



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

Samenvatting en conclusies

DE VOORWAARDE IN HET VERMOGENSRECHT

Onderstaand geef ik een samenvatting van dit onderzoek tezamen met de conclusies zoals ik deze verspreid over deze studie reeds heb verwoord. Deze samenvatting is met name een weergave van hetgeen ik zelf verdedig, deels ook in afwijking van hetgeen we als het thans geldend Nederlandse recht kunnen beschouwen. Voor een weergave van het eventueel andersluidende Nederlandse recht verwijs ik naar de betreffende delen van deze studie.

Voorwaarden zijn in die zin een bijzondere rechtsfiguur dat uit hoofde van de partijwil de aan voorwaarden inherente onzekerheid aan een rechtsverhouding wordt toegevoegd. Onzekerheid die zónder dat partijen een voorwaarde overeengekomen zouden zijn naar alle waarschijnlijkheid ook zonder enige betekenis voor die rechtsverhouding zou zijn gebleven. Deze mogelijkheid om door middel van voorwaarden specifieke onzekerheden in de rechtsverhouding te verdisconteren en daarmee de verdere gevolgen van de rechtsverhouding afhankelijk te maken van een onzekere gebeurtenis, leidt ertoe dat voorwaarden zowel in het rechtsverkeer als in dogmatisch opzicht zeer uiteenlopende functies vervullen. Voor het rechtsverkeer bestaat de voornaamste functie uit het hanteerbaar maken of de herverdeling van risico's tussen partijen. Voor wat betreft de dogmatiek is de voor de hand liggende belangrijkste functie gelegen in de afhankelijkheid tussen het al dan niet intreden van de onzekere gebeurtenis en het daarvan afhankelijke rechtsgevolg.

Voor wat betreft de aan voorwaarden inherente onzekerheid doet zich de vraag voor welke vereisten aan die onzekerheid gesteld worden om van een 'voorwaarde' te kunnen spreken. Voor het Nederlands geldend recht bestaat er vrijwel geen twijfel over dat steeds sprake moet zijn van 'objectieve onzekerheid'. Onzekerheid derhalve met betrekking tot een gebeurtenis die zich nog niet heeft voorgedaan en van welke gebeurtenis evenmin vaststelbaar is of deze in de toekomst zal plaatsvinden. De te hanteren norm óf sprake is van een dergelijke onzekerheid is vrij strikt, maar bestaat niet uit een vereiste van absolute onzekerheid. In de literatuur vinden we in dat verband onder andere de norm van een 'naar algemeen menselijke ervaring' bestaande onzekerheid. Een dergelijke norm laat ruimte voor toekomstige gebeurtenissen waarvan

redelijkerwijs niet is vast te stellen of deze zullen plaatsvinden, maar waarvan het toekomstige al dan niet plaatsvinden in bijvoorbeeld natuurwetenschappelijk opzicht van aanvang af een vaststaand gegeven is. Voor de praktijk bestaat in die zin derhalve wel enige – zij het bescheiden – speelruimte met betrekking tot het soort gebeurtenis dat de inhoud van een voorwaarde kan vormen.

Een uitsluitend ‘subjectieve onzekerheid’ – onzekerheid bij partijen ten aanzien van een objectief zekere gebeurtenis – wordt in dit verband niet beschouwd als daadwerkelijke onzekerheid. Dit laatste deels in afwijking van de literatuur onder het OBW alsmede het Duitse en Zwitserse recht, in welke stelsels in ieder geval in materieel opzicht afwijkende benaderingen worden gehanteerd. Ook in mijn optiek bestaan geen bezwaren tegen uitsluitend subjectief onzekere voorwaarden en hebben deze ook een zinvolle functie. Partijen weten bijvoorbeeld ten tijde van het aangaan van een koopovereenkomst nog niet of de verkochte en reeds bestaande zaak voldoet aan bepaalde objectief vast te stellen kwaliteitseisen. Deze onzekerheid is van uitsluitend subjectieve aard, omdat reeds bij het aangaan van de koop sprake is van een objectief vaststelbare situatie. Het aangaan van de koopovereenkomst onder de voorwaarde dat zal blijken dat de zaak aan deze vereisten voldoet, is ook buiten een figuur als de ‘koop op proef’ een te aanvaarden figuur. Daaruit volgt dat in mijn optiek de uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde tot een (tenminste in materieel opzicht) voorwaardelijke rechtsverhouding tussen partijen leidt, met vrijwel alle gevolgen die aan voorwaardelijkheid zijn verbonden. Dit kan systematisch beschouwd het beste worden bereikt met een analoge toepassing van de wettelijke bepalingen ter zake voorwaarden, zoals dit ook voor het Duitse recht veelal wordt verdedigd.

Uitgezonderd van deze mogelijkheid om ook uitsluitend subjectieve voorwaarden aan een rechtsverhouding te kunnen verbinden, zijn goederenrechtelijke verhoudingen. Een beschikken over een goed kan derhalve niet plaatsvinden onder een uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde. Aanvaarding van deze laatste mogelijkheid leidt namelijk tot een ongewenste relativering van eigendom. Derden behoeven immers niet in dezelfde subjectieve onzekerheid als partijen te verkeren, waarmee de tussen partijen bestaande voorwaardelijke gerechtigdheid tot een goed voor wat betreft deze derden een onvoorwaardelijke gerechtigdheid van een van beide partijen zou zijn.

Het voor het geldend recht toepasselijke vereiste van objectieve onzekerheid laat onverlet dat het op enig moment bestaan van subjectieve onzekerheid bij partijen eveneens een vereiste voor voorwaardelijkheid vormt. Dé grondslag voor het bestaan van voorwaardelijkheid is namelijk gelegen in de partijwil. Deze partijwil kan echter uitsluitend gericht zijn geweest op het overeenkomen van een voorwaarde indien door partijen ook daadwerkelijk getwijfeld werd aan de uitkomst van de toekomstige onzekere gebeurtenis. Het ná de totstandkoming van de voorwaardelijkheid alsnog eindigen van subjectieve onzekerheid bij het tegelijkertijd voortbestaan van objectieve onzekerheid is voor de (reeds bestaande) voorwaardelijkheid daarentegen zonder betekenis. De

voorwaardelijkheid is immers door partijen in het leven geroepen, waarmee – buiten de vorenbesproken situatie van een uitsluitend subjectief onzekere voorwaarde – de subjectieve onzekerheid in het verband van de voorwaardelijkheid geen functie meer vervuld.

Het OBW kende in afwijking van in elk geval het huidige Nederlandse en het Duitse recht een systematiek waarbij voorwaarden terugwerkende kracht hadden. Een figuur waarvan de essentie is gelegen in het feit dat het intreden van de voorwaarde ook voor het verleden in *goederenrechtelijk* opzicht gevolgen heeft. Een uitsluitend ‘obligatoire terugwerkende kracht’ bestaande uit de verplichting de andere partij in de positie te brengen alsof sprake is van een daadwerkelijke – goederenrechtelijke – terugwerkende kracht is daarentegen niets anders dan een wijze van vaststelling van de omvang van obligatoire verplichtingen tussen partijen per het moment van het intreden van de voorwaarde. Van enigerlei juridische fictie is bij deze laatste figuur geen sprake. Een dergelijke obligatoire terugwerkende kracht kent ook niet de vele nadelen van ‘daadwerkelijke’ terugwerkende kracht, zodat het partijen ook onder het NBW vrijstaat deze overeen te komen.

De in goederenrechtelijk opzicht terugwerkende kracht vormt daarentegen wel degelijk een juridische fictie en leidde onder het OBW tot een lange reeks van vraagstukken en problemen. In verband met deze problemen – maar overigens niet omdat sprake is van een fictie – liet Meijers de figuur van de terugwerkende kracht in goederenrechtelijke zin bij voorwaarden dan ook geheel terecht in het NBW vervallen. Voor het thans geldend recht is dit in goederenrechtelijk opzicht ontbreken van terugwerkende kracht van dwingend recht.

De vraag op welke wijze de figuur van voorwaarden is ingepast in het vermogensrechtelijke systeem, kunnen we vanuit een aantal invalshoeken benaderen. Verreweg de belangrijkste daarvan bestaat uit de vraag hoe we de *gevolgen* van voorwaardelijkheid in deze vermogensrechtelijke systematiek moeten plaatsen. In het kader van die vraag wordt veelal de term ‘voorwaardelijke werking’ gehanteerd. Ondanks de vanzelfsprekendheid waarmee deze term wordt gebruikt, is echter sprake van een onduidelijk en allesbehalve eenduidig begrip. Met name is de vraag of de voorwaardelijke werking moet worden beschouwd als beschrijvend dan wel verklarend van aard. In het eerste geval omvat het begrip van de voorwaardelijke werking niet meer dan een duiding van de verschillende gevolgen van de voorwaardelijkheid, terwijl uit de voorwaardelijke werking als verklarend begrip de verschillende gevolgen uit dit begrip worden afgeleid.

Om de achterliggende systematiek van de gevolgen van voorwaardelijkheid te doorgronden, heb ik eerst de begrippen ‘overeenkomst’ en ‘verbintenis’ bestudeerd. Daarbij bleek dat niet alleen de inhoud van deze begrippen ten dele lastig is vast te stellen, maar tevens dat tussen de onderzochte stelsels

dienaangaande wezenlijke verschillen bestaan die ook consequenties hebben in het verband van voorwaardelijkheid. Met name de allocatie van de 'rechtsbetrekking' tussen partijen als deel van het begrip van de overeenkomst dan wel van de verbintenis blijkt voor de te hanteren systematiek belangrijke gevolgen te hebben. Onder deze rechtsbetrekking is te verstaan de relatie tussen partijen op een bepaald moment – in de zin van het samenstel van alle ingetreden rechtsgevolgen – zoals deze is gelegen in of voortvloeit uit de overeenkomst dan wel de verbintenis tussen partijen. Het systematische belang van de allocatie van deze rechtsbetrekking in relatie tot voorwaardelijkheid is gelegen in de volgende twee aspecten.

Op de eerste plaats is deze allocatie van belang in verband met het feit dat de overige bestudeerde stelsels het directe bestaan van de opschortend voorwaardelijke verbintenis afwijzen. Daaruit volgt dat alle rechtsgevolgen die geplaatst worden op dit niveau van de verbintenis tót het intreden van de opschortende voorwaarde uit hoofde van de systematiek evenmin direct kunnen bestaan. Onder het OBW leidde dat bijvoorbeeld tot een moeizame verklaring van de directe binding tussen partijen, waar deze binding geplaatst werd op het niveau van de (nog niet bestaande opschortend voorwaardelijke) verbintenis. In het Duitse recht leidt deze systematiek tot een lastige verklaring van de gevolgen die worden samengevat onder de term 'Vorwirkung'. Voor het thans geldend Nederlandse recht is deze kwestie daarentegen zonder belang, omdat (ook) de opschortend voorwaardelijke verbintenis als direct bestaand wordt beschouwd.

Op de tweede plaats is de allocatie van de rechtsbetrekking in relatie tot de voorwaarde van belang, omdat deze als verklaringsgrond gewenste relatie uitsluitend begrijpelijk is indien de rechtsbetrekking en voorwaarde zich op dezelfde niveaus bevinden. De beëindiging van een overeenkomst als bron van verdere verbintenissen is bijvoorbeeld slechts begrijpelijk, indien de ontbindende voorwaarde uit hoofde waarvan wordt beëindigd zich op het niveau van deze overeenkomst bevindt. Een benadering waarbij de ontbindende voorwaardelijkheid van een verbintenis gevolgen heeft voor de ontstaansbron van die verbintenis – de overeenkomst – is daarentegen een ondoorgrondelijke systematiek, waar oorzaak en gevolg immers zouden worden omgedraaid.

Nadat ik voor de verschillende stelsels de (onderling afwijkende) allocaties van de rechtsbetrekking heb vastgesteld, heb ik de opschortend en de ontbindend voorwaardelijke werking ieder vanuit twee aspecten bestudeerd. Bij de opschortend voorwaardelijke werking heb ik in dat verband de verklaringsgrond voor het bestaan van de 'Vorwirkung' onderzocht alsmede de (on)mogelijkheid van nakoming van de opschortend voorwaardelijke verbintenis vóór het eventuele intreden van de voorwaarde. Voor beide aspecten blijkt wezenlijk te zijn dat naar Nederlands geldend recht de opschortend voorwaardelijke rechtsverhouding direct bestaat. Een systematiek die inhoudelijk overeenstemt met het Zwitsers recht, maar afwijkt van het OBW en het Duitse recht waar

de rechtsbetrekking wordt geplaatst op het niveau van de (nog) niet bestaande verbintenis.

Met dit directe bestaan van de rechtsverhouding is eigenlijk de vraag waarom bepaalde effecten van die rechtsverhouding vóór het in vervulling gaan van de voorwaarde nog *niet* zouden intreden. Dat een direct bestaande rechtsverhouding (nog) geen gevolgen heeft, vraagt immers om een nadere verklaring. De in de literatuur gehanteerde benadering is daarentegen meestal spiegelbeeldig in die zin, dat de te beantwoorden vraag zou zijn waarom bepaalde effecten *wel* direct zouden intreden ondanks de 'opgeschorte werking' uit hoofde van de opschortende voorwaarde. Dit laatste vanuit de gedachte dat deze opgeschorte werking (vrijwel) alle materiële gevolgen van de direct bestaande rechtsverhouding vooralsnog niet zou laten intreden. Een verdere systematische onderbouwing voor deze benaderingswijze ontbreekt echter, zodat de 'opgeschorte werking' zelf als een verklarend begrip voor het vooralsnog niet intreden van deze materiële gevolgen wordt gehanteerd.

In de door mij verdedigde systematiek wordt het *uitgangspunt* daarentegen gevormd door het wél direct intreden van de verschillende materiële gevolgen. Zo laten zich de materiële gevolgen die worden samengevat onder de term 'Vorwirkung' vanuit het directe bestaan respectievelijk een daarop gerichte partijwil eenvoudig verklaren. Uit dit directe bestaan volgt tevens dat – in beginsel – reeds vóór het intreden van de opschortende voorwaarde verschuldigd kan worden nagekomen. Althans, voor zover een prestatie zich leent voor opgeschorte werking, zoals met name bij een beschikken over een goed onder opschortende voorwaarde. Alle prestaties die in feitelijke of juridische zin direct effect hebben, lenen zich daarentegen naar hun aard niet voor opschortende voorwaardelijkheid. Dat daarmee het merendeel van alle denkbare prestaties toch niet kan plaatsvinden voordat de opschortende voorwaarde is ingetreden (of zonder dat partijen de rechtsverhouding wijzigen in een onvoorwaardelijke of ontbindend voorwaardelijke), doet echter niets af aan het uitgangspunt dat opschortende voorwaardelijkheid niet in de weg staat aan directe nakoming.

De ontbindend voorwaardelijke werking heb ik bestudeerd vanuit de aspecten van de verklaring voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen en voor de beëindiging van de rechtsverhouding bij het intreden van de voorwaarde. Het directe bestaan van de rechtsverhouding onder ontbindende voorwaarde is in alle onderzochte stelsels vanzelfsprekend onbetwist. Voor wat betreft de verklaringen voor het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen en de beëindiging wordt niettemin slechts zelden aangeknoopt bij dit directe bestaan respectievelijk de partijwil die ten grondslag ligt aan deze bestaande rechtsverhouding. Toch ligt een dergelijke verklaringsgrond ten aanzien van beide voormelde aspecten voor de hand: partijen *willen* dat verrichte prestaties ongedaan gemaakt moeten worden bij het intreden van de ontbindende voorwaarde en ook dat de rechtsverhouding vanzelf eindigt indien de voorwaarde intreedt. Een wettelijke grondslag voor die gevolgen is derhalve overbodig. Daaruit volgt dan ook dat ongedaanmakingsverplichtin-

gen als bedoeld in art. 6:24 BW niet voortvloeien uit de wet, maar een grondslag in de partijwil vinden. Een wezenlijke consequentie daarvan is dat de vordering tot een dergelijke ongedaanmaking reeds vóór het intreden van de voorwaarde als 'bestaand' kwalificeert en niet als 'toekomstig'.

Uit deze deelstudie naar de systematiek achter de gevolgen van voorwaardelijkheid respectievelijk de voorwaardelijke werking volgen twee conclusies. Op de eerste plaats wordt de grondslag voor (de inhoud van) de voorwaardelijke werking gevormd door de partijwil, waaruit tevens volgt dat partijen die gevolgen zelf in hoge mate kunnen vormgeven. Partijen kunnen derhalve bepalen dat gepresteerd moet worden ondanks een opschortende voorwaardelijkheid, wat de omvang van een waardevergoeding is indien na het intreden van een ontbindende voorwaarde een prestatie zich naar haar aard niet ongedaan laat maken of dat het intreden van een voorwaarde geen goederenrechtelijke werking heeft. De beperkte grenzen aan die partijvrijheid vloeien rechtstreeks voort uit de voorwaardelijkheid zelf. Een presteren met (beoogde) blijvende gevolgen is uiteraard niet voorwaardelijk en ook lenen veel prestaties zich niet voor een presteren 'onder opschortende voorwaarde'. Dat zijn echter geen systematische beperkingen in die zin, dat deze grenzen uitsluitend bestaan omdat partijen hun rechtsverhouding hebben vormgegeven met inachtneming van de voorwaardelijkheid. Daarmee vormt het begrip 'voorwaardelijke werking' dan ook geen verklarend, maar uitsluitend een beschrijvend begrip van de verschillende gevolgen van de voorwaardelijkheid voor een individuele rechtsverhouding.

Op de tweede plaats is voor wat betreft de systematiek van de voorwaardelijke werking het plaatsen van de voorwaarde op het niveau van de 'rechtsbetrekking' – en voor het Nederlandse recht daarmee op het niveau van de overeenkomst tussen partijen – veel begrijpelijker dan op het niveau van de verbintenis. De gevolgen van de voorwaardelijkheid betreffen immers ook kwesties die niet zijn gelegen op het niveau van de verbintenis, zoals de beëindiging van de gehele verhouding tussen partijen bij het intreden van een ontbindende voorwaarde. De figuur van de overeenkomst onder voorwaarde is dan ook mede in dat verband een te aanvaarden figuur.

Overeenkomstig de gevolgen van voorwaardelijkheid – de voorwaardelijke werking – vindt ook het bestaan van voorwaardelijkheid grondslag in de partijwil. De partijwil vormt ook de enig mogelijke grondslag voor dat bestaan, vanzelfsprekend inclusief figuren als de stilzwijgend overeengekomen voorwaarde en het bestendig gebruikelijk beding. De gewoonte, de wet en andere soms aangenomen grondslagen voor voorwaardelijkheid kunnen eventueel materiële gevolgen in het leven roepen die overeenstemmen met daadwerkelijke voorwaarden. Dat betekent echter niet dat daarmee inderdaad sprake is van een voorwaarde in de zin van art. 6:21 BW. Zoals ik verdedig, vloeien de gevolgen van voorwaardelijkheid namelijk voort uit de partijwil, waarvan echter geen sprake kan zijn indien de voorwaarde zelf niet haar grondslag

zou vinden in diezelfde partijwil. Daarnaast kan bij een grondslag buiten de partijwil iedere subjectieve onzekerheid bij partijen ontbreken en zullen partijen bij hun verdere handelen dientengevolge ook geen rekening houden met die onzekerheid. Dit rekening moeten houden met de bestaande onzekerheid is in het verband van echte voorwaarden vaak echter een kenmerkend gevolg van voorwaardelijkheid, bijvoorbeeld bestaande uit een zorgplicht van de bezwaarde voor een goed. Ook daarin kunnen we derhalve een argument zien om 'voorwaardelijkheid' buiten een grondslag in de partijwil niet te behandelen als een daadwerkelijke voorwaardelijkheid met de daaraan verbonden gebruikelijke gevolgen.

De mogelijkheid dat de gevolgen van iedere rechtsverhouding door middel van voorwaarden afhankelijk kunnen worden gemaakt van iedere onzekere gebeurtenis vormt het brede uitgangspunt. Dit uitgangspunt is echter naar twee zijden beperkt. Ten eerste zijn bepaalde voorwaarden niet mogelijk uit hoofde van strijd met de wet, de goede zeden of de openbare orde dan wel uit hoofde van beperkingen die voortvloeien uit het goederenrecht. Daarbij valt onder meer te denken aan voorwaarden die de andere partij proberen te verleiden tot een bepaald besluit of handelen, waar deze partij geheel vrij zou moeten blijven van een dergelijke invloed. De schenking onder opschortende voorwaarde van een echtscheiding of het plegen van een misdrijf door de andere partij zijn voorbeelden daarvan. Daarnaast kunnen ook goederenrechtelijke uitgangspunten als de overdraagbaarheid van goederen of verhaalsmogelijkheden door schuldeisers niet worden uitgesloten door middel van voorwaarden. Deze groep van – inhoudelijk sterk uiteenlopende – beperkingen ziet derhalve steeds op specifieke voorwaarden, veelal in relatie tot de inhoud van de rechtsverhouding.

Op de tweede plaats bestaan een aantal dwingend onvoorwaardelijke rechtsverhoudingen, waarbij de rechtsverhouding in beginsel überhaupt niet voorwaardelijk kan worden gemaakt. Dit laatste derhalve ongeacht de verdere inhoud van de voorwaarde. Bij een aanzienlijk deel van dergelijke rechtsverhoudingen ligt deze dwingende onvoorwaardelijkheid voor de hand, zoals bij familierechtelijke rechtshandelingen. Voor wat betreft vermogensrechtelijke verhoudingen bestaat deze groep met name uit de eenzijdig gerichte rechtshandelingen, zoals de opzegging, het uitbrengen van een ontbindingsverklaring, vernietiging of een herroeping. De reden voor de (in beginsel) dwingende onvoorwaardelijkheid van dergelijke eenzijdige rechtshandelingen is gelegen in de onaanvaardbaarheid voor de wederpartij of eventueel voor derden van de onzekerheid die uit de voorwaarde voortvloeit. Uit deze redengeving vloeit echter tegelijkertijd een zekere mate van nuancering aangaande de onmogelijkheid van voorwaardelijkheid voort. In bepaalde gevallen kan namelijk ondanks de voorwaardelijkheid iedere onzekerheid voor de wederpartij ontbreken of het eventuele wél bestaan daarvan voor deze wederpartij zonder belang zijn.

De gevolgen van een handelen in strijd met vorenbedoelde beperkingen aan voorwaardelijkheid zijn niet eenvoudig vast te stellen. De mogelijke consequenties bestaan in elk geval uit een nietigheid van de gehele voorwaardelijke rechtsverhouding dan wel uit een partiële nietigheid van uitsluitend de voorwaarde en het daarmee onvoorwaardelijk (voort)bestaan van de rechtsverhouding als zodanig. Hoe deze beoordeling uitvalt, is sterk afhankelijk van het soort rechtsverhouding in relatie tot de inhoud van de voorwaarde. Bij strijd met een uit het goederenrecht voortvloeiende beperking zal daarentegen veelal sprake zijn van algehele nietigheid van de (als voorwaardelijk bedoelde) beschikking.

Met betrekking tot de posities van partijen gedurende de periode van onzekerheid is uiteraard met name de vraag op welke wijze respectievelijk in welke omvang de voorwaardelijkheid de rechtsverhouding verder vormgeeft. De materiële gevolgen van de voorwaardelijkheid vóór het moment van intreden of verval van de voorwaarde heb ik bestudeerd aan de hand van vier kwesties: de mogelijkheid respectievelijk wijze van nakoming, de bescherming van de verwachter en de daarmee samenhangende zorgplicht van de bezwaarde, de invloed van voorwaardelijkheid op de goede trouw alsmede de kwalificatie van (opschortend voorwaardelijke) vorderingen als bestaand of toekomstig. Voor de nogal omvangrijke uitkomsten van de deelonderzoeken naar de eerste drie kwesties verwijs ik naar de desbetreffende gedeelten van deze studie.

Voor wat betreft de kwalificatie van vorderingen als bestaand of toekomstig heb ik verdedigd, dat het thans in allerlei varianten verdedigde criterium van Kleijn of bij de onzekere gebeurtenis sprake is van een 'intern' element (hetgeen zou leiden tot de kwalificatie van de vordering als 'toekomstig') dan wel van een 'extern' element (hetgeen de vordering als 'bestaand' zou laten kwalificeren) om twee redenen geen goed criterium is. Op de eerste plaats kunnen we (te) vaak twijfelen in welke gevallen sprake is van een dergelijk 'intern' of 'extern' element: waar ligt immers de scheidslijn voor wat betreft de invloed van partijen op het al dan niet plaatsvinden van dit element? Op de tweede plaats is onduidelijk wat als een dergelijk 'element' kwalificeert. Is dat bijvoorbeeld ook het nog moeten verrichten van de tegenprestatie in een situatie, waarin ieder van partijen jegens de ander gehouden is te presteren?

Een en ander leidt tot twee conclusies. Anders dan vaak wordt aangenomen, kan een opschortend voorwaardelijke vordering wel degelijk kwalificeren als 'toekomstig' in plaats van steeds als 'bestaand'. Daarnaast is een criterium voor het onderscheid tussen beide soorten van vorderingen gebaseerd op het al dan niet bestaan van gebondenheid van partijen – en daarmee van het al dan niet eenzijdig kunnen beëindigen van de vordering door de debiteur – een beter criterium dan het onderscheid tussen een intern en een extern element.

Partijen hebben vaak invloed op het intreden dan wel vervallen van een voorwaarde. Een dergelijke invloed vormt als zodanig veelal geen probleem. Dat kan echter anders zijn. Op de eerste plaats kan een partij een doorslaggevende invloed hebben op het al dan niet intreden van een voorwaarde een potestatieve voorwaarde derhalve. Deze term 'potestatieve voorwaarde' heeft in de verschillende stelsels echter geen vastomlijnde betekenis. In een aanzienlijk deel van de literatuur en ook in de door mij gehanteerde betekenis omvat deze term twee vormen van doorslaggevende partij-invloed, waarbij deze partij-invloed in elk geval bestaat uit een geheel vrije keuzemogelijkheid van de betreffende partij. Enerzijds is er de mogelijkheid van een *handelen* door een van partijen dat geheel afhankelijk is van de eigen wil. Bij gebreke aan een breder aanvaarde term wordt deze vorm van potestatieve voorwaarde door mij aangeduid als de 'geobjectiveerd potestatieve voorwaarde'. Anderzijds is er de doorslaggevende invloed die uitsluitend bestaat uit een toekomstige wilsuiking: de 'zuiver potestatieve voorwaarde'.

In het geldend Nederlandse recht ontbreekt vrijwel iedere aandacht voor de geobjectiveerd potestatieve voorwaarde. Dit in tegenstelling tot het OBW en het Duitse en Zwitserse recht. Overeenkomstig de opvattingen in deze laatste stelsels is er echter geen enkele reden om aan te nemen dat geobjectiveerd potestatieve voorwaarden niet (meer) mogelijk zouden zijn. Ten aanzien van de figuur van de zuiver potestatieve voorwaarde bestaan daarentegen in alle stelsels aanzienlijke bedenkingen. Zonder meer lastig bij het vaststellen van de verschillende opvattingen dienaangaande is het feit dat de (on)mogelijkheid van zuiver potestatieve voorwaarden veelal wordt geplaatst in het licht van drie criteria: is sprake van een ontbindende of opschortende zuiver potestatieve voorwaarde, vormt het in de zuiver potestatieve voorwaarde gelegen wilsrecht een recht van de crediteur of de debiteur en is sprake van een eenzijdige rechtsverhouding of een wederkerige? Deze verschillende criteria – die we zeker niet allemaal bij iedere auteur vinden – leiden in de literatuur tot uiteenlopende conclusies.

Bij een opschortende zuiver potestatieve voorwaarde afhankelijk van de wil van de debiteur ontbreekt in elk geval de bindingswil en daarmee ook de rechtsverhouding als geheel. Bij een ontbindende zuiver potestatieve voorwaarde kan die bindingswil in de bestaande opvattingen daarentegen wél direct bestaan. Voor deze laatste situatie heb ik echter verdedigd dat het intreden van de zuiver potestatieve voorwaarde in dat geval niet mag leiden tot ongedaanmakingsverplichtingen na een eerder presteren. Is wel degelijk beoogd dat ongedaanmakingsverplichtingen ontstaan, dan ontbreekt in mijn optiek wederom van aanvang af de vereiste binding en daarmee ook iedere rechtsverhouding.

De tweede beperking aan de partij-invloed bij voorwaardelijkheid vinden we in de strekking van art. 6:23 BW. Zoals ook uit het Duitse en Zwitserse recht volgt, is dit een bepaling waaraan omvangrijke materiële vraagstukken zijn verbonden. Voor wat betreft de theoretische achtergrond van art. 6:23 BW is

met name de vraag wat de grondslag is voor de in deze bepaling neergelegde beperking aan de partij-invloed. Vrijwel steeds wordt aangenomen dat deze grondslag gevormd wordt door de redelijkheid en billijkheid, zoals ook uit art. 6:23 BW volgt. In overeenstemming met de opvatting van een beperkt aantal auteurs verdedig ik daarentegen dat de strekking van deze wetsbepaling zou moeten zijn gelegen in een redelijke *uitleg* van de partijbedoeling in het verband van de voorwaardelijke rechtsverhouding en derhalve niet in een toetsing van het (niet-)handelen van de betreffende partij aan de redelijkheid en billijkheid. Of een dergelijk verschil in benadering van de strekking van art. 6:23 BW ook tot materieel andere gevolgen leidt, heb ik niet onderzocht. Dat lijkt echter weinig waarschijnlijk.

Het intreden of vervallen van een voorwaarde roept als zodanig nauwelijks vragen op. Dat geldt ook voor de daaruit voortvloeiende consequenties indien de rechtsverhouding daarmee onvoorwaardelijk wordt. Onverlet de schijnbaar overzichtelijke systematiek is de beëindiging van de ontbindende of opschortende voorwaardelijke rechtsverhouding daarentegen op onderdelen complex en deels ook onduidelijk. Deze onduidelijke koers vinden we bij verscheidene materiële aspecten terug. Zo ontbreekt bij voorwaarden een duidelijke wettelijke regeling voor ongedaanmaking, is het sterk de vraag of de in de PG aanvaarde 'waardevergoeding' zich als wijze van ongedaanmaking wel leent voor voorwaardelijke rechtsverhoudingen en blijft onder het BW onduidelijk of ongedaanmakingsverplichtingen al dan niet wederkerig zijn.

Voor de matige wettelijke uitwerking van deze en andere door mij geconstateerde bedenkingen aangaande de beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding ontbreekt weliswaar een écht overtuigende en alomvattende verklaring, maar een aantal uiteenlopende redenen kunnen niettemin worden geformuleerd. De eerste daarvan is gelegen in het feit dat het NBW een sterk gewijzigde opzet kent ten opzichte van het OBW, met name voor wat betreft de terugwerkende kracht. Deze laatste vormde onder het OBW het kernbegrip rond de systematiek van beëindiging en ongedaanmaking, maar kwam als figuur voor het NBW te vervallen. Daarnaast is ook de omvang van de wettelijke regeling van voorwaarden in het NBW sterk beperkt door het laten vervallen van een groot aantal wetsbepalingen uit het OBW. Het lijkt een redelijke aanname dat het mét deze – ingrijpende en talrijke wijzigingen lastig was voldoende afstand te nemen tot hetgeen de beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding in het NBW uiteindelijk eigenlijk behelsde.

Een tweede reden hangt samen met het feit dat de wetgever zich er onvoldoende bewust van lijkt te zijn geweest dat de figuur van voorwaarden een grotendeels andere benadering van de beëindiging en het ontstaan van ongedaanmakingsverplichtingen vraagt dan figuren als de ontbinding wegens een tekortschieten of de onverschuldigde betaling. Bij voorwaarden is de partijwil er immers steeds op gericht geweest dat de rechtsverhouding eventueel zou worden beëindigd. Uit dien hoofde bestaat ook alle reden om de

beëindiging van de voorwaardelijke rechtsverhouding zowel systematisch als materieel anders te benaderen. Bij voorwaardelijkheid zal bijvoorbeeld direct een zorgplicht voor een overgedragen zaak op de bezwaarde rusten met het oog op een eventuele toekomstige ongedaanmaking, terwijl partijen normaal gesproken geen rekening behoeven te houden met een eventuele toekomstige ongedaanmaking uit hoofde van een ontbinding wegens tekortschieten. Ondanks deze en andere verschillen zocht de wetgever – onterecht – aansluiting bij voormelde figuren, hetgeen de inzichtelijkheid bepaald niet ten goede is gekomen.

Een derde reden kunnen we vinden in de ontwikkeling gedurende de laatste decennia, waarbij een verschuiving plaatsvond van de allocatie van de ‘rechtsbetrekking’ bij de verbintenis naar het niveau van de overeenkomst. De wettelijke regeling van afd. 6.1.5 BW had in deze gewijzigde systematiek veel beter kunnen worden opgenomen bij de bepalingen ter zake rechtshandelingen – zoals in het Duitse en Zwitserse recht – dan in het verbintenissenrecht. Met art. 3:38 BW zette Meijers weliswaar een eerste stap in de goede richting, maar verder bleef (ook) hij vasthouden aan de benadering van het OBW gericht op de voorwaardelijke verbintenis. Mijn conclusie is dan ook dat de wetgever ten opzichte van het OBW een groot aantal zaken terecht heeft gewijzigd, maar onvoldoende beseft dat daarmee ook een écht nieuwe systematiek van de voorwaardelijkheid ontstond.

De relatie tussen de figuur van bezit en voorwaardelijkheid is zonder meer complex. De benadering dat de veronderstelde ‘feitelijkheid’ van bezit iedere verhouding met voorwaardelijkheid in de weg staat, is in ieder geval een onjuiste simplificatie van die verhouding. De term ‘feit’ vormt voor het vermogensrecht immers niet zozeer een fysiek gegeven, maar de interpretatie van alle ter zake doende omstandigheden. Essentieel in dat verband is dat de voorwaardelijke verkrijging van een goed steeds een contractuele grondslag heeft in de partijverhouding. Dat is in die zin wezenlijk omdat partijen in een dergelijke verhouding geen scheiding kunnen aanbrengen tussen de eigendom en de pretentie van die eigendom als gelegen in het bezit. Bij het intreden van een voorwaarde na een voorwaardelijke beschikking is dat niet anders. Een ontkenning van de (retro-)bezitsovergang is immers een ontkenning van de (retro-)eigendomsovergang en vice versa. Bezit beschouwd als ‘feit’ volgt derhalve de eigendom, ook bij een toekomstig intreden van de voorwaarde. Daar vloeit uit voort dat ook alle gevolgen als verbonden aan bezit – de eventuele risico-aansprakelijkheid van de bezitter, de gerechtigdheid tot vruchten van de bezitter – van rechtswege mee overgaan bij het intreden van de (goederenrechtelijk werkende) voorwaarde.

Het bestaan van de goederenrechtelijke werking van voorwaarden is voor het geldend Nederlandse recht als ook het Duitse en Zwitserse recht onbetwist, hetgeen in ieder geval ook gold voor de laatste decennia waarin het OBW

werking had. Deze goederenrechtelijke werking omvat in ieder geval twee aspecten: de werking tussen partijen bij de beschikking en de werking ten opzichte van derden die hun recht afleiden van de voorwaardelijk rechthebbende. Voor het Nederlandse recht wordt dit onderscheid tussen deze aspecten minder expliciet gemaakt dan in het Duitse en Zwitserse, maar ten aanzien van het bestaan van deze twee aspecten bestaat geen discussie. Toch is het zinvol om dit onderscheid ook in uitdrukkelijke zin te maken. Voor het Duitse en Zwitserse recht blijkt dit reeds uit het feit dat tussen deze beide aspecten een onderscheid wordt gemaakt voor wat betreft de verklaring daarvan. Voor het huidige Nederlandse recht wordt daarentegen geprobeerd beide aspecten af te leiden uit eenzelfde verklaring, zonder dat de voortdurende discussies dienaangaande echter tot een breder gedragen opvatting hebben geleid.

Voor deze onduidelijkheid rond de gezochte verklaring bestaan uiteenlopende redenen. Zo lijkt de wetgever zich niet erg bewust te zijn geweest van het feit dat het verval van de terugwerkende kracht als (mogelijke) verklaringsgrond tot een dogmatisch lastige situatie zou leiden. De wetgever heeft bovendien geen duidelijk standpunt ingenomen aangaande die verklaring. Daarnaast heeft het er alle schijn van dat art. 3:84 lid 4 BW in de benadering van Meijers een geheel andere functie had dan de later in dit wetsartikel vaak gelezen verklaringsgrond. Ook het in de Nederlandse literatuur niet afdoende onderkennen van het wezenlijke verschil tussen de voormelde twee aspecten van de goederenrechtelijke werking maakt de gezochte verklaring niet inzichtelijker. Daarnaast blijft in de literatuur deels onbesproken of een bepaalde verdedigde verklaring toepassing zou moeten vinden op zowel ontbindende als opschortende voorwaarden. Wellicht de wezenlijkste reden voor de thans bestaande, voortdurende discussie is echter gelegen in het volgende onjuiste uitgangspunt. De huidige benadering gaat ervan uit dat een alternatief moet worden gevonden voor de verklaring van de terugwerkende kracht zoals deze onder het OBW bestond. Echter, met uitzondering van het laatste decennium waarin het OBW gelding had, was die verklaring onder het OBW altijd omstreden. Met andere woorden, het thans gezochte 'alternatief' is een zoektocht naar iets wat er in feite nooit was.

Zoals ik verdedig, is er ook geen echt overtuigende verklaring denkbaar. In de huidige visie van de Hoge Raad is de voorwaarde in elk geval verbonden aan de goederenrechtelijke overeenkomst. In de verhouding tussen partijen is dat geen ideale, maar wel een in redelijke mate verdedigbare benadering. In de verhouding tot derden vormt dit echter geen verklaring, hetgeen ook in de Duitse en Zwitserse rechtskring wordt onderkend. Voor dit tweede aspect van de goederenrechtelijke werking is ook geen goede systematiek denkbaar, hetgeen de Duitse en Zwitserse wetgevers ertoe bracht de werking ten opzichte van derden uit de wet te laten voortvloeien.

Het feit dat een werkelijk overtuigende verklaring ontbreekt, is in mijn optiek niettemin geen wezenlijk probleem. De goederenrechtelijke werking is, gezien de behoefte aan een dergelijke figuur, terecht onbetwist. Weliswaar

zijn aan de te onderscheiden verklaringen een aantal (mogelijk) verschillende materiële consequenties verbonden, maar per saldo is het gewicht daarvan bescheiden.

Zoals ik ook in het inleidende hoofdstuk schets, bestaat dit onderzoek uit een reeks van deelstudies naar uiteenlopende aspecten van voorwaarden en de tussen deze deelaspecten bestaande dwarsverbanden. Een dergelijk onderzoek leidt naar zijn aard niet tot één samenhangende conclusie. Niettemin vinden we in dit onderzoek wel een zekere rode draad. Deze bestaat daaruit dat zeer veel aspecten van voorwaarden te herleiden zijn tot de partijwil. Partijen bepalen zélf of aan de rechtsverhouding een voorwaarde wordt verbonden, wat de inhoud – de onzekere gebeurtenis – van die voorwaarde vormt en wat de verdere gevolgen van de voorwaardelijkheid alsmede van het intreden van de voorwaarde zijn. Beperkingen ten aanzien van die wilsvrijheid zijn er slechts op bescheiden schaal. De drie voornaamste daarvan zijn van sterk uiteenlopende aard. Op de eerste plaats zijn er de hiervoor reeds genoemde beperkingen ten aanzien van bepaalde voorwaarden alsmede ten aanzien van bepaalde rechtsverhoudingen als geheel. Op de tweede plaats bestaan beperkingen ten aanzien van de invloed die partijen uit hoofde van een wilsrecht kunnen uitoefenen, wil op grond van het vereiste van gebondenheid van partijen nog sprake kunnen zijn van een bestaande rechtsverhouding (de zuiver potestatieve voorwaarden). Tot slot is er een logische beperking: waar partijen gevolgen overeenkomen die naar hun aard onvoorwaardelijk zijn, ontbreekt vanzelfsprekend voorwaardelijkheid. Voor het overige vormt de partijwil respectievelijk de wilsvrijheid ook ten aanzien van voorwaarden de essentie.

