

Een lastige kwestie betreft het volgende. Indien een beperkt gerechtigde zijn beperkte recht overdraagt aan de bloot eigenaar, gaat dit beperkte recht door vermenging teniet (3:81 lid 2 BW). Maar wat is de situatie als die overdracht plaatsvond ‘onder ontbindende voorwaarde’ en de voorwaarde op een later moment intreedt? We zouden geneigd kunnen zijn om het beperkte recht in eerste instantie inderdaad door vermenging teniet te laten gaan, maar dit vervolgens bij het intreden van de voorwaarde weer te laten herleven in het vermogen van de verwachter respectievelijk beperkt gerechtigde. Dit laatste zou dan een geheel andere systematiek zijn dan de wetgever blijkens art. 6:161 lid 2 sub c BW voor ogen stond ten aanzien van het (vooralsnog) juist ontbreken van vermenging bij verbintenissen in het geval vordering en schuld ‘onder ontbindende voorwaarde’ bij dezelfde partij terecht zouden komen.

Bij een verklaring van de goederenrechtelijke werking bestaande uit een splitsing van het goed (beperkte recht) tussen bezwaarde en verwachter kan een soortgelijk effect bestaan. Het aandeel in het beperkte recht van de verwachter (oorspronkelijke beperkt gerechtigde) zal bij een dergelijke systematiek niet door vermenging tenietgaan, omdat het betreffende aandeel immers niet tot het vermogen van de bloot eigenaar is gaan behoren. Van een ‘herleven’ van het beperkte recht bij het later intreden van de voorwaarde is dan ook geen sprake. Dat laatste is bij de overige verklaringen van de goederenrechtelijke werking anders. Het beperkte recht is alsdan immers overgegaan in het vermogen van de bloot eigenaar en – bij gebrek aan een wetsduiding als art. 6:161 lid 2 sub c BW – dan ook door vermenging tenietgegaan. Wil de ontbindende voorwaarde nog goederenrechtelijk effect kunnen hebben, kan het niet anders dan dat het verdwenen beperkte recht weer ontstaat. Dat is uitsluitend mogelijk is als we aannemen dat ook een figuur als vermenging – hetgeen

uitsluitend een goederenrechtelijk gevolg is en geen rechtshandeling – voorwaardelijk kan zijn.⁴²⁰

Een laatste te bespreken mogelijke consequentie betreft de situatie waarbij een vervreemder een goed onder *ontbindende* voorwaarde aan verkrijger A overdraagt en tegelijkertijd hetzelfde goed onder dezelfde *opschortende* voorwaarde aan verkrijger B.⁴²¹ Indien we de goederenrechtelijke werking verklaren uit aspecten van de overdracht, dan staan A en B niet in enigerlei relatie. Bij de retro-overgang van A naar de vervreemder en vervolgens van deze weer naar B vormt de vervreemder de centrale figuur, maar tussen A en B onderling bestaat geen rechtsverhouding. Indien de goederenrechtelijke werking wordt verklaard uit een vorm van medegerechtigdheid, dan dringt de gedachte zich op dat de vervreemding aan B in zekere mate lijkt op een beschikken over een Anwartschaftsrecht.⁴²² Als we de casus enigszins aanpassen in die zin dat de opschortend voorwaardelijke overdracht aan B een juridische seconde eerder plaatsvindt dan de ontbindend voorwaardelijke overdracht aan A, dan is in elk geval uitsluitend sprake van een tussenbeschikking door de vervreemder ten behoeve van A. Wat daar ook van zij, A en B komen dankzij de verklaring uit hoofde van medegerechtigdheid plots wél in een zekere relatie tot elkaar te staan, namelijk als medegerechtigden tot hetzelfde goed.⁴²³

Zoals we in § 11.1 en deze § 11.2 zagen, staat de goederenrechtelijke werking in het Nederlandse recht sinds halverwege vorige eeuw niet meer ter discussie ook al is de verklaring voor die werking sterk omstreden gebleven. In die zin is de stelling juist dat die verklaring als zodanig van beperkte betekenis is. De hiervoor besproken kwesties tonen echter aan dat de verschillende verklaringen van de goederenrechtelijke werking – in elk geval naar het zich zonder diepgaander bestudering laat aanzien – toch tot onderling verschillende consequenties leiden. De opvatting dat bestudering van deze onderling verschillende verklaringen een uitsluitend academisch tijdverdrijf vormt ten aanzien van die verklaring, is dan ook waarschijnlijk onjuist. Dat geldt temeer als we die verklaringen ook buiten het vermogensrecht hanteren, bijvoorbeeld

420 Een redenering dat een dergelijke vermenging reeds voortvloeit uit de voorwaardelijke werking van de ontbindende voorwaarde wil ik afwijzen. Voorwaardelijke werking is in mijn optiek geen verklarend begrip (zie § 3.1.4 en 3.4) en kan dan ook niet de grondslag vormen voor het aannemen van een figuur als 'voorwaardelijke vermenging'.

421 Een tot enkele jaren geleden in de notariële praktijk veel gebruikte structuur ten behoeve van overdracht aan (uiteindelijk) een NV of BV die nog in de oprichtingsfase verkeerde, waarbij deze laatste in voormeld voorbeeld 'B' is.

422 Of bij de overdracht aan verkrijger B sprake is van de figuur van het Anwartschaftsrecht is nog niet zo heel duidelijk. Bij de overdracht aan B is i.e.g. geen sprake van een *onvoorwaardelijke* overdracht van hetgeen de vervreemder – t.g.v. de overdracht aan A – 'behoudt'.

423 Of A en B in een dergelijke relatie tot elkaar komen te staan, *kán* verschil maken.

in het fiscale recht.⁴²⁴ Bestudering van de verklaring van de goederenrechtelijke werking vindt echter vrijwel uitsluitend plaats vanuit óf een historisch kader óf de verklaringen sec. Allerlei mogelijke gevolgen van de verschillende verklaringen alsmede overigens de wezenlijke vraag in hoeverre het überhaupt wenselijk is dat voorwaarden goederenrechtelijke werking hebben, blijven bij die bestudering vrijwel geheel buiten beeld. Dat is een manco dat ik binnen de beperkte grenzen van deze uitsluitend als deelonderwerp onderzochte verklaring van de goederenrechtelijke werking niet kan oplossen. Ik wil het derhalve laten bij de constatering dat de verschillen in verklaringen van de goederenrechtelijke werking waarschijnlijk minder 'onschuldig' zijn dan in de literatuur wel wordt gesteld.

11.2.8 De conclusie voor het Nederlands geldend recht

De goederenrechtelijke werking van voorwaarden vormt, zowel met betrekking tot de werking tussen partijen als ten opzichte van derden, zonder twijfel deel van het Nederlands geldend recht. De zeer enkele auteurs die thans nog anders verdedigen, voeren een volkomen achterhoedegevecht. Zoals ik in deze paragraaf vaker heb geconstateerd, geldt dat allesbehalve voor de *verklaring* van die goederenrechtelijke werking. Deze was – ook al wordt tegenwoordig vaak anders gesteld – onder de gehele werkingsduur van het OBW omstreden en is dat nog steeds. Dit laatste ondanks (of dankzij?) de ruimhartige aandacht die deze verklaring in de literatuur heeft gekregen.

De redenen die ten grondslag liggen aan deze onduidelijkheid zijn voor wat betreft het NBW gevarieerd. Op de eerste plaats mag het opvallend heten dat de wetgever blijkens de PG bepaald geen duidelijke systematiek voor ogen stond ten aanzien van die verklaring voor het NBW. Dat wreekt zich met name ten aanzien van het aspect van het verval van tussenbeschikkingen verricht door de bezwaarde. De Duitse en Zwitserse wetgever onderkennen dat met name dát aspect bij het ontbreken van een systematiek gebaseerd op terugwerkende kracht lastig viel te onderbouwen. Daarom baseerden zij het verval van tussenbeschikkingen met § 161 BGB en art. 152 III OR op wetsduiding. Van dit onderscheid tussen enerzijds de werking tussen partijen en anderzijds ten opzichte van derden lijkt de Nederlandse wetgever zich daarentegen niet erg bewust te zijn geweest, hetgeen overigens ook geldt voor een deel van de Nederlandse literatuur. De wetgever hinkte derhalve op een aantal verschillende gedachten zonder een van de belangrijkste kwesties – het onderscheid

424 Bijv. v.w.b. verschuldigdheid van overdrachtsbelasting indien de (opschortend voorwaardelijke) verwachter direct een goederenrechtelijke gerechtigdheid zou verkrijgen. Zie verder het arrest van HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18, waar de Hoge Raad die verschuldigdheid juist bij gebrek aan een dergelijke directe verkrijging afwijst (r.o. 3.4).

tussen de werking tussen partijen en ten opzichte van derden – als onderdeel van de systematiek in het NBW op te nemen.

In dit laatste vinden we tevens een volgende reden voor de bestaande onduidelijkheid; kan inderdaad één en dezelfde verklaring deze beide aspecten van de goederenrechtelijke werking verklaren? Dit is in ieder geval wel de benadering in de PG en het merendeel van de literatuur. Het Duitse en Zwitserse recht alsmede het DCFR brengen daarentegen een scheiding aan tussen de grondslagen die de verklaring vormen voor beide aspecten.⁴²⁵ Dat laatste mijns inziens ook met goede redenen.⁴²⁶ Ik zou derhalve willen stellen dat de 'alomvattende' verklaring die voor het Nederlandse recht gevonden moet worden om die reden bepaald geen sinecure is.

Wellicht dat in samenhang met het vorenstaande ook de Nederlandse wetgever op enig moment gedurende het wetgevingsproces voor *beide* aspecten van de goederenrechtelijke werking een wettelijke grondslag zocht en deze vond in art. 3:84 lid 4 BW. De literatuur volgde in die zienswijze. Die benadering van het wetsartikel wijkt echter niet alleen af van de bedoeling van Meijers, maar ook roept de redactie daarvan – als we daar inderdaad een grondslag voor de goederenrechtelijke werking in willen zien – vooral veel vragen op. De eerste en misschien ook wezenlijkste daarvan is waarom de wetgever niet eenvoudig heeft volstaan met de redactie: 'Voorwaarden hebben goederenrechtelijke werking'? Als dit laatste inderdaad de strekking van art. 3:84 lid 4 BW zou moeten zijn, dan dient de complexiteit en daaruit voortvloeiende schimmigheid van de huidige redactie geen enkel doel. Daarmee vormt art. 3:84 lid 4 BW een volgende reden voor de onduidelijkheid rondom de verklaring van de goederenrechtelijke werking.

Met de omstreden vraag of de veronderstelde systematiek van art. 3:84 lid 4 BW ook toepassing kan vinden bij opschortende voorwaarden, komen we bij nóg een reden voor de voortdurende discussies omtrent de gezochte verklaring. Kan namelijk een zelfde verklaring voor de goederenrechtelijke werking inderdaad die werking verklaren zowel voor ontbindende als opschortende voorwaarden? Incidenteel vinden we die vraag in de literatuur negatief beantwoord, maar veelal is het tenminste impliciete en mijns inziens ook terechte uitgangspunt dat één verklaring op beide soorten van voorwaarden toepassing zou moeten vinden. Echter, een wezenlijk deel van de auteurs bespreekt slechts de verklaring van óf de ontbindende óf de opschortende voorwaarden. Dat maakt het soms moeilijk om te bepalen of bedoeld is diezelfde verklaring op de niet-besproken voorwaarde toepassing te laten vinden. Ook dat draagt niet bij aan de inzichtelijkheid van de verdedigde verklaringen.

⁴²⁵ Althans, voor het Zwitserse recht is de verklaring voor het verval van tussenbeschikkingen u.h.v. art. 152 III OR duidelijk, maar voor de werking tussen partijen allesbehalve helder. De systematiek voor het DCFR is v.w.b. de werking tussen partijen duidelijk, terwijl tussenbeschikkingen – als expliciete keuze van de opstellers – niet vervallen.

⁴²⁶ Zie § 11.2.3 en 11.2.5.

Een laatste reden voor de huidige onduidelijkheid is gelegen in de onjuiste veronderstelling dat mét de invoering van het NBW de tot dan toe bestaande verklaring van de terugwerkende kracht vervangen moest worden door een nieuwe. Zoals ik in § 11.2.4 echter beschreef was die verklaring wel degelijk ook onder het OBW omstreden. Zelfs voor zover de grondslag in de terugwerkende kracht werd gezien, bestonden uit hoofde van diezelfde terugwerkende kracht uiteenlopende verklaringen. De zoektocht naar een verklaring voor het NBW was derhalve in zekere zin een voortzetting van een reeds onder het OBW bestaande discussie, zij het op basis van andere uitgangspunten. De gedachte dat pas mét de invoering van het NBW die verklaring onduidelijk werd is dan ook onjuist. Samengevat zijn er derhalve nogal wat elementen die de Nederlandse discussie aangaande de voor het NBW gezochte verklaring hebben vertroebeld.

Als we vervolgens in abstracto naar de belangrijkste verklaringen kijken, dan blijkt dat geen van deze verklaringen in ieder opzicht voldoet.⁴²⁷ Een systematiek met terugwerkende kracht heeft voor de gezochte verklaring redelijke papieren,⁴²⁸ met name waar het betreft ontbindende voorwaarden, maar kent weer de vele onbedoelde en vaak ook ongewenste consequenties die voortvloeien uit diezelfde terugwerkende kracht. In een systematiek zónder terugwerkende kracht heeft bij de werking tussen partijen de voorwaardelijkheid van de levering respectievelijk de goederenrechtelijke overeenkomst nog de beste papieren. Deze verklaring leidt echter uit hoofde van systematiek niet tot het eveneens vervallen van tussenbeschikkingen. De Nederlandse wetgever heeft dit laatste niet onderkend. Anders dan in het Duitse en Zwitserse recht is dit manco aan deze verklaring dan ook niet door middel van wetsduiding ondergaan. De door veel Nederlandse auteurs verdedigde voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid komt voor wat betreft het verval van tussenbeschikkingen enigszins beter uit de bus, maar vormt uiteindelijk noch ten aanzien van dit verval, noch voor de werking tussen partijen een verklarende systematiek. Geen van de belangrijkste verklaringen in abstracto voldoet voor het Nederlandse recht dan ook geheel. De verdere uitwerking van de verschillende verklaringen in de literatuur leidt evenmin tot sluitende systemen, omdat de gebreken aan de verklaringen in abstracto bij die uitwerkingen niet worden geheeld.

De keuze die de Hoge Raad in een aantal arresten heeft gemaakt door de voorwaarde te verbinden aan de goederenrechtelijke overeenkomst, is in mijn optiek de juiste keuze geweest tussen alternatieven die geen van alle in ieder opzicht voldoen. De voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst als

⁴²⁷ Zie § 11.2.3.

⁴²⁸ Al wil ik nogmaals benadrukken dat de wettelijke fictie van een goederenrechtelijk terugwerkende kracht vervangen had kunnen worden door de wettelijke fictie 'voorwaarden hebben goederenrechtelijke werking'. In die zin is terugwerkende kracht niet echt een systematiek.

verklaringsgrond wil ik derhalve op deze plaats iets verder uitwerken, te beginnen ten aanzien van de werking tussen partijen. Zoals ik eerder stelde, is de voornaamste systematische zwakte van die verklaring dat deze veronderstelt dat de goederenrechtelijke overeenkomst kwalificeert als *duurovereenkomst*.⁴²⁹ Als deze immers direct bij de levering teniet zou gaan, kan het latere intreden van de voorwaarde logischerwijs geen verdere gevolgen hebben. Op een dergelijke benadering als duurovereenkomst kunnen we kritiek hebben.⁴³⁰ Niettemin is deze in mijn optiek toch redelijk verdedigbaar. Partijen beogen namelijk niet om de rechtsovergang op de verkrijger met zekerheid te laten plaatsvinden. Het is juist de onzekerheid zoals die in de voorwaarde is verdisconteerd waar partijen ten aanzien van die rechtsovergang rekening mee wensen te houden. Waarom zou die in de voorwaarde verdisconteerde onzekerheid niet tot uitdrukking kunnen komen in de goederenrechtelijke overeenkomst als de op de vermogensovergang gerichte wilsovereenstemming? Het alsdan voorwaardelijke gevolg – de vermogensovergang onder voorwaarde – past eigenlijk heel goed in de vermogensrechtelijke systematiek. Als we willen aannemen dat het Nederlandse recht de figuur van de goederenrechtelijke overeenkomst inderdaad kent én dat overeenkomsten voorwaardelijk kunnen zijn, dan vormt de voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst een redelijk aanvaardbare verklaring.⁴³¹

Als gezegd leent de goederenrechtelijke overeenkomst zich daarentegen slecht als verklaring voor de werking ten opzichte van derden. Ik kan althans op geen enkele manier beredeneren waarom het verbinden van een voorwaarde aan de levering enigerlei effect zou hebben op hetgeen door de bezwaarde wordt verkregen of gehouden respectievelijk op diens beschikkingsbevoegdheid. Deze zelfde benadering in het Duitse en Zwitserse recht alsmede het DCFR onderschrijf ik derhalve geheel. In dat verband is het dan ook begrijpelijk dat de Nederlandse literatuur probeert door middel van de verklaring van

429 Zie § 11.2.3.3.

430 Zoals Scheltema dan ook doet juist o.b.v. de gedachte dat mét het plaatsvinden van de levering haar rol is uitgespeeld (Scheltema 2003, p. 323).

431 T.a.v. de vraag of t.g.v. van de opgeschorte werking bij opschortende voorwaarden de levering wel voltooid is, wil ik het volgende opmerken. Voor het NBW is i.e.g. nauwelijks of niet omstreden dat de opgeschorte werking het bestaán van een rechtshandeling niet opschort, maar uitsluitend de gevolgen van die rechtshandeling (zie § 3.1.3.1). Toegepast op de levering zou dit betekenen dat deze ook in juridische zin heeft plaatsgehad, onverminderd het feit dat het gevolg van die levering (waaronder we de overdracht moeten verstaan) is opgeschort. De stelling dat de levering t.g.v. de voorwaarde niet zou zijn voltooid, is in mijn optiek derhalve bepaald niet eenvoudig te verdedigen. Daar komt bij dat t.a.v. deze door mij afgewezen benadering het begrip *voorwaardelijke werking* wordt gehanteerd op een wijze die ik niet onderschrijf. Inherent aan deze benadering is namelijk dat de voorwaardelijke werking een *verklarend* begrip zou vormen: t.g.v. de opgeschorte werking is dus sprake van een niet-voltooid levering. Zoals ik echter eerder verdedigde is de voorwaardelijke werking een *beschrijvend* begrip, waar geen consequenties uit kunnen worden afgeleid (zie hoofdstuk 3, m.n. § 3.1.4.2 en 3.4). Ook in die zin kan ik mij niet vinden in de benadering als zou sprake zijn van een niet-voltooid levering.

de beperkte goederenrechtelijke gerechtigdheid een systematische oplossing te vinden ten behoeve van het verval van tussenbeschikkingen. Deze laatste benadering overtuigt echter niet, alleen al vanwege het feit dat deze eigenlijk helemaal geen verklaring voor de goederenrechtelijke werking omvat.⁴³²

Met de moeilijke verklaarbaarheid van de goederenrechtelijke werking ten opzichte van derden en de niet meer dan redelijke verklaring van de werking tussen partijen wil ik volstrekt niet betogen dat deze werking naar Nederlands recht niet zou bestaan, integendeel. Dit met name omdat ik het belang van een dergelijke verklaring als zodanig zou willen relativeren. Dit laatste derhalve in afwijking van de benadering van de goederenrechtelijke werking in de juridische literatuur, die van oudsher sterk gericht is op een *systematische* verklaring van die werking. Deze mijns inziens nogal beperkte benadering doet het vraagstuk geen goed. Veel wezenlijker is namelijk de vraag of het al dan niet *wenselijk* is dat voorwaarden goederenrechtelijke werking kennen. Dit laatste is een vraag waarbij nogal wat uiteenlopende aspecten van belang zijn die weinig of zelfs geen juridische betekenis hebben. Is het bijvoorbeeld gewenst dat in goederenrechtelijke verhoudingen – vrijwel steeds gekenmerkt door een hoge mate van rechtszekerheid – alsnog de aan voorwaarden inherente onzekerheid wordt verdisconteerd? In het Duitse en Zwitserse recht vormt deze onzekerheid juist de reden om ten aanzien van onroerende goederen geen voorwaardelijke beschikkingen te kunnen treffen.⁴³³ Een andere vraag is of het verval van tussenbeschikkingen als onderdeel van de goederenrechtelijke werking wel positief is te beoordelen. Het DCFR huldigt juist het standpunt dat tussenbeschikkingen in stand dienen te blijven, omdat daarmee ‘the free flow of commerce would not be restricted’.⁴³⁴ Ook de mogelijke economische effecten van voorwaardelijke beschikkingen zullen inderdaad een rol moeten spelen ten aanzien van de vraag in hoeverre goederenrechtelijke werking inderdaad wenselijk is.

Zoals we in de vorige paragraaf zagen, bestaan binnen het vermogensrecht eveneens allerlei vraagstukken waar de verklaring van de goederenrechtelijke werking consequenties voor kan hebben. In die zin kan het van belang zijn de verschillende consequenties nauwkeuriger in beeld te brengen en te beoor-

432 In § 11.2.3.5 bespreek ik een aantal redenen waarom deze benadering geen verklarende systematiek is. De belangrijkste daarvan is dat onduidelijk blijft waarom ‘voorwaardelijke eigendom’ bij het intreden van de voorwaarde van rechtswege naa de verwachter overgaat. Nóch de figuur van de voorwaarde als modaliteit nóch de eigendom (of andersoortig goed) als goederenrechtelijk recht kan op zich zelf verklaren waarom de eigendom op de verwachter overgaat. Bij een voorwaardelijke rechtshandeling is het uiteindelijk toch de rechtshandeling en niet de voorwaarde die gevolgen in het leven roept. Eigendom is een statische figuur die reeds uit hoofde daarvan evenmin zelfstandig tot een dergelijke rechtsovergang kan leiden.

433 Zie § 5.3.2.

434 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4703.

delen, zodat vervolgens – op basis van een terugredenering – een keuze voor een bepaalde verklaring tevens onderbouwd kan worden met de verdere juridische consequenties van die keuze. In de thans gangbare benadering van het éérst vinden van een verklaring om daar de verdere consequenties uit af te leiden, ‘overkomen’ deze consequenties ons als een systematisch gevolg van die reeds aangenomen verklaring. Het lijkt mij sterk de vraag of dat een gewenste wijze is om tot vaststelling van die consequenties te komen.

Dergelijke juridische en vooral niet-juridische overwegingen komen in mijn optiek zeer veel meer gewicht toe dan de theoretische onderbouwing van de goederenrechtelijke werking. Ik sluit mij dan ook graag aan bij Van Schilfgaarde die in een geheel ander verband stelde: ‘dogmatische vooropstellingen dragen zelden bij tot de rechtvaardigheid of praktische hanteerbaarheid van een beslissing’.⁴³⁵ De exacte systematiek van deze werking is in mijn optiek derhalve niet zo heel interessant, in elk geval niet zonder dat allerlei andere overwegingen dan de verklaring van deze werking sec een rol spelen. Een onderzoek naar de verklaring van de goederenrechtelijke werking gebaseerd op dergelijke overwegingen zou ik toejuichen, maar gaat niet van mij komen.

11.3 HET ANWARTSCHAFTSRECHT: EEN BESCHIKKEN DOOR DE VERWACHTER OVER ZIJN GERECHTIGDHEID

11.3.1 Inleiding

Een van de meest omstreden en complexe vraagstukken voor het Duitse recht wordt gevormd door het zogeheten Anwartschaftsrecht. De figuur op grond waarvan een verwachter – in een veel bredere betekenis dan ik deze term normaal gebruik – reeds vóór het intreden van de voorwaarde kan beschikken over zijn positie als eventueel toekomstig gerechtigde tot een goed. Een figuur die ook voor het huidige Nederlandse recht omstreden is, echter in geheel andere zin. Terwijl het Duitse en waarschijnlijk ook het Zwitserse recht deze figuur als zodanig reeds sinds zeer lange tijd hebben aanvaard, woedt de Nederlandse discussie in alle hevigheid over het al dan niet aanvaarden van het Anwartschaftsrecht.

Gezien het vorenstaande zal het geen verbazing wekken dat ik begin met een bespreking van (voornamelijk) het Duitse recht. Daarbij zal blijken dat het Duitse recht met het Anwartschaftsrecht een volledig andere benadering kent dan de huidige Nederlandse benadering. Een verschil dat in de Nederlandse literatuur ook nauwelijks wordt onderkend, zo zullen we in § 11.3.2.3 zien. In § 11.3.3 ga ik in op de Nederlandse visies. De bespreking daarvan houd ik zeer bescheiden, omdat deze sterk samenhangen met de reeds

⁴³⁵ Zie de noot van Van Schilfgaarde bij HR 9 juli 2004, NJ 2004, 618.

besproken verklaringen voor de goederenrechtelijke werking van voorwaarden in het Nederlandse recht.

11.3.2 Het Duitse en Zwitserse Anwartschaftsrecht

11.3.2.1 Inleiding

Bij wijze van inleiding op de bespreking van het Nederlandse recht in de volgende paragraaf werpen we eerst een blik op de figuur van het Anwartschaftsrecht in de Duitse en Zwitserse rechtskring. Deze aandacht blijft relatief bescheiden, zeker in verhouding tot de uiterst omvangrijke (met name Duitse) literatuur ten aanzien van deze figuur. De bedoeling van deze beperkte weergave van het Duitse en – voor zover ik dat kon vaststellen – het Zwitserse recht is dan ook niet om nauwkeurig vast te stellen wat deze figuur naar beide rechtsstelsels in al zijn aspecten zou zijn. De essentie van deze weergave bestaat daaruit, dat in elk geval het Duitse recht een vrijwel compleet andere benadering kent van de overdraagbare positie van de verwachter dan voor het Nederlandse recht door moderne auteurs veelal wordt verdedigd. Dit verschil in benadering lijkt in de Nederlandse literatuur nauwelijks of niet te worden onderkend, hetgeen dan ook soms leidt tot het onterecht trekken van parallellen tussen deze stelsels. Het Zwitsers recht blijft bij deze bespreking grotendeels op de achtergrond, vooral omdat in de Zwitserse literatuur voor het Anwartschaftsrecht geen fractie van de aandacht bestaat als in de Duitse.

11.3.2.2 Duits en Zwitsers recht

Zowel het Duitse als – niet geheel onbestreden – het Zwitserse recht kennen de figuren van de *Anwartschaft* en het *Anwartschaftsrecht*. In de overvloedige Duitse literatuur ter zake deze figuren wordt veelal gesteld, dat deze zijn ontstaan onder invloed van rechtswetenschap en rechtspraak, maar dat het bestaan van beide figuren niet als zodanig door het BGB (en overigens evenmin door het OR of ZGB) wordt onderkend. Ongetwijfeld is het feit dat een belangrijk deel van de rechtswetenschappelijke discussies in beide landen aangaande deze figuren dan ook voortvloeit uit dit ontbreken van een duidelijke wettelijke grondslag.⁴³⁶ Dat neemt niet weg dat van de zijde van de Duitse wetgever wel degelijk sprake was van een zekere vroegtijdige aanvaarding. De tweede commissie die het ontwerp voor het BGB opstelde, hanteerde in het kader van dat ontwerp namelijk reeds de *Anwartschaft* als inhoudelijk begrip.⁴³⁷ Boven-

⁴³⁶ In deze zin i.e.g. Raiser (Raiser 1961, p. 47).

⁴³⁷ Staudinger/Bork 2010, p. 326; HKK/Finkenauer 2003, p. 891; Schiemann 1973, p. 137; Raiser 1961, p. 2. Al deze auteurs vermelden dat deze *Anwartschaft* door de betreffende tweede commissie reeds als overdraagbaar en bezwaarbaar met pandrechten werd beschouwd.

dien is het ontbreken van enige specifieke bepalingen in het BGB in die zin historisch begrijpelijk, dat het achterliggende leerstuk van de *Vorwirkung*⁴³⁸ bij opschortend voorwaardelijke rechtsverhoudingen ten tijde van de totstandkoming van het BGB nog nieuw en derhalve allesbehalve verder uitgewerkt was.⁴³⁹ Een en ander relativeert dan ook dit ontbreken van een wettelijke grondslag.

De *Anwartschaft* en het Anwartschaftsrecht zijn ontwikkelingen die in eerste instantie voortvloeiden uit de rechtsfiguur van het eigendomsvoorbehoud. Bij het eigendomsvoorbehoud lag in de 19e eeuw nog de nadruk op de zekerheidspositie van de verkoper. In de periode vanaf 1900 was het echter vooral de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud die aandacht kreeg.⁴⁴⁰ Deze koper – en zeker ook diens eventuele crediteur – had immers een duidelijk economisch belang bij de opschortend voorwaardelijk verkregen zaak. Het was derhalve de behoefte in het handelsverkeer om deze positie van de verwachter, waaraan een economische waarde werd toegeschreven, ook als verhandelbaar en verpandbaar goed te gelde te kunnen maken. Deze behoefte werd door de voormelde tweede commissie als zodanig onderkend⁴⁴¹ en wordt thans nog steeds beschouwd als rechtvaardiging voor de aanneming van het Anwartschaftsrecht.⁴⁴²

Aldus deed zich met name in het kader van kredietverlening de vraag voor in hoeverre de koper zijn voorwaardelijke rechtspositie ten aanzien van de zaak inderdaad reeds direct, derhalve vóór het intreden van de voorwaarde, kon overdragen of verpanden. In de loop van de decennia na de invoering van het BGB werd die mogelijkheid in de rechtspraak aanvaard, eerst mét het vereiste van instemming van de eigendomsvoorbehoudsverkoper en later ook zónder dit vereiste.⁴⁴³ Om dit aanvankelijke vereiste van instemming van de verkoper respectievelijk bezwaarde alsnog terzijde te kunnen stellen, was vereist dat duidelijkheid ontstond omtrent de vraag of de aanvankelijke wilsovereenstemming al dan niet voort diende te bestaan tot het moment van

Zoals ik onderstaand nader zal bespreken is daarmee in de huidige terminologie eigenlijk sprake van een Anwartschaftsrecht en niet zozeer een *Anwartschaft*.

⁴³⁸ Zie over dit begrip § 3.2.2.

⁴³⁹ In deze zin: HKK/Finkenauer 2003, p. 915.

⁴⁴⁰ HKK/Finkenauer 2003, p. 895.

⁴⁴¹ HKK/Finkenauer 2003, p. 891–899; Rinnewitz 1989, p. 38; Schiemann 1973, p. 137.

Volgens Schiemann vond in deze kwestie een omslag plaats tussen de eerste en de tweede commissie die het ontwerp-BGB opstelden. De eerste commissie ging t.a.v. de positie van de verwachter nog niet verder dan een *Aussicht* en een *Gebundenheit*, terwijl de tweede commissie de mogelijkheid van een beschikken over het Anwartschaftsrecht uitdrukkelijk onderschreef.

⁴⁴² Weber 2013, p. 275; Staudinger/Bork 2010, p. 326; Baur/Stürner 2009, p. 30; Banke 1991, p. 17, 18; Forkel 1962, p. 30, 31; Raiser 1961, p. 24, 87. In dezelfde zin t.a.v. het Duitse recht: Bartels 1997, p. 85; Zwitter 1993, p. 527.

⁴⁴³ Zie voor een beschrijving van deze historische ontwikkeling in het Duitse recht: HKK/Finkenauer 2003, p. 895 e.v.; Rinnewitz 1989, p. 15 e.v.; Henke 1959, p. 10 e.v.

intreden van de voorwaarde. Dit laatste uitdrukkelijk niet omdat anders bij ontbrekende voortdurende wilsovereenstemming de opschortend voorwaardelijke overdracht alsnog zonder effect zou blijven. De aanvankelijke wilsovereenstemming bij de totstandkoming van de rechtsverhouding was onbetwist afdoende voor dát gevolg tussen bezwaarde en verwachter. Het belang van deze vraag was daarin gelegen dat bij een vereiste van voortbestaande wilsovereenstemming en zonder dat toestemming van de bezwaarde was verkregen, de overdracht van het goed steeds via het vermogen van de koper (verwachter) naar de derde zou verlopen (*Durchgangserwerb*). De aanvankelijke wilsovereenstemming tussen bezwaarde en verwachter bleef in dat geval immers gericht op een overdracht ten behoeve van het vermogen van de (oorspronkelijke) verwachter.⁴⁴⁴ Met andere woorden, er zou alsdan geen sprake zijn van een rechtstreekse verkrijging door de derde van de bezwaarde (*Direkterwerb*).

In 1933 stelde het Duitse Reichsgericht nog vast dat de vorenbedoelde instemming van de bezwaarde vereist was voor een dergelijke *Direkterwerb*. In 1956 besliste het Bundesgerichtshof echter anders, zodat sindsdien ook bij het ontbreken van bedoelde instemming van de bezwaarde de eigendomsovergang rechtstreeks aan de derde (verkrijger van het Anwartschaftsrecht) plaatsvindt.⁴⁴⁵ Een voor het in vervulling gaan van de voorwaarde ingetreden faillissement van de (aanvankelijke) verwachter blijft dan ook voor wat betreft die verkrijging door de derde zonder gevolg.⁴⁴⁶ Daarbij verkrijgt de nieuwe verwachter de onvoorwaardelijke eigendom uit hoofde van een eigen recht en geldt derhalve in deze gerechtigdheid tot de eigendom niet als rechtsopvolger van de oorspronkelijke verwachter.⁴⁴⁷ De dogmatiek is deze ontwikkeling in de rechtspraak gevolgd door het Anwartschaftsrecht als juridische figuur te creëren,⁴⁴⁸ derhalve zonder een rechtstreekse grondslag daarvoor in het BGB of het OR dan wel ZGB. Gezien deze historische ontwikkeling verbaast het niet dat zowel de *Anwartschaft* als het *Anwartschaftsrecht* in een sterke relatie staan tot voorwaarden en in de literatuur dan ook meestal in dat verband

444 Henke 1959, p. 13.

445 BGH 22 februari 1956, NJW 1956, 665. Deze benadering wordt thans voor het Duitse recht algemeen onderschreven: Brehm & Berger 2014, p. 495, 496 (overigens stelden zij eerder dat o.b.v. nieuwere rechtspraak twijfels gerezen zouden zijn (Brehm & Berger 2006, p. 475, 476). In de druk uit 2014 treffen we die opvatting niet meer aan); Weber 2013, p. 279; Staudinger/Bork 2010, p. 329; Vieweg & Werner 2010, p. 348, 349; Wilhelm 2010, p. 912; Baur/Stürner 2009, p. 669; Herberger/Beckmann 2009, p. 374; Herberger/Benning 2009, p. 334; Wolf 1999, p. 707; Hübner 1996, p. 482; Raiser 1961, p. 23. Zwitsers recht: Koller 2009, p. 1295, 1296.

In deze zin ook: Bartels 1997, p. 87.

446 Wilhelm 2010, p. 912.

447 PWW/Prütting 2014, p. 1977; Staudinger/Bork 2010, p. 338; Baur/Stürner 2009, p. 669; Herberger/Beckmann 2009, p. 374; Wieling 2006, p. 805; HKK/Finkenauer 2003, p. 896; Flume 1992, p. 703.

448 In deze zin: Weber 2013, p. 275; Staudinger/Bork 2010, p. 326, 327.

worden besproken. Het is echter van belang om voor ogen te houden dat beide figuren uitdrukkelijk niet beperkt zijn tot voorwaardelijke rechtsverhoudingen.

We werpen een nadere blik op de beide begrippen in het Duitse en Zwitserse recht. Voorop gesteld zij dat beide begrippen zeker niet eenduidig worden gehanteerd. Zowel wat betreft hun onderlinge verhouding als ieder als zodanig zijn zij sinds lange tijd onderwerp van discussie.⁴⁴⁹ Terughoudendheid ten aanzien van de exacte inhoud van deze begrippen naar Duits en Zwitsers recht is derhalve alleszins op zijn plaats.⁴⁵⁰ Dat geldt zeker voor de Zwitserse literatuur, waarin merendeels de term *Anwartschaft* wordt gebruikt en veelal onduidelijk blijft óf überhaupt een onderscheid tussen beide begrippen wordt gemaakt.⁴⁵¹ Ook wordt in de Zwitserse literatuur wel bestreden dat de termen

449 Zie in dezelfde zin: Staehelin 1993, p. 18; Steckermeier 1993, p. 15 nt. 4; Banke 1991, p. 99; Rinnewitz 1989, p. 12 e.v.; Sponer 1965, p. 18; Forkel 1962, p. 40; Raiser 1961, p. 4 e.v.

450 In afwijking van hetgeen ik hierna stel, worden bijv. de *Anwartschaft* en het *Anwartschaftsrecht* door een wezenlijk deel van de moderne Duitse auteurs als synoniemen gehanteerd i.p.v. te onderscheiden begrippen: Brehm & Berger 2014, p. 209, 493; Erman/Armbrüster 2014, p. 461 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 475); PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Weber 2013, p. 276; MüKo/Westermann 2012, p. 1722; Baur/Stürner 2009, p. 30; HKK/Finkenauer 2003, p. 895 e.v.; Hübner 1996, p. 480, 481; Wolf 1999, p. 513; Banke 1991, p. 91; Marotzke 1977, p. 13; Schmidt 1969, p. 35. Voor deze auteurs geldt veelal dat zij beide termen hanteren in de zin van het hierna omschreven *Anwartschaftsrecht*. In m.n. oudere Duitse literatuur wordt de term *Anwartschaft* uitsluitend gebruikt voor het begrip van (thans) het *Anwartschaftsrecht*, welke laatste term door deze auteurs dan weer niet wordt gehanteerd. Ook de tweede commissie die het ontwerp voor het BGB opstelde sprak nog uitsluitend van *Anwartschaft* waar in de huidige terminologie eerder van een *Anwartschaftsrecht* gesproken zou worden. Volgens Schiemann werd de term *Anwartschaftsrecht* inderdaad pas op een later moment gebruikelijk (Schiemann 1973, p. 144). Ook het BGH gebruikt de term *Anwartschaftsrecht* (BGH 18 december 1967, NJW 1968, 493), maar ik kan niet uitsluiten dat het BGH ook wel andere termen hanteert.

Vieweg en Werner beschouwen het *Anwartschaftsrecht* – eveneens in afwijking van de hierna besproken benadering – specifiek als de rechtspositie van een verkrijger ‘bei einem mehrstufigen, insbes. bedingten Rechtserwerb’ (Vieweg & Werner 2010, p. 340). Flume hanteert het begrip *Anwartschaftsrecht* weer in het beperktere verband van uitsluitend voorwaardelijke beschikkingen (bijv. Flume 1992, p. 702, 709). Een deel van de literatuur gebruikt de term nog beperkter, namelijk specifiek voor de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud en daarnaast de term *Anwartschaft* weer in bredere zin (Brehm & Berger 2014, p. 493; Wieling 2006, p. 791). Bij Raiser vinden we weer een ruimere benadering van het begrip van het *Anwartschaftsrecht*, namelijk voor de situatie waarin de verwachter beschikt over ‘eine selbstständige, in seinen Willen gestellte Rechtsmacht zum Schutz seiner Interessen’ (Raiser 1961, p. 10). Dit laatste als additioneel criterium naast ‘eine Gebundenheit des bisherigen Rechtsinhabers oder des Gegenstands’.

451 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 380; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 857; Tuor e.a. 2009, p. 695, 1184 (althans waarschijnlijk, vgl. het gebruik van beide begrippen op voormelde pag.); Rey 2007, p. 473; Staehelin 1993, p. 19. Ook in oudere Zwitserse literatuur wordt de term als zodanig gebruikt, zie: Guhl 1944, p. 56; Becker 1941, p. 724; Oser 1929, p. 689. Honsell hanteert daarentegen beide termen (Honsell 2008, p. 613, 615), maar lijkt daarmee hetzelfde begrip (in de zin van het hierna omschreven *Anwartschaftsrecht*) te bedoelen. Schwenzer hanteert de term *Anwartschaftsrecht* in het bredere verband van de rechtshandeling onder voorwaarde, derhalve ook buiten een beschikken (Schwenzer 2012, p. 67). Voor

in de Zwitserse rechtskring überhaupt ingang gevonden zouden hebben.⁴⁵² Wat van deze begripsmatige verwarring zij, in het Duitse recht wordt de *Anwartschaft* in elk geval vaak beschouwd als het juridische vooruitzicht van een partij op de eventuele toekomstige verkrijging van een (onvoorwaardelijk) recht.⁴⁵³ Dit begrip betreft veel meer een verwachting dan een daadwerkelijk gesecureerde positie van de verwachter.⁴⁵⁴ De testamentair tot erfgenaam benoemde partij heeft bijvoorbeeld een *Anwartschaft*, maar uiteindelijk blijft het tot het overlijden van de erflater onzeker of deze partij uiteindelijk ook inderdaad erfgenaam en gerechtigde tot de nalatenschap zal worden.⁴⁵⁵ Ook het Zwitsers recht gaat van een dergelijke brede benadering van de *Anwartschaft* uit, eveneens ook buiten het verband van voorwaardelijke rechtsverhoudingen.⁴⁵⁶

Het *Anwartschaftsrecht* gaat ten opzichte van de *Anwartschaft* een flinke stap verder voor wat betreft de in de Duitse rechtskring aan deze term veelal toegekende betekenis. Daarvan is volgens het Bundesgerichtshof sprake indien 'von einem mehraktigen Erwerbstatbestand schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, daß von einer gesicherten Rechtsstellung des Erwerbers gesprochen werden kann, die der Veräußerer nicht mehr einseitig zu zerstören vermag'.⁴⁵⁷ Essentieel is derhalve de aanwezigheid van een gesecureerde positie

hetzelfde begrip als Schwenzer hanteren Berger en Bucher weer de term *Anwartschaft* (Berger 2012, p. 262; Bucher 1988, p. 510). Volgens Staehelin wordt de term *Anwartschaft* vaker in deze bredere betekenis gebruikt (Staehelin 1993, p. 18, 19).

452 Koller 2009, p. 1288 (en eerder: Guhl/Koller 2000, p. 59, waar Koller zich ook inhoudelijk tegen het begrip *Anwartschaft* keert). Zoals hiervoor bleek, vinden we het begrip van de *Anwartschaft* echter wel degelijk met grote regelmaat (en incidenteel ook dat van het *Anwartschaftsrecht*) in de moderne Zwitserse literatuur.

453 Wolf/Neuner 2012, p. 224; Herberger/Benning 2009, p. 334; Wieling 2006, p. 791; Hübner 1996, p. 480; Spöner 1965, p. 19; Blomeyer 1938, p. 2.

454 Bork 2011, p. 505; Forkel 1962, p. 85, 86.

455 PWW/Kummer 2014, p. 2885; Pawlowski 1998, p. 290. Werner noemt deze situatie niet expliciet een *Anwartschaft*, maar juist het ontbreken van afdoende zekerheid voor de aanstaande erfgenaam laat hem concluderen dat i.e.g. geen sprake kan zijn van een *Anwartschaftsrecht* (Weber 2013, p. 278). Ook voor Raiser vormt dit ontbreken van afdoende zekerheid voor de tot erfgenaam benoemde partij de essentiële factor. Raiser hanteert voor de situatie van het wél bestaan van afdoende zekerheid echter de term *Anwartschaft* i.p.v. *Anwartschaftsrecht* (Raiser 1961, p. 8, 9).

456 In de Zwitserse literatuur zijn de *Anwartschaften* onder andere omschreven als de 'besondere Rechtslagen, die dadurch entstehen, dass die tatbestandselemente eines gewährenden Rechtssatzes noch nicht vollständig erfüllt sind. Es fehlt z.B. eine Genehmigung, ein Registereintrag oder die Erfüllung einer Bedingung. Die Besonderheit von *Anwartschaften* besteht darin, dass die Vollendung des noch unvollständigen Tatbestands (z.B. der Entstehung einer Forderung) als Wahrscheinlichkeit erwartet wird und daher schon in diesem Vorstadium als Vermögensposition Rechtswirkungen entfaltet' (Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 380).

457 Zie relatief recent nog: BGH 24 maart 1994, NJW 94, 3099. Deze omschrijving vindt in de literatuur brede erkenning: PWW/Prütting 2014, p. 1976; Schellhammer 2014, p. 1065; Weber 2013, p. 275; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Staudinger/Bork 2010, p. 324; Kindl 2008, p. 482; Pawlowski 1998, p. 290; Westermann 1973 p. 31.

van de verwachter, maar *ongeacht* de wijze waarop deze zekergesteld is.⁴⁵⁸ In de Zwitserse literatuur vinden we soms overigens ook een andere benadering. Volgens de betreffende auteurs is voor de kwalificatie als Anwartschaftsrecht voldoende dat de vooralsnog ontbrekende elementen voor een definitieve rechtsverhouding ‘waarschijnlijk’ zullen plaatsvinden.⁴⁵⁹

De gerechtigdheid onder tijdsbepaling van een partij kwalificeert bijvoorbeeld als Anwartschaftsrecht.⁴⁶⁰ Maar ook de koper van een onroerende zaak waarvan de koopovereenkomst door middel van een *Vormerkung* is ingeschreven, heeft naar Duits recht in beginsel een Anwartschaftsrecht ook al is beslist nog geen sprake geweest van enige beschikkingshandeling.⁴⁶¹ Daarmee is overigens tevens gegeven dat de kwalificatie van (ook) het Anwartschaftsrecht als goederenrechtelijk recht hoe dan ook niet voor alle gevallen juist is.⁴⁶² Ook een zogeheten *Nacherbe* – vergelijkbaar met de erfrechtelijke verwachter bij een tweetrapsmaking – heeft na het overlijden van de de erflater een Anwartschaftsrecht; ook zijn positie als erfgenaam is immers afdoende gese-

Medicus duidt het verschil tussen *Anwartschaft* en Anwartschaftsrecht aan door de laatste te omschrijven als de ‘rechtlich geschützte Anwartschaft auf Erwerb des Vollrechts’ (Medicus 2010, p. 34).

458 Duits recht: Brehm & Berger 2014, p. 493; PWW/Brinkmann 2014, p. 224; Schellhammer 2014, p. 1065 (en eerder: Schellhammer 2013, p. 63, 64, 559); Weber 2013, p. 275 e.v.; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Wolf/Neuner 2012, p. 224; Staudinger/Bork 2010, p. 325 (Bork spreekt dan ook van ‘obligatorische, dingliche, erbrechtliche oder immaterialgüterrechtliche Anwartschaftsrechte’); Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 121; Vieweg & Werner 2010, p. 340; Wilhelm 2010, p. 909; Herberger/Beckmann 2009, p. 374; Herberger/Benning 2009, p. 334; Weirich 2006, p. 66 (m.b.t. de *onvoorwaardelijke* overdracht van onroerend goed); Pawlowski 1998, p. 291; Flume 1992, p. 702, 710; Rinnewitz 1989, p. 135; Marotzke 1977, p. 13; Schmidt 1969, p. 35; Forkel 1962, p. 105; Raiser 1961, p. 10; Blomeyer 1938, p. 3, 9.

Zwitsers recht: Staehelin 1993, p. 34.

459 Gauch, Schluep, Emmenegger 2014, p. 380; BSK OR I-Ehrtat 2011, p. 858.

Waarschijnlijk moeten we deze benadering aldus interpreteren dat de vereiste geseceurde positie sneller – in de zin van slechts ‘waarschijnlijk’ – wordt aangenomen.

460 Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 627; Staudinger/Bork 2010, p. 361; Marotzke 1977, p. 13; Schmidt 1969, p. 35; Blomeyer 1938, p. 12.

461 Schellhammer 2013, p. 64, 140; Weber 2013, p. 277 (Weber spreekt in deze van de ‘ganz herrschende Meinung’); Wolf/Neuner 2012, p. 224; Staudinger/Bork 2010, p. 325; Baur/Stürner 2009, p. 31, 239; Herberger/Benning 2009, p. 334; Weirich 2006, p. 66.

Zie ook Broekveldt, die stelt dat inderdaad sprake is van een Anwartschaftsrecht, althans indien ‘nog aan enige andere voorwaarden is voldaan’ (Broekveldt 2004, p. 966). Zie t.a.v. deze kwalificatie voor het Duitse recht ook: Hof Amsterdam 9 juli 1992, NJ 1994, 79. Nieskens-Isphording stelt daarentegen – onterecht – dat het recht van de koper door de enkele *Vormerkung* juist geen Anwartschaftsrecht zou vormen (Nieskens-Isphording 1997, p. 108). Vermoedelijk baseert zij zich daarbij op Bauer & Stürner (16e druk uit 1992). Uit de druk uit 2009 volgt i.e.g. anders dan Nieskens-Isphording stelt (Baur/Stürner 2009, p. 31, 239).

462 Staudinger/Bork 2010, p. 327.

reerd.⁴⁶³ Naast deze voorbeelden vinden we in de literatuur nog vele andere vormen van *Anwartschaftsrechte*.⁴⁶⁴

We zien derhalve dat de essentie van het Anwartschaftsrecht gevormd wordt door de juridisch gesecureerde positie die de 'verwachter' – in bredere zin dan ik dit begrip normaal hanteer – om tal van uiteenlopende redenen kan hebben. In de verhouding tot het begrip Anwartschaft vormt bij veel auteurs het Anwartschaftsrecht een gesecureerde Anwartschaft. Andersom is bij het ontbreken van een dergelijke beschermde positie geen sprake van een Anwartschaftsrecht, zelfs al zou sprake zijn geweest van een beschikken onder voorwaarde. Indien de bezwaarde bijvoorbeeld nog steeds eenzijdig kan voorkomen dat de rechtsovergang bij het intreden van de voorwaarde zal plaatsvinden, ontbeert de verwachter een dergelijke beschermde positie en daarmee dus tevens een Anwartschaftsrecht. Dit laatste zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien het al dan niet intreden van de voorwaarde in de macht van de bezwaarde staat.⁴⁶⁵ Ook bij het voormelde voorbeeld van de *Vormerkung* van een koopovereenkomst kan een Anwartschaftsrecht ontbreken.⁴⁶⁶

De in de Duitse literatuur omstreden vraag bij het vorenstaande is uiteraard hoe v r de bescherming van de verwachter moet strekken om van een Anwartschaftsrecht te kunnen spreken.⁴⁶⁷ Een absolute bescherming is volgens het BGH in ieder geval niet vereist.⁴⁶⁸ Wel is noodzakelijk dat de vereiste bescherming strekt tegen een ieder en niet uitsluitend tegen de bezwaarde. Dat blijkt bijvoorbeeld daaruit dat uit § 160 BGB – dat een verbintenissenrechtelijke aansprakelijkheid van de bezwaarde jegens *uitsluitend* de verwachter in het leven roept⁴⁶⁹ – in de literatuur expliciet geen Anwartschaftsrecht wordt afge-

463 PWW/Kummer 2014, p. 2885; Weber 2013, p. 278; Staudinger/Bork 2010, p. 325; Baur/Stürmer 2009, p. 30; Raiser 1961, p. 8.

464 Sp ner bespreekt maar liefst 35 verschillende, zeer uiteenlopende vormen van *Anwartsch fte* resp. *Anwartschaftsrechte* (Sp ner 1965, p. 73 e.v.). Iets geheel anders is dat Nieskens-Isphording stelt dat voor het Duitse recht i.v.m. het Anwartschaftsrecht aanvaard zou zijn dat goederenrechtelijke rechten niet alleen door de wet, maar ook uit de gewoonte kunnen ontstaan (Nieskens-Isphording 1999, p. 70). Niet alleen heb ik daar bij geen van de door mij bestudeerde auteurs enige aanwijzing voor gevonden, maar ook strookt deze benadering niet met de gedachte dat *Anwartschaftsrechte* worden afgeleid uit de omvang van de bestaande bescherming.

465 Alsdan is uiteraard nog wel steeds sprake van een *Anwartschaft* (Bork 2011, p. 505; Staudinger/Bork 2010, p. 324; Westermann 1973, p. 31).

466 Dat is het geval als niet de koper (verwachter) de *Vormerkung* heeft verricht, maar de verkoper (bezwaarde). De verkoper is in dat geval namelijk gerechtigd deze inschrijving weer ongedaan te maken, waarmee de koper zijn bescherming u.h.v. de *Vormerkung* zou verliezen (Weber 2013, p. 277).

467 Zie uitgebreid over dit vraagstuk: Rinnewitz 1989, p. 135 e.v.; Forkel 1962, p. 105 e.v.

468 Het BGH heeft bijv. gesteld dat voldoende is dat een inbreuk op de positie van de verwachter 'nach dem normalen Verlauf der Dinge ausgeschlossen ist' (BGH 18 december 1967, NJW 1968, 493).

469 Zie § 6.2.3.

leid.⁴⁷⁰ Op basis van welke criteria de vereiste omvang van bescherming voor de kwalificatie als Anwartschaftsrecht wel moet worden beoordeeld, kan volgens de literatuur in zijn algemeenheid niet worden vastgesteld.⁴⁷¹ Uitsluitend voor de verschillende groepen van gevallen die ieder *Anwartschaftsrechte* vormen zijn dergelijke criteria te geven.⁴⁷²

Als gezegd is het voor de aanname van een Anwartschaftsrecht geen vereiste dat de bescherming van de ‘verwachter’ (in brede zin) voortvloeit uit een goederenrechtelijke positie. Sterker, zelfs als ten behoeve van de verwachter reeds onder voorwaarde is beschikt – en in die zin door Nederlandse auteurs wel verdedigd wordt dat de verwachter een goederenrechtelijk recht heeft – vormt dit niet als zodanig de grondslag voor het (eventuele) Anwartschaftsrecht van de verwachter. Die grondslag wordt namelijk met name gezien in de bescherming die de wet met § 161 BGB respectievelijk art. 152 III OR aan deze verwachter biedt tegen tussenbeschikkingen.⁴⁷³ Zoals we eerder zagen, vervallen bij het intreden van de voorwaarde uit hoofde van deze wetsbepaling door de bezwaarde verrichtte tussenbeschikkingen van rechtswege en zonder dat de bezwaarde dit kan voorkomen.⁴⁷⁴ Een verregaande juridische bescherming derhalve die niets van doen heeft met de (ook naar Duits en Zwitsers recht omstreden) kwalificatie van de positie van de verwachter. Voor wat betreft die (hieronder verder besproken) kwalificatie is het dan ook in zekere zin andersom: uit hoofde van de vergaande bescherming van de verwachter ten behoeve van wie reeds voorwaardelijk is beschikt, is deze gerechtigd tot een Anwartschaftsrecht.⁴⁷⁵ Dit Anwartschaftsrecht wordt door een belangrijk deel van de auteurs vervolgens weer beschouwd als een goederenrechtelijk recht. Oorzaak en gevolg liggen derhalve anders dan soms in de Nederlandse literatuur wordt aangenomen.⁴⁷⁶ De voorliggende systematiek blijkt te meer

470 Staudinger/Bork 2010, p. 343; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 123.

Waarschijnlijk anders: Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 621. Ook andere auteurs wijzen (mede) op § 160 BGB, maar noemen tevens § 161 BGB: Erman/Armbrüster 2014, p. 461 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 475); Jauernig/Mansel 2014, p. 125; PWW/Brinkmann 2014, p. 224; Flume 1992, p. 710.

471 MüKo/Westermann 2012, p. 1722; Baur/Stürner 2009, p. 32; HKK/Finkenauer 2003, p. 896.

472 In deze zin: Baur/Stürner 2009, p. 32.

473 Duits recht: Erman/Armbrüster 2014, p. 461 (ook: Erman/Hefermehl 2000, p. 475); (waarschijnlijk) Jauernig/Mansel 2014, p. 125; PWW/Brinkmann 2014, p. 223, 224; MüKo/Westermann 2012, p. 1721, 1722; Staudinger/Eckpfeiler 2014, p. 271, 272; Medicus 2010, p. 345; Staudinger/Bork 2010, p. 324; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 123; Wolf 1999, p. 511, 521 (Wolf plaatst deze grondslag overigens ten dele iets breder, namelijk in de gezamenlijke §§ 160, 161 en 162 BGB); Flume 1992, p. 710.
Zwitsers recht: Staehelin 1993, p. 34.

474 Zie § 11.2.5.2 voor een verdere inhoudelijke bespreking van § 161 BGB.

475 Bork stelt dit aldus: ‘Der bedingt Berechtigte ist gegen Zwischenverfügungen nicht geschützt, weil er ein Anwartschaftsrecht hat, sondern es gehört zu den konstituierenden Merkmalen des Anwartschaftsrechts, daß er wegen § 161 gegen Zwischenverfügungen geschützt ist.’ (Staudinger/Bork 2010, p. 325).

476 Zie § 11.3.2.

in het voormelde geval dat wel reeds voorwaardelijk is beschikt, maar het intreden van de voorwaarde in de macht van de bezwaarde (en niet de verwachter) staat. Alsdan is – ondanks de beschikking – bij gebrek aan een gesecureerde positie geen sprake van een Anwartschaftsrecht en derhalve hoe dan ook evenmin sprake van een goederenrechtelijke gerechtigdheid bij de verwachter.

Het onomstreden gevolg van de kwalificatie als Anwartschaftsrecht – derhalve ongeacht de verschillende mogelijke posities van de verwachter die dit Anwartschaftsrecht kunnen vormen – is dat overdracht en verpanding van dit Anwartschaftsrecht als uitgangspunt steeds mogelijk zijn.⁴⁷⁷ Dit laatste derhalve ook ongeacht of tussen partijen sprake is van een opschortende dan wel ontbindende rechtsverhouding.⁴⁷⁸ De verwachter van bijvoorbeeld een reeds voorwaardelijk overgedragen zaak kan derhalve ten aanzien van zijn (voorwaardelijke) gerechtigdheid bestaande uit het Anwartschaftsrecht reeds direct beschikkingshandelingen verrichten. Het Anwartschaftsrecht kan ook niet op grond van partijafsprak met goederenrechtelijk effect onoverdraagbaar gemaakt worden, zodat een dergelijk beschikken door de verwachter in goederenrechtelijk opzicht in die zin steeds mogelijk is.⁴⁷⁹ Een beschikken geschiedt op dezelfde wijze en binnen dezelfde grenzen als het goed waar het Anwartschaftsrecht betrekking op heeft.⁴⁸⁰ De overdracht vindt derhalve plaats overeenkomstig

477 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; PWW/Brinkmann 2014, p. 224 (zie ook Prütting op p. 1976, 1977); Schellhammer 2014, p. 1065 (en eerder: Schellhammer 2013, p. 141, 559); Weber 2013, p. 279 e.v.; Wolf/Neuner 2012, p. 224; Bork 2011, p. 505; Staudinger/Bork 2010, p. 328; Tonner, Willingmann, Tamm 2010, p. 121; Vieweg & Werner 2010, p. 347, 442; Wilhelm 2010, p. 912; Baur/Stürner 2009, p. 239, 669; Herberger/Beckmann 2009, p. 374, 375; Herberger/Benning 2009, p. 334; Kindl 2008, p. 484; Weirich 2006, p. 67; Pawlowski 1998, p. 291; Hübner 1996, p. 481; Flume 1992, p. 703, 710; Marotzke 1977, p. 14; Westermann 1973 p. 216; Raiser 1961, p. 22; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 853 e.v.

Zwitsers recht: Gauch, Schlupe, Emmenegger 2014, p. 381; Schwenzer 2012, p. 68; BSK OR I-Ehrt 2011, p. 858; Koller 2009, p. 1294; Rey 2007, p. 473; Peter 1994, p. 259 e.v., p. 266 e.v. (met overzicht van literatuur en rechtspraak), p. 273; Merz 1984, p. 152; Guhl 1944, p. 56; Becker 1941, p. 724.

Een uitzondering op dit uitgangspunt wordt aangenomen, indien het recht waarop het Anwartschaftsrecht betrekking heeft zelf niet overdraagbaar is (Flume 1992, p. 703; Peter 1994, p. 260, 261). Naar zijn aard kan een dergelijk Anwartschaftsrecht uiteraard niet ontstaan u.h.v. een (voorwaardelijk) beschikken.

478 Duits recht: Jauernig/Mansel 2014, p. 125; PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Staudinger/Bork 2010, p. 338; Wilhelm 2010, p. 910; Hübner 1996, p. 481; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 860. Zwitsers recht: Schwenzer 2012, p. 67.

479 Duits recht: Weber 2013, p. 279; Vieweg & Werner 2010, p. 348; Wolf 1999, p. 234, 707. Ook: BGH 4 februari 1970, NJW 1970, 699.

Zwitsers recht: Koller 2009, p. 1294. Vermoedelijk ook: BGE 85 19 november 1959, 85 II 580.

480 Duits recht: Hk-BGB/Dörner 2014, p. 165; Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; PWW/Brinkmann 2014, p. 224; Schellhammer 2014, p. 1065; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Wolf/Neuner 2012, p. 224; Staudinger/Bork 2010, p. 328 e.v.; Vieweg & Werner 2010, p. 347;

de normale vereisten voor overdracht als vereist voor het betreffende goed. De daarvoor in de literatuur gegeven onderbouwing bestaat – bij de opvatting dat het Anwartschaftsrecht als een goederenrechtelijk recht is te beschouwen – daaruit dat het goed zélf als ‘wesensgleiches Minus’ wordt overgedragen.⁴⁸¹ Bij de auteurs die het Anwartschaftsrecht anders kwalificeren vond ik geen verdere beargumentering voor deze benadering. Het gevolg van een dergelijke overdracht van het Anwartschaftsrecht is in elk geval, dat bij het intreden van de opschortende dan wel ontbindende voorwaarde de verkrijger van het Anwartschaftsrecht van rechtswege de onvoorwaardelijke eigendom verkrijgt.⁴⁸²

Met dit kunnen beschikken door de verwachter over diens Anwartschaftsrecht eindigt meteen ook vrijwel iedere eensgezindheid in de Duitse literatuur. Zélfs de vraag of er ter zake de kwalificatie van het Anwartschaftsrecht uit hoofde van een beschikken onder voorwaarde een heersende leer is en zo ja, wat deze dan inhoudt, is in zekere mate omstreden.⁴⁸³ Zo stelt een groot deel van de literatuur dat het Anwartschaftsrecht, althans voor zover dit betrekking heeft op een goed, een goederenrechtelijk recht is⁴⁸⁴ en wordt deels ook gesteld dat deze visie de heersende leer zou zijn.⁴⁸⁵ Andere auteurs nemen daarentegen aan dat het Anwartschaftsrecht eigensoortig is en derhalve een plaats inneemt naast de verbintenissen- en goederenrechtelijke rechten.⁴⁸⁶ Tot slot wordt ook het andere uiterste van het spectrum verdedigd, waarbij de verwachter iedere vorm van goederenrechtelijke gerechtigheid wordt ontzegd tot het moment van intreden van de voorwaarde.⁴⁸⁷ In de Duitse

Kindl 2008, p. 484; Pawlowski 1998, p. 291; Hübner 1996, p. 481; Flume 1992, p. 703; Westermann 1973 p. 217. Zie ook: BGH 2 februari 1984, NJW 1984, 1184.

Zwitsers recht: Peter 1994, p. 264, 267; Merz 1984, p. 152.

Een uitzondering voor het Duitse recht v.w.b. dezelfde wijze van beschikken wordt overigens gemaakt voor verpanding van het Anwartschaftsrecht, die plaatsvindt d.m.v. de figuur van *Rechtspfändung* (art. 857 ZPO).

481 Wilhelm 2010, p. 912.

482 Jauernig/Mansel 2014, p. 125; Staudinger/Bork 2010, p. 338; Vieweg & Werner 2010, p. 348; Flume 1992, p. 703.

483 Zie voor min of meer dezelfde constatering: Nève 1998, p. 8; Vriesendorp 1985, p. 88.

484 Wilhelm 2010, p. 912; Wieling 2006, p. 800; HKK/Finkenauer 2003, p. 899 (met nadere literatuurverwijzingen); Banke 1991, p. 98, 99; Forkel 1962, p. 160 e.v.; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 853 (althans v.z.v. betrekking hebbend op eigendom). Zie voor deels andere auteurs die deze kwalificatie eveneens onderschrijven: Scheltema 2003, p. 212 nt. 87.

485 Brehm & Berger 2014, p. 494; Weber 2013, p. 276; Baur/Stürner 2009, p. 828; Kindl 2008, p. 482; Wieling 2006, p. 800; HKK/Finkenauer 2003, p. 899; Banke 1991, p. 99.

486 Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; Staudinger/Bork 2010, p. 327; Pawlowski 1998, p. 291 (die deze opvatting als heersende leer voor het Duitse recht beschouwt). Westermann is over de kwalificatie van het Anwartschaftsrecht niet erg duidelijk, maar wijst de opvatting van een goederenrechtelijk recht af (MüKo/Westermann 2012, p. 1722).

487 Flume 1992, p. 709, 710. Flume wijst de opvatting van een goederenrechtelijke positie bij de verwachter af o.b.v. de gedachte, dat het voor de rechtsovergang bij het intreden van de voorwaarde helemaal niet vereist is dat de verwachter reeds over een ‘materiële’ positie beschikt (Flume 1992, p. 725).

literatuur wordt deels onderkend dat deze drie verschillende benaderingen ten aanzien van het Anwartschaftsrecht worden verdedigd.⁴⁸⁸ Ook in de Zwitserse literatuur wordt onderschreven dat de bedoelde kwalificatie van het Anwartschaftsrecht omstreden is.⁴⁸⁹ De in rechtspraak en literatuur gehanteerde terminologie, zoals de 'Vorstufe zum dinglichen Recht',⁴⁹⁰ 'wesensgleiches Minus zum Vollrecht'⁴⁹¹ dan wel 'Erwerbsrecht eigener Art'⁴⁹² draagt in dat verband weinig bij aan een eenduidiger inhoudelijk begrip.⁴⁹³ In de literatuur vinden we dan ook de nodige kritiek op deze weinig heldere terminologie.⁴⁹⁴ Aangevend zij dat deze terminologie volgens Bork ook helemaal niet bedoeld is als juridische begripsvorming, maar uitsluitend als beeldspraak.⁴⁹⁵ Voor zover juist kunnen aan deze terminologie al helemaal geen conclusies worden verbonden.

De nogal eens gegeven verklaring voor deze onduidelijkheid ten aanzien van de kwalificatie van het Anwartschaftsrecht bestaat daaruit, dat aanvaarding van deze figuur zou leiden tot een doorbreking van de *numerus clausus*.⁴⁹⁶ Die overweging heeft er volgens een aantal Duitse auteurs toe geleid dat in elk geval een rechtstreekse erkenning in de rechtspraak van het Anwartschaftsrecht als goederenrechtelijk recht vooralsnog is uitgebleven, maar evenmin als zodanig zou zijn afgewezen.⁴⁹⁷ Of die laatste constatering ter zake het ontbreken van een dergelijke afwijzing terecht is, waag ik met Bartels niettemin te betwijfelen.⁴⁹⁸ Door het BGH is immers juist met een beroep op het gesloten systeem van goederenrechtelijke rechten gesteld: 'Das Anwartschaftsrecht []

488 Weber 2013, p. 276; Vieweg & Werner 2010, p. 343, 438, 439; Rinnewitz 1989, p. 118 e.v. Zie voor een korte weergave van de verschillende opvattingen in oudere Duitse literatuur: Westermann 1973 p. 32, 33.

489 Staehelin 1993, p. 34 met vermelding van enige literatuur).

490 PWW/Prütting 2014, p. 1976; Bork 2011, p. 505.

491 Duits recht: PWW/Prütting 2014, p. 1976; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617; Hübner 1996, p. 481.

Zwitsers recht: (in bijna gelijke zin) Schwenzer 2012, p. 68.

492 Palandt/Ellenberger 2014, p. 179; Bamberger/Roth/Rövekamp 2012, p. 617.

493 In dezelfde zin: HKK/Finkenauer 2003, p. 898.

494 Schellhammer 2013, p. 559; Weber 2013, p. 275; HKK/Finkenauer 2003, p. 898.

495 Staudinger/Bork 2010, p. 327.

496 Finkenauer stelt overigens dat reeds de tweede commissie die het ontwerp voor het BGB opstelde – anders dan de eerste commissie – de *numerus clausus* zou hebben opgegeven (HKK/Finkenauer 2003, p. 898 nt. 129). Z.i. is er derhalve in die zin geen reden om het Anwartschaftsrecht in het kader van de rechtsontwikkeling niet te erkennen. Bij Brehm en Berger vinden we een andere benadering: de *numerus clausus* zou slechts betrekking hebben op het niet kunnen creëren van nieuwe goederenrechtelijke rechten d.m.v. rechtshandelingen (Brehm & Berger 2014, p. 501). Van dat laatste zou bij het Anwartschaftsrecht echter geen sprake zijn, zodat (ook) in die zin geen reden zou bestaan tot afwijzing van de kwalificatie als goederenrechtelijk recht.

497 HKK/Finkenauer 2003, p. 898. Finkenauer constateert daarbij overigens, dat ondanks het uitblijven van die erkenning de rechtspraak het Anwartschaftsrecht wel behandelt als ware sprake van een goederenrechtelijk recht.

498 Bartels 1997, p. 89.

ist nach überwiegender Meinung kein Sachenrecht und kein gegen jedermann wirkendes dingliches recht an fremder Sache, [].⁴⁹⁹ Daarnaast vinden we ook wel andere (al dan niet systematische) argumenten waarom het Anwartschaftsrecht anders zou kwalificeren. Voor het doel van deze bespreking – een aanzet voor de gedachtenvorming ten behoeve van het Nederlandse recht – zijn deze verdere argumenten zonder belang, zodat ik deze niet zal bespreken.

Ook in een tweede wezenlijk opzicht is de kwalificatie van het Anwartschaftsrecht niet eenduidig. Weliswaar heeft het Anwartschaftsrecht – voor zover dit voortvloeit uit een beschikkingshandeling – duidelijk goederenrechtelijke aspecten, tegelijkertijd kan niet in zijn algemeenheid worden vastgesteld welke rechten de verwachter uit hoofde daarvan toekomen. Dit wordt beschouwd als een gevolg van het feit dat het Anwartschaftsrecht als begrip uitsluitend descriptief en niet normatief van aard is.⁵⁰⁰ Uitsluitend de beoordelingscriteria óf sprake is van een Anwartschaftsrecht zouden hetzelfde zijn (hetgeen overigens vaak ook bestreden wordt⁵⁰¹), niet echter de inhoud daarvan. In dat verband wordt dan ook gesteld dat de juridische kwalificatie van het Anwartschaftsrecht als zodanig (vrijwel) zonder praktische betekenis is respectievelijk uit die kwalificatie geen consequenties kunnen worden afgeleid.⁵⁰² Daarmee is wederom gegeven dat *het* Anwartschaftsrecht helemaal niet bestaat, maar steeds per geval moet worden vastgesteld welke normen gelden voor een specifieke vorm van het individuele Anwartschaftsrecht.⁵⁰³ Of in de woorden van Flume: ‘Das Anwartschaftsrecht [] ist nichts anderes als die begriffliche Zusammenfassung der rechtlichen *Vorwirkungen* des bedingten Rechtsgeschäfts vor eintritt der bedingung’.⁵⁰⁴

We zien derhalve het volgende. Het begrip Anwartschaftsrecht is een kwalificatie die voortvloeit uit het feit dat de ‘verwachter’ (in bredere zin dan ik deze term normaal gebruik) een juridisch beschermde positie heeft, zowel tegenover zijn wederpartij als ten opzichte van derden. Voor zover dit Anwartschaftsrecht betrekking heeft op een (te verkrijgen) goed, wordt deze door een belangrijk

499 BGH 21 september 1959, NJW 1960, 34. Zie voor een bespreking van oudere rechtspraak: Raiser 1961, p. 48 e.v. De strekking van ook deze rechtspraak is blijkens de weergave door Raiser steeds, dat géén sprake is van een goederenrechtelijk recht.

500 Duits recht: Staudinger/Bork 2010, p. 324 e.v. Het Anwartschaftsrecht wordt in die zin dan ook geregeld aangeduid als een ‘verzamelbegrip’ (zie bijv. Raiser 1961, p. 21). Zwitsers recht: Staehelin 1993, p. 19.

501 Raiser 1961, p. 2 e.v.

502 Duits recht: PWW/Brinkmann 2014, p. 221; Weber 2013, p. 276; MüKo/Westermann 2012, p. 1721, 1722; Staudinger/Bork 2010, p. 326; Kindl 2008, p. 482; Wieling 2006, p. 800 (overigens lijkt Wieling het Anwartschaftsrecht wel degelijk te hanteren als begrip waaruit consequenties kunnen worden afgeleid, zie bijv. p. 804); Westermann 1973 p. 32; Raiser 1961, p. 21.

Zwitsers recht: Staehelin 1993, p. 19.

503 MüKo/Westermann 2012, p. 721, 1722; Westermann 1973 p. 32; Raiser 1961, p. 8.

504 Flume 1992, p. 710 (in gelijke zin p. 737).

deel van de literatuur beschouwd als een goederenrechtelijk recht. Bij dit laatste zijn echter – voor zover die kwalificatie al juist zou zijn – twee wezenlijke opmerkingen te maken. De eventuele kwalificatie als goederenrechtelijk recht is géén rechtstreeks gevolg van het eerdere beschikken, maar een consequentie van het feit dat de vergaand beschermde positie van de gerechtigde tot het Anwartschaftsrecht er toe leidt, dat deze positie in veel opzichten lijkt op een daadwerkelijke gerechtigdheid tot het goed. Daarnaast is deze kwalificatie als goederenrechtelijk recht (evenals die van het Anwartschaftsrecht zelf) in die zin zonder betekenis, dat daaraan geen verdere gevolgen (kunnen) worden verbonden. Deze gevolgen worden immers gevormd door de inhoud en omvang van de bescherming die hebben geleid tot de aanname van het Anwartschaftsrecht en niet andersom.

11.3.2.3 Nederlandse visies op het Duitse Anwartschaftsrecht

Inleiding

In de Nederlandse literatuur worden met enige regelmaat vergelijkingen gemaakt met het Duitse Anwartschaftsrecht. Diepgravende studies ontbreken weliswaar en ook is het aantal Nederlandse auteurs dat een blik op het Anwartschaftsrecht heeft geworpen niet heel erg groot, maar niettemin kan wel tot op zekere hoogte gesproken worden van een Nederlandse visie op aspecten van het Duitse Anwartschaftsrecht. Bij de onderstaande bespreking daarvan ligt sterk de nadruk op die Nederlandse opvattingen, die afwijken van hetgeen ik overeenkomstig § 11.3.2.2 als de Duitse zienswijzen beschouw. De functie daarvan is om aan te tonen dat de figuur van het Duitse Anwartschaftsrecht op wezenlijke aspecten afwijkt van de bestaande Nederlandse visies daarop, dat deze figuur van veel minder betekenis is voor de huidige discussie omtrent een 'Nederlands Anwartschaftsrecht' dan veelal wordt aangenomen.

Van het Duitse recht afwijkende Nederlandse visies

De bestaande Nederlandse visies op het Duitse Anwartschaftsrecht wijken met name op drie essentiële onderdelen van de Duitse opvattingen af. De eerste daarvan is dat het Anwartschaftsrecht in de Duitse heersende opinies zou kwalificeren als een goederenrechtelijk recht.⁵⁰⁵ In het brede verband van

505 In deze zin: Struycken 2007, p. 557; Scheltema 2003, p. 216 en 341; Nève 2000, p. 48 (Nève stelde eerder nog dat er onenigheid over deze kwalificatie zou bestaan, zie Nève 1998, p. 8); Nieskens-Isphording 1999, p. 70 (en eerder: Nieskens-Isphording 1997, p. 109); Zwitser 1993, p. 527 (al noemt Zwitser wel dat in de Duitse literatuur hierover strijd bestaat). Reehuis stelt dat m.b.t. het Anwartschaftsrecht vele controverses bestaan, o.a. over de inhoud en werking daarvan (Reehuis 2013, p. 63). In een eerdere druk noemde hij het Duitse Anwartschaftsrecht echter een 'zelfstandige, zakenrechtelijke aanspraak' (Reehuis 1998, p. 48). Zwalve lijkt eveneens vanuit te gaan van de kwalificatie als goederenrechtelijk recht. Althans, hij nuanceert die kwalificatie voor het Duitse recht verder niet (Zwalve 2008, p. 202).

de *Anwartschaftsrechte* moeten we die benadering in ieder geval als onjuist beschouwen. Blijkens de zeer uiteenlopende grondslagen voor de aanname van de verschillende *Anwartschaftsrechte* bestaat er geen enkele twijfel over dat tenminste een groot deel daarvan géén goederenrechtelijk recht vormt. Dit laatste is naar Duits recht onbetwist. Maar ook indien we deze Nederlandse visie beperken tot specifiek het Anwartschaftsrecht dat voortvloeit uit een voorwaardelijk beschikken, dan nóg is deze Nederlandse benadering discutabel. Zoals ik in § 11.3.2.2 beschreef, is de kwalificatie van ook een dergelijk Anwartschaftsrecht in de Duitse rechtskring omstreden. Zonder meer beschouwt een groot deel van de huidige literatuur dit Anwartschaftsrecht als een goederenrechtelijk recht, maar ook de tegenstand blijft wezenlijk. Daarnaast wil ook de rechtspraak niet van de kwalificatie als goederenrechtelijk recht weten. Anders dan de Nederlandse literatuur derhalve stelt, blijft de kwalificatie van het Anwartschaftsrecht voor het Duitse recht sterk omstreden.

Belangrijker dan deze kwalificatie is de wijze waarop in de Nederlandse visies een dergelijk Anwartschaftsrecht voor het Duitse recht zou ontstaan. De – veelal impliciete – Nederlandse benadering is dat een beschikken onder voorwaarde tot gevolg heeft dat de verwachter daarmee gerechtigde wordt tot het Anwartschaftsrecht.⁵⁰⁶ Per saldo is dat laatste inderdaad vaak het gevolg van een voorwaardelijk beschikken, hetgeen deze onjuiste Nederlandse benadering zal verklaren. De ontstaansgrond voor dit Anwartschaftsrecht is echter een andere. De rechtspositie van de verwachter is – met name dankzij § 161 BGB – in een dusdanig hoge mate beschermd, dat uit hoofde van die bescherming deze positie kwalificeert als Anwartschaftsrecht. Het is immers ook de mate van bescherming van een bepaalde positie die al dan niet leidt tot deze kwalificatie. Ondanks een voorwaardelijk beschikken zou de vereiste bescherming van de verwachter echter kunnen ontbreken, in welk geval ook geen sprake is van het bestaan van een Anwartschaftsrecht. Het ontstaan van een Anwartschaftsrecht uit hoofde van de geboden bescherming is voor het Duitse recht dan ook slechts een indirect gevolg van een voorwaardelijk beschikken.

De derde onterechte visie in de Nederlandse literatuur op de Duitse figuur van het Anwartschaftsrecht betreft de opvatting, dat uit deze figuur als zodanig verdere consequenties (kunnen) worden afgeleid. In § 11.3.2.2 zagen we echter dat deze benadering in de Duitse literatuur stellig wordt afgewezen. Bijvoorbeeld de opvatting van Nieksens-Isphording dat de bescherming van de gerechtigde tot het Anwartschaftsrecht tegen tussenbeschikkingen door de

Jansen stelt daarentegen terecht dat de Duitse doctrine het Anwartschaftsrecht veelal helemaal niet duidelijk kwalificeert (Jansen 2009, p. 433 e.v.). Zie in deze zin ook: Brahn 1981a, p. 892. Scheltema stelt terecht dat over het rechtskarakter van het Anwartschaftsrecht in Duitsland wordt getwijfeld (Scheltema 2013, p. 163). Rank-Berenschot lijkt zelfs te ontkennen dat het Anwartschaftsrecht als een echt goederenrechtelijk recht wordt gezien (Rank-Berenschot 1992b, p. 305).

506 In deze zin o.a.: Scheltema 2003, p. 210, 211.

bezwaarde zijn grondslag vindt in dit Anwartschaftsrecht, is dan ook zonder meer onjuist.⁵⁰⁷ Zoals we reeds zagen, is het ook precies andersom: de verwachter bij een voorwaardelijke beschikking geniet een hoge mate van bescherming en dáárom kwalificeert zijn positie als een Anwartschaftsrecht. Bij Scheltema en Vriesendorp vinden we de gedachte dat het Anwartschaftsrecht betrekking heeft op het gevolg dat de verwachter door het intreden van de voorwaarde van rechtswege de eigendom verkrijgt.⁵⁰⁸ Daarmee leggen (ook) zij een verband met de beschermde positie van de verwachter alsmede de relatie met de verklaring voor de goederenrechtelijke werking, beide als verondersteld gevolg van het Anwartschaftsrecht. Die bescherming is echter juist de grondslag voor het Anwartschaftsrecht en niet het gevolg daarvan. De goederenrechtelijke werking tussen partijen wordt verklaard uit de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst, zodat het Anwartschaftsrecht ook in die zin geen enkele functie heeft.⁵⁰⁹

Samengevat komt het er op neer dat met name drie kwesties aangaande het Duitse Anwartschaftsrecht in de Nederlandse literatuur niet juist worden beoordeeld: de kwalificatie van het Anwartschaftsrecht is wel degelijk (sterk) omstreden, de ontstaansgrond voor een Anwartschaftsrecht is de beschermde positie van de verwachter en niet zozeer het voorwaardelijke beschikken en tot slot kunnen uit de kwalificatie als Anwartschaftsrecht geen verdere gevolgen worden afgeleid.

11.3.3 Een Nederlands Anwartschaftsrecht?

11.3.3.1 Inleiding

In de Nederlandse literatuur wordt onderschreven dat de verwachter – en met name de koper onder eigendomsvoorbehoud – een economisch belang heeft bij zijn voorwaardelijke recht.⁵¹⁰ Deze ‘economische benadering’ van de opschortend voorwaardelijke positie van de verwachter is zeker niet beperkt tot het algemene vermogensrecht. Ook in het erfrecht en het huwelijksvermogensrecht wordt dit economische argument gehanteerd.⁵¹¹ Daarnaast

507 Nieskens-Isphording 1997, p. 111. Wellicht dat ook Bartels in deze richting denkt, maar het is mij niet helemaal duidelijk wat hij als oorzaak en gevolg ziet (Bartels 1997, p. 86).

508 Scheltema 2003, p. 211; Vriesendorp 1985, p. 20 e.v. In deze zin ook: Jansen 2009, p. 433.

509 Zie § 11.2.5.2.

510 Reehuis 2010, p. 96; N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 55; Struycken 2007, p. 568; Verstijlen 2007, p. 825, 826; Scheltema 2003, p. 362.

511 Stollenwerck wijst er op dat de omvang en waarde van de voorwaardelijke gerechtigdheid bijv. van belang kan zijn bij de verdeling van de door echtscheiding ontbonden huwelijks-gemeenschap, waartoe die voorwaardelijke gerechtigdheid behoort (Stollenwerck 2007, p. 9).

wordt de opschortend voorwaardelijke positie van de verwachter sinds lange tijd ook in fiscale zin economisch benaderd in die zin, dat de waarde van die positie mede wordt bepaald aan de hand van de geschatte kans op intreden van de voorwaarde.⁵¹² Het gegeven dat de positie van de verwachter zeker ook economische aspecten heeft, wordt derhalve op verschillende juridische terreinen en overeenkomstig het Duitse recht onderkend.

Anders dan in het Duitse en het Zwitserse recht heeft deze erkenning voor het Nederlands geldend recht vooralsnog niet geleid tot een algemene aanvaarding van enigerlei vorm van Anwartschaftsrecht. Het valt ook nauwelijks te voorspellen wat het eindresultaat van de lopende discussie aangaande het wel of niet aanvaarden van deze figuur zal zijn. Daarbij zij meteen aangetekend dat het begrip van het Anwartschaftsrecht in de Nederlandse literatuur een zeer veel beperktere betekenis heeft dan in de Duitse. Voor het Duitse recht ziet het Anwartschaftsrecht (of indien als synoniem gebruikt de Anwartschaft) op een groot aantal zeer uiteenlopende posities van een 'verwachter', waaronder die van de koper onder eigendomsvoorbehoud. In de Nederlandse rechtskring wordt de term veelal uitsluitend voor de positie van deze koper onder eigendomsvoorbehoud gebruikt of tenminste beperkt tot de positie van de partij aan wie 'onder opschortende voorwaarde' is overgedragen. Op dit inhoudelijke verschil tussen het begrip in het Duitse en in het Nederlandse recht kom ik onderstaand bij de 'nadere uitwerking' terug. Daar zal tevens ter sprake komen dat mijns inziens de huidige Nederlandse discussie aangaande de aanvaarding van het Anwartschaftsrecht op basis van een onjuiste of tenminste te beperkte benadering wordt gevoerd.

Bij de bespreking in deze paragraaf ontbreekt het OBW. Onder het OBW was er slechts een bescheiden aantal auteurs dat uitspraken deed over de eventuele beschikingsmogelijkheden door een verwachter.⁵¹³ Voor zover die mogelijkheid ter sprake kwam, gebeurde dit bijna steeds in het kader van art. 1215 OBW. Blijkens die wetbepaling kon de verwachter direct een recht van hypotheek vestigen op de door hem onder een opschortende voorwaarde gehouden onroerende zaak. Ook deze bepaling bracht de wetenschappelijke pennen echter nauwelijks in beweging.

11.3.3.2 *De richting van de Nederlandse discussie*

Geldend recht, oud BW

Naar Nederlands geldend recht is het bestaan van een zelfstandige overdraagbare gerechtigdheid aan de zijde van de verwachter respectievelijk het Anwart-

⁵¹² Zwemmer 1997, p. 60 e.v.

⁵¹³ Bij de volgende auteurs vond ik (meestal bescheiden) aandacht voor het voorliggende onderwerp: Pitlo 1965, p. 389; Veenhoven 1955, p. 62, 63; De Bruijn 1945, p. 236, 237; Asser/Scholten 1933, p. 444, 445; Land 1902, p. 357; Diephuis 1885, p. 129.

schaftsrecht omstreden. Een aanzienlijk deel van de literatuur aanvaardt (vormen van) het Anwartschaftsrecht,⁵¹⁴ maar tegenstand is er duidelijk ook.⁵¹⁵ Uit de PG volgt nauwelijks enig duidelijk standpunt van de wetgever in deze.⁵¹⁶ Meijers twijfelde in elk geval duidelijk aan de kwalificatie van

-
- 514 Scheltema 2013, p. 162 (en eerder: Scheltema 2003, p. 330, 337 e.v., 361 e.v.); Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 412 (en Snijders – met enige voorzichtigheid – eerder in: Snijders 2006, p. 227, 228); Steneker 2012, p. 97; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 548 e.v.; Spath 2010, p. 82, m.n. nt. 396; J.C. van Straaten in zijn noot bij HR 10 augustus 2007, FED 2008, 18; N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 33 e.v. (overigens lijkt de opvatting van Faber in deze kwestie te zijn gewijzigd. Eerder toonde hij zich in ieder geval sterk terughoudend v.w.b. de aanneming van het Anwartschaftsrecht: Faber 1997, p. 217 e.v.); Verstijlen 2007, p. 824 e.v. (ook Verstijlen is enigszins voorzichtig in zijn oordeel); Janssen 2005, p. 141 (althans, Janssen constateert dat de verwachter – vermoedelijk doelt Janssen op de verwachter bij een ontbindend voorwaardelijke overdracht – kan beschikken over zijn voorwaardelijke eigendom); Wolfert 2001, p. 44 (althans vermoedelijk. Volgens Wolfert kan een partij over dezelfde zaak eerst onder ontbindende en vervolgens t.b.v. een ander onder opschortende voorwaarde beschikken); Potjewijd 1998, p. 92 (althans vermoedelijk. Hij stelt i.e.g. dat de verwachter (legataris) onder opschortende voorwaarde geen zakelijk recht had en derhalve evenmin een Anwartschaftsrecht); Van Hees 1997, p. 101; Zwitter 1993, m.n. p. 530; Van Mierlo & Wammes 1989, p. 796; Mezas 1985, p. 45, 61. Stein, Den Tonkelaar en Huijgen onderkennen i.e.g. de mogelijkheid van vestiging van een hypotheekrecht op opschortend voorwaardelijke eigendom (Stein 2004, p. 48; Den Tonkelaar 1994, p. 77; Huijgen in: Kleijn & Huijgen 1992, p. 7). Van Velten heeft daar door hem niet verder onderbouwde twijfels bij (Van Velten 2012, p. 34). Bartels is niet heel uitgesproken in zijn benadering van het Anwartschaftsrecht, maar lijkt – ik ben voorzichtig – deze figuur te willen aanvaarden (Bartels 1997, m.n. p. 94). Overigens stelt Bartels in zijn noot bij Hof Leeuwarden 26 oktober 2005 (JOR 2006, 54) dat een meerderheid van de auteurs het bestaan van het Anwartschaftsrecht lijkt te ontkennen. Gezien het vorenstaande overzicht in vergelijking met de hierna vermelde afwijzende auteurs lijkt die stelling mij onjuist.
- 515 Wibier & Smid 2009, p. 724 e.v. (al sluiten zij de erkenning van het Anwartschaftsrecht ook niet geheel uit); Boeve 2007a, p. 21 en Boeve 2007b, p. 342 e.v.; Struycken 2007, p. 568 (Struycken onderkent wel het belang van de verwachter, maar ziet binnen de wettelijke kaders nauwelijks ruimte voor een dergelijk recht); Zwalve 2006, p. 271 (Zwalve hanteert hier (te) zware bewoordingen en vergist zich – blijkbaar n.a.v. de visie van A.J.H. Pleysier – bovendien v.w.b. zijn stelling, dat de huidige notariële praktijk overdrachten onder ontbindende voorwaarde niet zou toelaten); Broekveldt 2004, p. 966 (althans, hij is zeer terughoudend); Kortmann 1992, m.n. p. 206 e.v.; Nieskens-Isphording 1997, p. 106 e.v.; Vriesendorp 1985, p. 88-90; Brahn 1981a, p. 892. Bij Reehuis meen ik een zekere omslag in zijn benadering te bespeuren. Aanvankelijk aanvaardde Reehuis het bestaan van een Anwartschaftsrecht (althans de mogelijkheid van directe overdracht door de verwachter/eigendomsvoorbehoudskoper, zie Reehuis 1998, p. 46 e.v.). In een latere opvatting van Reehuis meen ik dienaangaande enige twijfel te bespeuren (Reehuis 2010, p. 95 e.v.), gevolgd door een vrij sterke afwijzing van het Anwartschaftsrecht (Reehuis 2013, 62 e.v.).
- 516 Uit het vervallen art. 4.4.5.4 lid 2 GO volgde echter dat de opschortend voorwaardelijke erfgenaam direct zou kunnen beschikken over diens opschortend voorwaardelijke gerechtigdheid. De bepaling is later geschrapt, maar uitsluitend omdat de strekking dat geen onvoorwaardelijk recht verschaft zou kunnen worden, terecht als overbodig werd beschouwd (PG Boek 4 (Inv. Boek 4), MvT, p. 2045). De vraag is m.i. hoeveel gewicht we

de positie van de verwachter.⁵¹⁷ Of daarmee tevens gegeven is dat hij deze positie als niet overdraagbaar beschouwde, blijft de vraag.

Gezien het feit dat ten aanzien van de aanvaarding van het Anwartschaftsrecht uit de literatuur en PG een omstréden respectievelijk geen helder antwoord volgt, zal dit uit de jurisprudentie moeten komen. We lopen drie uitspraken langs. Het Hof Amsterdam kwam in 1992 tot de conclusie dat een Anwartschaftsrecht (ook) naar Nederlands recht een vermogensrecht vormt in de zin van art. 3:6 BW.⁵¹⁸ Het hof verwijst daarvoor naar de TM, waar wordt gesteld: 'Voor het zijn van vermogensrecht wordt in de eerste plaats gelet op de mogelijkheid van overdracht van het recht. Immers al wat verhandelbaar is, heeft vermogenswaarde en vormt deel van het vermogen van de rechthebbende'.⁵¹⁹ Deze kwalificatie als vermogensrecht wordt door het hof vervolgens op twee nadere gronden onderbouwd. Ten eerste is een Anwartschaftsrecht naar Duits recht verhandelbaar en daarmee geldt volgens het hof deze verhandelbaarheid als uitgangspunt ook voor het Nederlandse recht. Een tweede argument vindt het hof daarin dat het desbetreffende Anwartschaftsrecht bestaat uit een recht op levering van onroerend goed, hetgeen is verkregen 'in ruil voor het in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel'. Een economisch argument ter onderbouwing van de aanvaarding derhalve.

In 2005 werd het Hof Leeuwarden geconfronteerd met een zaak die tenminste in zekere mate de schijn oproep dat geoordeeld zou moeten worden over het bestaan van het Anwartschaftsrecht. Voor zover dáárover geoordeeld werd, besliste het hof negatief.⁵²⁰ Met Faber leid ik echter uit het arrest af dat het

aan deze erfrechtelijke bepaling resp. de opvatting van de wetgever dienaangaande moeten toekennen in het verband van het algemene vermogensrecht.

517 In de TM stelde hij m.b.t. art. 3:296 BW: 'Kan men van hem, die onder tijdsbepaling gerechtigd is, nog wel zeggen, dat hij reeds vóór de vervaldag een subjectief recht heeft, onzekerder is dit bij de opschortende voorwaarde. Tijdens de periode van onzekerheid heeft de belanghebbende ongetwijfeld zekere bevoegdheden maar het is de vraag, of men reeds van een subjectief recht kan spreken' (PG Boek 3, TM, p. 895). De toelichting heeft hier betrekking op een recht onder voorwaarde en derhalve niet specifiek op een recht dat verkregen is u.h.v. een opschortend voorwaardelijk beschikken. Niettemin mogen we hier uit afleiden dat Meijers de kwalificatie van een gerechtigdheid 'onder opschortende voorwaarde' lastig vond. In het verband van Boek 4 is Meijers stilliger: de erfrechtelijke verwachter valt niet te beschouwen als rechthebbende (PG Boek 4, TM, p. 811). In zijn 'Algemene begrippen' lijkt hij daarentegen juist weer wel van een subjectief recht uit te gaan (Meijers 1948, p. 91). Per saldo blijft derhalve nogal onduidelijk wat de benadering van Meijers was. De voorzichtige conclusie van Struycken dat Meijers vermoedelijk wél uitging van een subjectief recht (Struycken 2007, p. 559, 560) kan ik in die zin dan ook niet onderschrijven.

518 Hof Amsterdam 9 juli 1992, NJ 1994, 79.

519 PG Boek 3, TM, p. 89.

520 Hof Leeuwarden 26 oktober 2005, JOR 2006, 54. In zijn noot stelt Bartels dat het hof de verpanding van een Anwartschaftsrecht (bestaande uit een overdracht onder opschortende voorwaarde van een roerende zaak) inderdaad niet aanvaardde en uitsluitend de mogelijkheid van een verpanding bij voorbaat wilde erkennen.

hof helemaal niet oordeelde over het bestaan van het Anwartschaftsrecht.⁵²¹ Het hof stelde namelijk vast dat partijen feitelijk hebben 'beoogd om de vereiste vestigingshandeling (art. 3:237 lid 1 BW) bij voorbaat te verrichten'. Van een door partijen beoogd beschikken over een Anwartschaftsrecht lijkt dan ook geen sprake te zijn, waarmee dit arrest in het thans besproken kader zonder betekenis zou zijn. Tot slot nogmaals het Hof Amsterdam.⁵²² Veerbeek stelt dat uit het arrest voortvloeit dat de opschortend voorwaardelijke verkrijger geen (bezwaarbaar) eigendomsrecht heeft.⁵²³ Wederom kan ik met andere auteurs echter niet zien dat het hof over die stelling zou hebben geoordeeld.⁵²⁴ Al met al kunnen uit deze beide laatste uitspraken (dan wel andere jurisprudentie die in de literatuur vóór of tégen de aanvaarding van het Anwartschaftsrecht naar voren is gebracht) geen overtuigende stellingen voor het geldend recht worden afgeleid.⁵²⁵ Of de Hoge Raad in de toekomst de visie van het Hof Amsterdam uit 1992 zal onderschrijven, zal ook nog maar moeten blijken. Er rest ons voor het geldend recht derhalve vooralsnog weinig anders dan te wachten op een dergelijk toekomstig oordeel.

Over de wijze waarop over het Anwartschaftsrecht zou moeten worden beschikt, bestaat voor het geldend recht wél grote eensgezindheid, althans uiteraard bij de auteurs die het Anwartschaftsrecht aanvaarden. In de bestaande opvattingen gebeurt dit overeenkomstig de wijze waarop een beschikking plaatsvindt ter zake het desbetreffende goed waarop het Anwartschaftsrecht betrekking heeft.⁵²⁶ Een Anwartschaftsrecht ten aanzien van een roerende zaak zou bijvoorbeeld geleverd worden door middel van bezitsverschaffing en met betrekking tot een registergoed door middel van notariële akte en inschrijving in de daartoe bestemde registers.

Nadere uitwerking

In de inleiding van deze paragraaf en bij de eerdere bespreking van het Duitse en Zwitserse recht in § 11.3.2 kwam reeds naar voren dat er een inhoudelijke verschil bestaat tussen het begrip van het Anwartschaftsrecht in de Duitse en Zwitserse rechtskring enerzijds en de Nederlandse anderzijds. Dit verschil vindt zijn oorsprong in een cruciaal onderscheid in benadering van deze figuur tussen beide rechtssystemen. Zoals we zagen vormt het Anwartschaftsrecht in

521 N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 56 nt. 61.

522 Hof Amsterdam 30 maart 2006, JOR 2006, 142.

523 Veerbeek 2007, p. 74.

524 Verstijlen gaat ervan uit dat in het voorliggende geval vermoedelijk een pandrecht bij voorbaat op de zaak zelf is gevestigd en dus niet direct op het Anwartschaftsrecht (Verstijlen 2007, p. 826). Faber hanteert van een zelfde benadering (N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 56 nt. 61).

525 Ik wijs nog op Rb. 's-Gravenhage 12 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7231, waar de Rb. de stelling afwees dat de verwachter direct een opschortend voorwaardelijk eigendomsrecht had.

526 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 548; N.E.D. Faber in: Faber, Jansen & Vermunt 2007, p. 57; Scheltema 2003, p. 362; Van Hees 1997, p. 106, 107; Mezas 1985, p. 49.

elk geval in het Duitse recht een figuur die zijn ontstaansgrond vindt in de hoge mate van juridische bescherming die een ‘verwachter’ (in bredere zin dan ik deze term normaal gebruik) ontleent aan uiteenlopende beschermingsregelingen. Deze gesecureerde positie in combinatie met de economische waarde die daar veelal aan kan worden toegekend heeft er toe geleid, dat deze positie als zelfstandig overdraagbaar en te verpanden object wordt beschouwd: het Anwartschaftsrecht. Voor zover een dergelijk Anwartschaftsrecht betrekking heeft op een goed, doet zich naar Duits recht de vraag voor of het Anwartschaftsrecht daarmee ook kwalificeert als een goederenrechtelijk recht. Deze vraag staat echter in geen enkel verband met het naar Duits recht onbetwiste uitgangspunt, dat de positie van deze verwachter in de vorm van het Anwartschaftsrecht overdraagbaar is.

In de huidige Nederlandse discussie kunnen we een diametraal andere denkrichting ontwaren. Het is voor het Nederlandse recht de nog te beantwoorden vraag óf de verwachter reeds direct over zijn positie kan beschikken. In het kader van de beantwoording van die vraag wordt de kwalificatie van de positie van de verwachter als al dan niet van goederenrechtelijke aard merendeels als doorslaggevend beschouwd.⁵²⁷ Terwijl naar Duits recht het door de verwachter direct kunnen beschikken over zijn positie een reeds lang genomen horde is en zónder dat de kwalificatie van deze positie daarbij enige rol heeft gespeeld, vormt deze kwalificatie in de Nederlandse discussie de essentiële factor om tot al dan niet overdraagbaarheid te concluderen. Of anders gezegd: wat voor het Duitse recht een mogelijk *gevolg* is voor (bepaalde vormen van) het Anwartschaftsrecht – de kwalificatie als goederenrechtelijk recht – vormt in de huidige Nederlandse benaderingen de doorslaggevende factor om het Anwartschaftsrecht überhaupt te *aanvaarden*.

Deze Nederlandse benadering is in die zin begrijpelijk dat als de verwachter inderdaad goederenrechtelijk gerechtigd is, het erkennen van het Anwartschaftsrecht daarmee vrijwel een gegeven wordt. Het zou immers wel heel overtuigende argumenten vragen om te concluderen dat een dergelijk goederenrechtelijk recht voor wat betreft de mogelijkheid van beschikken alsnog een geheel andere positie in de systematiek van het vermogensrecht zou innemen dan andere goederenrechtelijke rechten. Daarin is bij de aanname van het Anwartschaftsrecht dan ook de kracht gelegen van de eventuele vaststelling, dat de verwachter direct goederenrechtelijk gerechtigd is. Andersom wordt in de ontkenning dat de verwachter over een goederenrechtelijk recht beschikt het argument gezien voor de afwijzing van het Anwartschaftsrecht.⁵²⁸ Ook die argumentatie ligt in zekere mate voor de hand: bij gebrek

527 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 548 e.v.; Reehuis 2010, p. 95 e.v.; Boeve 2007b, p. 339 e.v.; Struycken 2007, p. 554; Verstijlen 2007, p. 826; Snijders 2006, m.n. p. 226; Scheltema 2003, p. 361; Van Swaaij 2000, p. 192; Bartels 1997, p. 90; Faber 1997, p. 217 e.v.; Van Hees 1997, p. 99 e.v.; Kortmann 1992, p. 206.

528 Wibier & Smid 2009, p. 728; Boeve 2007b, p. 343.

aan een goederenrechtelijke gerechtigdheid is weinig inzichtelijk waarom over die niet-goederenrechtelijke positie zou kunnen worden beschikt – zie de voortslepende discussies in de Duitse literatuur. Daarmee spitst het verschil van inzicht in de Nederlandse literatuur omtrent het Anwartschaftsrecht zich sterk toe op de kwalificatie van de positie van de verwachter.⁵²⁹ Wat verder inhoudelijk van de verschillende visies zij, uitsluitend bezien vanuit de juridische systematiek is de huidige Nederlandse benadering met zijn verschillende uitkomsten derhalve begrijpelijk.

Niettemin beschouw ik deze Nederlandse benadering als weinig gelukkig. Op de eerste plaats kunnen we vraagtekens zetten bij het Nederlandse uitgangspunt dat de positie van de verwachter daadwerkelijk als een goederenrechtelijk recht zou moeten kwalificeren. In het Duitse recht wordt het in materieel opzicht veel wezenlijkere vereiste gesteld dat de positie van de verwachter afdoende beschermd is tegen zowel de bezwaarde als tegen derden. Een dergelijke afdoende bescherming maakt het ook inhoudelijk verdedigbaar dat een andere partij de positie van de verwachter als zodanig zou moeten kunnen overnemen.

Een tweede argument vinden we daarin dat de huidige benadering leidt tot een min of meer toevallig resultaat ten aanzien van de eventuele aanvaarding van het Anwartschaftsrecht. De kwalificatie van het Anwartschaftsrecht als al dan niet goederenrechtelijk recht hangt namelijk ten nauwste samen met de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van voorwaarden. Een verklaring die, zo betoogde ik in § 11.2.8 voor het Nederlandse recht, niet sluitend valt te maken en om die reden overigens ook omstreden zal blijven. Het laten afhangen van de aanvaarding van het Anwartschaftsrecht van een dergelijk omstreden kwestie als deze verklaring uit hoofde van een (verondersteld) systematisch verband tussen beide, heeft vanzelfsprekend tot gevolg dat de discussie omtrent die verklaring doorwerkt in het al dan niet accepteren van het Anwartschaftsrecht. In de discussie omtrent deze verklaring legt de figuur van het Anwartschaftsrecht echter nauwelijks gewicht in de schaal; deze wordt vrijwel uitsluitend gevoerd op theoretische gronden en niet op basis

529 De enige duidelijke uitzonderingen die ik hierop heb gevonden zijn bij Wibier en Smid (Wibier & Smid 2009) alsmede Scheltema (Scheltema 2013). In de opvatting van Wibier en Smid zijn er ook argumenten tegen de aanname van het Anwartschaftsrecht indien wel sprake zou zijn van een goederenrechtelijke gerechtigdheid bij de verwachter. Samengevat komt die argumentatie daarop neer dat o.g.v. de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de boedel van de failliete bezwaarde het Anwartschaftsrecht zou kunnen worden afgewezen. Dit laatste ondanks het feit dat de eventuele kwalificatie van goederenrechtelijke gerechtigdheid bij de verwachter als dogmatisch argument voor het Anwartschaftsrecht ook in de (op dit punt nogal impliciet omschreven) visie van Wibier en Smid door hen lijkt te worden onderschreven.

Scheltema stelt deze andersoortige benadering – m.i. terecht – nog duidelijker: de vraag naar de aanvaarding van het Anwartschaftsrecht is met name een vraag naar de wenselijkheid van een dergelijke figuur (Scheltema 2013, p. 158).

van de verschillende gevolgen die de te onderscheiden verklaringen eventueel met zich meebrengen.⁵³⁰ Bij de eventuele aanvaarding van het Anwartschaftsrecht is dan ook sprake van een toevallig resultaat. Dat is een weinig overtuigende aanpak, zeker met het oog op de economische belangen die aan deze figuur zijn verbonden.

Overeenkomstig hetgeen ik eerder stelde ten aanzien van de verschillende verklaringen voor de goederenrechtelijke werking zou ik derhalve willen verdedigen, dat de discussie omtrent de figuur van het Anwartschaftsrecht veel breder moet worden dan thans het geval is. Welke argumenten zijn er bijvoorbeeld voor de aanvaarding of afwijzing van deze figuur buiten de vorenbedoelde systematische? In welke gevallen moet een Anwartschaftsrecht worden aanvaard? Wat zouden de verdere juridische consequenties van deze figuur zijn? Hoe gaan we om met de vele vraagstukken die dienaangaande in het Duitse recht reeds zijn gesignaleerd en willen we – ook met het oog op de rechtspraktijk – een dermate complexe figuur eigenlijk wel in ons vermogensrecht opnemen?⁵³¹ Tal van gezichtspunten waaraan tezamen zeer veel meer gewicht zou moeten worden toegekend dan aan de huidige zuiver juridisch-systematische benadering.

Overigens onderschrijf ik het bestaan van een Anwartschaftsrecht voor het Nederlandse recht, maar overeenkomstige de Duitse benadering van de (ook naar Nederlands recht) sterk geseceureerde positie van de verwachter.

11.4 OVERIGE VRAAGSTUKKEN IN VERBAND MET EEN VOORWAARDELIJK BESCHIKKEN

11.4.1 Inleiding

Naast het besproken vraagstuk van de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van voorwaarden bestaat nog een aantal andere vraagstukken die samenhangen met een voorwaardelijk beschikken. Een deel daarvan noemde ik reeds in § 11.2.7 in relatie tot de verschillende verklaringen van de goederenrechtelijke werking. Het voor het algemene vermogensrecht vermoedelijk belangrijkste vraagstuk – kent het huidige Nederlandse recht de figuur van het Anwartschaftsrecht – kwam ter sprake in § 11.3.3, met name voor wat betreft de richting die de discussie mijns inziens zou moeten hebben. Van de overige vraagstukken wil ik er in deze paragraaf drie bespreken: is de goederenrechtelijke werking van voorwaarden van dwingend recht, in hoeverre en op welke wijze kunnen bij voorwaardelijke rechtsverhoudingen derdenbescher-

⁵³⁰ Zie § 11.2.7.

⁵³¹ Ook Jansen, Nieskens-Isphording en Brahn noemen deze kwestie (Jansen 2009, p. 435; Nieskens-Isphording 1997, p. 110 e.v.; Brahn 1981a, p. 892).

mingsbepalingen toepassing vinden en tot slot hoe we de situatie moeten beoordelen waarbij blote eigendom en het van die eigendom afgeleide beperkte recht onder voorwaarde in dezelfde hand komen. De keuze voor deze drie onderwerpen is voor wat betreft de eerste twee gebaseerd op het belang daarvan voor het materiële recht en voor wat betreft het derde onderwerp op een nogmaals proberen te doorgronden van wat voorwaarden in goederenrechtelijke verhoudingen bewerkstelligen.

11.4.2 Is goederenrechtelijke werking van regelend of dwingend recht?

Geldend recht

Voor het geldend recht bestaat er geen twijfel over dat de goederenrechtelijke werking van voorwaarden van regelend recht is.⁵³² In de TM bij art. 6:24 BW

532 PG Boek 6, TM, p. 149, 150, hetgeen ook nergens in de PG wordt weersproken. Zie ook: PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1235; Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 6, p. 7. Bij art. 3:84 lid 4 BW ontbreekt daarentegen deze constatering, waarin we wederom een aanwijzing kunnen zien dat Meijers in die bepaling helemaal niet de grondslag voor de goederenrechtelijke werking zag, maar uitsluitend het in § 11.2.2.2 besproken wettelijke vermoeden. Tevens in deze zin: Asser/Perrick 4 2013, p. 312; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, p. 145; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 97 (en eerder: Reehuis 2010, p. 86, 87); Schols 2011, p. 42; Houwer & Bruggink 2009, p. 179 (m.b.t. herroepelijkheid van een schenking); Vegter 2008-I, p. 170; Van Vijfeijken 2008, p. 173 (m.b.t. herroepelijkheid van een schenking); Blokland 2007, p. 15 (en eerder: Blokland e.a. 2003, p. 13, beide m.b.t. herroepelijkheid van een schenking); Maasland 2007, p. 7; Mellema-Kranenburg 2004, p. 40; Burgerhart & Schols 2003, p. 117; Scheltema 2003, p. 313, 319, 367; Van Swaaij 2000, 75; Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 133; Faber & Van Hees 1994, p. 193; Kortmann 1994, p. 748; Verstappen 1993, p. 161; Zwitser 1993, p. 529 (en eerder: Zwitser 1990, p. 37, 39); (vermoedelijk) Holtman 1991, p. 456; Olthof 1986, p. 43; Hijma & Olthof 1982, p. 257-260. Van de auteurs stelt uitsluitend Den Tonkelaar dat de goederenrechtelijke werking van dwingend recht is (Den Tonkelaar 1994, p. 94, 95 en eerder: Den Tonkelaar 1983, p. 107, 108). Als ik het goed begrijp onderbouwt Den Tonkelaar zijn afwijkende opvatting met de PG en beschouwt hij art. 3:84 lid 4 BW als de (dwingendrechtelijk) 'door de wet gedicteerde' partijbedoeling. Deze *partijbedoeling* wordt in verband met art. 3:84 lid 4 BW ook in de TM bij art. 6:24 BW genoemd, maar daaruit volgt juist dat partijen ter zake vrijheid van handelen hebben. Het beroep van Den Tonkelaar op de TM bij art. 6:22 BW is onterecht, nu de door hem bedoelde passage uitsluitend ziet op het dwingendrechtelijk ontbreken van terugwerkende kracht bij het intreden van een voorwaarde. De rechtspraak onderschrijft eveneens het niet-dwingende karakter: HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462; HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks q.q.) (m. nt. Kleijn). Dit laatste arrest is uiteraard nog onder het OBW geweest, maar de Hoge Raad zoekt duidelijk reeds aansluiting bij het NBW. De Hoge Raad stelt daarin overeenkomstig de conclusie van de A-G dat fiduciaire eigendom in beginsel zal zijn vormgegeven als bestaand onder ontbindende voorwaarde van algehele voldoening van de gesecureerde schulden. Uit de partijwil kan echter anders voortvloeien. In de literatuur wordt uit dit arrest dan ook terecht afgeleid dat de goederenrechtelijke werking van voorwaarden niet van dwingend recht is (Faber & Van Hees 1994, p. 193; Kortmann 1994, p. 748; Van der Grinten 1981, p. 85). Volgens Scheltema ligt overigens sinds Romeinse tijden de partijbedoeling ten grondslag

vinden we dan ook dat het 'niet altijd [de] strekking van een verbintenis onder ontbindende voorwaarde [zal] zijn dat de op grond daarvan plaatshebbende levering zelve onder dezelfde ontbindende voorwaarde geschiedt. [] Daarom kent het artikel aan de schuldeiser een persoonlijk terugvorderingsrecht toe'.⁵³³ Met andere woorden, partijen hebben de mogelijkheid een goed over te dragen onder een voorwaarde in die zin, dat bij het intreden van de voorwaarde uitsluitend een obligatoire (ongedaanmakings)verplichting bestaat tot levering van dat goed. Deze mogelijkheid binnen het geldend recht is ook terecht; niet valt in te zien waarom goederenrechtelijke werking dwingend aan partijen zou moeten worden opgelegd, zeker niet waar het eventuele regelend karakter daarvan in het rechtsverkeer een zinvolle functie kan hebben.⁵³⁴

Twee zaken wil ik bij het vorenstaande zijdelings opmerken. Op de eerste plaats geldt op grond van art. 3:84 lid 4 BW wél het wettelijke uitgangspunt, dat als de rechtsverhouding uit hoofde waarvan wordt geleverd voorwaardelijk is, ook de overdracht onder die voorwaarde plaatsvindt.⁵³⁵ Zoals ik in § 11.2.2.2 reeds stelde, vormt op grond van deze wetsbepaling de goederenrechtelijke werking derhalve de vermoedelijke partijwil. Of andersom gezegd, de goederenrechtelijke werking wordt op grond van partijwil in het individuele geval uitsluitend terzijde gesteld, indien deze andersluidende partijwil ergens uit blijkt. Overigens maakt dit laatste de verhouding met art. 3:89 lid 2 BW, dat een nauwkeurige vermelding van de titel in de akte van levering voorschrijft en waar in de literatuur tevens vermelding van eventuele voorwaarden onder wordt begrepen, lastig.⁵³⁶ Op de tweede plaats heb ik aanzienlijke bedenkingen bij de vorengeciteerde benadering van Meijers dat art. 6:24 BW de wettelijke grondslag vormt voor deze persoonlijke ongedaanmakingsverplichting. In § 3.3.2 heb ik verdedigd dat het de partijwil is die de grondslag voor een dergelijke verplichting vormt en derhalve niet de wet. Voor de kwalificatie als 'regelend recht' van de goederenrechtelijke werking deze beide kwesties uiteraard geen verschil.

aan het antwoord op de vraag of aan het intreden van een ontbindende voorwaarde al dan niet goederenrechtelijke werking is gekoppeld (Scheltema 2003, p. 119).

533 PG Boek 6, TM, p. 149.

534 Een voorbeeld van dit laatste betreft het volgende. Stel dat wordt overgedragen 'onder' ontbindende voorwaarde, waarbij de verkrijger (koper) de koopsom voor de verkregen zaak voldoet. Als de voorwaarde mét goederenrechtelijke werking intreedt, valt de zaak van rechtswege terug in het vermogen van de vervreemder. Daarmee heeft echter de koper de door hem reeds voldane koopsom nog niet retour en loopt hij dienaangaande risico. Bij een teruglevering van deze zaak door deze koper – de ontbindende voorwaarde heeft derhalve géén goederenrechtelijke werking – kunnen partijen 'gelijk oversteken'; de koper levert terug, terwijl de verkoper de koopsom per hetzelfde moment retourneert.

535 Zie verder § 11.2.2.2 over art. 3:84 lid 4 BW.

536 Zie verder § 11.4.3.

Oud BW

Onder het OBW werd de goederenrechtelijke werking van voorwaarden vaak gebaseerd op verklaringen die samenhangen met de terugwerkende kracht, die voorwaarden uit hoofde van de artt. 1297 en 1301 OBW hadden.⁵³⁷ Tegelijkertijd werd vrij algemeen aangenomen dat deze terugwerkende kracht van regeland recht was.⁵³⁸ Daarmee werd de mogelijkheid geschapen dat het intreden van een voorwaarde uitsluitend ex nunc werking verkreeg en dienvolge goederenrechtelijke werking ontbeerde, in elk geval voor wat betreft de werking ten opzichte van derden.⁵³⁹ Ook auteurs die deze goederenrechtelijke werking niet uit de terugwerkende kracht verklaarden, namen echter aan dat deze goederenrechtelijke werking van regeland recht was.⁵⁴⁰ De goederenrechtelijke werking van voorwaarden was derhalve reeds onder het OBW zonder twijfel van regeland recht.

Duits en Zwitsers recht, DCFR

Voor het Duitse recht is ten aanzien van het al dan niet dwingende karakter van de goederenrechtelijke werking wezenlijk, dat op grond van het *Abstraktionsprinzip* na een beschikkingshandeling enig verband tussen de werkzaamheid van de titel en het – goederenrechtelijke – gevolg van de beschikking ontbreekt. Een voorwaardelijke titel kan dan ook gevolgd worden door een onvoorwaardelijke beschikking.⁵⁴¹ Sterker, als uitgangspunt geldt zelfs dat een beschikking ter nakoming van een voorwaardelijke verbintenis onvoorwaardelijk geschiedt.⁵⁴² Partijen kunnen uiteraard ook beschikken onder voorwaarde, zodat het ook naar Duits recht de partijwil is óf beschikkingshandelingen ter uitvoering van een voorwaardelijke titel (ook) onder die voorwaarde geschieden.⁵⁴³ Ditzelfde geldt overigens ook voor het effect van het verval van tussenbeschikkingen verricht door de bezwaarde. Zoals we in § 11.2.5.2 zagen, wordt dit aspect naar Duits (en overigens ook Zwitsers) recht niet verklaard uit de systematiek van de goederenrechtelijke werking, maar uit

⁵³⁷ Zie § 11.2.4.

⁵³⁸ Zie § 2.6.2.5. Mijnsen stelde in het kader van de fiduciaire eigendomsoverdracht dat het partijen niet vrij stond de goederenrechtelijke werking van de voorwaarde aan die voorwaarde te onthouden (Mijnsen 1981, p. 649). Dit standpunt wordt door hem echter onderbouwd met een argumentatie die specifiek betrekking heeft op een dergelijke eigendomsoverdracht als figuur die strekt tot zekerheid. Het betoog van Mijnsen is dan ook zeker niet van een algemene strekking t.a.v. voorwaarden.

⁵³⁹ Zie § 2.6.2.5. Zie in deze zin ook: Hofmann 1937, p. 98; Land 1902, p. 357. Zie echter § 11.2.4 voor enkele afwijkende opvattingen onder OBW n.a.v. HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks) m. nt. Kleijn.

⁵⁴⁰ Everts 1883, p. 177.

⁵⁴¹ Jauernig/Mansel 2014, p. 125, 126; Wolf 1999, p. 510.

⁵⁴² Staudinger/Bork 2010, p. 336; Wolf 1999, p. 510. In § 11.2.2.2 merkte ik in dit verband reeds op dat Meijers juist i.v.m. het het aanvankelijk door hem aangehangen abstracte stelsel een wettelijk vermoeden als neergelegd in art. 3:84 lid 4 BW van belang achtte (Meijers 1917a, p. 23).

⁵⁴³ Staudinger/Bork 2010, p. 335, 336.

hoofde van de wettelijke bescherming van de verwachter uit hoofde van § 161 BGB (respectievelijk art. 152 III OR). Ook deze wettelijke bescherming respectievelijk het daaruit voortvloeiende gevolg van het verval van tussenbeschikkingen is echter in die zin van regelend recht, dat de verwachter ook kan afzien van die bescherming.⁵⁴⁴

In de Zwitserse literatuur wordt geen aandacht besteed aan de vraag of goederenrechtelijke werking bij het aspect van de werking tussen partijen van regelend of dwingend recht is. Voor wat betreft het verval van tussenbeschikkingen uit hoofde van art. 152 III OR vinden we daarentegen aangenomen, dat deze van regelend recht is.⁵⁴⁵ De toelichting bij art. VIII.-2:203 van het DCFR is in deze volkomen helder: uit hoofde van de partij-autonomie staat het partijen vrij om bij het intreden van een ontbindende voorwaarde uitsluitend obligatoire verplichtingen tot teruglevering te laten ontstaan.⁵⁴⁶

11.4.3 Art. 3:89 lid 2 BW en de opname van een voorwaarde in de akte van levering

Geldend recht

De notariële akte van levering met betrekking tot registergoederen dient blijkens art. 3:89 lid 2 BW ‘nauwkeurig’ de titel van overdracht te vermelden. Dit betreft geen vormvoorschrift, maar een vereiste aan de inhoud van de akte van levering.⁵⁴⁷ In het kader van voorwaarden doen zich in dit verband twee vragen voor. De eerste daarvan is de vraag of uit deze bepaling voortvloeit dat een voorwaarde bij de titel ook in de akte van levering moet worden opgenomen. In dat verband is met name de verhouding tot art. 3:84 lid 4 BW interessant, in welke wetsbepaling Meijers – daarin noch in de verdere PG, noch in de literatuur op enig moment weersproken – het wettelijke vermoeden neerlegde dat als de titel een voorwaarde bevatte, ook de daarop volgende levering onder diezelfde voorwaarde plaatsvond.⁵⁴⁸ Deze vraag bespreek ik tezamen met de tweede naar het gevolg van het eventueel ontbreken van de vermelding van een voorwaarde in de akte.

Het standpunt van de wetgever ter zake beide voormelde vragen is enigszins zwalkend. Uit de TM bij art. 3:84 lid 4 BW volgt waarschijnlijk dat ‘bevestiging’ door partijen van de eerder overeengekomen voorwaarde door opname in de akte van levering als bedoeld in art. 3:89 BW niet is vereist. Meijers noemt

544 Hk-BGB/Dörner 2014, p. 167; Jauernig/Mansel 2014, p. 127; Palandt/Ellenberger 2014, p. 181; PWW/Brinkmann 2014, p. 223; Schellhammer 2014, p. 1067; Staudinger/Bork 2010, p. 349; Wolf 1999, p. 522; Enneccerus/Nipperdey 1955, p. 856. Ook BGH 26 november 1997, NJW 26 november 1997, NJW-RR 98, 1065.

545 Peter 1994, p. 352.

546 Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4702.

547 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1235. Ook: Reehuis 2004, p. 24.

548 Zie § 11.2.2.2.

in de TM bij art. 3:84 lid 4 BW namelijk expliciet de akte van levering, zodat zonder twijfel het in dit wetsartikel bedoelde vermoeden in de opvatting van Meijers ook toepassing diende te vinden bij een levering door middel van deze akte waarin de voorwaarde niet herhaald werd.⁵⁴⁹ Meijers vermeldt in zijn toelichting bij art. 3:84 lid 4 BW echter geen specifieke goederen die bij akte geleverd dienen te worden en waarvoor het in dit wetsartikel neergelegde vermoeden naar Meijers opvatting dan ook zonder meer zou gelden. De levering van onroerende zaken door middel van een akte en als bedoeld in (thans) art. 3:89 lid 2 BW vinden we in de TM bij art. 3:84 lid 4 BW derhalve evenmin door Meijers onderkend of afgewezen.⁵⁵⁰

Het is derhalve niet zeker dat de voormelde TM bij art. 3:84 lid 4 BW inderdaad ook bedoeld is voor de akte van levering van specifiek onroerende zaken en het niet vermelden van voorwaarden daarmee volgens Meijers buiten het bereik van het huidige art. 3:89 lid 2 BW zou moeten blijven. De thans in art. 3:89 lid 2 BW neergelegde rechtsregel is echter wel afkomstig uit het OM.⁵⁵¹ Meijers onderkende deze rechtsregel derhalve als zodanig en plaatste hem slechts enkele artikelen ná art. 3:84 lid 4 BW. Let wel, twee bepalingen die in feite diametraal tegenover elkaar staan. Ik zou denken dat het daarmee in redelijke mate voor de hand ligt dat, áls Meijers ervan uit zou zijn gegaan dat art. 3.4.2.4 lid 3 OM op dit punt een uitzondering vormde op de algemene strekking van art. 3:84 lid 4 BW, dit waarschijnlijk wel ergens uit de TM zou zijn gebleken. Zeker is dit uiteraard niet.⁵⁵²

De latere MvT verklaart daarentegen expliciet dat art. 3:89 lid 2 BW verplicht tot op opname van eventuele voorwaarden in de akte van levering.⁵⁵³ Aan de waarschijnlijk andersluidende opvatting in de TM bij art. 3:84 lid 4 BW besteedt de MvT geen woord en naar de wetsbepaling zélf wordt slechts verwezen zonder verdere toelichting op de verhouding tussen beide bepalingen. Weer later wees de Minister eventuele nietigheid van de levering uit hoofde van het niet vermelden van voorwaarden af en plaatste een dergelijk hiaat in de akte van levering uitsluitend in het licht van bescherming van

549 PG Boek 3, TM, p. 318.

550 Dat laat zich wellicht ook daaruit verklaren dat art. 3.4.2.4 lid 3 OM als uitgangspunt hanteerde dat onroerende zaken geleverd werden door de akte waarin de titel van overdracht was neergelegd (derhalve veelal een schriftelijke koopovereenkomst) en niet door een separate akte van levering. Bij het daarentegen ontbreken van bijv. een schriftelijke koopovereenkomst diende levering volgens het OM weer wel plaats te vinden d.m.v. een akte tot levering. In deze systematiek van Meijers had het niettemin weinig voor de hand gelegen om de akte van levering van onroerende zaken separaat te noemen bij art. 3:84 lid 4 BW.

551 Art. 3.4.2.4 lid 3 OM.

552 Huijgen gaat er bijv. van uit dat Meijers wel degelijk op het niet vermelden van een toepasselijke voorwaarde in de akte van levering de sanctie van nietigheid stelde, die Meijers art. 3.4.2.4 lid 3 OM toedichtte (Huijgen 1992, p. 132).

553 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvT Inv., p. 1232.

derden te goeder trouw.⁵⁵⁴ Dit is ook in overeenstemming met het veel later ingenomen standpunt van de Minister.⁵⁵⁵

In de literatuur wordt er algemeen van uitgegaan dat art. 3:89 lid 2 BW inderdaad een verplichting behelst tot het opnemen van voorwaarden als onderdeel van de titel in de akte van levering.⁵⁵⁶ De sanctie op het niet-nakomen daarvan wordt in overeenstemming met de opvatting van de Minister gezien in eventuele derdenbescherming en niet in nietigheid van de levering.⁵⁵⁷ Zoals Reehuis schetst is dat ook in overeenstemming met de strekking van art. 3:89 lid 2 BW van bescherming van de derde.⁵⁵⁸ Nietigheid zou immers leiden tot het ontbreken van rechten, terwijl de derde er juist op vertrouwde en mocht vertrouwen dat de verkrijger onvoorwaardelijk gerechtigd was. Uit deze eventuele toepasselijkheid van derdenbescherming vloeit impliciet nog iets anders voort: de overdracht tussen partijen als zodanig is wel degelijk voorwaardelijk. Dit was ook het standpunt van de Minister en wordt tevens in de literatuur onderschreven.⁵⁵⁹

11.4.4 Derdenbescherming

11.4.4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk kwam uitgebreid ter sprake dat voorwaarden goederenrechtelijke werking kennen. Eén van de aspecten daarvan is de werking ten opzichte van derden; de gevolgen van een beschikken door de bezwaarde ten behoeve van een derde komen – in beginsel – te vervallen met het intreden van de voorwaarde respectievelijk de verkrijging door de verwachter ten gevolge van het intreden van die voorwaarde. Zonder enigerlei vorm van derdenbescherming zouden deze derden, ook in het geval zij te goeder trouw meenden het

554 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1235.

555 Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 6, p. 7. Ook hier gaat de Minister er impliciet van uit dat een voorwaarde die niet kenbaar is uit de registers – waarbij we er wel vanuit mogen gaan dat de enige redelijkerwijs denkbare mogelijkheid daarvan bestaat uit het onvermeld blijven van die voorwaarde in de akte van levering – niettemin tot een geldige overdracht leidt.

556 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 285, 346, 347; Breedveld-de Voogd 2007, p. 198 nt. 122; Fesevur 2005, p. 112; Huijgen 1992, p. 131; Olthof 1986, p. 39 e.v.

557 Bartels & Tweehuysen 2011, p. 367; Bol 2011, p. 615; Schoordijk 2010, p. 307 (althans, zij onderkent de mogelijkheid van het niet opnemen van de voorwaarde in de leveringsakte); Breedveld-de Voogd & Huijgen 2007, p. 403; Reehuis 2004, p. 24; Fesevur 1998, p. 118; Huijgen 1992, p. 132 e.v.; Olthof 1986, p. 45, 46.

V.w.b. het ontbreken van nietigheid ingeval van een onnauwkeurige vermelding van de titel (buiten voorwaardelijkheid) ook: Rb. Dordrecht (vzr.) 10 augustus 2006, LJN: AY9345.

558 Reehuis 2004, p. 24.

559 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1235; Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 346; Breedveld-de Voogd & Huijgen 2007, p. 403 (in gelijke zin ook Breedveld-de Voogd 2007, p. 203 e.v.).

goed onvoorwaardelijk van de bezwaarde te verkrijgen, dit goed bij het intreden van de voorwaarde derhalve verliezen ten gunste van de verwachter.

Indien we, zoals alle van de onderzochte stelsels doen, willen aanvaarden dat derden onder omstandigheden bescherming verdienen tegen allerlei hen onbekende 'gebreken' aan de zijde van de vervreemder, ligt de gedachte voor de hand dat een dergelijke bescherming zich in beginsel ook kan uitstrekken tot een onbekende voorwaardelijkheid of eventueel een onbekendheid met het ingetreden zijn van een voorwaarde. Andersoortige gebreken aan de zijde van de vervreemder of diens rechtsvoorgangers die bij de derde zouden leiden tot verlies van het verkregen goed kunnen immers eveneens door middel van derdenbescherming worden 'geheeld'. Iedere inhoudelijke reden ontbreekt waarom dit in het verband van voorwaarden – en dan met name in het verband van de aan voorwaarden inherente onzekerheid – als zodanig anders zou moeten zijn. Dat laat onverlet dat, zoals in deze paragraaf zal blijken, de verschillende derdenbeschermingsbepalingen in het NBW zich niet steeds even eenvoudig laten toepassen op voorwaardelijke rechtsverhoudingen.

Met betrekking tot de derdenbeschermingsbepalingen zijn in relatie tot voorwaarden met name drie situaties te onderscheiden. Op de eerste plaats is er de mogelijkheid dat een slechts voorwaardelijk gerechtigde pretendeert te beschikken over een door hem onvoorwaardelijk gehouden goed. Op de tweede plaats is er de situatie waarbij zogenaamd beschikt wordt over een voorwaardelijk gehouden goed, terwijl in werkelijkheid de voorwaarde reeds is ingetreden. Tot slot kan de in het geheel niet gerechtigde pretenderen voorwaardelijk te beschikken.⁵⁶⁰ De nadruk zal in deze paragraaf in aanzienlijke mate liggen op de eerstgenoemde situatie.

Aan art. 3:25 BW ter zake de onjuistheid van een met kracht van authenticiteit vastgesteld feit zal ik geen aandacht besteden. In het verband van voorwaarden heb ik geen enkele relatie met deze vorm van bescherming kunnen leggen. Aan het OBW zal ik in deze paragraaf evenmin aandacht besteden. De aandacht voor eventuele derdenbescherming in het kader van voorwaarden was in de literatuur onder het OBW zeer bescheiden.⁵⁶¹ Daarnaast was de strekking van de voornaamste beschermingsbepaling – art. 2014 OBW – in zijn algemeenheid nogal omstreden, zodat een onderzoek naar derdenbescherming

⁵⁶⁰ Als variant op deze derde situatie is er nog de in art. 3:86 lid 2 BW bedoelde mogelijkheid van de vervreemder die pretendeert een niet met een beperkt recht belaste zaak onder een opschortende voorwaarde over te dragen, terwijl die zaak wel degelijk bezwaard is.

⁵⁶¹ Hofmann stelde i.e.g. dat derde-verkrijgers van roerende zaken te goeder trouw zich op art. 2014 OBW konden beroepen (Hofmann 1937, p. 98). Van Opstall stelt dat eventuele bezwaren van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden v.w.b. de rechten van derden (u.h.v. tussenbeschikkingen door de bezwaarde) grotendeels werden ondervangen door de art. 1910 en 2014 OBW (Hofmann/Van Opstall 1976, p. 395). Bijna honderd jaar eerder onderkende ook Everts de bezwaren die de goederenrechtelijke werking van voorwaarden kon hebben t.a.v. derde-verkrijgers te goeder trouw, maar niettemin wees hij iedere vorm van derdenbescherming af (Everts 1883, p. 176, 177).

onder het OBW zich sterk zou richten op wát de strekking van die bepaling eigenlijk was. Dat is in het kader van het onderhavige onderzoek weinig zinvol. Tot slot zijn een aantal van de derdenbeschermingsbepalingen van het NBW voor wat betreft hun bereik en vereisten voor toepassing nogal specifiek, zodat ook in die zin een onderzoek naar de situatie onder het OBW weinig toegevoegde waarde heeft.

Het vorenstaande is voor het Duitse en Zwitserse recht in die zin niet wezenlijk anders, dat ook in deze stelsels de aandacht voor derdenbescherming in het specifieke verband van voorwaardelijke gerechtigdheid beperkt is. Daarnaast kennen beide stelsels nogal wat uitzonderingen op het überhaupt kunnen beschikken onder voorwaarden,⁵⁶² zodat voor die gevallen derdenbescherming hoe dan ook niet aan de orde is. Wél is de Duitse systematiek interessant op welke wijze de toepasselijkheid van derdenbeschermingsbepalingen in het kader van beschikkingsonbevoegdheid is vormgegeven. Deze bespreek ik in § 11.4.4.5.

De eventuele toepasselijkheid van de thans besproken derdenbeschermingsbepalingen in relatie tot voorwaarden is voor het geldend recht voor wezenlijke delen omstreden. Een overtuigende vaststelling van hetgeen het geldend recht vormt, was dan ook lang niet altijd mogelijk. In dat verband bespreek ik het geldend recht en de nadere uitwerking daarvan in de komende paragrafen tezamen.

11.4.4.2 *De niet-ingeschreven voorwaarde: art. 3:24 of 3:26?*

Geldend recht, nadere uitwerking

In de onderstaand vermelde PG en literatuur bestaat geen discussie ten aanzien van het feit dat een derde, die van een voorwaardelijke gerechtigde tot een registergoed verkreeg terwijl van die voorwaarde niet uit de openbare registers bleek, zich in beginsel kan beroepen op derdenbescherming. Met andere woorden, de derde die in voormelde situatie meent te verkrijgen van een onvoorwaardelijk rechthebbende, verkrijgt uit hoofde van derdenbescherming een onvoorwaardelijk recht.⁵⁶³ In hoeverre eigen kennis van respectievelijk de goede trouw met betrekking tot het bestaan van een voorwaarde aan deze bescherming eventueel in de weg staat, verschilt per wetsbepaling waar we die bescherming op zouden baseren.

Daarentegen is duidelijk wél omstreden de vraag uit hoofde van welke wettelijke bepaling(en) een derde de bedoelde bescherming verkrijgt. De eerste discussie dienaangaande bestaat ten aanzien van de in deze paragraaf besproken

⁵⁶² Zie § 5.3.

⁵⁶³ De opvatting dat de derde in het vorenomschreven geval i.e.g. bescherming verdient, vinden we reeds in algemene zin door Meijers verwoord (PG Boek 3, TM, p. 318).

vraag of alsdan art. 3:24 of 3:26 BW toepassing vindt. Naast deze wetsbepalingen wordt tevens van de artt. 3:36 en 3:86 respectievelijk 3:88 BW verdedigd dat deze – (ook) buiten het specifieke verband van het ontbreken van een inschrijving in de registers – aan de derde eventueel bescherming kunnen verlenen. Die bepalingen bespreek ik in de navolgende paragrafen. In ieder geval zij voorop gesteld dat, met uitzondering van de onderlinge verhouding tussen de artt. 3:24 en 3:26 BW respectievelijk de artt. 3:86 en 3:88 BW, toepasselijkheid van de ene beschermingsbepaling toepassing van een andere niet uitsluit.⁵⁶⁴ Ten aanzien van (onder meer) de überhaupt niet in de openbare registers ingeschreven voorwaarde lijkt deze eventuele meervoudige bescherming ook in de PG te worden onderkend. De PG noemt in dit verband toepasselijkheid van de artt. 3:24, 3:25, 3:26 en 3:88 BW.⁵⁶⁵ Anders dan voor de in § 11.4.4.3 besproken situatie waarbij de *vervulling* van een als zodanig wél ingeschreven voorwaarde niet is ingeschreven, suggereert de wetgever derhalve dat meerdere beschermingsbepalingen toepassing kunnen vinden bij het ontbreken van de inschrijving van de voorwaarde *zelf*.⁵⁶⁶

Het verschil in mogelijke grondslag voor bescherming tussen de artt. 3:24 en 3:26 BW is niet alleen theoretisch van aard. Art. 3:26 BW biedt de derde immers uitsluitend bescherming tegen een partij ‘die redelijkerwijze voor overeenstemming van de registers met de werkelijkheid had kunnen zorgdragen’. Art. 3:24 BW kent een dergelijke beperking niet. Daarnaast biedt art. 3:26 BW de derde evenmin bescherming indien deze de *mogelijkheid* van de onjuistheid door raadpleging van de registers had kunnen kennen. Met andere

564 Samenloop van de artt. 3:24 en 3:26 BW is reeds per definitie uitgesloten: een niet-ingeschreven feit (art. 3:24 BW) kan niet tevens een wel ingeschreven onjuist feit (art. 3:26 BW) vormen. Gezien het verschil in goederen waar de artt. 3:86 en 3:88 BW betrekking op hebben, geldt voor deze bepalingen hetzelfde. Voor het overige wordt de eventuele gelijktijdige toepasselijkheid breed onderschreven. Een uitzondering hierop t.a.v. de verhouding van de artt. 3:24 en 3:88 BW vinden we verdedigd bij Rank-Berenschot (Rank-Berenschot 1992a, m.n. p. 334 e.v.).

565 In de MvA II Inv. bij art. 3:89 lid 2 BW vinden we namelijk: ‘De sanctie van dit onderdeel van de regel [de ‘nauwkeurige vermelding’ van de titel in een akte van levering, HS] is derhalve dat deze derden zich daarop kunnen beroepen bij de toepassing van artikelen 3.1.2.7 tot 8a en artikel 3.4.2.3b. Hen onbekende bedingen of voorwaarden kunnen derhalve niet tegen hen worden ingeroepen’ (PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1235). Ook Meijers ging in het verband van voorwaardelijke erfrechtelijke makingen overigens uit van brede toepasbaarheid van de derdenbeschermingsbepalingen (PG Boek 4, TM, p. 811). Als gezegd kan ik niet inzien waaruit de in de MvA genoemde bescherming van art. 3:25 BW in het verband van voorwaarden zou moeten bestaan. Ook opvallend – maar naar alle waarschijnlijkheid onbedoeld – is dat niet tevens art. 3:36 BW wordt genoemd. Het ontbreken van art. 3:86 BW in deze opsomming is daarentegen begrijpelijk; art. 3:89 lid 2 BW heeft uitsluitend betrekking op onroerende zaken (en dankzij lid 4 tevens op andere registergoederen), waarmee het op roerende zaken gerichte art. 3:86 BW op deze plaats in de PG terecht buiten beschouwing blijft.

566 Dat de wetgever dit inderdaad bedoelde is echter niet zeker. Wellicht doelde de wetgever met deze serie van beschermingsbepalingen immers uitsluitend op bescherming tegen de ‘onbekende bedingen’ en niet (tevens) op de ‘voorwaarden’.

woorden, als uit de registers blijkt dat de juistheid van het ingeschreven (onjuiste) feit niet vaststond, ontbreekt de bescherming van art. 3:26 BW.⁵⁶⁷ Art. 3:26 BW zal derhalve op minder gevallen toepassing vinden dan art. 3:24 BW, waarmee de vraag welke van beide wetsbepalingen in abstracto van toepassing kan zijn bij een niet-ingeschreven voorwaarde ook een praktisch belang kent.

Volgens een ruime meerderheid van de auteurs vormt art. 3:24 BW de wettelijke grondslag voor de bedoelde derdenbescherming.⁵⁶⁸ Anders gezegd, de niet uit de openbare registers blijkende voorwaarde zou een inschrijfbaar feit moeten zijn. Art. 3:24 BW verleent immers uitsluitend bescherming tegen het ontbreken van een inschrijving van een feit dat wél inschrijfbaar is. Wellicht dat ook de wetgever dit standpunt inneemt, maar daaromtrent bestaan bij mij duidelijke twijfels.⁵⁶⁹ Voorop gesteld zij dat het bestaan van een voorwaarde inderdaad uit de registers kan blijken; de presumptie bij de inschrijfbaarheid van de *vervulling* van een voorwaarde uit hoofde van art. 3:17 sub c BW is immers, dat de voorwaarde waaronder de ingeschreven rechtshandeling is verricht zélf ook uit de registers blijkt.⁵⁷⁰ Daarnaast vloeit uit art. 3:89 lid 2 BW voort – althans zo wordt nauwelijks weersproken aangenomen – dat op de notaris de verplichting rust een voorwaarde in het kader van de nauwkeurige omschrijving van de titel in de akte van levering op te nemen.⁵⁷¹ Met

567 In deze zin: Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 299.

568 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 338; Van Velten 2012, p. 333; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 175 (en eerder: Reehuis 2010, p. 93); Boeve 2007a, p. 15, 43; Scheltema 2003, p. 350 nt. 64; Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 2002, p. 40; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 184, 295, 296; (vermoedelijk) Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132; Den Tonkelaar 1994, p. 96; Wiersma 1994, p. 345; Nieskens-Isphording 1993, p. 563; Van Straaten 1992, p. 187, 195; Fesevur 1989, p. 117; Olthof 1986, p. 46 nt. 19. Wiersma verdedigt overigens zelfs dat art. 3:24 BW *uitsluitend* toepassing vindt voor deze situatie van een (niet-ingeschreven) ontbindende voorwaarde. Chao-Duvis noemt art. 3:24 náást art. 3:26 BW, maar het is niet helemaal duidelijk of zij op die plaats inderdaad aan de niet-ingeschreven voorwaarde denkt of aan andere in art. 3:89 lid 2 BW bedoelde bedingen (Chao-Duvis 1988, p. 173).

569 In het verband van de voorwaardelijke erfrechtelijke making stelt de Minister ná de constatering dat de voorwaardelijke verkrijging door de verwachter in de OR kan worden ingeschreven: '[] verzuimt hij dit, dan kan hij op deze beschikking ingevolge artikel 3.1.2.7 [art. 3:24 BW, HS] geen beroep doen tegen een derde-verkrijger van het registergoed []' (PG Boek 4, MvA II, p. 813). We kunnen dit interpreteren als het ontbreken van de voorwaardelijkheid bij de erfrechtelijke verkrijging door de bezwaarde. Gezien de bewoordingen in de PG is echter waarschijnlijker dat de Minister doelt op de inschrijving van de verkrijging door de verwachter conform art. 3:17 lid 1 sub b BW. Dat laatste is o.g.v. voormelde wetsbepaling zonder meer een inschrijfbaar feit, waarmee bij het ontbreken daarvan art. 3:24 BW reeds daarom toepassing kan vinden. Zie in deze laatste zin ook: PG Boek 4, MO, p. 816 en PG Boek 4, MvA I, p. 820.

570 Zie in dat verband ook art. 30 lid 1 Kw.

571 Zie verder § 11.4.3. Zie i.v.m. eventuele toepasselijkheid van art. 3:24 BW bij het onvermild blijven van de voorwaarde bij de titel: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 175; Asser/Mijnssen-De Haan 3-1 2001, p. 226.

andere woorden, de voorwaardelijkheid van de gerechtigdheid van de vreemder *kan* en zou in beginsel ook uit de openbare registers *moeten* blijken.

Tegen deze benadering van de voorwaardelijkheid als inschrijfbaar feit richt zich de kritiek van een bescheiden aantal auteurs; anders dan het in vervulling gaan van een voorwaarde (art. 3:17 lid 1 sub c BW) zou de voorwaarde zelf als zodanig géén inschrijfbaar feit vormen.⁵⁷² De ontbrekende – maar wel toepasselijke – voorwaarde zou er (daarmee) toe leiden, dat niet zozeer sprake is van een *ontbrekende* inschrijving van de voorwaarde, maar van een *onjuiste* inschrijving van de rechtshandelingen die leiden tot de overdracht.⁵⁷³ De inschrijving suggereert ten onrechte dat de wederpartij van de te beschermen derde *onvoorwaardelijk* gerechtigd is, terwijl deze in werkelijkheid gerechtigd onder voorwaarde is. Daarmee zou derhalve art. 3:26 BW de grondslag voor de bescherming kunnen vormen, maar niet art. 3:24 BW.

De vraag naar de grondslag voor de bescherming als gelegen in art. 3:24 BW dan wel art. 3:26 BW is derhalve de vraag of de niet blijvende voorwaardelijkheid in de registers kwalificeert als een niet-ingeschreven inschrijfbaar feit, dan wel als de inschrijving van een onjuist feit bestaande uit de *onvoorwaardelijkheid*. Ten aanzien van die vraag kunnen we op de eerste plaats een formeel aspect onderscheiden: vormt een voorwaarde al dan niet een inschrijfbaar feit? Op de tweede plaats omvat deze vraag een meer inhoudelijk aspect: wat is de betekenis van het schijnbaar ontbreken van een voorwaarde ten aanzien van (de gevolgen van) de rechtshandeling?

Bij het formele aspect van de inschrijfbaarheid in de registers behelzen voorwaarden op het eerste gezicht een merkwaardigheid. De vervulling van een voorwaarde is uit hoofde van art. 3:17 lid 1 sub c BW zonder meer als zelfstandig feit inschrijfbaar. Een dergelijke expliciete wetsbepaling ontbreekt ten aanzien van de voorwaarde zelf. Toch is dit onderscheid verklaarbaar. Voorwaarden vormen naar Nederlands geldend recht een onzelfstandig bestanddeel bij een rechtshandeling.⁵⁷⁴ Met andere woorden, de voorwaardelijkheid heeft betrekking op (de gevolgen van) de rechtshandeling, maar mist buiten dit verband met de rechtshandeling respectievelijk de gevolgen daarvan iedere zelfstandige betekenis. Een 'losse' voorwaarde in de registers inschrijven ontbeert derhalve ieder effect en is – zonder koppeling aan de rechtshandeling die wordt ingeschreven – dan ook niet mogelijk. Voor het in vervulling gaan van een voorwaarde is dat anders. Dit intreden roept weliswaar rechtsgevolgen

572 Bartels & Tweehuysen 2011, p. 367. Vermoedelijk ook: Huijgen 1992, p. 135, nt. 27. Opvallend is overigens dat (o.a.) Bartels i.v.m. art. 3:24 BW tegelijkertijd lijkt te verdedigen dat een voorwaarde wel degelijk een inschrijfbaar feit vormt, om vervolgens zonder verdere onderbouwing te verwijzen naar art. 3:26 BW (Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 380, 381).

573 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 221, 384; Van Velten 2012, p. 33; Bartels & Tweehuysen 2011, p. 367; Huijgen 1992, p. 135, zie m.n. nt. 27.

574 Zie § 2.3.4.

ten aanzien van de eerdere voorwaardelijke rechtshandeling in het leven, maar het al dan niet plaatsvinden van de gebeurtenis die de inhoud van de voorwaarde vormt, is zelf in geen enkel opzicht (deel van) een rechtshandeling. Het intreden of, zoals ik althans in § 11.4.4.3 zal verdedigen, het verval van een voorwaarde vormt derhalve geheel begrijpelijk een zelfstandig inschrijfbaar feit.

We zouden op zich terecht kunnen stellen dat de voorwaarde als *onderdeel* van een rechtshandeling toch inschrijfbaar is. Aan de inschrijfbaarheid van de vervulling van de voorwaarde uit hoofde van art. 3:17 lid 1 sub c BW ligt immers 'een ingeschreven voorwaardelijke rechtshandeling' ten grondslag. Ook uit art. 3:89 lid 2 BW ter zake de nauwkeurige vermelding van de titel vloeit voort dat een voorwaarde uit de registers kan blijken.⁵⁷⁵ Het gegeven dat van de voorwaarde in de registers kan en als uitgangspunt ook zou moeten blijken, alsmede dat de kenbaarheid van die voorwaarde uit de registers tevens een duidelijk belang dient, maakt deze echter nog niet tot een zelfstandig inschrijfbaar feit. Het kunnen blijken van de voorwaarde uit de registers en de in art. 3:89 lid 2 BW neergelegde instructienorm aan de notaris dat van de voorwaardelijkheid tevens zou moeten blijken,⁵⁷⁶ is toch iets anders dan een formele inschrijfbaarheid van voorwaardelijkheid.

Dan komen we bij het tweede aspect van de thans besproken vraag: wat is de betekenis van de schijnbare – maar onterechte – onvoorwaardelijkheid, zoals die uit de registers lijkt te volgen? We kunnen daarbij als onbetwist uitgangspunt nemen dat een rechtshandeling onder voorwaarde andere rechtsgevolgen in het leven roept dan eenzelfde maar onvoorwaardelijke rechtshandeling. Dit verschil in gevolgen uit hoofde van de voorwaardelijkheid is door partijen beoogd, terwijl het ontbreken van die voorwaardelijkheid in de registers suggereert dat partijen bij de ingeschreven rechtshandeling onvoorwaardelijke gevolgen in het leven hebben willen roepen. Echter, uit het ontbreken van de voorwaardelijkheid in de registers ten aanzien van de beoogde gevolgen doet op zich geen afbreuk aan de voorwaardelijkheid van die beoogde gevolgen. In hun onderlinge verhouding en ook in de verhouding tot derden die (bijvoorbeeld) bekend zijn met de voorwaardelijkheid heeft de voorwaarde gewoon werking, óók in goederenrechtelijk opzicht. De rechtshandeling die in de registers onterecht wordt gepresenteerd als onvoorwaardelijk, is in die zin dan ook onjuist; het ingeschreven feit suggereert dat sprake is van onvoorwaardelijke gevolgen, die in werkelijkheid echter voorwaardelijk zijn. Dat maakt dat, ook bezien van het thans besproken inhoudelijke aspect, bij de onterechte inschrijving van de onvoorwaardelijkheid geen sprake is van een niet-ingeschreven feit, maar van de onjuistheid van het wel ingeschreven feit.

⁵⁷⁵ Ook art. 30 Kw gaat ervan uit dat de voorwaarde uit de (eerdere) inschrijving volgt.

⁵⁷⁶ Zie t.a.v. dit art. 3:89 lid 2 BW § 11.4.3.

De van het merendeel van de literatuur afwijkende conclusie is dan ook, dat een derde in mijn optiek bij een niet-ingeschreven voorwaarde bescherming kan ontleen aan art. 3:26 BW en niet aan art. 3:24 BW.

11.4.4.3 De niet-ingeschreven beëindigde voorwaardelijkheid: art. 3:24 BW?

Geldend recht, nadere uitwerking

In de vorige paragraaf heb ik de kwestie besproken van bescherming bij het ontbreken van de inschrijving van een voorwaarde. Daarnaast is er de veel complexere en omstreden vraag óf art. 3:24 BW bescherming biedt tegen het ontbreken van de inschrijving van het feit, dat een wél eerder ingeschreven – en in die zin derhalve aan derden kenbare – voorwaarde intussen is ingetreden of vervallen. Oftewel, bij de eerdere inschrijving in de registers is de voorwaarde vermeld, maar het feit dat het recht op het registergoed van de vervreemder intussen is beëindigd of onvoorwaardelijk is geworden door het intreden dan wel vervallen van de voorwaarde, blijkt niet uit de registers.

Dat het *intreden* van een voorwaarde een inschrijfbaar feit is, volgt rechtstreeks uit art. 3:17 lid 1 sub c BW en is dan ook onbestreden. De inschrijfbaarheid van het *vervallen* van een eerder ingeschreven voorwaarde blijkt daarentegen niet expliciet uit het BW, noch uit de Kadasterwet, noch uit de PG bij deze beide wetten.⁵⁷⁷ Ook de literatuur hult zich ter zake de (on)mogelijkheid van het verval van een voorwaarde in een stilzwijgen. Op basis van het (ook) in art. 3:17 BW neergelegde uitgangspunt dat uitsluitend inschrijfbaar is waar een wettelijke grondslag voor inschrijving voor bestaat, zouden we dan ook kunnen menen dat het verval van voorwaarden geen inschrijfbaar feit vormt. Niettemin wil ik anders verdedigen. In verband met het belang van deze vraag, óók in het verband van de te bespreken derdenbescherming bij het uitblijven van een inschrijving van het *intreden* van een voorwaarde, zal ik deze bespreken alvorens we aan de eventueel door art. 3:24 BW geboden bescherming toekomen.

De vraag of óók het verval van een voorwaarde een inschrijfbaar feit vormt, is in twee opzichten van belang ten aanzien van art. 3:24 BW. Vanzelfsprekend kan de wetsebepaling een verkrijger überhaupt geen bescherming tegen een niet-ingeschreven verval bieden, indien dit verval niet inschrijfbaar zou

⁵⁷⁷ Het vervallen van een voorwaarde is i.e.g. niet u.h.v. de letterlijke tekst van art. 3:17 lid 1 sub a BW een inschrijfbaar feit. Het vervallen van de voorwaarde is weliswaar van belang voor de rechtstoestand van het registergoed (of, als we de verklaring van de goederenrechtelijke werking zoeken in de goederenrechtelijke gerechtigdheid, behelst dit verval strikt genomen zelfs een verandering in de rechtstoestand), maar verval van een voorwaarde vormt niet de in sub a bedoelde rechtshandeling.

zijn.⁵⁷⁸ Dit vloeit rechtstreeks voort uit de in art. 3:24 BW neergelegde systematiek, hetgeen overigens onverlet laat dat ik hierna zal verdedigen dat art. 3:24 BW hoe dan ook geen bescherming biedt tegen een dergelijke ontbrekende inschrijving.

Maar ook in het kader van de betekenis van art. 3:24 BW in relatie tot het ontbreken van de inschrijving van het *intreden* van een voorwaarde is de mogelijkheid van inschrijfbaarheid van een verval van belang. In de PG vinden we het volgende opgemerkt: 'Is een op hetzelfde registergoed betrekking hebbend stuk ingeschreven, waaruit men de mogelijkheid zou kunnen afleiden dat het niet ingeschreven feit zich niettemin heeft voorgedaan, dan mag uit het ontbreken van een inschrijving waaruit van dat feit zelf blijkt, door de raadpleger van de registers worden afgeleid, dat met deze mogelijkheid geen rekening behoeft te worden gehouden. [] Dit past in het negatieve stelsel, dat meebrengt dat in beginsel erop mag worden vertrouwd dat niet ingeschreven, inschrijfbaar feiten zich niet hebben voorgedaan, []'.⁵⁷⁹ Toegepast op de nog verder te bespreken situatie van een ontbrekende inschrijving van het reeds ingetreden zijn van een ontbindende voorwaarde betekent dit, dat de in art. 3:24 BW bedoelde verkrijger er van mag uitgaan dat deze voorwaarde ten tijde van zijn verkrijging (nog) niet is ingetreden. Als tevens het verval van een voorwaarde inschrijfbaar is, betekent dit echter nog iets anders. Terwijl uit het ontbreken van een inschrijving waaruit het *intreden* van een voorwaarde volgt dat de verkrijger er op mag vertrouwen dat de vervreemder nog steeds rechthebbende is, moet alsdan uit het ontbreken van een inschrijving waaruit het *verval* van de voorwaarde zou volgen door de verkrijger a contrario worden afgeleid, dat zijn wederpartij – blijkbaar – ook geen onvoorwaardelijk rechthebbende is. Althans, de verkrijger mag er alsdan in elk geval niet op vertrouwen dat zijn wederpartij wél onvoorwaardelijk rechthebbende is.

Ware dit laatste anders, dan zou de verkrijger er dus in het kader van zijn bescherming op mogen vertrouwen dat een wel inschrijfbaar maar niet ingeschreven feit toch is ingetreden. Een dergelijke bescherming van de verkrijger mist iedere grondslag, al was het maar dat het op zich inschrijfbaar feit zich ook gewoon (nog) niet kan hebben voorgedaan en er derhalve alle reden was voor het ontbreken van een dergelijke inschrijving van verval van de voorwaar-

578 Deze situatie van bescherming van de verkrijger zou zich in beginsel kunnen voordoen als we aannemen dat (ook) de verwachter in goederenrechtelijk opzicht een recht heeft waarover hij direct zou kunnen beschikken (zijn Anwartschaftsrecht). Als A aan B overdraagt onder een opschortende voorwaarde en B ná het vervallen van deze voorwaarde alsnog 'beschikt' over dit (door het verval van de voorwaarde beëindigde) Anwartschaftsrecht t.b.v. X, kan X geen bescherming aan 3:24 BW ontlelen als het eerdere verval van de opschortende voorwaarde géén inschrijfbaar feit vormt. Als dit verval daarentegen inschrijfbaar maar niet ingeschreven is, kan art. 3:24 BW in beginsel wel bescherming aan X bieden.

579 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), Nota II Inv., p. 1100. Deze benadering wordt in de literatuur onderschreven: Van Straaten 1992, p. 80.

de. De conclusie is dan ook dat – *als* het verval van voorwaarden inderdaad inschrijfbaar is – bij het ontbreken van een inschrijving waaruit óf het intreden óf het vervallen van de voorwaarde volgt, de verkrijger er zowel van uit *mag* als *moet* gaan dat zijn wederpartij nog steeds voorwaardelijk rechthebbende is (uiteraard tenzij hij de werkelijke toestand kende). Tot ditzelfde resultaat komt blijkens de hierna te bespreken PG ook de wetgever,⁵⁸⁰ met dien verstande dat de wetgever deze benadering verder niet onderbouwt. Als het verval van voorwaarden daarentegen toch niet inschrijfbaar zou zijn, is er in die zin ook geen reden om aan te nemen dat de verkrijger ervan uit *moet* gaan dat de voorwaarde nog niet is vervallen. Ik kom op deze conclusie onderstaand terug.

Met het vorenstaande is het meervoudige belang van inschrijfbaarheid van het verval van voorwaarden gegeven. In verband met het volledig ontbreken van enige aanwijzing dat de wetgever het vervallen van een voorwaarde al dan niet als een inschrijfbaar feit beschouwde, heeft het er echter alle schijn van dat de wetgever die eventuele inschrijfbaarheid als aandachtspunt niettemin over het hoofd heeft gezien. Dat het verval van een voorwaarde en de daarmee gepaard gaande onvoorwaardelijke gerechtigdheid van de (aanvankelijke) bezwaarde in de openbare registers niet als zodanig zou kunnen worden ingeschreven, is echter een voor het rechtsverkeer onacceptabele benadering. Derden die de registers raadplegen zouden tot in lengte van dagen de voorwaardelijke gerechtigdheid van de bezwaarde en de verwachter waarnemen, terwijl die voorwaardelijkheid door het verval van de voorwaarde en overeenkomstig de situatie bij het intreden van een voorwaarde zonder twijfel is beëindigd. Voor het ontbreken van inschrijfbaarheid van dit verval is, als spiegelbeeldige situatie van het intreden van een voorwaarde, ook geen enkele materiële onderbouwing te geven. De essentie van hetgeen in juridische zin is gebeurd – de voorwaardelijkheid is beëindigd – zou niettemin bij een beëindiging van die voorwaardelijkheid door het *intreden* van de voorwaarde inschrijfbaar zijn, maar bij een beëindiging door het bedoelde *verval* niet. Dit onderscheid zou alsdan uitsluitend voortvloeien uit de formele benadering dat de wet die inschrijfbaarheid van het verval naar de letter niet noemt.⁵⁸¹

Omdat als gezegd de verschillende rechtsbronnen zich ter zake van deze materie in stilzwijgen hullen, is het des te interessanter om te bezien hoe de Dienst voor het kadaster en de openbare registers (hierna: 'Kadaster') omgaat

580 Overigens m.u.v. de (eveneens onderstaand besproken) situatie dat de termijn waarbinnen de voorwaarde in vervulling zou moeten gaan intussen is verstreken, zónder dat van het in vervulling gaan van de voorwaarde blijkt uit een inschrijving. In dat geval zou volgens de PG de derde er wel op mogen vertrouwen dat zijn wederpartij thans onvoorwaardelijk rechthebbende is.

581 In theorie zou het verval van een voorwaarde ook ingeschreven kunnen worden o.b.v. de inschrijfbaarheid van een declaratoir rechterlijk vonnis met die strekking (art. 17 lid 1 sub e BW). Dat is echter een buitengewoon moeizame weg om een dergelijk verval ingeschreven te krijgen.

met een dergelijk verval van een voorwaarde. Navraag leert dat het Kadaster dit verval van een voorwaarde verwerkt op basis van een zogeheten *verklaring van waardeloosheid*.⁵⁸² Indien dit de juiste benadering is, vormt het verval van een voorwaarde geen inschrijfbaar feit in de zin van art. 3:17 BW, met alle daaraan verbonden gevolgen van dien voor onder meer de derdenbescherming uit hoofde van art. 3:24 BW.⁵⁸³ Vooropgesteld zij dat, mócht een dergelijk verval inderdaad geen inschrijfbaar feit als zodanig zijn, de verwerking in de registers op basis van een verklaring van waardeloosheid in ieder geval een doekje voor het bloeden vormt. Bij deze benadering door het Kadaster heb ik niettemin wezenlijke twijfels. Niet alleen vanwege het feit dat het verval van voorwaarden in verband met de vorenomschreven consequenties in mijn optiek een inschrijfbaar feit zou moeten zijn, maar ook omdat een verklaring van waardeloosheid bij het verval van voorwaarden tenminste deels iets anders behelst dan waarvoor dit instrument ter beschikking staat.

Uit de PG en literatuur volgt dat de verklaring van waardeloosheid wordt gehanteerd om inschrijvingen die van aanvang af of op een later moment 'waardeloos' blijken te zijn voor wat betreft de bewijsrechtelijke functie van die inschrijving in de registers te laten vervallen.⁵⁸⁴ Het feit dat eerder is ingeschreven en om enige reden niet meer juist is, wordt derhalve ook voor de registers in administratieve zin beëindigd. Ten aanzien van het verval van een *opschortende* voorwaarde na een beschikken onder die voorwaarde valt – bezien vanuit uitsluitend het instrument van de verklaring van waardeloosheid – zeker het een en ander te zeggen om dit verval in de registers te verwerken op basis van een dergelijke verklaring. Voor het verval van een *ontbindende* voorwaarde echter niet. De inschrijving respectievelijk het ingeschreven feit als zodanig is immers ten gevolge van het verval van de ontbindende voorwaarde helemaal niet 'waardeloos', integendeel. Wél is hetgeen is ingeschreven gewijzigd; in plaats van een ontbindend voorwaardelijke gerechtigdheid houdt de bezwaarde thans een onvoorwaardelijk recht. Dit is echter als gezegd geen kwestie van een waardeloze inschrijving, maar van een wijziging van hetgeen aanvankelijk is ingeschreven. Zoals ik in deze paragraaf vaker stel vormt de voorwaarde ook geen ingeschreven zelfstandig feit dat is komen te eindigen, maar een modaliteit bij de eerdere rechtshandeling respectievelijk – voor degenen die de goederenrechtelijke werking plaatsen in het licht van de goederenrechtelijke gerechtigdheid – bij het gehouden goed. Ook daaruit vloeit voort dat het verval van de voorwaarde een wijziging en geen 'beëindiging'

582 Dit betreft een mondelinge navraag bij de 'bewaarderstelefoon' – het informatiepunt van het Kadaster voor het notariaat.

583 Dit vloeit niet alleen voort uit de systematiek van de wet dat uitsluitend bescherming wordt verleend aan feiten die kwalificeren als 'inschrijfbaar', maar ook uit de wetsgeschiedenis (PG Boek 3, MvA II, p. 148). In dezelfde zin: Van Straaten 1992, p. 108, 185.

584 Zie in deze zin o.a.: Van Straaten 1992, p. 101 e.v.

behelst van hetgeen is ingeschreven. Daarmee kan derhalve evenmin sprake zijn van een waardeloosheid van uitsluitend de ingeschreven voorwaarde.

Mijn conclusie uit hoofde van het vorenstaande is dat er sterke argumenten bestaan waarom ook het verval van een voorwaarde als inschrijfbaar feit uit de registers moet kunnen blijken en dat de verklaring van waardeloosheid zich in elk geval voor wat betreft verval van ontbindende voorwaarden niet goed leent voor 'bijwerking' in deze zin van de registers. Het heeft er bovendien alle schijn van dat de wetgever de inschrijfbaarheid van dit verval gewoonweg over het hoofd heeft gezien, mede omdat er geen enkel materieel argument bestaat waarom het verval als spiegelbeeld van het intreden van een voorwaarde niet inschrijfbaar zou kunnen zijn. Ik wil derhalve verdedigen dat ook het verval van een voorwaarde een inschrijfbaar feit in de zin van art. 3:17 BW vormt.

We komen terug bij de eigenlijke vraag of art. 3:24 BW bij een niet-ingeschreven intreden of verval van een voorwaarde aan derden bescherming kan verlenen. Zoals ik onderstaand verder zal uitwerken, is bij een dergelijke eventuele toepassing de kernvraag waartegen deze wetsbepaling aan de bedoelde 'verkrijger' bescherming zou moeten verlenen. Uitgangspunt is in elk geval dat de verkrijger ervan uitgaat en mag gaan dat zijn wederpartij (nog steeds) voorwaardelijk rechthebbende is ten aanzien van het registergoed. In werkelijkheid is die wederpartij echter door het (niet in de registers ingeschreven) intreden of vervallen van de voorwaarde óf onvoorwaardelijk rechthebbende óf in het geheel geen rechthebbende meer. In het eerste geval doet zich de merkwaardige en sterk theoretische situatie voor dat – als de verkrijger de intussen onvoorwaardelijke gerechtigdheid van zijn wederpartij niet kent – de verkrijger ervan uitgaat dat hij het goed onder voorwaarde verkrijgt. Dit roept eventueel vragen op ten aanzien van hetgeen de verkrijger geleverd krijgt, maar in de praktijk zal dit voor de verkrijger uiteraard geen reden zijn zich bij wijze van 'bescherming' op art. 3:24 BW te beroepen.⁵⁸⁵

Interessanter is dan ook het tweede geval, waarbij de wederpartij door het intreden of vervallen van de voorwaarde intussen géén gerechtigde meer is.⁵⁸⁶ Voor dat geval moeten we twee situaties onderscheiden: enerzijds de

585 De aanvaarding door de verkrijger is immers gericht op verkrijging van een voorwaardelijk recht en niet op een onvoorwaardelijk. Voor zover ook de vervreemder (nog) niet bekend is met de beëindiging van de voorwaardelijkheid, geldt dit temeer.

De wens van de verkrijger om zich op art. 3:24 BW te kunnen beroepen zou zich zeer theoretisch nog wel voor kunnen doen, als het verkregen goed een negatieve waarde vertegenwoordigt. Toepassing van art. 3:24 BW in een situatie waarin de wederpartij intussen onvoorwaardelijk rechthebbende is, lijkt niettemin van zeer academische aard.

586 V.w.b. dit vervallen is derhalve sprake van een aanvankelijk opschortend voorwaardelijke gerechtigdheid waardoor de wederpartij dit 'recht' verliest. Voor deze situatie waarbij beoogd is te beschikken over een dergelijk Anwartschaftsrecht is het de vraag óf dat überhaupt mogelijk is (zie § 11.3.2). Zo niet, komen we aan eventuele toepassing van art. 3:24 BW in het geheel niet toe.

situatie waarbij de verkrijger er onterecht van uitgaat dat de wederpartij nog steeds voorwaardelijk rechthebbende is, anderzijds die waarbij de verkrijger meent dat de wederpartij thans *on*voorwaardelijk rechthebbende is. Voor de eerste situatie – de verkrijger gaat ervan uit dat zijn wederpartij voorwaardelijk rechthebbende is – stellen de PG en literatuur dat art. 3:24 BW toepassing kan vinden.⁵⁸⁷ Daarmee zou toepassing van art. 3:24 BW er *in beginsel* toe leiden dat de verkrijger alsnog een voorwaardelijk recht krijgt ten nadele van de partij die (ten gevolge van het in vervulling gaan of vervallen van de voorwaarde) thans *on*voorwaardelijk gerechtigde is. Méér bescherming – in de zin van verkrijging van een *on*voorwaardelijk recht – komt de verkrijger immers niet toe, bekend als hij is met de (veronderstelde) voorwaardelijke gerechtigdheid van zijn wederpartij.⁵⁸⁸

De vraag is echter hoe we vanaf dit punt verder moeten redeneren. Nieskens-Isphording heeft er op zich terecht op gewezen dat een aantal verschillende benaderingen denkbaar zijn.⁵⁸⁹ We zouden bijvoorbeeld kunnen aannemen dat door de verkrijger wederom afgewacht moet worden of de voorwaarde nogmaals intreedt of vervalt.⁵⁹⁰ Die benadering sluit op zich naadloos aan op de bescherming die art. 3:24 BW eventueel aan de verkrijger zou kunnen verlenen, maar zal in de praktijk veelal op de feiten afstuiten. Veel 'gebeurtenissen' die de inhoud van een voorwaarde vormen kunnen zich immers naar hun aard slechts een maal voor doen, terwijl bij andere het naar geldend recht vereiste element van objectieve onzekerheid ontbreekt als dezelfde gebeurtenis zich reeds eerder heeft voorgedaan.⁵⁹¹ Naast dit eventueel geheel ontbreken

587 Meijers stelt: '[] b.v. de werking van een ontbindende voorwaarde kan niet tegen derden, die daarvan onkundig zijn, worden ingeroepen, wanneer de vervulling der voorwaarde niet ingeschreven is' (PG Boek 3, TM, p. 130). In de MvA vinden we: '[]', zo bijvoorbeeld de vervulling van een voorwaarde die voor het recht van de vervreemder beslissend was. Het is niet onredelijk dat, indien niettemin inschrijvingen achterwege blijven, zulks voor zijn risico komt' (PG Boek 3, MvA II, p. 134), waarbij ik ervan uitga dat met 'zijn risico' inderdaad bedoeld wordt op het risico van de partij die voor inschrijving had kunnen zorg dragen. De latere (hierna aangehaalde) PG lijkt de toepasselijkheid van art. 3:24 BW daarentegen fors te beperken tot de situatie waarin het intreden van de voorwaarde ook niet meer mogelijk is (PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), Nota II Inv., p. 1100).

Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 221; Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 175 (en eerder: Reehuis 2010, p. 93); Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 338, 339; Fesevur 2005, p. 185; Nieskens-Isphording 1992, p. 651, 652; Van Straaten 1992, p. 195; Zwitser 1990, p. 136; De Vries Lentsch-Kostense 1988, p. 185, 186.

588 In dezelfde zin: Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 338, 339; Van Straaten 1993, p. 319; De Vries Lentsch-Kostense 1988, p. 186.

589 Nieskens-Isphording 1992, p. 651, 652.

590 Zoals Nieskens-Isphording verdedigt t.a.v. de situatie dat een voorwaarde nogmaals kan intreden (Nieskens-Isphording 1992, p. 652). Zie in een zelfde zin: Van Straaten 1993, p. 319; De Vries Lentsch-Kostense 1988, p. 186.

591 Een voorbeeld van het eerste is de volgorde van overlijden van bepaalde personen, welke volgorde t.g.v. een overlijden en het daarmee reeds ingetreden zijn van de voorwaarde reeds definitief vast staat. Een voorbeeld van de tweede mogelijkheid is het verkrijgen van een vergunning. Indien een eerste aanvraag heeft geleid tot een geldige afwijzing, zal een

van voorwaardelijkheid zie ik echter ook uit hoofde van de hieronder besproken meer abstracte argumenten niets in een dergelijke bescherming uit hoofde van art. 3:24 BW.

Voor zover voorwaardelijkheid alsnog feitelijk niet mogelijk is, wordt door Nieskens-Isphording aangenomen dat de verkrijger alsdan uit hoofde van de door art. 3:24 BW geboden bescherming een onvoorwaardelijk recht verkrijgt.⁵⁹² Andere auteurs en waarschijnlijk ook de PG hanteren een andere benadering: uitsluitend indien het intreden van de (niet-ingeschreven) voorwaarde per het moment van de verkrijging ook niet meer mogelijk zou zijn, mag de verkrijger er inderdaad van uitgaan dat hij een onvoorwaardelijk recht verkrijgt en leidt de bescherming van art. 3:24 BW ook tot die consequentie.⁵⁹³ Met andere woorden, omdat in de registers niet blijkt van het ingetreden zijn van de voorwaarde en de voorwaardelijkheid intussen om andere redenen (met name verloop van een termijn) zou moeten zijn beëindigd, mag de verkrijger er op vertrouwen dat hij een onvoorwaardelijk recht verkrijgt. Voor zover de aanvankelijke voorwaardelijkheid daarentegen nog niet per definitie zou moeten zijn beëindigd, moet de verkrijger volgens vorenbedoelde PG de (reeds ingetreden) voorwaarde tegen zich laten gelden en verkrijgt hij derhalve per saldo niets.

Met dit laatste – de verkrijger moet de ingetreden voorwaarde tegen zich laten gelden – ben ik het eens. Het moment van intreden van de voorwaarde als gelegen voor of na het moment van verkrijging door de verkrijger is, bezien vanuit deze verkrijger, namelijk betrekkelijk willekeurig. Zoals we zagen betekent het feit dat het intreden van de voorwaarde bijvoorbeeld direct vóór dan wel direct ná de verkrijging plaatsvond, in de visie van Nieskens-Isphor-

hernieuwde zelfde aanvraag tot hetzelfde resultaat leiden, waarmee het ontbreken van het element van objectieve onzekerheid van de gebeurtenis (zie § 2.4.3) er toe leidt dat er niet langer sprake is van een voorwaarde.

592 Dit laatste vloeit voort uit haar betoog (zie m.n. de laatste alinea), maar wordt door haar niet met zoveel woorden gezegd (Nieskens-Isphording 1992, p. 652).

593 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 338, 339; Van Straaten 1993, p. 319 (en eerder: Van Straaten 1992, p. 195); De Vries Lentsch-Kostense 1988, p. 186.

Waarschijnlijk is dit ook in de PG bedoeld, maar helemaal duidelijk is de betreffende passage m.i. toch niet: 'Zo zal indien bijvoorbeeld een voorwaardelijke rechtshandeling is ingeschreven, maar niet de eventueel reeds tot stand gekomen vervulling van de voorwaarde, deze vervulling niet aan een derde-verkrijger als bedoeld in artikel 3.1.2.7 lid 1 tegengeworpen kunnen worden, tenzij hij deze vervulling kende. Dat zal overigens slechts van praktisch belang zijn als tevens vaststaat dat vervulling ook niet meer mogelijk is; men denke bijvoorbeeld aan de ontbindende voorwaarde dat binnen een bepaalde, op het tijdstip van de raadpleging reeds verstreken termijn een bepaalde gebeurtenis zal plaatsvinden.' (PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), Nota II Inv., p. 1100). De resterende vraag is wat de wetgever bedoelde met dit 'praktisch belang'?

Vermoedelijk denkt Reehuis in een andere richting. Althans, hij betoogt dat na een ingetreden maar niet ingeschreven voorwaarde de verkrijger zich op art. 3:24 BW kan beroepen (Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 175). Uit Reehuis' constatering dat de Minister daar anders over dacht door de toepassing van art. 3:24 BW te beperken op de voormelde wijze, lijkt te volgen dat Reehuis voor deze situatie inderdaad een brede toepassing van art. 3:24 BW verdedigt.

ding een essentieel verschil in de door art. 3:24 BW geboden bescherming. Zij plaatst de wetsbepaling in mijn optiek echter teveel in het licht van de veronderstelde verwijtbaarheid van de niet-inschrijving van de reeds ingetreden voorwaarde. Feit blijft echter dat de verkrijger willens en wetens het risico nam van het al dan niet intreden van de voorwaarde. Waar het veel meer om gaat is de vraag of de verkrijger inderdaad bescherming verdient in een situatie, waarin hij accepteerde dat op ieder moment de voorwaarde zou kunnen intreden en die voorwaarde vervolgens reeds ingetreden blijkt te zijn. Of anders gesteld, waarom zou deze verkrijger bescherming verdienen tegen een door hem aanvaard risico dat zich reeds blijkt te hebben verwezenlijkt? De vraag stellen is hem mijns inziens beantwoorden.⁵⁹⁴

Dan de tweede situatie waarbij de verkrijger er bij gebrek aan inschrijving niet alleen van uitgaat dat de voorwaarde niet is ingetreden, maar intussen zelfs is vervallen. Dit betreft derhalve de situatie waarbij de verkrijger ten onrechte en in afwijking van het tot nog toe gehanteerde uitgangspunt meent dat de wederpartij *onvoorwaardelijk* rechthebbende is. Die situatie kan zich met name voor doen als een voorwaarde uiterlijk per een bepaalde datum ingetreden dient te zijn, bij gebreke waarvan deze per die datum vervalt en de rechtsverhouding derhalve *onvoorwaardelijk* wordt. Als ná de bedoelde datum het intreden van de voorwaarde niet in de registers is ingeschreven, zou dat in elk geval bij derden die de registers raadplegen de suggestie kunnen wekken dat de voorwaarde is vervallen. Echter, als mijn hiervoor omschreven standpunt ten aanzien van de inschrijfbaarheid van verval van een voorwaarde in de registers juist is, is dit verval van de voorwaarde als inschrijfbaar feit evenmin ingeschreven. De in art. 3:24 BW bedoelde verkrijger is niettemin wél van dit verval uitgegaan, terwijl hij er in dat verband van uit had moeten gaan dat zijn wederpartij nog steeds 'slechts' *voorwaardelijk* rechthebbende is. Anders dan vorenbedoelde auteurs stellen, is er derhalve ook in dat geval geen reden om de verkrijger uit hoofde van art. 3:24 BW bescherming te verlenen, althans onder de *présomptie* dat ook het verval van een voorwaarde een inschrijfbaar feit is. Voor zover we dit laatste niet willen aanvaarden, is er echter nog het hierna besproken argument waarom het ongewenst kan zijn dat art. 3:24 BW toepassing vindt.

In het kader van de in § 2.4.3 besproken vereisten voor *voorwaardelijkheid* van objectieve en subjectieve onzekerheid, is in het verband van art. 3:24 BW ook nog het volgende van belang. Subjectieve onzekerheid heeft de functie

⁵⁹⁴ Van Straaten hanteert t.a.v. de niet-ingeschreven voorwaarde een soortgelijke benadering (Van Straaten 1993, p. 319). M.b.t. een andersoortige maar wel in zekere zin vergelijkbare situatie komt Rank-Berenschot tot dezelfde conclusie. De derde-verkrijger die t.t.v. zijn verkrijging bekend is met de vernietigbaarheid van de titel bij de eerdere overdracht aan zijn wederpartij, maar niet bekend is met de – niet in de registers ingeschreven – daadwerkelijke vernietiging, verdient naar haar mening geen beroep op art. 3:24 BW (Rank-Berenschot 1992a, p. 334 e.v.).

om überhaupt voorwaardelijkheid overeen te komen; partijen die de onzekerheid van de betreffende gebeurtenis niet onderkennen, zullen hun rechtsverhouding immers ook niet van een voorwaarde afhankelijk maken waarin die onzekerheid is verdisconteerd. Het voortbestaan van subjectieve onzekerheid is daarentegen voor het intreden of verval van de voorwaarde naar geldend recht zonder belang. Uitsluitend als de onzekerheid in objectieve zin eindigt – de aanvankelijk onzekere gebeurtenis treedt in, zal in de toekomst met zekerheid intreden of kan met zekerheid niet meer intreden – eindigt de voorwaardelijkheid, zelfs al weten partijen dat (nog) niet. Daarmee ontstaat de merkwaardige situatie dat de voorwaardelijkheid is beëindigd, maar dat partijen uit hoofde van hun onbekendheid met dit feit ook (nog) geen inschrijving van dit feit in de openbare registers zullen doen. Zeker in een situatie waar partijen in de onmogelijkheid verkeren bekend te zijn met de objectieve beëindiging van de voorwaarde, ontbreekt iedere verwijtbaarheid ten aanzien van de niet-inschrijving daarvan in de registers. Naar de letter zou art. 3:24 BW echter ook voor die situatie ‘bescherming’ aan de derde-verkrijger verlenen, tenminste als we – anders dan ik hiervoor verdedigde – überhaupt willen aannemen dat deze bepaling bij een niet-ingeschreven beëindigde voorwaardelijkheid toepassing kan vinden. Mede daarin is ook een verschil in reikwijdte met art. 3:26 BW gelegen. Deze laatste bepaling verleent uitsluitend bescherming jegens ‘hem die redelijkerwijze voor overeenstemming van de registers met de werkelijkheid had kunnen zorgdragen’. Een dergelijke beperking kent art. 3:24 BW niet, in elk geval niet in expliciete zin. In een situatie waarin iedere verwijtbaarheid van het ontbreken van de inschrijving in vorenbedoelde zin ontbreekt en waar het ‘toedoen’ van degene in wiens nadeel de bescherming zou strekken wel heel moeilijk valt waar te nemen, lijkt mij toepasselijkheid van art. 3:24 BW een zeer ongewenste uitkomst.

Ik vat een en ander samen. Uitgaande van mijn tussenconclusie dat ook het verval van voorwaarden een inschrijfbaar feit vormt, ontbreekt in mijn optiek iedere mogelijkheid van een verkrijger zich op art. 3:24 BW te beroepen ten aanzien van het ontbreken van een inschrijving van het intreden – en in spiegelbeeldige vorm alsdan uiteraard ook van het verval – van een voorwaarde. Voor zover we de inschrijfbaarheid van het verval van een voorwaarde afwijzen, blijven niettemin zwaarwegende argumenten bestaan tegen enige mogelijkheid van beroep op art. 3:24 BW.

11.4.4.4 Derdenbescherming uit hoofde van art. 3:36 BW

Geldend recht

Er bestaat eigenlijk geen twijfel ten aanzien van de mogelijke toepasselijkheid van art. 3:36 BW in het geval een derde overeenkomstig de vereisten van deze wetsebepaling heeft vertrouwd op het bestaan van een onvoorwaardelijke of juist een voorwaardelijke rechtsverhouding bij zijn wederpartij, dan wel het

tenietgaan daarvan.⁵⁹⁵ Als willekeurig voorbeeld valt daarbij te denken aan een situatie waarbij de partij ten nadele van wie de bescherming van art. 3:36 BW zou strekken heeft verklaard dat hij – in het kader van een constitutief vereiste voor het intreden van een voorwaarde⁵⁹⁶ – geen ‘beroep’ ten behoeve van het intreden van de voorwaarde zal doen. Ook in het reeds hiervoor besproken verband van het ontbreken van de inschrijving van de vervulling van een wél in de openbare registers ingeschreven voorwaarde zou art. 3:36 BW aan de derde bescherming kunnen verlenen.⁵⁹⁷ Datzelfde geldt voor de niet in de openbare registers ingeschreven voorwaarde die aan de derde onbekend is.⁵⁹⁸ De *opgewekte schijn* die de wetsbepaling als vereiste voor bescherming vereist, zou alsdan bestaan uit het ontbreken van de inschrijving in de registers van het bestaan van de voorwaarde.

Bij deze toepasselijkheid zou enige twijfel uit de PG kunnen voortvloeien, waar in het verband van art. 3:89 lid 2 BW bij het ontbreken van een voorwaarde bij de titel de PG uitsluitend toepasselijkheid van de artt. 3:24, 3:25, 3:26 en 3:88 BW noemt.⁵⁹⁹ Uit niets volgt echter dat de wetgever bewust art. 3:36 BW uit deze rij van beschermingsbepalingen heeft weggelaten.

De voor de hand liggende conclusie is dan ook dat art. 3:36 BW ook in het kader van voorwaardelijke rechtsverhoudingen toepassing kan vinden.

11.4.4.5 Derdenbescherming uit hoofde van art. 3:86 of 3:88 BW?

Geldend recht, nadere uitwerking

Voor toepasselijkheid van de door de artt. 3:24 en 3:26 BW geboden bescherming stellen deze bepalingen met name feitelijke vereisten: een in de openbare registers inschrijfbaar feit is niet ingeschreven, de derde die zich op bescherming beroept kende het niet-ingeschreven feit niet, et cetera. Dat is ten aanzien van art. 3:36 BW in die zin niet anders, dat deze bepaling bescherming verleent indien aan de vereiste feitelijke omstandigheden wordt voldaan. De artt. 3:86

595 In deze zin ook: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 221; Reehuis 2010, p. 93; Scheltema 2003, p. 350 nt. 64; Asser/Mijnssen-De Haan 3-I 2001, p. 184; Nieskens-Isphording 1993, p. 564, 565; Salomons 1993, p. 864; Zwitser 1990, p. 135. Zie tevens: PG Boek 3, TM, p. 318, waar Meijers t.a.v. (het oorspronkelijke) art. 3.2.3 OM een bescherming van de derde-verkrijger te goeder trouw onderkende.

596 Zie over deze figuur § 7.3.4.2 en m.n. 8.1.3.

597 In dezelfde zin: Van Straaten 1992, p. 195. Overigens stel Van Straaten dat art. 3:36 BW ‘wellicht’ toepassing kan vinden. Vermoedelijk doelt hij daarmee op de vereisten die de bepaling voor toepasselijkheid zelf stelt.

598 In gelijke zin: Pitlo/Reehuis e.a. 2012, p. 175 (en eerder: Reehuis 2010, p. 93); Huijgen 1992, p. 135 nt. 27; Fesevur 1989, p. 117; Rodenburg 1984, p. 19. Buiten het thans besproken verband van de niet-ingeschreven maar aan de derde onbekende voorwaarde wordt art. 3:36 BW ook wel genoemd. Zie: Asser/Mijnssen-De Haan 3-I 2001, p. 184; Salomons 1993, p. 864.

599 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1235.

en 3:88 BW wijken voor wat betreft deze feitelijkheid van de gestelde vereisten van voormelde wetsbepalingen in zekere zin af. Beide bepalingen beschermen immers specifiek tegen beschikkingsonbevoegdheid van de partij die beschikt, waarbij voor de bescherming door art. 3:88 BW additioneel het vereiste geldt dat die beschikkingsonbevoegdheid voortvloeit uit de ongeldigheid van een eerdere overdracht ten gevolge van een gebrek in de titel of de levering.⁶⁰⁰ De geboden bescherming ziet derhalve rechtstreeks op een juridisch gebrek – beschikkingsonbevoegdheid van de partij die beschikt – welk gebrek bij toepasselijkheid van art. 3:88 BW bovendien is gebaseerd op nadere juridisch-inhoudelijke vereisten ten aanzien van het ontstaan van dat gebrek.

Zoals hierna zal blijken, is het op basis van de omstreden verklaring voor de goederenrechtelijke werking van voorwaarden de vraag of in het kader van een tussenbeschikking door de bezwaarde wel sprake is van een dergelijke ontbrekende of beperkte beschikkingsbevoegdheid waartegen de artt. 3:86 en 3:88 BW bescherming verlenen. Daarnaast wordt in het kader van art. 3:88 BW veelal ontkend dat de eerdere beschikking onder voorwaarde ongeldig was, zodat reeds daarom deze bepaling geen toepassing zou kunnen vinden. Met andere woorden, het eventuele ontbreken van de bescherming van de artt. 3:86 en/of 3:88 BW zou zijn gebaseerd op de achterliggende systematiek van een voorwaardelijk beschikken die niet aansluit op de juridisch-inhoudelijke vereisten die deze wetsbepalingen voor bescherming stellen. Meer materiële argumenten waarom derden die te goeder trouw maar onterecht menen van een onvoorwaardelijk rechthebbende te verkrijgen géén bescherming zouden verdienen, vinden we in de literatuur niet.⁶⁰¹

Voor het geldend recht is de mogelijke toepasselijkheid van art. 3:86 BW in het kader van de vervreemding alsof een onvoorwaardelijke gerechtigdheid bestond van een in werkelijkheid door de vervreemder slechts voorwaardelijk gehouden goed in bescheiden mate omstreden.⁶⁰² Ten aanzien van art. 3:88

600 Ik wijs v.w.b. art. 3:86 lid 3 BW – buiten de in deze paragraaf besproken kwestie – overigens op hetgeen Zwolve verdedigd, nl. dat voormelde bepaling van rechtswege leidt tot een voorwaardelijke gerechtigdheid bij de bestolen eigenaar en de verkrijger te goeder trouw (Zwolve 2013, m.n. p. 100).

601 Ik wijs in dit verband op de bescherming die art. 7:42 BW aan derden biedt tegen uitoefening van het recht van reclame. T.a.v. deze bepaling bestaat enig theoretische discussie of deze beschermd tegen een ‘beperkte’ beschikkingsbevoegdheid van de partij die t.b.v. de derde beschikt (zie Fikkers 1992, p. 225 e.v.). De bescherming als zodanig is echter onbetwist.

602 Bij o.m. Nieskens-Isphording vinden we overigens nog de hiervan afwijkende situatie genoemd waarbij de beschikkingsonbevoegde vervreemder zelf onder eigendomsvoorbehoud aan een koper te goeder trouw levert (Nieskens-Isphording 1997, p. 111). Nieskens-Isphording stelt dat deze ‘verkrijger’ te goeder trouw ingeval van deze opschortende voorwaarde geen bescherming kan ontfangen aan art. 3:86 BW. De koper is houder van de zaak en zou derhalve geen bezitter te goeder trouw zijn, waaruit – klaarblijkelijk – zou volgen dat deze ‘verkrijger’ geen bescherming aan deze wetsbepaling zou kunnen ontfangen.

BW is deze in hoge mate betwist. Bij de wetgever bestond daarentegen geen enkele twijfel: blijkens de PG kunnen derde-verkrijgers die te goeder trouw onbekend zijn met het bestaan van een voorwaarde wel degelijk bescherming ontlenen aan deze beide wetsbepalingen.⁶⁰³ In de literatuur bestaat echter een gedifferentieerder beeld, waarbij we in verband met de verschillende gehanteerde argumenten een onderscheid moeten maken tussen beide wetsbepalingen.

Eventuele toepassing van art. 3:86 BW wordt in de literatuur door een ruime meerderheid aanvaard, uiteraard op basis van het uitgangspunt dat de bezwaarde ten gevolge van de voorwaarde niet of 'beperkt' beschikkingsbevoegd is.⁶⁰⁴ Deze toepasselijkheid wordt echter incidenteel ook wel ontkend op grond van de gedachte dat de bezwaarde juist (volledig) beschikkingsbevoegd zou zijn.⁶⁰⁵ We zien derhalve dat, voor zover discussie bestaat ten aanzien van de eventuele toepasselijkheid van deze derdenbescherming, deze voortvloeit uit een verschil van inzicht van wat het goederenrechtelijke gevolg is van een 'voorwaardelijke beschikking'. Of anders gesteld, leidt een dergelijk voorwaardelijk beschikken inderdaad tot een door de voorwaarde in goederenrechtelijk opzicht *beperkte* of *belaste* gerechtigdheid? Een vraag waarvan we in § 11.2.6 zagen dat deze voor het Nederlandse recht sterk omstreden is, maar die door vorenbedoelde auteurs die toepasselijkheid van art. 3:86 BW aanvaarden positief wordt beantwoord.

Deze stellingname is echter onjuist. De (bijzondere) hoedanigheid waaronder een dergelijke verkrijger de zaak vooralsnog houdt, is zonder betekenis voor het al dan niet toekennen van de bescherming van art. 3:86 BW. Art. 3:86 lid 1 BW noemt nota bene de overdracht als bedoeld in art. 3:91 BW – de *machtsverschaffing* bij een eigendomsvoorbehoud – expliciet waarbij de wetsbepaling aan de bedoelde verkrijger bescherming verleent. Dit laatste wordt ook door andere auteurs verdedigd: Peter 2007, p. 141, 142; Asser/Mijnssen-De Haan 3-I 2001, p. 183, 184; Mezas 1985, p. 42, 43.

⁶⁰³ PG Boek 3, MvA II, p. 389 (m.b.t. art. 3:86 BW); PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvA II Inv., p. 1235 (mede m.b.t. art. 3:88 BW: 'Hen onbekende bedingen of voorwaarden kunnen derhalve niet tegen hen worden ingeroepen'); PG Boek 4, MvA II, p. 813 (m.b.t. art. 3:86 BW); PG Boek 6, MvA II, p. 145 (m.b.t. art. 3:86 en 3:88 BW); Kamerstukken II 2000/01, 17213, nr. 6, p. 7.

⁶⁰⁴ Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 220, 221; Hijma e.a. 2013, p. 45; Reehuis 2010, p. 93; Boeve 2007a, p. 15, 43; Snijders 2006, p. 226; Mellema-Kranenburg 2004, p. 40; Hartkamp 2003, p. 893 (en eerder: Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132); Asser/Mijnssen-De Haan 3-I 2001, p. 183, 184; Kortmann 1992, p. 205.

⁶⁰⁵ Salomons 1993, p. 864 (Salomons ziet uitsluitend bescherming u.h.v. art. 3:36 BW). In deze zin (dan ook) de toelichting bij het DCFR t.a.v. Nederlandse recht: Von Bar & Clive (red.) 2009, p. 4708. Impliciet volgt deze zelfde stelling ook uit het betoog van Scheltema, die als voordeel van de door hem verdedigde visie dat de bezwaarde u.h.v. de (ontbindende) een beperkt recht zou hebben, afleidt dat daarmee derdenbescherming u.h.v. art. 3:86 lid 2 BW mogelijk is (Scheltema 2003, p. 350). Blijkbaar zou in zijn optiek de 'normale' bescherming van art. 3:86 lid 1 BW geen toepassing kunnen vinden. Ook bij Cahen vinden we de benadering dat art. 3:86 lid 2 BW toepassing kan vinden (Pitlo/Cahen 2002, p. 39). Cahen onderbouwt dit verder niet.

Ten aanzien van eventuele bescherming op basis van art. 3:88 BW bestaat in de literatuur een veel grotere terughoudendheid. Daarbij zij voorop zij gesteld dat de bescherming van derden tegen hen onbekende voorwaarden in het verband van de goederen waar art. 3:88 BW op van toepassing kan zijn, vaak zal kunnen worden gebaseerd op de artt. 3:24 dan wel 3:26 BW.⁶⁰⁶ Voor die groep van registergoederen is een eventueel beroep op art. 3:88 BW, voor zover dit als zodanig mogelijk zou zijn, met het oog op de omvangrijkere vereisten een tweede keus.⁶⁰⁷ Het is dan ook vooral de groep van niet-registergoederen die wél onder het bereik van art. 3:88 BW vallen – met name de vorderingen op naam – waarvoor eventuele toepasselijkheid van deze bepaling in het verband van voorwaardelijkheid van belang is.

Een redelijk aantal auteurs verdedigt dat art. 3:88 BW geen toepassing kan vinden. Het merendeel van deze auteurs stelt dat weliswaar sprake is van beschikkingsonbevoegdheid bij de vervreemder voor wat betreft een beschikken over een onvoorwaardelijk recht, maar dat deze beschikkingsonbevoegdheid niet voortvloeit uit de ongeldigheid van een eerdere overdracht.⁶⁰⁸ Voor dat laatste zou nodig zijn dat ten gevolge van de voorwaarde reeds de eerdere overdracht waarbij de bezwaarde ‘verkreeg’ niet is geslaagd. Het is met name dit specifieke door art. 3:88 BW gestelde vereiste wáárom de bezwaarde niet beschikkingsbevoegd zou zijn, dat aan toepasselijkheid van deze bepaling in de weg zou staan. Naast deze benadering voor afwijzing van toepasselijkheid van art. 3:88 BW vinden we in de literatuur nog een beperkt aantal andere argumentaties voor een dergelijke afwijzing.⁶⁰⁹

606 Zie § 11.4.4.2 ter zake de vraag welke van beide wetsbepalingen toepassing dient te vinden.

607 Terzijde wijs ik er op dat – buiten het specifieke verband van voorwaarden – enige discussie bestaat óf bij de artt. 3:24 en 3:88 BW sprake kan zijn van samenloop. Zie verder Rank-Berenschot met de door haar besproken literatuur (Rank-Berenschot 1992a). Deze zeker niet alleen op voorwaarden betrekking hebbende kwestie laat ik voor wat zij is, zij het dat deze in het thans besproken verband uiteraard wel belang heeft.

608 Fesevur 2005, p. 173 (en eerder: Fesevur 1989, p. 118); Scheltema 2003, p. 350 nt. 64; Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 2002, p. 39, 40; Nieskens-Isphording 1993, p. 563; Van Straaten 1992, p. 195; Olthof 1986, p. 46 nt. 19. Overigens stelde Nieskens-Isphording eerder dat art. 3:88 wel degelijk toepassing zou kunnen vinden (Nieskens-Isphording 1989, p. 73 nt. 11).

609 Huijgen stelt bijv. dat een ontbindende voorwaarde leidt tot ‘een gebrek in de (volledige) beschikkingsbevoegdheid’ van de bezwaarde, waardoor derden geen bescherming zouden kunnen ontlenen aan art. 3:88 BW (Huijgen 1992, p. 135). Ook Mijnsen en De Haan verdedigen dat art. 3:88 BW geen toepassing kan vinden, maar de gevolgde redenering is niet goed begrijpelijk. Zij stellen: ‘Deze bepaling [art. 3:88 BW, HS] biedt een verkrijger slechts bescherming tegen onbevoegdheid van een vervreemder die *niet* [cursivering in geciteerde tekst] het gevolg is van onbevoegdheid van een vroegere vervreemder. Hier gaat het om overdracht van de vordering alsof van een ontbindende voorwaarde geen sprake was. Tot zodanige overdracht was de vervreemder niet bevoegd. We hebben hier dus te maken met een geval waarin de vervreemder *wel* [cursivering in geciteerde tekst] onbevoegd was.’ (Asser/Mijnsen-De Haan 3-I 2001, p. 184).

Tegenover deze afwijzing vinden we ook een aantal auteurs die toepassing van art. 3:88 BW zouden willen aanvaarden.⁶¹⁰ Bartels en Tweehuysen verdedigen in het kader van de overdracht van een registergoed waarbij een voorwaarde niet in de openbare registers is ingeschreven dat deze wetsbepaling toepassing vindt of tenminste toepassing zou moeten vinden.⁶¹¹ Het nadere vereiste van art. 3:88 BW dat de beschikkingsonbevoegdheid van de bezwaarde het gevolg is van een titel- of leveringsgebrek in een eerdere overdracht, onderbouwen zij daarbij als volgt. Uit hoofde van de eerdere levering aan de bezwaarde is schijnbaar onvoorwaardelijke eigendom overgedragen, waar uit hoofde van de titel die uitsluitend strekt tot een overdracht onder voorwaarde in werkelijkheid slechts voorwaardelijke eigendom is overgedragen. In het verband van de eerdere overdracht als bedoeld in art. 3:88 BW zou daarmee het 'meerdere' – de onvoorwaardelijke eigendom in plaats van de voorwaardelijke – tóch sprake zijn van een gebrekkige overdracht uit hoofde van een titelgebrek. Ook Reehuis hanteert deze benadering.⁶¹²

Ten aanzien van de overdracht onder ontbindende voorwaarde van een vordering, welke vordering door de betreffende verkrijger vervolgens onvoorwaardelijk wordt overgedragen aan een derde, lijken Bartels en Van Mierlo ten aanzien van de toepasselijkheid van art. 3:88 BW een minder juiste benadering te hanteren.⁶¹³ Althans, aan de vraag waarom de eerdere overdracht als 'ongeldig' zou kwalificeren om aldus aan toepasselijkheid van art. 3:88 BW te kunnen toekomen, gaan zij stilzwijgend voorbij. Plemp onderkent daarentegen expliciet dat de eerdere overdracht onder voorwaarde geldig is, maar verdedigt op basis van een aantal argumenten dat art. 3:88 BW niettemin toch toepassing kan vinden.⁶¹⁴ Zijn in het thans besproken verband voornaamste argument is daarin gelegen, dat de wetgever met name beoogde om derdenbescherming uit te sluiten in het geval de beschikkingsonbevoegdheid van de bezwaarde het gevolg zou zijn van beschikkingsonbevoegdheid van de aanvankelijke vervreemder. Met andere woorden, aan het enkele feit dat de eerdere overdracht geldig is, zou in de visie van Plemp blijkbaar minder gewicht moeten worden toegekend. Daarnaast wijst Plemp er op dat met het onder het NBW komen te ontbreken van terugwerkende kracht bij het intreden van voorwaarden niet beoogd was een dergelijke derdenbescherming te beperken. In dat laatste verband wijs ik er nogmaals op dat blijkens voormelde PG de wetgever inderdaad bescherming uit hoofde van art. 3:88 BW mogelijk

610 Naast de hierna te bespreken auteurs aanvaardt ook Hartkamp toepasselijkheid van art. 3:88 BW, echter zonder nadere onderbouwing (Asser/Hartkamp 4-I 1996, p. 132). Dat geldt ook voor Boeve (Boeve 2007a, p. 15, 43). Met enige voorzichtigheid aanvaardt ook Perrick een dergelijke toepassing m.b.t. beschikkingen verricht door de langstlevende echtgenoot bij een voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling (Perrick 1992, p. 791).

611 Bartels & Tweehuysen 2011, p. 367-371.

612 Reehuis 2010, p. 93; Pitlo/Reehuis 2006, p. 186.

613 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, p. 221.

614 Plemp 1990, p. 42.

achte. Tot slot onderschrijven ook Snijders en Rank-Berenschot dat art. 3:88 BW bij de niet-ingeschreven voorwaarde vanwege het ontbreken van de ongeldigheid van de eerdere overdracht naar de letter geen bescherming biedt.⁶¹⁵ Op basis van de ratio van de door art. 3:88 BW geboden bescherming zou deze in hun optiek echter wel toepassing moeten vinden.

Als ik het vorenstaande samenvat is de nauwelijks weersproken visie dat de artt. 3:86 en 3:88 BW in beginsel toepassing zouden kunnen vinden, omdat de bezwaarde beschikkingsonbevoegd is ten aanzien van een onvoorwaardelijke gerechtigdheid. Daadwerkelijke toepassing van art. 3:88 BW is uitsluitend omstreden vanwege het additionele vereiste van de ongeldigheid van een vroegere overdracht die ten grondslag moet liggen aan die beschikkingsonbevoegdheid. Ten aanzien van dit laatste bieden de vorenomschreven argumenten in mijn optiek overigens afdoende gewicht om deze 'hobbel' voor toepasselijkheid van art. 3:88 BW te kunnen nemen. Met uitzondering van Salomons wordt toepasselijkheid van de artt. 3:86 en 3:88 BW daarmee in elk geval niet afgewezen op grond van de gedachte, dat de bezwaarde vooralsnog gewoon beschikkingsonbevoegd is.

Onverminderd het feit dat ook ik de door deze wetsbepalingen geboden bescherming in het kader van voorwaardelijkheid wenselijk acht, wil ik niettemin enkele vraagtekens plaatsen bij de achterliggende systematiek. Inherent aan de stelling dat de bezwaarde niet of 'beperkt' beschikkingsonbevoegd is, is immers dat de voorwaardelijkheid van de aanvankelijke beschikking klaarblijkelijk een systematiek respectievelijk verklaring kent die gebaseerd is op goederenrechtelijke gerechtigdheid. Uitsluitend een beperking van deze goederenrechtelijke gerechtigdheid – hoe we die verder ook zouden moeten zien – kan immers leiden tot een 'beperking' ten aanzien van de beschikkingsonbevoegdheid van de gerechtigde. Het wekt in die zin dan ook geen verbazing dat vrijwel alle voormelde auteurs die toepasselijkheid van beide wetsbepalingen (in beginsel) aanvaarden, de verklaring van de goederenrechtelijke werking inderdaad op het terrein van de goederenrechtelijke gerechtigdheid zoeken dan wel tenminste de voorwaarde laten 'doorwerken' in het goed dat wordt verkregen (althans, voor zover deze auteurs zich daarover hebben uitgesproken).⁶¹⁶ Opvallend is dan ook dat ik bij geen van de auteurs die de goederenrechtelijke werking van voorwaarden verklaren uit de voorwaardelijkheid van de titel of de levering een afwijzing (of overigens een aanvaarding) heb gevonden van toepasselijkheid van de artt. 3:86 of 3:88 BW.

In dit laatste vinden we wederom een verschil in benadering met het hierna besproken Duitse recht. De verklaring van de goederenrechtelijke werking

⁶¹⁵ Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 338.

⁶¹⁶ Kortmann vormt hierop de uitzondering, waarbij ik echter aanteken dat de door hem verdedigde visie op de verklaring van de goederenrechtelijke werking in verscheidene opzichten als zodanig reeds onhoudbaar is (zie § 11.2.6.2).

is naar Duits recht gelegen in de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst – de voorwaardelijkheid van een overdrachtsvereiste derhalve en niet van de goederenrechtelijke gerechtigdheid van de bezwaarde – waarmee de bezwaarde dus volledig beschikkingsbevoegd is. Derdenbescherming vindt dan ook systematisch geheel juist plaats door middel van het van *overeenkomstige* toepassing verklaren van derdenbeschermingsbepalingen. Anders dan in het Duitse recht is derhalve voor het Nederlandse recht het tweede aspect van de goederenrechtelijke werking, bestaande uit de werking ten opzichte van derden, in het thans besproken verband van de derdenbescherming systematisch beschouwd wederom niet in ieder opzicht even goed uitgewerkt.

Duits en Zwitsers recht

Bij de vorenstaande bespreking van het Nederlands geldend recht kwam naar voren dat de derdenbescherming van de artt. 3:86 en 3:88 BW door (een deel van) de literatuur wordt aanvaard op basis van de gedachte, dat de bezwaarde beschikkingsonbevoegd is ten aanzien van het gehele – door de bezwaarde voorwaardelijk gehouden – goed. Met andere woorden, de bezwaarde zou slechts beschikkingsbevoegd zijn ten aanzien van het goed onder voorwaarde, maar niet ten aanzien van het onvoorwaardelijk gehouden goed. Dit is zeker niet de benadering in het Duitse en Zwitserse recht. In beide stelsels is de bezwaarde immers zonder meer beschikkingsbevoegd gedurende de periode van onzekerheid. Het verval van tussenbeschikkingen bij het intreden van de voorwaarde ten voordele van de verwachter wordt dan ook niet afgeleid uit een goederenrechtelijke systematiek, maar uit de wetsduiding als gelegen in § 161 leden 1 en 2 BGB respectievelijk art. 152 III OR.⁶¹⁷ Een eventuele derdenbescherming heeft daarmee feitelijk geen betrekking op bescherming tegen een daadwerkelijke beschikkingsonbevoegdheid van de bezwaarde die een tussenbeschikking verricht, maar op bescherming tegen de wetsduiding van voormelde bepalingen.

Systematisch juist worden voor het Duitse recht dan ook op grond van § 161 lid 3 BGB derdenbeschermingsbepalingen ter zake een beschikkingsonbevoegdheid van de bezwaarde die beschikt van *overeenkomstige* toepassing verklaard. Rechtstreekse toepassing daarvan is immers op grond van de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde niet mogelijk.⁶¹⁸ Het Duitse recht kent derhalve op dit punt een coherente systematiek, waarbij aan de derde bescherming wordt verleend als ware de bezwaarde beschikkingsonbevoegd. Een bescherming die er per saldo op neerkomt dat de wetsduiding van § 161 BGB geen toepassing vindt.

⁶¹⁷ Zie § 11.2.5.2 en § 11.2.5.3.

⁶¹⁸ Deze systematiek wordt in de Duitse literatuur ook onderschreven, zie o.a.: Staudinger/Bork 2010, p. 350.

Anders dan voor het Duitse recht is de verklaring van de goederenrechtelijke werking in de Zwitserse literatuur omstreden, voor zover al aandacht bestaat voor die verklaring. Zoals gezegd geldt deze onduidelijkheid niet voor de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde ten aanzien van het voorwaardelijk overgedragen goed; de bezwaarde kan over het goed beschikken als ware hij onvoorwaardelijk gerechtigde. Eventuele derdenbescherming ten behoeve van een derde die van de bezwaarde verkrijgt, is dan ook overeenkomstig hetgeen ik hiervoor ten aanzien van het Duitse recht stelde in feite een bescherming tegen toepassing van de wetsduiding van § 152 III OR. Een bepaling als § 161 lid 3 BGB ontbreekt echter in het Zwitserse recht. In de Zwitserse literatuur wordt wel gesteld dat de derde te goeder trouw zich niettemin op art. 933 ZGB zou kunnen beroepen, welke bepaling bescherming verleent tegen de beschikkingsonbevoegdheid van een partij die beschikt over een roerende zaak.⁶¹⁹ Of deze mogelijke toepassing van art. 933 ZGB al dan niet bredere aanvaarding kent, is mij niet gebleken.

Iets anders is dat de mogelijkheden van een voorwaardelijk beschikken in het Zwitsers recht in redelijke mate begrensd of tenminste omstreden zijn en in die zin eventuele derdenbescherming hoe dan ook een beperktere omvang heeft.⁶²⁰ Daarnaast is het verrichten van een tussenbeschikking door de bezwaarde ten aanzien van roerende zaken veelal feitelijk niet mogelijk, hetgeen eveneens de behoefte aan derdenbescherming beperkt.⁶²¹ Verder is een mogelijke beperking van derdenbescherming daarin gelegen, dat het enigszins de vraag is of art. 152 III OR ook toepassing vindt bij ontbindend voorwaardelijke rechtsverhoudingen.⁶²² Zo niet, dan vervallen tussenbeschikkingen ten behoeve van derden hoe dan ook niet en hebben deze derden uiteraard ook geen behoefte aan een dergelijke bescherming. Tot slot kent het Zwitsers recht überhaupt geen bescherming van de cessionaris die van een beschikkingsonbevoegde verkrijgt. Ook de cessionaris die derhalve onterecht meent een vordering onvoorwaardelijk te verkrijgen, kan zich derhalve niet op derdenbescherming beroepen.⁶²³

619 De bescherming van art. 933 ZGB van de derde zou voorrang genieten boven die van art. 152 III OR voor de verwachter (Huguenin e.a. 2008, p. 200). Waarom art. 933 ZGB toch toepassing zou vinden ondanks dat de bezwaarde niet beschikkingsonbevoegd is, verklaart Huguenin niet.

620 Zie § 5.3.2 en § 11.1.4.

621 Voor de levering van roerende zaken is o.g.v. art. 714 jo 922 ZGB vrijwel steeds een daadwerkelijke feitelijke bezitsverschaffing vereist, ook bij een overdracht onder opschortende voorwaarde. Doordat deze verwachter derhalve bijna altijd de feitelijke macht over de voorwaardelijk verkregen roerende zaak uitoefent, ontbreekt het de bezwaarde die reeds heeft beschikt aan de mogelijkheid om over dezelfde zaak nogmaals ten behoeve van derden te beschikken. Daarvoor zou hij immers zelf nog de feitelijke bezitter moeten zijn.

622 Dit lijkt wel de heersende leer te zijn, zie § 11.2.5.3.

623 Koller 2009, p. 1288; Honsell 2008, p. 618; Staehelin 1993, p. 33. Door Berger wordt in afwijking hiervan verdedigd dat deze cessionaris te goeder trouw bescherming dient te

We zien derhalve dat het Duitse recht door middel van overeenkomstige toepassing van derdenbeschermingsbepalingen aan derden (eventueel) bescherming verleent tegen het verval van hun gerechtigdheid uit hoofde van het intreden van een voorwaarde. Voor het Zwitsers recht is dat minder duidelijk en is de eventuele toepasselijkheid van een dergelijke derdenbescherming in elk geval op verschillende gronden beperkt.

11.4.4.6 *Het moment waarop bescherming intreedt en eventueel weer vervalt*

Geldend recht, nadere uitwerking

In de standaard situatie van toepasselijkheid van een derdenbeschermingsbepaling treden de gevolgen van die bescherming in per het moment van beschikken, derhalve het moment van levering aan of bezwaring ten behoeve van de derde. Bij de in deze paragraaf besproken bescherming in het kader van voorwaardelijkheid is dat in beginsel niet anders. Voor één situatie geldt echter een andere systematiek. Dat betreft het verder uitsluitend in de inleiding van deze paragraaf genoemde geval, waarbij door een geheel beschikkingsonbevoegde ten behoeve van de derde is beschikt, maar onder een voorwaarde. De derde verkrijgt derhalve in zijn beleving zelf onder voorwaarde overgedragen door een beschikkingsbevoegde. Voor die situatie ligt de gedachte voor de hand dat de bescherming van de derde – of beter: het rechtsverlies uit hoofde van die derdenbescherming van de eigenlijk gerechtigde – eveneens afhankelijk dient te zijn van die voorwaarde.

Van de verschillende denkbare situaties waarbij het (definitieve) rechtsverlies van de eigenlijk gerechtigde afhankelijk is van het intreden van de voorwaarde waaronder de derde verkreeg, noemt de wet er in art. 3:86 lid 2 BW één: een beperkt recht van de eigenlijk gerechtigde vervalt pas op het moment dat de opschortende voorwaarde waaronder de derde verkreeg intreedt.⁶²⁴ Met andere woorden, vooralsnog is het uit de derdenbescherming voortvloeiende rechtsverlies van de eigenlijk gerechtigde opgeschort. Het bijzondere aan deze systematiek is dat het toetsingsmoment voor de vraag of voldaan wordt aan de vereisten voor derdenbescherming – de levering aan of eventueel bezwaring ten behoeve van de derde – voorafgaat aan het moment waarop de gevolgen van eventuele bescherming intreden. Of anders gezegd, de eventuele bescherming van de derde (verwachter) is vanaf het moment van de beschikking zekergesteld, maar de eventuele gevolgen van die bescherming zijn afhankelijk van het intreden van de voorwaarde. Het vorenstaande volgt

verkrijgen u.h.v. analoge toepassing van art. 164 II OR (Berger 2012, p. 260). De mogelijkheid van cessie onder een ontbindende voorwaarde is naar Zwitsers recht overigens omstreden.

⁶²⁴ Een toevoeging die blijkens de PG pas in een zeer laat stadium is opgekomen. De zeer uitgebreide PG bij art. 3:86 BW bevat overigens slechts minimale aandacht voor deze toevoeging (zie PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1216).

(voor wat betreft het eigendomsvoorbehoud) rechtstreeks uit art. 3:86 lid 2 BW en wordt als resultaat in de literatuur ook terecht onderschreven.⁶²⁵

Bij art. 3:86 lid 2 BW vallen niettemin een aantal opmerkingen te maken, die er alle op neerkomen dat het naar de letterlijke redactie geboden toepassingsbereik van de bepaling te beperkt is. Zo is er geen enkele reden deze systematiek uitsluitend toe te passen bij de specifieke voorwaarde van het eigendomsvoorbehoud, maar is deze zonder meer ook toepasbaar bij andersoortige voorwaarden. Daarnaast bestaat geen enkel argument om deze systematiek uitsluitend te laten gelden ten aanzien van de in art. 3:86 lid 1 BW genoemde goederen. Tot slot blijft onduidelijk waarom de wetgever de bepaling van lid 2 uitsluitend geredigeerd heeft op het verval van een beperkt recht van de eigenlijk gerechtigde. Waarom zou deze systematiek niet gelden voor de situatie waarin de gerechtigdheid van de eigenlijk gerechtigde betrekking heeft op een onbezwaard goed in plaats van een beperkt recht en de vervreemder derhalve geheel beschikkingsonbevoegd is? In dit laatste valt geen enkel argument te bedenken voor de opvatting dat de eigenlijk gerechtigde in dat geval direct – derhalve reeds vóór het intreden van de opschortende voorwaarde waaronder de derde verkreeg – zijn gerechtigdheid tot het goed zou moeten verliezen.⁶²⁶ Samengevat heeft art. 3:86 lid 2 BW een strekking die bij een verkrijging onder opschortende voorwaarde door een derde een veel ruimer bereik heeft dan uit de bepaling naar de letter voortvloeit.

Naast de vorenbesproken situatie kan zich ook de spiegelbeeldige situatie voordoen waarbij de derde onder een ontbindende voorwaarde verkreeg met toepassing van een derdenbeschermingsbepaling. In die situatie bestaat er uiteraard alle reden om het rechtsverlies van de eigenlijk gerechtigde ten gevolge van de bescherming direct ten tijde van de beschikking ten behoeve van de derde te aanvaarden. Andersom bestaat er daarentegen geen enkele reden om dit rechtsverlies te handhaven indien de ontbindende voorwaarde op een later moment zou intreden en de gerechtigdheid van de derde dientengevolge eindigt. Ware dit laatste anders, dan zou de beschikkingsonbevoegde vervreemder via de derdenbescherming van de derde alsnog zelf de werkelijk gerechtigde tot het goed worden – een onacceptabel resultaat. Ik wil derhalve verdedigen dat het rechtsverlies van de eigenlijk gerechtigde onder dezelfde voorwaarde plaatsvindt als waaronder de derde verkreeg, ook al kent de wet geen enkele bepaling waar we dit gevolg rechtstreeks op zouden kunnen baseren.

Bij de hiervoor door mij verdedigde (veel) bredere betekenis die de voorwaardelijkheid van de verkrijging van de derde heeft in het verband van het

625 Reehuis 2013, p. 79 e.v.; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, p. 529; Fesevur 2005, p. 180.

626 In dezelfde zin: Fesevur 2005, p. 180.

rechtsverlies van de eigenlijk gerechtigde dan rechtstreeks uit art. 3:86 lid 2 BW voortvloeit, zij het volgende opgemerkt. De verkrijging door de derde uit hoofde van derdenbescherming vormt een originaire verkrijging. Deze wijze van verkrijging maakt het niet eenvoudig een theoretisch kader te omschrijven waaruit zou volgen, dat het door mij voorgestane rechtsverlies van de eigenlijk gerechtigde inderdaad slechts voorwaardelijk plaatsvindt. Als gezegd biedt ook de wet buiten het zeer beperkte bereik van art. 3:86 lid 2 BW daarvoor geen grondslag. Niettemin kunnen we uit deze wetsbepaling afleiden dat ook de wetgever onderschrijft, dat de voorwaardelijkheid van de verkrijging door de derde van betekenis moet zijn ten aanzien van het rechtsverlies door de eigenlijk gerechtigde. De wetgever heeft 'slechts' verzuimd die gedachte in het BW goed uit te werken.⁶²⁷ Ook al is het theoretisch kader voor deze benadering derhalve lastig, niettemin wil ik op grond van de ratio van de geboden bescherming aan het vorenstaande vasthouden.

⁶²⁷ Gezien het in het rechtsverkeer ongetwijfeld uiterst bescheiden belang van deze nuancering van de derdenbescherming is het eigenlijk reeds verwonderlijk dat art. 3:86 lid 2 BW in de wet is opgenomen. Ik wil de wetgever in die zin ook zeker niet te hard afvallen.