

Ontbindende voorwaarde en vervreemdingsverbod

Inhoudelijke toetsing van de ontbindende voorwaarde aan het goederenrechtelijke stelsel aan de hand van het vervreemdingsverbod

1. Inleiding

Het leerstuk van de ontbindende voorwaarde (met goederenrechtelijke werking) vindt zijn oorsprong in het Romeinse recht.¹ Reeds in het Romeinse recht komen voorbeelden voor van voorwaarden die met goederenrechtelijke werking de rechtsgevolgen van een uitgevoerde overeenkomst ongedaan maken. Dat wil zeggen, dat men erkende dat door het intreden van de ontbindende voorwaarde een reeds uitgevoerde eigendomsoverdracht geacht werd niet te hebben plaatsgevonden, zodat de eigendom weer automatisch terugkeerde bij de disponent, ongeacht eventuele beschikkingen over die zaak door de accipient in de tussentijd. Voorbeelden hiervan zijn de *lex commissoria* en de *in diem addictio*.² Dit is opmerkelijk omdat men in het Romeinse recht in het algemeen géén goederenrechtelijke werking toe aan het intreden van de ontbindende voorwaarde. Het intreden van een contractuele ontbindende voorwaarde had in de regel slechts het gevolg dat partijen gehouden waren het reeds gepresteerde ongedaan te maken ('ongedaanmakingsverbintenis').

Geheel in overeenstemming met het Romeinse recht, achtte men het in de vroeg-gemeenrechtelijke periode³ in beginsel niet mogelijk om goederenrechtelijke werking aan een ontbindende voorwaarde te verbinden, maar kende men wel goederenrechtelijke werking toe aan de *lex commissoria* en de *in diem addictio*. In het latere gemene recht ging men de goederenrechtelijke werking van beide bedingen echter ook buiten deze twee gevallen toepassen, zodat uiteindelijk een leerstuk van de goederenrechtelijk werkende ontbindende voorwaarde werd ontwikkeld. Deze ontwikkeling vond haar afronding in vrijwel alle belangrijke codificaties doordat goederenrechtelijke werking aan het intreden

¹ Zie voor de ontwikkeling van het leerstuk van de ontbindende voorwaarde A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde* (diss.), Deventer: Kluwer 2003, p. 51 e.v. Voor het Romeinse recht zie p. 54 e.v.; voor het vroege gemene recht, p. 92 e.v.; voor het latere gemene recht, p. 117 e.v.; voor het Franse recht, p. 151; voor het Duitse recht, p. 191 e.v.; voor het Nederlandse recht, p. 175 e.v.

² Het gaat om bedingen die zijn toegevoegd aan een koopovereenkomst: de *lex commissoria* is een beding op grond waarvan de eigendom automatisch terugkeert als de koopprijs niet op tijd is betaald, en de *in diem addictio* is een beding op grond waarvan de eigendom terugkeert als de verkoper binnen bepaalde tijd een beter bod krijgt. Zie daarover voor het Romeinse recht Scheltema 2003, p. 67 e.v. en voor het vroege gemene recht, p. 109 e.v.

³ Hiermee wordt de periode van ongeveer 1100 tot 1500 bedoeld. In deze periode werd het Romeinse recht kort gezegd 'herontdekt' en (opnieuw) systematisch becommentarieerd.

SCHELTEMA

van de ontbindende voorwaarde werd toegekend. Zo werd ook in het OBW, in navolging van de tot dan in ons land geldende Code civil, goederenrechtelijke werking aan het intreden van een ontbindende voorwaarde gekoppeld. Bij de invoering van het NBW in 1992 is van deze ontwikkeling niet afgeweken en is de goederenrechtelijke werking van het intreden van de ontbindende voorwaarde gehandhaafd.

Een gevolg van de algemene erkenning van goederenrechtelijke werking van het intreden van de ontbindende voorwaarde, is dat partijen aan contractuele bedingen een vergaande (goederenrechtelijke) werking kunnen verbinden door die aan een voorwaarde te koppelen. Zo kan het eigendomsrecht tot op zekere hoogte worden ‘gecontractualiseerd’.⁴ Het eigendomsrecht wordt door het opnemen van een voorwaarde bij overdracht namelijk ‘afhankelijk’ van het intreden van die voorwaarde en dus afhankelijk van hetgeen partijen zijn overeengekomen.⁵ Hierdoor wordt, althans in beginsel, een vrijwel oneindig aantal beperkingen van het eigendomsrecht mogelijk gemaakt, omdat de inhoud van de voorwaarde (en de daaraan verbonden goederenrechtelijke effecten) een vrucht is van hetgeen partijen zijn overeengekomen. Zij zijn immers, binnen de grenzen van het contractenrecht, vrij om de inhoud van de voorwaarde te bepalen. Ter nadere bepaling van de inhoud van de ontbindende voorwaarde bestaan in de meeste rechtstelsel, waaronder het huidige Nederlandse recht, evenwel geen bijzondere (dwingendrechtelijke) bepalingen, zoals die wel bestaan voor beperkte rechten met goederenrechtelijk effect, zoals het pandrecht. Zo is slechts de verbintenisrechtelijke regeling van afdeling 6.1.5 op de voorwaarde toegespitst; daarin wordt echter niet veel meer bepaald dan dat het intreden van de voorwaarde afhankelijk moet zijn van een toekomstige onzekere gebeurtenis.

Hieronder zal daarom worden ingegaan op de vraag of – en, zo ja, op welke wijze – de inhoud van de ontbindende voorwaarde aan het stelsel van het vermogensrecht dient te worden getoetst. Hierbij zal eerst worden ingegaan op de verhouding tussen een goederenrechtelijk werkende ontbindende voorwaarde en een gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten. Daarna zal aan de hand van het vervreemdingsverbod en de ontwikkelingsgeschiedenis daarvan aanschouwelijk worden gemaakt op welke wijze de inhoudelijke toetsing van de ontbindende voorwaarde dient plaats te vinden.

⁴ T.H.D Struycken, ‘De geschonden fiducie in het goederenrecht; over form en substance’, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Op recht* (Struycken-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 352.

⁵ Het is in dit verband niet van belang op welke wijze men de goederenrechtelijke werking van het intreden van de ontbindende voorwaarde verklaart. De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde zonder terugwerkende kracht, kan evenwel voor het huidige recht het meest eenvoudig worden verklaard met behulp van een verwachtingsrecht aan de kant van de disponent. Als men dit verwachtingsrecht vervolgens nader wil kwalificeren, dan kan men niet anders dan concluderen dat het een goederenrechtelijke recht betreft dat geen eigendomsrecht is, en dus een beperkt recht. Zie hiervoor A.H. Scheltema 2003, p. 337 e.v.

2. Toetsing van de ontbindende voorwaarde aan het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten

De eerste vraag die in een gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten, zoals het Nederlandse, rijst, is of deze vrijheid om het eigendomsrecht van een (ontbindende) voorwaarde afhankelijk te maken, niet in strijd is met dat gesloten stelsel.⁶ Dit gesloten stelsel houdt in dat het eigendomsrecht (en andere absolute rechten) slechts op de in de wet genoemde wijzen in goederenrechtelijke zin kan worden beperkt en er slechts die goederenrechtelijke rechten kunnen bestaan die in de wet worden genoemd.⁷ In verschillende continentale rechtsstelsels die uitgaan van een gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten, in het bijzonder het Nederlandse en het Duitse, wordt de goederenrechtelijke werking van het intreden van de (ontbindende) voorwaarde echter niet in strijd geacht met dit gesloten stelsel. Zij is namelijk door de wetgever in de wet opgenomen, berust dus direct op de wet en kan daarom niet in strijd met de wet zijn. Zo berust de goederenrechtelijke werking in het huidige Nederlandse recht onmiddellijk op art. 3:84 lid 4 BW.⁸ Ook in het Duitse recht wordt aangenomen dat de goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde geen doorbreking van het gesloten stelsel van goederenrechtelijke bevoegdheden inhoudt, omdat men ook daar betoogt, dat *de wet zelf* in de §§ 158-161 BGB goederenrechtelijk effect aan het intreden van de voorwaarde verbindt.⁹

Toch kan onverkorte toekenning van goederenrechtelijke werking aan het intreden van de ontbindende voorwaarde op gespannen voet komen te staan met de aan een gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten ten grondslag liggende rechtspolitieke overwegingen.

⁶ Deze vraag doet zich nog sterker gevoelen als men er met schrijver dezes van uitgaat dat de goederenrechtelijke werking van het intreden van de ontbindende voorwaarde dient te worden verklaard met behulp van een eigendomsverwachtingsrecht, dat vervolgens wordt gekwalificeerd als goederenrechtelijke bevoegdheid. Zie hierover Scheltema 2003, p. 337 e.v.

⁷ H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2001, nr 455, p. 62; F.H.J. Mijnsen & P. de Haan, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Goederenrecht, Algemeen Goederenrecht*, 14^e druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, nr 39 e.v., p. 31 e.v.

⁸ Scheltema 2003, p. 351.

⁹ Meer in het bijzonder acht men ook erkenning van het *Anwartschaftsrecht* (eigendomsverwachtingsrecht) als goederenrechtelijk recht, niet in strijd met het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten. K.H. Schwab & H. Prütting, *Sachenrecht ein Studienbuch*, München: C.H. Beck 1999, nr 392; H. Forkel, *Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht*, Berlijn: Dunker & Humblot 1962, p. 163; W.Brehm & C. Berger, *Sachenrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2000, § 31, 20, p. 470. Daar staat echter tegenover dat een enkeling de erkenning van een *Anwartschaftsrecht* wel degelijk ziet als een doorbreking van het gesloten stelsel; J. von Wilhelm, *Sachenrecht*, Berlijn/New York: De Gruyter 2002, nr 2152, p. 768; E. Eichenhofer, 'Anwartschaftslehre und Pendenztheorie, zwei Deutungen von Vorbehaltseigentum', *Archiv für die Civilistische Praxis* CLXXXV, München 1985, p. 195. Zie ook Scheltema 2003, p. 216.

SCHELTEMA

Partijen lijken immers, zoals gezegd, met behulp van de ontbindende voorwaarde een vrijwel oneindig aantal verschillende goederenrechtelijke bevoegdheden en rechtsposities in het leven te kunnen roepen. De voorwaarde lijkt dan ook als breekijzer te kunnen fungeren om het gesloten stelsel open te breken. Dit heeft zowel een positief als een negatief effect. Positief is dat wordt voorkomen dat het wettelijke kader al te zeer in de weg staat aan nieuwe ontwikkelingen, omdat partijen verschillende bedingen kunnen voorzien van een goederenrechtelijk effect. Een voordeel van het gesloten stelsel is dat men weet welke goederenrechtelijke rechten mogelijk zijn. Negatief is dan ook dat dit voordeel grotendeels teniet lijkt te worden gedaan door de onbeperkte toekenning van goederenrechtelijke werking aan het intreden van een ontbindende voorwaarde. De vraag rijst dan of aan de mogelijkheid om goederenrechtelijk werkende bedingen op te nemen middels een ontbindende voorwaarde, vanuit het gezichtspunt van het gesloten stelsel beperkingen zijn gesteld.

2.1 Nederlands Burgerlijk Wetboek

De Nederlandse wetgever heeft inderdaad in verband met het gesloten stelsel beperkingen gesteld aan de inhoud van de voorwaarde. De inhoud van de voorwaarde en vooral de goederenrechtelijke werking daarvan moeten in ieder geval in de twee gevallen genoemd in art. 3:84 lid 3 BW aan het gesloten stelsel van het goederenrecht worden getoetst. De wetgever is zich namelijk in die twee gevallen (overdracht ten titel van zekerheid en overdracht ten titel van beheer) bewust geweest van de spanning tussen het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten en de goederenrechtelijke werking die aan het intreden van de voorwaarde kan zijn verbonden. Art. 3:84 lid 3 BW, dat op deze twee gevallen ziet, is namelijk een nadere uitwerking van het gesloten stelsel van goederenrechtelijke bevoegdheden.¹⁰

W. Snijders heeft daarover het volgende opgemerkt:¹¹ ‘het gaat [in art. 3:84 lid 3 BW] uitsluitend hierom dat de wetgever niet gewild heeft dat je de eigendom op een andere manier opsplijt dan volgens de beperkte zakelijke rechten die de wet kent. Dat is alles’ en ‘het gaat erom dat de eigendom niet op andere wijze dan volgens de wet [mogelijk is] wordt opgesplijt’. Deze uitleg is evenwel iets te beperkt. Art. 3:84 lid 3 BW zou dan op grond van art. 3:81 lid 1 BW overbodig zijn. Immers: partijen kunnen het eigendomsrecht als gevolg van art. 3:81 BW, dat wil zeggen door het gesloten stelsel, niet beperken anders dan op de in de wet genoemde wijzen. Bovendien laat de wet wel toe dat bij een eigendomsvoorbehoud de eigendom wordt ‘opgesplijt’. Ook in andere gevallen is een dergelijke ‘opsplitsing’ mogelijk. Toch ligt het niet voor de hand dat een overdracht onder

¹⁰ Zo ook P.L. Nève, *Eigendomsvoorbehoud, Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, No. 60, Deventer: Kluwer 2000, p. 58; J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 8, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 78. Zie ook W. Snijders, ‘Verslag van de vergadering van de vereniging ‘handelsrecht’, 10 maart 1989 over Leasing’, in: *PA Ver. ‘Handelsrecht’*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 73.

¹¹ W. Snijders 1989, verslag, p. 73.

ONTBINDENDE VOORWAARDE EN VERVREEMDINGSVERBOD

ontbindende voorwaarde van afbetaling van *alle* schulden mogelijk is, ondanks het feit dat de wet die mogelijkheid in principe erkent. Juist die vorm van ‘opsplitsing’ beoogt art. 3:84 lid 3 BW te verbieden en niet elke vorm, omdat men slechts de in de wet genoemde zekerheidsrechten wenst te accepteren. Deze bepaling beoogt dus slechts in twee gevallen ‘opsplitsing’ door middel van een ontbindende voorwaarde te voorkomen, maar beoogt niet, en daar doelt Snijders waarschijnlijk op, een obligatoir werkende afspraak tot terugoverdracht na afbetaling van een schuld, te verhinderen.¹² Dit is zelfs niet verboden als die afspraak partijen economisch dwingt aan de afspraak gehoor te geven.¹³ Hierbij zij nog aangetekend dat die uitleg mijns inziens in overeenstemming is met hetgeen, na de later doorgevoerde wijziging, in art. 3:84 lid 3 BW, wordt bepaald. Een geheel andere vraag is die naar de wenselijkheid van deze uitleg. Zoals onder andere Salomons betoogt,¹⁴ is het zeer de vraag of de wetgever de aldus gecreëerde situatie op het oog heeft gehad.¹⁵

Een nadere bepaling zoals die van art. 3:84 lid 3 BW is ook noodzakelijk om de ontbindende voorwaarde aan het gesloten stelsel te kunnen toetsen: de goederenrechtelijke werking die aan het intreden van de voorwaarde is verbonden, is immers in beginsel niet in strijd met het gesloten stelsel van goederenrechtelijke bevoegdheden. Door dit artikel in de wet op te nemen heeft de wetgever dus beoogd te verhinderen dat er goederenrechtelijke bevoegdheden in het leven worden geroepen die in strijd zijn met de rechtspolitieke overwegingen die ten grondslag liggen aan het gesloten stelsel van goederenrechtelijke bevoegdheden. Het aldus gecreëerde stelsel laat buiten de in de wet genoemde zekerheidsrechten, geen goederenrechtelijk werkende *zekerheidsrechten* toe, ook niet wanneer daaraan door middel van een ontbindende voorwaarde vorm wordt gegeven. In het Nederlandse recht speelt het ‘fiducia-verbod’ van art. 3:84 lid 3 BW dan ook een belangrijke rol bij de toetsing van de inhoud van de ontbindende voorwaarde.¹⁶ Echter, als er geen nadere bepaling van die strekking is, zal, als gezegd, de goederenrechtelijke werking van een ontbindende voorwaarde in beginsel *niet* in strijd zijn met het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten.

Vervolgens rijst de vraag of buiten de expliciet daarop van toepassing verklaarde wettelijke bepalingen, zoals art. 3:84 lid 3 BW, de wet of het systeem van de wet nog andere gevallen kennen waarin een toetsing aan het goederenrechtelijke systeem en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, geboden is. Die vraag moet bevestigend worden beantwoord. De goederenrechtelijke werking wordt in beginsel rechtstreeks getoetst aan het stelsel van het goederenrecht. Dat wil zeggen dat een ontbindende

¹² W. Snijders 1989, verslag, p. 72.

¹³ HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (Sogelease).

¹⁴ A.F. Salomons, ‘Boekbespreking (bespreking van: J.J. van Hees, Leasing (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 8, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997)’, *WPNR* 6414 (2000), p. 601,

¹⁵ Afschaffing wordt door verschillende schrijvers bepleit, zoals door Van Hees 1997, p. 63 e.v. Het bovenstaande bevat daarover geen oordeel; maar afschaffing zou mijns inziens niet veel nadelen met zich meebrengen.

¹⁶ Zo ook W.H.M. Reehuis, A.H.T Heisterkamp, G.E. van Maanen & G.T. de Jong, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk wetboek. Deel 3. Goederenrecht*. Deventer: Gouda Quint 2001, nr 123, p. 99; Brahn/Reehuis 1997, p. 66 en vgl. Asser/Mijnssen & De Haan 2001, nr 221, p. 185.

SCHELTEMA

voorwaarde géén goederenrechtelijke werking kan hebben als dit tot omzeiling leidt van één van de (andere) structuur bepalende beginselen die ten grondslag liggen aan ons goederenrechtelijke stelsel.¹⁷

3. Vervreemdingsverbod: vrije overdraagbaarheid van een zaak en de ontbindende voorwaarde van verdere vervreemding

De noodzaak om de voorwaarde te toetsen aan het goederenrechtelijke stelsel, komt het meest duidelijk naar voren als een ontbindende voorwaarde wordt opgenomen die in principe in strijd is met het in de meeste rechtsstelsels gehuldigde beginsel van de vrije overdraagbaarheid van zaken. Dit is bijvoorbeeld het geval als er met behulp van een ontbindende voorwaarde in feite een vervreemdingsverbod wordt beoogd. Gelet op de verbondenheid tussen de ontwikkeling van het vervreemdingsverbod en de ontbindende voorwaarde,¹⁸ zal deze materie inzichtelijk worden gemaakt aan de hand van de ontwikkelingsgeschiedenis van het vervreemdingsverbod in Romeinse, het Franse en het Duitse recht.

3.1 Ontwikkeling van het vervreemdingsverbod en de ontbindende voorwaarde

Romeins recht en gemeen recht

Het Romeinse recht kende aan een contractueel vervreemdingsverbod geen goederenrechtelijke werking toe, evenmin als het die in de regel verbond aan het intreden van een ontbindende voorwaarde.¹⁹ Om deze reden is men ook niet op de gedachte gekomen om, bijvoorbeeld, een vervreemdingsverbod in de vorm van een ontbindende voorwaarde te gieten. Overtreding van een dergelijk verbod zou immers naar het klassieke Romeinse recht slechts hebben geleid tot obligatoire rechtsgevolgen die niet of nauwelijks zouden verschillen van de rechtsgevolgen die zouden zijn ingetreden wanneer aan het vervreemdingsverbod op een andere wijze vorm was gegeven.

Ook in de vroeg-gemeenrechtelijke periode achtte men het in beginsel niet mogelijk om goederenrechtelijke werking aan een ontbindende voorwaarde in een contractueel vervreemdingsverbod te verbinden. Aan een *contractueel* vervreemdingsverbod kon daarom ook in het vroege gemene recht geen goederenrechtelijke werking worden verleend door dat vorm te geven door middel van een *ontbindende voorwaarde*. Meer in

¹⁷ De inhoud van de voorwaarde moet natuurlijk ook voldoen aan de vereisten die gelden in het verbintenissenrecht.

¹⁸ Scheltema 2003, p. XIX en p. 3 e.v.

¹⁹ Zie over de ontwikkeling en de werking van het vervreemdingsverbod, Scheltema 2003, p. 3 e.v.; zie voor het Romeinse recht p. 17 e.v.; voor het vroege gemene recht, p. 25 e.v.; voor het Franse recht, p. 156 e.v.; voor het Duitse recht, p. 217.

ONTBINDENDE VOORWAARDE EN VERVREEMDINGSVERBOD

het bijzonder achtte men goederenrechtelijke werking van een ontbindende voorwaarde of een vervreemdingsverbod niet mogelijk, omdat erkenning daarvan, naar de destijds heersende opvattingen, tot gevolg zou hebben dat eigendom door de werking van een enkel beding, dat wil zeggen *zonder levering*, over zou kunnen gaan (dan wel dat door een enkel beding een overdracht verhinderd zou kunnen worden). Men achtte dit in strijd met één van de grondbeginselen van het gemene recht, inhoudende dat ‘eigendom wordt overgedragen, door levering, niet door de werking van bedingen’.²⁰ Het strikte vasthouden aan dit ‘*traditionssprinzip*’ leidde er echter wel toe dat er allerlei constructies werden bedacht met behulp waarvan men goederenrechtelijke werking aan een contractueel beding, meer in het bijzonder het vervreemdingsverbod, trachtte te verbinden. Zo werd de mogelijkheid geopperd dat aan een vervreemdingsverbod goederenrechtelijke werking zou kunnen worden verleend door het verbod toe te voegen aan de tot overdracht strekkende goederenrechtelijke overeenkomst. Die gedachte werd in het algemeen echter slechts ‘erkend’ binnen het kader van de *bestaande* (in het Corpus Iuris genoemde) goederenrechtelijke bevoegdheden, zoals het pandrecht of het erfpachtrecht. Een andere, zeer invloedrijke, constructie was het beding dat na overdracht verplichtte tot onmiddellijke teruglevering onder opschortende voorwaarde van verdere vervreemding. Om de terugoverdracht bij voorbaat te bewerkstelligen werd aan dit beding een geanticipeerd *constitutum possessorium* verbonden. Het gegeven dat dergelijke constructies werden bedacht is in het bijzonder interessant omdat zij een duidelijke wens weerspiegelen om aan méér contractuele bedingen goederenrechtelijke werking toe te kennen dan aan die welke in het Corpus Iuris uitdrukkelijk werden erkend.

Deze tendens werd in het latere gemene recht voortgezet. Zoals hierboven reeds is aangestipt, ging men namelijk ook in andere gevallen goederenrechtelijke werking verbinden aan contractuele (aanvankelijk slechts obligatoir werkende) bedingen en wel door die inderdaad in de vorm van een ontbindende voorwaarde te gieten. Deze tendens tot ‘verzakelijking’ van in beginsel slechts obligatoir werkende bedingen met behulp van de ontbindende voorwaarde, vindt men aanvankelijk slechts in bepaalde gevallen terug, met name bij het recht van wederinkoop. Langzamerhand werd de ontbindende voorwaarde echter ook op andere gevallen toepast. Het behoeft daarom geen verbazing te wekken dat men dientengevolge ook minder afwijzend stond tegenover een contractueel *vervreemdingsverbod* met goederenrechtelijke werking. Verschillende schrijvers kenden dan ook goederenrechtelijke werking toe aan een vervreemdingsverbod, *mits* dat als ontbindende voorwaarde vorm was gegeven. Een enkeling betoogde zelfs dat een vervreemdingsverbod goederenrechtelijke werking kon hebben *zonder* dat het als

²⁰ C. 2,3,20: *Traditionibus (...) dominia rerum non nudis pactis transferuntur*. Dit betoog komt in verband met de ontbindende voorwaarde ook nog in de toelichting bij een voorontwerp van het BGB voor, Scheltema 2003, p. 206.

SCHELTEMA

ontbindende voorwaarde vorm was gegeven.²¹

Duits recht

In het licht van de boven geschetste ontwikkeling is het dus niet opmerkelijk dat ook negentiende-eeuwse Duitse Pandektisten als Dernburg en Vangerow het mogelijk, zo niet vanzelfsprekend, achtten om door middel van het opnemen van een ontbindende voorwaarde aan een vervreemdingsverbod goederenrechtelijke werking toe te kennen.²² Zij erkenden namelijk dat er *in het algemeen* goederenrechtelijke werking aan het intreden van de ontbindende voorwaarde was verbonden en dus ook aan een ontbinde voorwaarde van verdere vervreemding.

Opmerkelijk is hierbij wel dat destijds in het geheel niet de vraag werd opgeworpen naar de wenselijkheid van toetsing van de toelaatbaarheid van de inhoud van de voorwaarde. Er bestond daarom ook geen enkele twijfel over de toelaatbaarheid van een op die manier vorm gegeven vervreemdingsverbod. Die lijn kan zelfs naar het hedendaagse Duitse recht worden doorgetrokken. Een aanzienlijk aantal moderne schrijvers betoogt, nog steeds, dat men aan een vervreemdingsverbod goederenrechtelijke werking kan verbinden door dat vorm te geven als ontbindende voorwaarde.²³ Dit is opmerkelijk omdat § 137 BGB het vervreemdingsverbod uitdrukkelijk lijkt te verbieden of althans daaraan het goederenrechtelijk effect lijkt te ontnemen. Volgens de zojuist bedoelde schrijvers staat § 137 BGB hieraan evenwel niet in de weg, omdat een verdere vervreemding niet wordt verhinderd. De zaak gaat immers bij een beschikking in strijd met het verbod wel degelijk over, zij het dan op een andere dan de beoogde verkrijger, namelijk op de oorspronkelijke disponent, die vervolgens onbeperkt over het goed kan beschikken. Volgens deze schrijvers kan toetsing van de ontbindende voorwaarde aan § 137 BGB dus niet de goederenrechtelijke werking ontnemen aan de ontbindende voorwaarde van verdere vervreemding. Een aantal Duitse juristen acht een ontbindende voorwaarde van verdere vervreemding evenwel toch in strijd met dit verbod.²⁴

²¹ Scheltema 2003, p. 133 e.v.

²² H. Dernburg/P. Sokolowski, *System des Römischen Rechts, Der Pandekten*, Berlijn: Müller 1911 (1910-1912), § 179⁸ en K.A. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, 7e druk, Marburg: Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung 1863, § 299, nr 4c.

²³ Zie bijvoorbeeld J. Kohler, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlijn: Sellier/de Gruyter 2003, § 137, nr 31. F.J. Sächer (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München: C.H. Beck 2001, § 137, nr 15, p. 1344. Voor een overzicht van de meningen, zie C. Berger, *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen*, Tübingen: Mohr Siebeck 1998, p. 176 e.v., die erkent dat dit de heersende mening is. Zie daarover ook Scheltema 2003, p. 217 e.v.

²⁴ Bijvoorbeeld Berger 1998, p. 176 e.v., i.h.b. p. 182.

ONTBINDENDE VOORWAARDE EN VERVREEMDINGSVERBOD

Frans recht

In de Code civil heeft de bovengenoemde tendens tot verzakelijking zich net als in het Duitse recht voortgezet. Aan een ontbindende voorwaarde kan in beginsel goederenrechtelijke werking worden verbonden, ook als die een verdere vervreemding beoogt te verhinderen.²⁵ Ten aanzien van het vervreemdingsverbod is men in het Franse recht zelfs nog een stap verder gegaan dan in het Duitse recht. In Frankrijk verbindt men namelijk zelfs aan een rechtstreeks, dat wil zeggen *niet* door middel van een ontbindende voorwaarde vorm gegeven, vervreemdingsverbod goederenrechtelijke werking. Dit vindt zijn verklaring deels in het bijzondere karakter van het Franse stelsel van eigendomsoverdracht, waar de verbintenis (en dus de overeenkomst) de modaliteiten van de overdracht regelt. In het Franse recht kan de eigendom van roerende zaken namelijk overgaan door middel van een enkel daartoe strekkende verbintenis; levering is dan in de meeste gevallen niet meer vereist.²⁶ Omdat men bovendien een *open* stelsel van goederenrechtelijke bevoegdheden kent, kunnen contractuele bepalingen in beginsel goederenrechtelijke werking hebben.²⁷

Aanvankelijk kende men echter slechts goederenrechtelijke werking toe aan een vervreemdingsverbod dat in de vorm van een ontbindende voorwaarde was gegoten.²⁸ Enige tijd later kende men, als gezegd, ook aan een meer rechtstreeks vervreemdingsverbod goederenrechtelijk effect toe, inhoudende dat een beschikking door de promissor in strijd met het verbod mislukte, zodat daardoor de zaak in zijn vermogen zou blijven. Wel dienen (goederenrechtelijk werkende) vervreemdingsverboden in beide vormen aan een aantal vereisten te voldoen: het verbod dient tijdelijk van aard te zijn en een legitiem belang van de stipulator of een derde te beschermen.²⁹ Ook wordt aangenomen dat het vervreemdingsverbod, net als een ontbindende voorwaarde, getoetst wordt aan de openbare orde.

²⁵ Civ 20 avril 1858, *Dalloz* 58,1,154. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, deel 1, Parijs: Librairie générale de droit & de jurisprudence 1908, nr 2343, p. 760; F. Terré & P. Simler, *Droit civil, Les biens*, Parijs: Dalloz 2002, nr 130, p. 122 e.v.; G. Marty & P. Raynaud/ P. Raynaud, *Droit Civil, Les Biens*, Parijs: Sirey 1980, nr 56-1, p. 67. Zie verder bijvoorbeeld ook Civ 22 juil. 1896, *D.* 98,1,17, (note Planiol), waar Planiol de ontwikkeling weergeeft. Zie verder Scheltema 2003, p. 156 e.v. en W.J. Zwalve, Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht, Deventer: Kluwer 2003, p. 156-159.

²⁶ Terré & Simler 2002, nr 391, p. 293 e.v.

²⁷ Cour de Cassation 13 februari 1834, Sirey 1834,1,205 (of *D.* 1834,1,118). P. Malaurie & L. Aynès/P. Théry, *Cours de droit civil, Les Biens, La publicité foncière*, Parijs: Éditions Cujas 1998, nr 355 e.v. neemt aan dat er een open stelsel van zakelijke (goederenrechtelijke) rechten is. Volgens Théry zijn de meningen in de literatuur verdeeld. Zie voor verwijzingen tegen een open stelsel Malaurie & Aynès/Théry 1998, p. 91¹⁷ en 18 en voor een open stelsel p. 91²⁰ en p. 92²¹. Eveneens voor een open stelsel: Terré & Simler 2002, nr 52, p. 58 en nr 774, p. 630, voor verdere verwijzingen, p. 58 en p. 630. Zie voorts Zwalve 2003, p. 153.

²⁸ Terré & Simler 2002, nr 134, p. 125.

²⁹ Terré & Simler 2002, nr 130, p. 123 e.v.

SCHELTEMA

Uit het voorgaande is gebleken dat men in het Duitse recht ten aanzien van de toelaatbaarheid van vervreemdingsverboden en de inhoudelijke toetsing van de ontbindende voorwaarde, een duidelijk andere benadering kiest dan in het Franse recht. In het Franse recht staat een afweging van belangen voorop en wordt aan een vervreemdingsverbod in beginsel niet alleen obligatoire, maar ook goederenrechtelijke werking toegekend. De wijze waarop vorm is gegeven aan het vervreemdingsverbod wordt daarbij minder van belang geacht. In het Duitse recht daarentegen is de wijze waarop vorm is gegeven aan het vervreemdingsverbod van essentieel belang. Er wordt namelijk strikt de hand gehouden aan het verbod van een contractuele beperking van de beschikkingsbevoegdheid, terwijl aan de andere kant aan een middels ontbindende voorwaarde vormgegeven vervreemdingsverbod wel degelijk goederenrechtelijke werking wordt toegekend. Voor alle duidelijkheid zal hieronder bij de behandeling van het Nederlandse recht daarom een onderscheid worden gemaakt tussen een 'direct' vervreemdingsverbod en een vervreemdingsverbod dat in de vorm van een ontbindende voorwaarde is gegoten.

3.2 Directe beperking van de overdraagbaarheid in het OBW en het BW

Onder de vigeur van het OBW werd er, evenals in het Duitse recht, vanuit gegaan dat een beding waarbij de overdraagbaarheid van het eigendomsrecht werd uitgesloten, slechts obligatoire werking kon hebben; goederenrechtelijke werking werd uitgesloten geacht.³⁰ Een daartoe strekkende bepaling ontbrak in de wet. Slechts in het erfrecht (art 931 OBW) en bij de schenking (art 1712 OBW) kwamen bepalingen voor die een vervreemdingsverbod met goederenrechtelijke werking verboden. Deze bepalingen placht men ruim uit te leggen.³¹

Slechts Cahen betoogde, min of meer in overeenstemming met het Franse recht, dat de vrije beschikkingsmacht het belang van het vrije ruilverkeer dient. Dit vrije ruilverkeer zou de vrije circulatie van zaken eisen. Deze vrije circulatie van zaken is echter geen op zichzelf staand belang, zodat, naar zijn visie, een uiteindelijk oordeel over de al dan niet goederenrechtelijke werking van een vervreemdingsverbod, niet zozeer berust op een dogmatische standpuntbepaling, als wel op een afwegingen van de betrokken belangen.

³⁰ J.H. Beekhuis, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Zakenrecht, Algemeen Deel*, 11^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980, p. 158; O.K. Brahn e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk wetboek. Deel 2. Zakenrecht. Met verwijzing naar het NBW*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 174-175; M.B. Bregstein, 'Rechtsvragen', *WPNR* 4339 (1954), p. 141; W.C. Treurniet, 'J.L.P. Cahen. Deblokking van de blokkeringsclausule (recensie)', *RM Themis* 1968, p. 209 e.v.; HR 23 december 1955, NJ 1956, 54. Daartegen J.L.P. Cahen, *Deblokking van de blokkeringsclausule* (oratie Groningen), Gouda Quint-Brouwer 1966, p. 7 e.v. Cahen betoogt op p. 5 overigens dat de heersende leer zich verzet tegen een goederenrechtelijk werkend vervreemdingsverbod. Asser/Mijnssen & De Haan 2001, p. 160.

³¹ Asser/Beekhuis 1980, p. 158.

ONTBINDENDE VOORWAARDE EN VERVREEMDINGSVERBOD

Evenals onder het OBW, wordt ook nu algemeen aangenomen dat in het huidige BW een door partijen overeengekomen rechtsreeks vervreemdingsverbod géén goederenrechtelijke werking heeft. Partijen kunnen de beschikkingsbevoegdheid niet aan de eigenaar ontnemen door het eigendomsrecht onoverdraagbaar te maken. De vrije overdraagbaarheid van goederen is, zo wordt algemeen aangenomen, één van de grondbeginselen van het BW. Art. 3:83 lid 1 BW bepaalt dan ook uitdrukkelijk dat goederenrechtelijke bevoegdheden overdraagbaar zijn en dat die overdraagbaarheid in principe niet door partijen kan worden beperkt.³² Voor zaken wordt hierop géén uitzondering toegelaten, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen overdracht verzet.

Art 3:83 lid 1 BW.

Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet.

De toelichting bij dit artikel laat aan duidelijkheid weinig te wensen over.

‘Er bestaat bovendien nog dit verschil tussen de overdraagbaarheid van zakelijke rechten en die van vorderingsrechten, dat bij vorderingsrechten de overdraagbaarheid door een beding kan worden uitgesloten, bij zakelijke rechten niet. Dit hangt samen met het door het ontwerp gekozen stelsel, dat het bij de zakelijke rechten niet geoorloofd is, om door beding verder van het algemene type af te wijken dan de wet aangeeft.’³³

Partijen kunnen niet, ook niet met behulp van een beding bij de overdracht, de overdraagbaarheid van een zaak in goederenrechtelijke zin beperken.³⁴ Zij kunnen daarom ook geen goederenrechtelijk werkend vervreemdingsverbod opnemen, omdat dit de overdraagbaarheid beperkt.

3.3 De ontbindende voorwaarde van verdere vervreemding in het OBW en BW

De vraag rijst dan of een in een overdracht³⁵ opgenomen ontbindende voorwaarde van verdere vervreemding ook in strijd is met de wet. Hierbij zij er nogmaals op gewezen dat

³² Bij vorderingen is beperking van de overdraagbaarheid op grond van art. 3:83 lid 2 BW wel mogelijk. Zie daarover (en over de wenselijkheid en mogelijkheid tot onvervreemdbaarstelling van vorderingen aan banden te leggen) F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen).

³³ Parl. Gesch. Boek 3, TM, p. 314.

³⁴ Zo ook Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2001, nr 104-105, p. 74 e.v. en nr 138 e.v., p. 112; O.K.Brahn, W.H.M. Reehuis, *Overdracht*, Monografieën nieuw BW, B6a, Deventer: Kluwer 1997, nr 10 e.v., p. 9 e.v. en nr 43, p. 46; Sniijders & Rank-Berenschot 2001, nr 308, p. 247-248; Asser/Mijnssen & De Haan 2001, nr 199 e.v., p. 159 e.v.

³⁵ Men dient zich te bedenken dat een ontbindende voorwaarde van verdere vervreemding slechts denkbaar is in het geval van een overdracht van een goed onder voorwaarde.

SCHELTEMA

beantwoording van deze vraag volledig parallel loopt met beantwoording van de vraag of en op welke wijze de inhoud van de ontbindende voorwaarde dient te worden getoetst.

Oud BW

Zoals hiervoor is opgemerkt, kwamen in het OBW slechts in het erfrecht (art 931 OBW) en bij de schenking (art 1712 OBW) bepalingen voor die een vervreemdingsverbod met goederenrechtelijke werking verboden. Deze bepalingen pleegde men, zoals ook reeds opgemerkt, ruim uit te leggen. Daarom ging men er vanuit dat het niet mogelijk was om door middel van een ontbindende voorwaarde een goederenrechtelijk werkend vervreemdingsverbod te koppelen aan een schenking of een erfrechtelijke beschikking. Het is dan ook aannemelijk dat men er vanuit ging dat bij andere beschikkingen evenmin door middel van een ontbindende voorwaarde een goederenrechtelijk werkend vervreemdingsverbod kon worden opgenomen.

Toch kunnen tegen deze beschouwingwijze belangrijke bedenkingen worden aangevoerd. Vrijwel niemand twijfelde eraan dat een contractueel vervreemdingsverbod obligatoire werking had.³⁶ Dit betekent dat, als een accipient aan wie onder een vervreemdingsverbod was overgedragen vervolgens in strijd met het vervreemdingsverbod aan een derde overdroeg, hij daardoor per definitie wanprestatie pleegde ten opzichte van zijn contractspartij, de disponent. Aan deze wanprestatie koppelde art. 1302 OBW automatisch het intreden van een ontbindende voorwaarde waaraan in beginsel goederenrechtelijke werking was verbonden. Op grond van artikel 1302 OBW werd namelijk elke volmaakt wederkerige overeenkomst geacht te zijn aangegaan onder de ontbindende voorwaarde van wanprestatie. De werking van deze ontbindende voorwaarde was dezelfde als die van de expliciet overeengekomen ontbindende voorwaarde.³⁷ Aldus beschouwd, zou op deze wijze aan iedere beschikking die in strijd met een contractueel vervreemdingsverbod is geschied, goederenrechtelijke werking kunnen zijn verbonden. Die werking zou dan niet zozeer zijn verbonden aan het vervreemdingsverbod zelf, als wel aan de ontbindende voorwaarde van wanprestatie. Dit is een consequentie die – zo men er al aan heeft gedacht – door vrijwel niemand werd aanvaard.³⁸ De verklaring daarvan, is gelegen in de volgende

³⁶ Zie bijvoorbeeld Pitlo/Brahn 1987, p. 174. Twijfel is evenwel mogelijk ten aanzien van een verbod dat zich over een te lange tijd uitstrekt. Men zou een dergelijk verbod ook ongeldig kunnen achten. Vgl. Asser/Beekhuis 1980, p. 161; Bregstein 1954, rechtsvraag nr 1, p. 141; Treurniet 1968, p. 209.

³⁷ Pitlo/Brahn 1965, p. 198 en 1977, p. 220.

³⁸ Asser/Beekhuis 1980, p. 161 acht ontbinding op grond van art. 1302 in dit geval eveneens niet mogelijk. In dezelfde zin Bregstein 1954, rechtsvraag nr 1, p. 141 en Treurniet 1968, p. 212. Zie bijvoorbeeld ook Pitlo/Brahn 1987, p. 173, die aangeeft dat overtreding van een optiebeding (dat voor een deel als vervreemdingsverbod kan worden beschouwd) de stipulator slechts een mogelijkheid tot schadevergoeding oplevert. Wel zou in een dergelijke geval een vordering op grond van onrechtmatige daad uitkomst kunnen bieden, op grond waarvan een derde te kwader trouw soms verplicht kan worden de zaak terug te leveren, HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos/van den Bosch). Men dient wel te bedenken dat alleen een vervreemdingsverbod dat is opgenomen bij een eigendomsoverdracht, de

ONTBINDENDE VOORWAARDE EN VERVREEMDINGSVERBOD

overwegingen.

Onder het OBW werd aangenomen dat er afspraken konden worden gemaakt omtrent het uitsluiten van de ontbinding op grond van wanprestatie, de aard van de wanprestatie en de gevolgen ervan.³⁹ Aan het intreden van de ontbindende voorwaarde (van wanprestatie) was dan ook niet altijd *automatisch* goederenrechtelijke werking gekoppeld. Die berustte op de uitleg van de overeenkomst als geheel en die van de daarin opgenomen ontbindende voorwaarde in het bijzonder. De reden waarom in dit geval géén goederenrechtelijke werking aan het overtreden van het vervreemdingsverbod was verbonden, was gelegen in het feit dat aan deze ontbindende voorwaarde van wanprestatie in dit geval geen goederenrechtelijke werking *mocht* zijn verbonden. Deze overeenkomst diende daarom te worden uitgelegd aan de hand van het gegeven dat geen goederenrechtelijke werking mocht zijn verbonden aan deze ontbindende voorwaarde. De ontbindende voorwaarde had hierdoor geen goederenrechtelijke werking en miste zelfs obligatoire werking als met het verbod uitdrukkelijk goederenrechtelijke werking werd beoogd. Dat deze ontbindende voorwaarde van wanprestatie geen goederenrechtelijke werking *mocht* hebben, was weer gelegen in het feit dat bij de uitleg van de overeenkomst ook de rechtspolitieke keuzes moesten worden betrokken die ten grondslag lagen aan het vermogensrechtelijke systeem als geheel. Deze lieten immers geen vervreemdingsverbod met goederenrechtelijke werking toe, aangezien de vrije overdraagbaarheid van zaken één van de uitgangspunten was (en is) van ons systeem.⁴⁰ Als aan een vervreemdingsverbod goederenrechtelijke werking zou zijn verbonden, dan zou dat dus in strijd komen met één van de fundamentele beginselen van het vermogensrecht. Om deze reden kon een overtreding van een vervreemdingsverbod niet leiden tot ontbinding met goederenrechtelijke werking, zelfs niet bij de ontbindende voorwaarde van wanprestatie.⁴¹ De inhoud van iedere ontbindende voorwaarde, óók die van wanprestatie, diende in alle gevallen ook aan het vermogensrechtelijke systeem te worden getoetst. Voor het huidige Nederlandse recht blijft de laatste vaststelling van belang.

Huidig BW

Naar zojuist is opgemerkt, beoogt art. 3:83 lid 1 BW directer dan onder het OBW de vrije overdraagbaarheid van zaken te beschermen. Nu zou men, zoals in Duitsland wel wordt gedaan, kunnen betogen dat door het opnemen van een ontbindende voorwaarde van verdere vervreemding de overdraagbaarheid als zodanig niet wordt beperkt. Een vervreemding in strijd met het verbod leidt namelijk tot een overdracht, zij het niet tot de

goederenrechtelijke werking zou kunnen hebben dat de zaak terugkeert.

³⁹ H.C. Grootveld, *Contractenrecht, deel VI-E, Ontbinding en opschorting*, Deventer: Kluwer 1990 (losbl.), nr 1039 e.v.

⁴⁰ Zie ook Bregstein 1954, rechtsvraag nr 1, p. 141.

⁴¹ Aldus ook Asser/Beekhuis 1980, p. 161; Bregstein 1954, rechtsvraag nr 1, p. 141; Treurniet 1968, p. 212.

SCHELTEMA

door de eigenaar gewenste overdracht. De zaak gaat van de eigenaar terug naar de oorspronkelijke eigenaar en niet van hem op de beoogde nieuwe eigenaar. De zaak blijft dus inderdaad, strikt genomen, overdraagbaar. Toch overtuigt dit betoog niet. Het is veeleer aannemelijk dat een dergelijke ontbindende voorwaarde naar ons recht in strijd is met de strekking van art. 3:83 lid 1 BW. De bepaling is opgenomen met het doel de vrije circulatie van goederen te beschermen, hetgeen de grondslag van ons economische stelsel vormt.⁴² Die doelstelling wordt doorkruist door het erkennen van een ontbindende voorwaarde die een verdere vervreemding in goederenrechtelijke zin verhindert. De eigenaar wordt daardoor immers feitelijk volledig beperkt in zijn beschikkingsbevoegdheid. De stipulator van het vervreemdingsverbod zou op deze manier eenvoudig kunnen verhinderen dat de zaak ooit in andere handen dan die van zijn wederpartij zal geraken. Een zaak die onder ontbindende voorwaarde van verdere vervreemding wordt overgedragen, wordt op deze manier dus feitelijk aan het goederenverkeer onttrokken. Om deze reden wordt in de Parlementaire Geschiedenis en de literatuur goederenrechtelijke werking ontzegd aan een ontbindende voorwaarde van verdere vervreemding.⁴³ Deze opvatting wordt bovendien ondersteund door art. 6:252 lid 5 BW. Daarin wordt bepaald dat verplichtingen die de rechthebbende beperken in zijn beschikkingsbevoegdheid, geen kwalitatieve verplichting kunnen zijn. Het is aannemelijk dat hetzelfde geldt ten aanzien van een ontbindende voorwaarde, dat wil zeggen dat een ontbindende voorwaarde die de rechthebbende beperkt in zijn beschikkingsbevoegdheid, geen goederenrechtelijke werking kan hebben. Immers: door middel van een kwalitatieve verplichting zou men een goederenrechtelijke werkend vervreemdingsverbod kunnen realiseren en dat beoogt de bepaling van art. 6:252 lid 5 BW te verhinderen. Zij had in beginsel naast art. 3:83 lid 1 BW kunnen worden gemist. De wetgever heeft het evenwel noodzakelijk geacht het daarin tot uitdrukking gebrachte beginsel nog eens uitdrukkelijk te verwoorden.⁴⁴ Daardoor onderstreept deze bepaling de stelling dat onze wet een beperking van de beschikkingbevoegdheid *op geen enkele manier* aan de partijautonomie wil overlaten.⁴⁵

⁴² Zo ook Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2001, nr 105, p. 75; Asser/Mijnssen & De Haan 2001, nr 199, p. 160; Cahen 1966, p. 9 e.v.

⁴³ Parlementaire Geschiedenis boek 3 (invoering boek 3, 5 en 6), p. 1202; Brahn/Reehuis 1997, nr 63, p. 66; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2001, nr 105, p. 75 en nr 123, p. 99. Mogelijk ook in deze zin Asser/Mijnssen & De Haan 2001, nr 199, p. 160, die in ieder geval voor het erfrecht een dergelijke ontbindende voorwaarde van verdere vervreemding ongeldig acht: zie ook de daar geciteerde literatuur en art. 4:931 OBW en 4:45 lid 2 NBW.

⁴⁴ Zie ook de Parlementaire Geschiedenis boek 6, p. 944, over het later toegevoegde lid 5: 'het komt de ondergetekende gewent voor deze mogelijkheid uitdrukkelijk uit te sluiten, zulks in overeenstemming met de strekking van de regeling van art. 3.4.2.1 leden 1 en 2 (3:83)'. En even verderop: 'een andere regel zou in strijd komen met de eisen van een behoorlijk verloopend rechtsverkeer ter zake registergoederen (...) en bovendien een ernstige belemmering kunnen opleveren voor schuldeisers om op deze goederen verhaal te zoeken' en 'dient het in artikel 3.4.2.1 eenmaal aanvaarde uitgangspunt onverkort te worden gehandhaafd.' Zie ook Treurniet 1968, p. 213.

⁴⁵ Enkel door middel van een privatieve last, art. 7:423 BW, kan men de beschikkingsbevoegdheid tijdelijk

ONTBINDENDE VOORWAARDE EN VERVREEMDINGSVERBOD

Het beginsel van de overdraagbaarheid van zaken is ook nog met een ander doel in de wet opgenomen: het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten verzet zich ertegen dat partijen de overdraagbaarheid zouden kunnen inperken.⁴⁶ Erkenning van beperkingen van de overdraagbaarheid zou neerkomen op erkenning van de mogelijkheid het eigendomsrecht op niet in de wet genoemde wijze in goederenrechtelijke zin te beperken. Bij dit soort beschouwingen wordt in het algemeen echter geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat een vervreemdingsverbod zou kunnen worden gegoten in de vorm van een ontbindende voorwaarde. Een aldus vorm gegeven vervreemdingsverbod komt, zoals reeds is betoogd, in beginsel niet in strijd met het gesloten stelsel van goederenrechtelijke bevoegdheden, omdat de goederenrechtelijke werking van het intreden van de ontbindende voorwaarde berust op de wet.

Uit het bovenstaande volgt dat, indien men er met de heersende leer vanuit gaat dat een rechtstreeks vervreemdingsverbod niet geoorloofd is (of althans goederenrechtelijke werking mist), de ontbindende voorwaarde van verdere vervreemding ook in strijd is met de strekking van art. 3:83 BW. Men dient hierbij te bedenken dat een bij een beschikking onder de levenden opgenomen vervreemdingsverbod meestal ook zal zijn bedoeld als overdracht onder ontbindende voorwaarde.⁴⁷

Tegen erkenning van (beperkte) goederenrechtelijke werking van een middels ontbindende voorwaarde vorm gegeven vervreemdingsverbod, pleit nog het volgende. De ontwikkeling in het Franse recht toont aan dat de erkenning van de mogelijkheid om door middel van een ontbindende voorwaarde een goederenrechtelijk werkend vervreemdingsverbod te realiseren, leidt tot erkenning van een rechtstreeks werkend vervreemdingsverbod, dat wil zeggen een vervreemdingsverbod dat zonder hulp van een ontbindende voorwaarde goederenrechtelijk effect sorteert. De eigendom van de zaak behoeft dan zelfs niet meer terug te vallen aan de disponent. De zaak blijft ondanks een vervreemding in strijd met het verbod door de accipient, eigendom *van de accipient*.

Wel dient nog op het volgende te worden gewezen. Het is aannemelijk dat, ondanks het feit dat de automatische koppeling die art. 1302 OBW maakte tussen wanprestatie en de ontbindende voorwaarde, een *expliciet* opgenomen ontbindende voorwaarde van wanprestatie in het algemeen wel goederenrechtelijk effect kan hebben.⁴⁸ Een aantal schrijvers erkent deze mogelijkheid ook.⁴⁹ Aan een door partijen opgenomen ontbindende

aan een ander verlenen, terwijl de rechthebbende daardoor tijdelijk onbevoegd wordt. Die lastgeving kan (in goederenrechtelijke zin) echter te allen tijden door de rechthebbende worden beëindigd, tenzij de uitzondering van lid 2 opgaat. Een vervreemdingsverbod in die vorm zal dan ook weinig effect hebben.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld Parlementaire Geschiedenis boek 3, TM, p. 314; Snijders & Rank-Berenschot 2001, nr 308, p. 247; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2001, nr 105 e.v., p. 75 e.v.

⁴⁷ In het algemeen zal de disponent de zaak willen doen toekomen aan de accipient, tenzij deze handelt in strijd met het vervreemdingsverbod. Handelt de accipient in strijd met het vervreemdingsverbod, dan zal de disponent meestal wensen dat de zaak automatisch naar hem terugkeert. Een vervreemdingsverbod is daarom meestal een (bijzondere verschijningsvorm van de) ontbindende voorwaarde.

⁴⁸ De bezwaren die onder het OBW tegen de goederenrechtelijke werking van de wettelijke ontbindende voorwaarde van wanprestatie werden aangevoerd, gelden namelijk in veel mindere mate voor een expliciet opgenomen ontbindende voorwaarde van wanprestatie, omdat partijen bewust voor die goederenrechtelijke werking kiezen.

⁴⁹ A.S. Hartkamp, 'Terugwerkende kracht', *WPNR* 6030 (1991), p. 870; A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's*

SCHELTEMA

voorwaarde van wanprestatie die (ook) intreedt wanneer er in strijd met een vervreemdingsverbod wordt gehandeld, kan echter geen goederenrechtelijk effect zijn verbonden. Als men zich immers op het standpunt stelt dat aan een contractueel vervreemdingsverbod geen goederenrechtelijke werking mag zijn verbonden, dan dient men aan het intreden van de ontbindende voorwaarde van wanprestatie die bestaat in overtreding van een vervreemdingsverbod, ook geen goederenrechtelijke werking te verbinden.

Zoals hierboven reeds ten aanzien van het OBW is betoogd, is aan het intreden van de ontbindende voorwaarde *niet automatisch* goederenrechtelijke werking verbonden. Die berust immers op de uitleg van de in de overeenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde. Bij de uitleg van de overeenkomst dienen ook de rechtspolitieke keuzes te worden betrokken die ten grondslag liggen aan het vermogensrechtelijke systeem als geheel. Die laten geen vervreemdingsverbod met goederenrechtelijke werking toe. Aan een ontbindende voorwaarde van verdere vervreemding wordt dan ook, op welke wijze daaraan ook vorm mag zijn gegeven, slechts obligatoire werking toegekend.⁵⁰ Op een zelfde wijze wordt in geval van de overtreding van het obligatoire vervreemdingsverbod aan een ontbindende voorwaarde van wanprestatie goederenrechtelijke werking ontegd. Overtreding van een vervreemdingsverbod kan dan ook nimmer leiden tot een ontbinding met goederenrechtelijke werking, zelfs niet wanneer die werking berust op de ontbindende voorwaarde van wanprestatie.

Obligatoir vervreemdingsverbod

Aan een ontbindende voorwaarde van verdere vervreemding, dient om bovengenoemde redenen, wegens strijd met de strekking van art. 3:83 lid 1 BW, elk goederenrechtelijk effect te worden ontegd. Dit laat evenwel onverlet dat partijen wel *obligatoir* aan een dergelijk beding kunnen zijn gebonden en dat een vordering op grond van wanprestatie kan worden ingesteld. Het is bovendien geoorloofd dat er ter nakoming van het verbod een boetebeding wordt opgenomen. De eigenaar kan daardoor *in economische zin* wel degelijk beperkt zijn in zijn mogelijkheid om over een zaak te beschikken. Het verschil tussen een toelaatbaar obligatoir werkend beding dat een verdere vervreemding beoogt te verbieden en een verboden ontbindende voorwaarde van verdere vervreemding, is erin gelegen dat belangen van derden in principe niet geraakt worden door een dergelijk obligatoir beding.

handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, deel 1. De verbintenis in het algemeen, 12^e druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2004, nr 156, p. 122; A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, deel 2, Algemene leer der overeenkomsten*, 11^e druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, nr 528; H.A.G. Fikkers, *Recht van reclame. Over het recht van terugvordering van niet betaalde roerende zaken*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1992, p. 79; Snijders & Rank-Berenschot 2001, nr 488, p. 392. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2001, nr 116, p. 87 en nr 123 e.v., p. 99; A.I.M. van Mierlo, 'Gastels bedrijfpand', AA 51 (2002), p. 93. Zie ook Brahn/Reehuis 1997, p. 67. Anders Asser/Mijnssen & De Haan 2001, nr 222, p. 185.

⁵⁰ Als partijen beogen om door middel van het opnemen van een ontbindende voorwaarde goederenrechtelijke werking aan een vervreemdingsverbod te verbinden, dan zal de ontbindende voorwaarde nietig zijn en dus geen enkele werking hebben.

ONTBINDENDE VOORWAARDE EN VERVREEMDINGSVERBOD

Minder eenvoudig te beantwoorden is de vraag naar de toelaatbaarheid van een bij een overdracht opgenomen obligatoir vervreemdingsverbod waaraan een boetebeding is gekoppeld, tot meerdere zekerheid waarvan een pandrecht op de zaak is gevestigd, een mogelijkheid die reeds in de dertiende eeuw werd geopperd door Bartolus.⁵¹ Op deze manier wordt het de accipient bijzonder onaantrekkelijk gemaakt zijn zaak aan een derde over te dragen. Een dergelijk beding is evenwel niet in strijd met art. 3:83 lid 1 BW omdat het de overdraagdracht op zichzelf niet verhindert.⁵² Weliswaar kan de derde aan wie de zaak is overgedragen worden uitgewonnen voor een schuld waarvoor hij niet aansprakelijk is, de eigendomsoverdracht aan hem wordt hierdoor niet verhinderd, hij wordt wel degelijk eigenaar. Het gegeven dat in dit geval aan het vervreemdingsverbod *indirecte* derdenwerking wordt toegekend, vindt zijn oorzaak in de derdenwerking die aan het pandrecht is verbonden. De vrije circulatie van zaken wordt bovendien niet noemenswaardig gehinderd. De pandhouder die de vervreemding heeft willen verbieden, wordt niet (automatisch) eigenaar van de zaak door een beschikking in strijd met het verbod en *kan* het ook niet worden door de werking van het toe-eigeningsverbod van artikel 3:235 BW. Hij kan de zaak slechts verkopen en dus overdragen aan een derde. Hij kan daarom niet *in juridische zin* verhinderen dat de zaak in andere handen geraakt. Bovendien is het mogelijk dat de tweede koper de boetesom voldoet, de zaak behoudt en vervolgens bijvoorbeeld dat bedrag inhoudt op de koopsom (die in veel gevallen overigens geheel voldaan zal zijn).

Toetsing van de inhoud van de ontbindende voorwaarde aan het goederenrechtelijke systeem – zoals hierboven is geschied aan de hand van een ontbindende voorwaarde van verdere vervreemding – betekent niet dat strijd met *alle* dwingendrechtelijke bepalingen van het goederenrecht automatisch leidt tot het ontnemen van goederenrechtelijk effect aan het intreden van de voorwaarde. Het door een dergelijke dwingendrechtelijke bepaling te beschermen belang vormt hierbij het belangrijkste aanknopingspunt. Goederenrechtelijke werking zal slechts aan het intreden van de ontbindende voorwaarde moeten worden onthouden, als door de goederenrechtelijke werking een gevolg wordt bereikt dat in strijd is met het doel van die dwingendrechtelijke bepaling. In dat geval is er strijd met de openbare orde. Zo zal het verbod van toe-eigening (art 3:235 BW) een zodanige sterke werking hebben⁵³ dat het reeds daarom (ook zonder art. 3:84 lid 3 BW) onmogelijk is om door het opnemen van een ontbindende voorwaarde een zekerheidsrecht te creëren waarbij

⁵¹ Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria*, ed.Venetië 1596, ad D. 45,1,135,3 fo 51rb, nr 4. Zie daarover Scheltema 2003, p. 36.

⁵² Zie ook Parlementaire Geschiedenis boek 3 (invoering boek 3,5 en 6), p 1201. Er zij bovendien op gewezen dat de rechter de mogelijkheid heeft een boetebeding te matigen, art. 6:94 BW.

⁵³ W. Snijders 1989, verslag, p. 77. Hij acht bijvoorbeeld ongeldig wegens strijd met het toe-eigeningsverbod een onherroepelijke volmacht van de zekerheidsnemer tot het overdragen van de eigendom aan zichzelf.

de zekerheidsnemer zich de zaak kan toe-eigenen.⁵⁴

4. Conclusie

Door de algemene erkenning van de goederenrechtelijke werking van het intreden van de ontbindende voorwaarde vanaf het late gemene recht, is de mogelijkheid gecreëerd het eigendomsrecht 'afhankelijk' te maken van ieder willekeurig contractueel beding. Omdat daardoor in beginsel een vrijwel oneindig aantal beperkingen van het eigendomsrecht mogelijk wordt gemaakt, dient men de inhoud van de ontbindende voorwaarde te toetsen aan de rechtspolitieke overwegingen die ten grondslag liggen aan het goederenrechtelijke stelsel en dus aan de beginselen daarvan. Toetsing aan een gesloten stelsel van goederenrechtelijke bevoegdheden, is daarbij, behoudens een juridische bepaling van die strekking, uitgesloten.

De noodzaak tot toetsing van de ontbindende voorwaarde betekent evenwel niet dat in alle rechtsstelsels dezelfde uitkomst wordt bereikt. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de beantwoording van de vraag of een ontbindende voorwaarde van verdere vervreemding in strijd is met die beginselen, in het Franse, Duitse en Nederlandse recht anders uitvalt. In het Franse recht staat bij beantwoording van de vraag of een vervreemdingsverbod met goederenrechtelijke werking geldig is, een afweging van belangen voorop, op een wijze die ten onzent door Cahen is verdedigd. Hierbij wordt niet (meer) van belang geacht in welke vorm dit verbod is gegoten. In het Duitse recht wordt een contractuele beperking van de beschikkingsbevoegdheid uitdrukkelijk verboden; een direct vervreemdingsverbod is daarom uitgesloten. Desondanks wordt een als ontbindende voorwaarde vormgegeven (en dus indirect) vervreemdingsverbod toelaatbaar geacht. Men acht toetsing van de inhoud van de ontbindende voorwaarde aan het verbod van contractuele beperkingen van de beschikkingsbevoegdheid, om strikt dogmatische redenen, niet mogelijk. In het Nederlandse recht heeft men ten aanzien van de vraag of een vervreemdingsverbod goederenrechtelijke werking kan hebben, een enigszins andere benadering gekozen dan het Duitse en Franse recht. Dit vindt zijn verklaring mogelijk in het gegeven dat het Nederlandse recht (in theorie) een minder liberaal stelsel dan het Franse kent en Nederlandse juristen in de regel een minder strikt dogmatische benadering kiezen dan de Duitse. Daarnaast wordt in het Nederlandse recht meer nadruk gelegd op het beginsel van

⁵⁴ Zie ook Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2001, nr 123, p. 99. Overigens zijn het eigendomsvoorbehoud van art. 3:92 BW en de onvoorwaardelijke eigendomsoverdracht die in economische zin tot zekerheid strekt, niet op grond van het verbod op het vervalbeding verboden: hoewel deze overdrachten in feite een vervalbeding inhouden, kunnen zij niet worden getroffen door dat verbod. Het eigendomsvoorbehoud wordt niet getroffen omdat de wet die vorm van zekerheid uitdrukkelijk toelaat. De onvoorwaardelijke eigendomsoverdracht die in economische zin strekt tot zekerheid, wordt niet getroffen omdat dit op grond van de restrictieve interpretatie van art. 3:84 lid 3 BW door de Hoge Raad in zijn arrest van 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (Sogelease) niet als vestiging van een zekerheidsrecht wordt gezien.

ONTBINDENDE VOORWAARDE EN VERVREEMDINGSVERBOD

vrije overdraagbaarheid van zaken en het daarmee verbonden economische beginsel van vrije circulatie van zaken, hoewel ook in het Duitse recht een tendens in die richting valt waar te nemen. In het Nederlandse recht wordt daarom zowel aan een direct als ook aan een indirect vervreemdingsverbod elk goederenrechtelijk effect ontzegd.

Het zij nogmaals benadrukt dat bij toetsing van de inhoud van de ontbindende voorwaarde dient te worden bedacht dat de goederenrechtelijke werking van het intreden daarvan in beginsel in overeenstemming dient te zijn met het goederenrechtelijke stelsel. Goederenrechtelijke werking zal slechts aan de ontbindende voorwaarde kunnen en mogen worden ontnomen, als door die goederenrechtelijke werking een gevolg wordt bereikt dat in strijd is met dat stelsel.

A.H. Scheltema

Leiden