

# Artikel

## De potestatieve voorwaarde: grond voor nietigheid van de verbintenis?

Prof. mr. E.J.H. Schrage\*

### 1. Inleiding

Wanneer onder een groep juristen het onderwerp potestatieve voorwaarde wordt aangesneden, zal naar waarschijnlijkheid een deel van de groep reageren met: ‘Wat is dat?’ en een ander deel met ‘O ja, daar is wat mee, maar wat ook weer precies?’ Dat is niet vreemd, want formeel gezien bestaat de potestatieve voorwaarde niet meer, het is een relikwie uit het oude recht<sup>1</sup> dat onder het huidige recht niet expliciet is teruggekomen. Echter, de potestatieve voorwaarde is niet uit ons recht verdwenen, zo laat een analyse van de rechtspraak zien.<sup>2</sup> Te algemeen gezegd: de potestatieve voorwaarde is de voorwaarde waarvan de vervulling louter afhankelijk is

van de wil van één van de partijen bij de rechtshandeling, en die om die reden nietig is.<sup>3</sup> Dat is een vergaande consequentie. Onder het huidige recht bestaat geen expliciete wetsbepaling meer. Het is belangrijk om zich te realiseren dat ook onder het huidige recht het opnemen van een puur potestatieve voorwaarde in een overeenkomst uit den boze is, deze zal ook thans met nietigheid worden gesanctioneerd.

Eerder hebben Schrooten en Elion in dit tijdschrift<sup>4</sup> een artikel geschreven over (potestatieve) voorwaarden in overnamecontracten.

In het onderhavige artikel wordt beoogd om het begrip potestatieve voorwaarde en haar rechtsgevolgen ook in het Nederlandse recht – waar thans een expliciete wettelijke bepaling ontbreekt – nader te duiden.

Daartoe worden in paragraaf 2 en 3 een begripsduiding en achtergrondschets gegeven, waarna in paragraaf 4-6 wordt ingegaan op het begrip potestatieve voorwaarde, alternatieve verbintenis en wilsrechten. In paragraaf 7-8 wordt de potestatieve voorwaarde afgezet tegen andere vergelijkbare rechtsfiguren, waarna in paragraaf 9 enige illustratieve rechtspraak wordt besproken. In paragraaf 10 wordt met een conclusie afgesloten.

55

\* Prof. mr. E.J.H. Schrage is emeritus hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam. De auteur dankt de redactie, in het bijzonder Edwin van Wechem, voor de door haar aangedragen suggesties.

1 Art. 1292 oud BW.

2 Vgl. Rb. Overijssel 26 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1846: ‘De subsidiaire grondslag acht de rechtbank wel relevant.(...) Op die wijze zou een ieder zich achteraf van elk contract kunnen bevrijden met het enkele argument het bij nader inzien niet te kunnen financieren/betalen: potestatief, dus niet te honoreren argumentatie.’ Zie ook: Rb. Midden Nederland 17 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:143, ‘Aan [gedaagde sub 2] moet echter worden toegegeven dat de voorwaarde “bij een eventuele verkoop” een potestatief element bevat, (...) De rechtbank merkt deze voorwaarde dan ook aan als een geobjectiveerd potestatieve voorwaarde.’

Zie in het kader van bewijsrecht: conclusie A-G Van Peursem 3 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:778: ‘(...) Dat de zuivere potestatieve voorwaarde aan de geldigheid van de rechtshandeling in de weg staat, omdat eruit volgt dat de rechtshandeling nog niet is verricht (en haar verrichting in plaats daarvan nog in beraad wordt gehouden) wordt algemeen aangenomen. Het lijkt daarom aannemelijk dat in het geval de gedaagde zich op een zuiver potestatieve voorwaarde beroept, (...) Het komt dus aan op een zorgvuldige duiding van het verweer van gedaagde, welke duiding in grensgevallen onmiskenbaar een arbitrair element in zich heeft. (...)’

3 Zie uitbreider: R.J. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 113 e.v.

4 R.P. Schrooten & B.C. Elion, (Potestatieve) voorwaarden in overnamecontracten: van theorie naar praktijk, *Contracteren* 2020, p. 60 e.v. Zie ook in dit tijdschrift: H. Stolz, Partij-invloed op het intreden of vervallen van voorwaarden, *Contracteren* 2016, p. 110 e.v.

## 2. Rechtsvergelijkende achtergrond van de potestatieve voorwaarde

Men ziet in de praktijk veelvuldig dat partijen een contractuele verbintenis afhankelijk doen maken van een toekomstig onzekere gebeurtenis. Die toekomstige onzekere gebeurtenis pleegt men een voorwaarde te noemen en Boek 6, Titel 1, afdeling 5 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek spreekt dan ook van voorwaardelijke verbintenissen. Het begrip voorwaarde in de zin van die afdeling wijkt echter door het samenstel van twee eigenschappen: toekomstig en onzeker, substantieel af van het begrip voorwaarde zoals dat elders in de wet, maar ook in het algemeen spraakgebruik voorkomt. Beide eigenschappen zijn noodzakelijk: is wel sprake van toekomstigheid maar niet van onzekerheid, dan spreekt men van een tijdsbepaling, niet van een voorwaarde.<sup>5</sup> Dat laatste begrip komt elders in de wetgeving voor, echter dikwijls in een andere betekenis. In Boek 6, Titel 5, afdeling 3 is sprake van Algemene Voorwaarden, en het begrip voorwaarde duidt daar op een beding dat tussen partijen (al of niet) geldt als een hen bindend onderdeel van het contract, zonder dat daaraan de connotatie van een toekomstige onzekere gebeurtenis is verbonden. Hetzelfde geldt voor betalings- of leveringsvoorwaarden. Wanneer de voogd één of meer van de in artikel 1:345 BW bedoelde overeenkomsten sluit 'onder de voorwaarde van goedkeuring door de kantonrechter' is evenmin sprake van een voorwaardelijke verbintenis in de zin van Boek 6, Titel 1, afdeling 5, nu het hier gaat om een wettelijk voorschrift dat in acht genomen dient te worden, wil de rechtshandeling geldig kunnen zijn. De laatstgenoemde afdeling duidt slechts twee types voorwaarde met zoveel woorden als een toekomstige onzekere gebeurtenis aan. Artikel 6:22 definieert de opschortende voorwaarde als een die de werking der verbintenis eerst met het plaatsvinden der (toekomstige onzekere) gebeurtenis doet aanvangen; het Franse recht sprak in een dergelijk geval van een *condition suspensive* (art. 1181 C.c. oud en in 1304 Cc<sup>6</sup> nieuw van 'd'un événement futur et incertain')<sup>7</sup>, het Duitse van een *aufschiebende Bedingung* (§ 158 Abs. 1 BGB). Artikel 6:22 BW vervolgt met een definitie van de ontbindende voorwaarde als een die de verbintenis met het plaatsvinden der gebeurtenis doet vervallen, in het Duits een *auflösende Bedingung* (§ 158 Abs. 2 BGB). De Common law past niet in dit schema; aldaar komt de verbintenis tot

stand op het moment dat de *consideration* is gegeven; de bevoegdheid nakoming te vorderen kan onderworpen zijn aan een tijdsbepaling of een toekomstige onzekere gebeurtenis.

In het Burgerlijk Wetboek van 1838 waren meer invullingen van het begrip voorwaarde te vinden. Uitdrukkelijk niet teruggesleuteld in het Nieuwe BW is de potestatieve voorwaarde, de toekomstige onzekere gebeurtenis waarvan het intreden (of het verhinderen ervan) van de wil van één van beide partijen afhankelijk is. Naar oud Frans recht bracht die potestatieve voorwaarde de nietigheid van de verbintenis met zich, wanneer het intreden van de onzekere gebeurtenis geheel afhankelijk was van de debiteur (art. 1174 van de Code Civil des Français<sup>8</sup>). Naar het voorbeeld daarvan bepaalt de Louisiana Civil Code dat iedere verbintenis nietig is, die tot stand gekomen is op een potestatieve voorwaarde van de kant van degene die zich verbindt,<sup>9</sup> en bepaalde artikel 1292 BW (*oud*) eveneens dat de verbintenis nietig is, 'indien derzelve vervulling alleenlijk afhangt van den wil van dengenen, die verbonden is'. Het schoolvoorbeeld daarvan is de toezegging van een bepaalde prestatie 'zolang ik wil', in het Franse recht enige keren geconcretiseerd als de toezegging onder de voorwaarde: 'zolang wij nog van elkaar houden'.

Die potestatieve voorwaarde verdient een nadere beschouwing, want zij komt nog steeds voor en is nog steeds discutabel, hoewel bij gebreke van een expliciete wetsbepaling de precieze inhoud en rechtsgevolgen niet altijd helder zijn.

Om de achtergrond duidelijk te maken, wordt ook aandacht besteed aan het Romeinse recht en een aantal buitenlandse rechtssystemen, omdat die licht schijnen op het karakter van de potestatieve voorwaarde. Wat is de waarde van een toezegging onder een dergelijke voorwaarde? Reeds de middeleeuwse juristen maakten daarbij een onderscheid tussen een zuiver potestatieve en andere potestatieve voorwaarden. Zo schrijft Dynus Muxellanus in zijn Commentaar op de Digestentitel *De diversis Regulis Iuris* (ad Reg. XLI) over de *conditio vere potestativa, idest quae pendet ex facto illius tantum cui adscribitur*, die dus uitsluitend afhangt van degene aan wie die wordt toegeschreven. In een dergelijk geval heeft het er alle schijn van dat de ontvanger ervan blij wordt gemaakt met een dode mus. Er ontstaat immers geen (afdwingbaar) recht, nu iedere rechtsoverdracht onmiddellijk

5 Over het verschil tussen beide de conclusie van A-G Wattel voor HR 3 juli 2008, V-N 2008/42.17.

6 Art. 1304 Cc: 'L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain. La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple. Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation.'

7 Zie over de hervorming van het Franse contractenrecht in dit tijdschrift, S. Jansen, De hervorming van het Franse verbintenissenrecht: le renouveau de la grande dame, *Contracteren* 2015, p. 96 e.v. Zie ook C.M.D.S. Pavillon, Een nieuw contractenrecht voor Frankrijk, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2015/11, afl. 3, p. 77-86.

8 Art. 1174 C.c.: 'Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.'

9 Art. 2024 La. C.C.: 'The potestative condition is that which makes the execution of the agreement depend on an event which it is in the power of the one or the other of the contracting parties to bring about or to hinder. Art. 2034. Every obligation is null, that has been contracted, on a potestative condition, on the part of him who binds himself.' Art. 2035: 'The last preceding article is limited to potestative conditions, which make the obligations depend solely on the exercise of the obligor's will; but if the condition be, that the obligor shall do or not do a certain act, although the doing or not doing of the act depends on the will of the obligor, yet the obligation depending on such condition, is not void.' Daarover Wood Brown, *The Potestative Condition in Louisiana*, 6 *Tul.L.Rev.* (1931), p. 23 e.v. (vervolg van Brown, *Potestative Conditions and Illusory Promises*, 5 *Tul.L.Rev.* (1931) p. 396 e.v.; p. 418 e.v.

lijk afstuit op het verweer, ‘dat ik niet meer wil’, respectievelijk dat het enkele feit van het instellen van de rechtsvordering het beste bewijs is dat de toestand ‘zolang wij nog van elkaar houden’ heeft opgehouden te bestaan. De kortste klap is de eenvoudigste: er komt onder een dergelijke voorwaarde geen verbintenis tot stand omdat de verplichting als zodanig niet aan te wijzen is en het bewijs ervan onmogelijk. Dat standpunt lijkt ook Ruysvoorn te huldigen.<sup>10</sup> De schenking van hand tot hand die bestemd is om slechts haar werking te behouden ‘zolang mijn liefde voor jou voortduurt’ is nietig,<sup>11</sup> maar dat geldt niet voor de schenking van hand tot hand onder de ontbindende, dan wel opschortende voorwaarde van een opvolgend huwelijk.<sup>12</sup> De vader van een bruidegom die het toekomstige bruidspaar ter gelegenheid van de verloving sieraden en munten met een substantiële waarde had geschonken, stelde zich na de breuk tussen bruidegom en bruid op het standpunt te hebben gehandeld volgens een (Turkse) traditie die inhoudt dat de geschenken op een verlovingsfeest voorsnog eigendom blijven van de schenker en dat het bruidspaar de eigendom eerst bij de voltrekking van het huwelijk verkrijgt. De Hoge Raad overwoog allereerst dat blijkens artikel 3:38 lid 1 BW iedere rechtshandeling onder voorwaarde kan geschieden (tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit). De wet – die in artikel 3:91 BW voorschrijft op welke wijze de levering ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde van bepaalde roerende zaken, niet-registergoederen, geschiedt – verzet zich noch tegen levering onder ontbindende voorwaarde noch tegen levering onder opschortende voorwaarde; de aard van de levering evenmin. Er bestaat geen grond aan te nemen dat op het voorgaande een uitzondering geldt indien het, zoals hier, gaat om een gift van hand tot hand.<sup>13</sup> De voorwaarde in deze zaak is niet zuiver potestatief, maar gemengd van aard. Het intreden van de voorwaarde vereist meer dan alleen de wilsvorming van de (in dit geval: gemankeerde) bruidegom. Het onherroepelijkheidsvereiste van artikel 7A:1703 lid 1 BW(oud) verbood de zuiver potestatieve voorwaarde. Naar huidig recht (art. 7:177 lid 2 BW), is het onherroepelijkheidsvereiste komen te vervallen, niet om de potestatieve voorwaarde mogelijk te maken, maar vooral om de toelaatbaarheid van andere dan zuiver potestatieve voorwaarden buiten twijfel te stellen.<sup>14</sup>

Op het eerste gezicht heeft een dergelijke regel ook de bekoring van de eenvoud: een potestatieve voorwaarde die bij uitsluiting afhankelijk is van de wil van de bedinger maakt de verbintenis nietig. Bij nader inzien blijken er echter tal van uitzonderingen op die regel te bestaan. Is bijvoorbeeld de potestatieve voorwaarde ingetreden, dan is aan de nietigheid van de verbintenis geen behoefte meer, wordt het gebrek geacht te zijn geheeld en staat de verbintenis recht overeind. Zo vervolgde artikel 1292 (oud) BW: ‘Indien echter de verbintenis afhangt van een daad, waarvan de vervulling in zijn macht staat en die daad heeft plaats gehad, is de verbintenis van kracht.’ Evenmin is er behoefte aan nietigheid van de verbintenis indien het intreden van de potestatieve voorwaarde afhankelijk is van de wil van de crediteur: ‘ik sta erop, dat u alsnog nakomt’ is ongetwijfeld een zinvolle sommatie van de kant van de crediteur. De verbintenis waarvan nakoming gevorderd wordt is immers identificeerbaar. Volgens Diephuis en Land is ook in geval van synallagmatische overeenkomsten, waarin partijen over en weer elkaars crediteur, respectievelijk debiteur zijn, geen behoefte aan nietigheid van de verbintenis: die is voldoende bepaald. (ofschoon Hofmann destijds anders oordeelde).<sup>15</sup> Kortom, de regel zou dan minstens moeten luiden dat de zuiver potestatieve voorwaarde waarvan het intreden uitsluitend afhankelijk is van de wil van de debiteur met nietigheid is bedreigd; de onzuivere potestatieve voorwaarde waarvan het intreden tevens afhangt van toekomstige, onzekere omstandigheden die niet in de macht van de debiteur liggen is daarentegen geldig.<sup>16</sup> De grens tussen beide is niet altijd eenvoudig aan te wijzen. De Louisiana Court of Appeal noemde dan ook de potestatieve voorwaarde *the twilight zone of our jurisprudence*.<sup>17</sup> Het ging in die zaak om een arbeidsovereenkomst, die de werknemer de vrije bevoegdheid liet tot opzegging ervan maar de bevoegdheid van de werkgever bond aan tal van voorwaarden. De Louisiana Court of Appeal meende de opzeggingsbevoegdheid van de werknemer als een potestatieve voorwaarde te moeten kwalificeren en verbond daaraan de gevolgtrekking van de nietigheid van de gehele arbeidsovereenkomst; de Louisiana Supreme Court liet echter de arbeidsovereenkomst in stand, omdat het hier niet om een zuivere potestatieve voorwaarde ging en achtte de werkgever gebonden aan de daarin opgenomen beperkingen van diens mogelijkheden tot opzegging van het contract (met als resultaat een veroordeling tot doorbetaling van het verschuldigde arbeidsloon tot op de datum waarop de overeenkomst regelmatig zou zijn beëindigd).<sup>18</sup> Een dergelijke controversale deed zich ook voor in de uit-

10 M.R. Ruysvoorn, Contracteren onder voorbehoud: het blijft lastig!, Maandblad Vermogensrecht 2010, p. 168-173, met literatuur en rechtspraak. Uit rechtsvergelijkend oogpunt waardevol is: Joanna Schmidt-Szalewski, La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, Revue trimestrielle de droit civil 2000, Chroniques p. 25.

11 Cour de Cassation Civ. 1re, 25 nov. 1986: Bull. civ. I, n° 280; RTD civ. 1987, 753, obs. Mestre.

12 Voor een overzicht van de juridische moeilijkheden waartoe de *listes de mariage* aanleiding kunnen geven Christiane Bérroujon, Variations sur la nature juridique de la liste de mariage, Recueil Dalloz 1998, Chroniques p. 10.

13 HR 13 juli 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2576, NJ 2001, 506.

14 Toelichting Ontwerp-Meijers Boek 7, p. 895. Zie voorts Kamerstukken II 1981/82, 17213, nr. 6, p. 6/7.

15 L.C. Hofmann, Het Nederlandsch Verbintennisrecht Eerste Deel, 4e druk, Groningen/Batavia 1935, p. 88; 9e druk door S.N. van Opstall, p. 370-378.

16 J. Ghestin, La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du code civil, Mélanges Weill, 1981, p. 243 ff.

17 Long v. Foster 129 So. 2d 601,602 (La App. 1961).

18 Long v. Foster La. 295, 137 So. 2d 48 (1961), waarover Lawrence J. Smith, Obligations: Potestative Conditions: Long v. Foster, and Its Effects on Louisiana Jurisprudence, 11 Loyola Law Review (1961-1962), p. 119-128. William Shelby McKenzie, Obligations – Potestative Conditions – Right to Terminate In Employment Contracts, in 22 Louisiana Law Review. (1962),

spraak van de Louisiana Court of Appeal in *Motors Securities Co., Inc. v. Tullos*.<sup>19</sup> De koper bleef de koopsom van een auto bij wege van geldlening schuldig aan de verkoper, die daarvoor een zekerheidsrecht op de auto bedong en voorts stipuleerde dat de geldlening ieder ogenblik opzegbaar zou zijn. De bank nam de geldlening over en zei die onmiddellijk op. De Court of Appeal oordeelde echter dat dit beding een zuiver potestatieve voorwaarde impliceerde en verklaarde het nietig. Er is de nodige kritiek geoefend op deze uitspraak, maar tot een beslissing van de Supreme Court is het niet gekomen.

Bekend met de talloze complicaties rond artikel 1170 en 1174 Code Civil in het oude Franse recht hield Meijers, overigens niet als eerste en niet als enige, het gehele artikel 1292 BW (oud) ‘overbodig, voorzover het niet meer zou willen zeggen dan dat een verbintenis “als ik wil” – nog – niet als verbintenis mag gelden, en ongewenst, voorzover het meer zou betekenen’.<sup>20</sup> Met deze woorden leek Meijers echter de potestatieve voorwaarde te reduceren tot een verbintenis ‘als ik wil’. Een dergelijke verbintenis zou blijken haar formulering geheel en al afhankelijk zijn van de wil van de debiteur, die zich dus eigenlijk niet bindt. Valk volgt Meijers zonder aarzeling en spreekt zelfs van een non-existente rechtshandeling.<sup>21</sup> Dat is een fors oordeel, waarvan nog niet zonder meer vaststaat dat het juist is, ook al omdat zojuist al een eerste uitzondering op deze regel de revue passeerde. Stoljar is dan ook van mening dat de belofte van John aan Mary: ‘I promise to marry you whenever I so wish’, derhalve de zuiver potestatieve voorwaarde, eigenlijk geen voorwaarde is, maar de toezegging in zichzelf inconsistent maakt. ‘Although John mouths some words of promise, he does not in effect promise anything at all: the promise is illusory.’ Hij vervolgt zijn betoog met de stelling dat die conclusie echter niet in alle gevallen gerechtvaardigd is.<sup>22</sup> De toezegging om voor een gespecificeerd werk eerst na goedkeuring door of namens de opdrachtgever een bepaalde som te betalen verplicht de schuldenaar tot een redelijk gebruik van diens bevoegdheid tot afkeuring. Aldus reeds de beslissing in *Dallman v. King* (1837), waarin werd uitgemaakt dat de opdrachtgever ‘is subject to an implied contractual obligation that it will not act unreasonably, dishonestly, or capriciously in withholding approval for works’.<sup>23</sup>

Derhalve vraagt de uitspraak dat een potestatieve voorwaarde leidt tot een nietige verbintenis om een nauwkeurige afgrenzing van de potestatieve voorwaarde waarvoor die uitspraak juist is tegenover andere rechts-

figuren, die niet een dergelijk ingrijpend rechtsgevolg met zich brengen.<sup>24</sup> Zo wordt bij de (weinig helder) aldus genoemde ‘koop op proef’ wel onderscheiden tussen figuren waarbij nog geen overeenkomst tot stand gekomen is (de koop naar geloven of naar gelimiteerd geloven is geen koop, want de potestatieve voorwaarde maakt haar in de opvatting van Meijers en Valk non-existent), en die waarbij de koopovereenkomst wel tot stand gekomen is (de koop onder ontbindende of onder opschortende voorwaarde en de koop met recht van teruggave, want onder zodanige voorwaarde is de overeenkomst voor haar rechtsgevolgen van het intreden van een toekomstige onzekere gebeurtenis afhankelijk).<sup>25</sup> Daar komt nog bij dat naar Duits recht de potestatieve voorwaarde als toelaatbaar wordt beschouwd (met dien verstande dat zij op grond van het bepaalde in § 138 Abs. 1 BGB wegens strijd met de goede zeden nietig kan zijn). Dat is zeker het geval als de voorwaarde afhankelijk is van een de meest intieme levenssfeer betreffend besluit, zoals een echtscheiding of het aannemen van een andere godsdienst. Desalniettemin komt het Duitse recht in tal van gevallen tot een met het onder het oude Franse recht vergelijkbaar resultaat doordat het Duitse recht naast de *Potestativbedingung* (die op zichzelf als opschortende of ontbindende voorwaarde gelding kan hebben) de *Wollensbedingung* onderscheidt, het beding dat de rechtshandeling eerst dan geldig is als de debiteur verklaart ermee in te stemmen. Een dergelijke *Wollensbedingung* is naar Duits recht onvoldoende om een voorwaardelijke verbintenis in het leven te roepen.<sup>26</sup>

Dat ligt ook wel voor de hand. De rechtshandeling komt (zowel naar Duits als naar Nederlands recht, art. 3:33 BW) tot stand door wil en verklaring. Ontbreekt één van beide, dan is van een geldige rechtshandeling geen sprake; ontbreekt (vooralsnog) de wil, dan komt de rechtshandeling (vooralsnog) niet tot stand. Het is begripmatig niet voor te stellen dat bij het ontbreken van de voor de rechtshandeling noodzakelijke wil desalniettemin een voorwaardelijke verbintenis tot stand zou komen.<sup>27</sup> Mede daarom is het een vraag die de moeite van het behandelen waard lijkt, wanneer de potestatieve voorwaarde nu wel, en wanneer die niet per definitie de nietigheid van de rechtshandeling waaraan zij verbonden is met zich mee zou moeten brengen, maar voor de beantwoording van die vraag verdient de nadere afpaling van de potestatieve voorwaarde ten opzichte van verwante rechtsfiguren enige aandacht. Derhalve maak ik eerst enige opmerkingen over het begrip voorwaarde in het algemeen, vervolgens over de potestatieve voor-

p. 872-878, ook te raadplegen via: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol22/iss4/19>.

19 *Motors Securities Co., Inc. v. Tullos*, 178 So. 634 (La. App. 1938), waarover W. M. S., *Chattel Mortgage – Security Clause as a Potestative Condition*, 2 Louisiana Law Review 1940, p. 548-550, ook te raadplegen via: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol2/iss3/12/>.

20 WPNR 2420 (1919); VPO III, p. 20; PG Boek 6, p. 146-147.

21 Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Rechtshandeling en overeenkomst* (Studiereeks burgerlijk recht 3), 6e druk, Deventer: Kluwer 2010, nr. 47 in fine.

22 S. Stoljar, *The Contractual Concept of Condition*, in [1953] *The Law Quarterly Review* 69, p. 485-511 (op p. 508).

23 *Dallman v. King* (1837) 7 LJCP 6; 4. Bing N.C. 105.

24 V.V. Palmer, A.L. Plauché Jr., *A Review of the Louisiana Law on Potestative Conditions*, in [1972-1973] *Tulane Law Review* 47, p. 284-314.

25 Asser/Hijma 7-1\* 2019/183.

26 Aldus R. Giesen, *Wollensbedingung*, in P. Gödicke e.a. (Hrsg.), *Festschrift für Jan Schapp zum siebzigsten Geburtstag*. Tübingen 2010, p. 159-176; zie echter *Münchener Kommentar* (H.P. Westermann) ad § 158 BGB Rn 21.

27 OLG Oldenburg NJW-RR 90, 273, 274 m.w.N.: ‘Die Beklagte verweist zwar zu Recht darauf, dass es zumindest fraglich ist, ob § 162 BGB auf sog. Wollensbedingungen anwendbar ist, weil in diesen Fallgruppen grundsätzlich noch keine Rechtsbindung gewollt ist’ (vgl. BGH ZIP 1996, 1901, 1903f; OLG München NJW-RR 88, 58 met een noot van Ring in JuS 1991, p. 634 f.).



waarde en zullen we trachten dat begrip nader te bepalen, allereerst door het onderscheidende kenmerk van de potestatieve voorwaarde tegenover de alternatieve verbintenis te analyseren, vervolgens de afgrenzing tegenover de wilsrechten.

### 3. Het begrip voorwaarde

Het oudst bekende contract van het Romeinse recht is de *stipulatio*, de eenzijdige toezegging die tot stand kwam doordat de debiteur in antwoord op een vraag van de crediteur een bevestigend antwoord gaf met herhaling van het werkwoord *spondere*, beloven. Al vroeg konden aan die toezegging voorwaarden worden verbonden, die de crediteur op zijn beurt een verplichting oplegden. Uit haar aard werd deze voorwaarde gegoten in de vorm van een opschortende voorwaarde, zodat de debiteur pas aan de hoofdverplichting van de *stipulatio* gehouden kon worden, zodra de crediteur aan de voorwaarde had voldaan. Het voordeel van deze constructie was dat partijen aldus de mogelijkheid hadden het eenzijdige karakter van de *stipulatio* te mitigeren, het nadeel dat gedurende de periode voor het intreden van de voorwaarde aan de rechtsverhouding tussen partijen onzekerheid kleefte. *Conditio pendet* heet het in de bronnen. In Duitsland spreekt men van een *schwebende Rechtszustand* en merkt men de periode waarin de onzekerheid voortduurt aan als *Schwebezeit*. Van een dergelijke onzekerheid is echter geen sprake indien partijen een bepaalde vaste termijn voor de prestatie afspreken. Hoewel voorwaarde en termijn in veel opzichten op elkaar lijken en de termen dus ook in de bronnen door elkaar gebruikt kunnen worden, onderscheiden termijn en voorwaarde zich over het algemeen aldus dat bij de bedongen termijn zekerheid bestaat over de vraag of en wanneer die zal intreden (*certum an et quando*), terwijl bij de voorwaarde de zekerheid bestaat dat die zal intreden, maar onzeker is wanneer (*certum an, incertum quando*). De onmogelijke voorwaarde wordt voor niet geschreven gehouden.

Voor door de op zekerheid van de *schwebende Rechtszustand* veroorzaakte problemen vonden de Romeinen in tal van gevallen oplossingen die heden ten dage nog geldend recht zijn. Zo gold al vroeg voor de opschortende voorwaarde dat die met dien verstande werd erkend, dat de rechtspositie van partijen met inachtneming van die voorwaarde overerfelijk geoordeeld werd, zowel actief als passief. De voorwaarde was ook vatbaar voor novatie, voor kwijtschelding en kon door zekerheidsrechten (pand, hypotheek, borgstelling) worden versterkt. Toen eenmaal de consensuele contracten hun intrede hadden gedaan, konden de voorwaarden zelfs als ontbindende voorwaarde worden geformuleerd: het *pactum displicentiae* is de rechtstreekse voorloper van de moderne koop op proef.<sup>28</sup> Ook het eigendomsvoorbehoud

bij de koop vindt hier zijn oorsprong. Justinianus formuleerde een onderscheid tussen *conditiones casuales*, voorwaarden die afhankelijk zijn van een toekomstige, onzekere gebeurtenis die al dan niet intreedt onafhankelijk van de wil van partijen (*casus*), waarbij het zowel om een van de menselijke wil zonder meer onafhankelijke gebeurtenis (als een natuurverschijnsel) kan gaan, als om een gebeurtenis die intreedt door toedoen van een onafhankelijke derde, *conditiones potestativae*, voorwaarden die afhankelijk zijn van de wil van de gerechtigde, en *conditiones mixtae*, voorwaarden die trekken van beide vertonen.<sup>29</sup> Er zijn verscheidene teksten waarin van een terugwerkende kracht van de voorwaarde, zowel van de opschortende als van de ontbindende, sprake is. Er zijn echter ook teksten te vinden waarin het tegendeel het geval is. De Romeinen plachten hun rechtsvragen langs casuïstische weg te formuleren en te beantwoorden. Tot een algemene theorie inzake de terugwerkende kracht van de ontbindende voorwaarde is het bij de Romeinen zelf dan ook niet gekomen; eerst Bartolus de Saxoferrato heeft zich in zijn commentaar op D. 45.1.78 aan de formulering daarvan gewaagd.<sup>30</sup> Zijns inziens dient na het intreden ervan de voorwaarde ook over de periode waarin zijn nog niet was vervuld (*conditio pendente*) gefingeerd te worden reeds vervuld te zijn geweest vanaf het moment van de contractsluiting. Deze algemene theorie vindt echter de nodige bestrijding; in het bijzonder in Duitsland wordt de noodzaak een fictie te hulp te roepen als zwakgebod ervaren. Leibniz wil daarvan ook niets weten. Er is zijns inziens geen bezwaar tegen om een voorwaardelijk recht aan te nemen.<sup>31</sup> Windscheid meent op het voetspoor van Leibniz dan ook dat het enkele feit dat de debiteur een verplichting is aangegaan, ongeacht of die verplichting al dan niet voorwaardelijk is, een *Gebundenheit des Willens* met zich brengt die hem (en zijn wil) gedurende de gehele looptijd van de voorwaarde bindt.<sup>32</sup> Fitting rekenende uiteindelijk definitief af met de terugwerkende kracht van de voorwaarde; het recht heeft vanaf het moment van ontstaan een specifiek rechtskarakter, dat door de daarmee verbonden *Vorwirkungen* sterk gelijkt op het recht waartoe het zal uitgroeien door het intreden van de voorwaarde.<sup>33</sup> In het BGB is in § 158 voor de oplossing van Fitting gekozen. De rechtstreekse consequentie daarvan is dat naar Duits recht<sup>34</sup> het voorwaar-

Studien zum Privatrecht 57), Zürich 1987 (ook versch. als Zürich, Univ., diss. 1987).

29 C.6.51.1.7.

30 Bartolus de Saxoferrato Commentaria super Ila ff. Novi, Lyon 1526, fo. 33 ro., G. Schiemann, Pendenz und Rückwirkung der Bedingung. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung, Köln Wien 1973, S. 26 ff.; M. Armgardt, Zur Rückwirkung der Bedingung im klassischen römischen Recht und zum stoischen Determinismus, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 78 (2010), p. 341-349.

31 M. Armgardt, Das rechtslogische System der 'Doctrina conditionum' von Gottfried Wilhelm Leibniz (Computer im Recht 12), erschienen, Marburg 2001 (ook verschenen als Köln, Univ., diss., 1999).

32 Windscheid, Die Wirkung der erfüllten Bedingung, Basel 1851.

33 H. Fitting, Über den Begriff der Rückziehung, Erlangen 1856, p. 68 e.v.

34 Zie over het nieuwe, sinds 2002 geldende Duitse recht in dit tijdschrift: E.W. Mehring, Het (nieuwe) Duitse verbintenissenrecht, Contracteren 2003, p. 104 e.v.

28 M. Knellwolf, Zur Konstruktion des Kaufes auf Probe : die Gefallensbedingung und ihr Verhältnis zu Wollensbedingung, Resolutivbedingung und Rücktrittsrecht, dargestellt nach pandektistischen Grundsätzen (Zürcher

delijk recht reeds van de aanvang af een zakelijk karakter kan hebben.<sup>35</sup>

Een uit historisch en comparatief oogpunt belangwekkende regeling van het Romeins recht betreft de beslissing inzake het al dan niet intreden van de voorwaarde. Wanneer een voorwaarde niet intreedt door toedoen van degene in wiens belang het is dat het intreden achterwege blijft, wordt het ervoor gehouden dat die voorwaarde desalniettemin is ingetreden. De Duitsers spreken in een dergelijk geval van een *Erfüllungsfiktion*.<sup>36</sup> Naar de mening van de Romeinen strekte deze fictie zich zelfs uit tot zaken betreffende de vrijheid van personen, de erfstellingen en de legaten. Wanneer het aan de debiteur viel te verwijten dat de voorwaarde niet was ingetreden werd de stipulatie onvoorwaardelijk geldig geacht. Die regel is onder meer neergelegd in het laatste boek van de Digesten, D. 50.17: *De diversis regulis iuris* en is vandaar doorgedrongen in het *ius commune* en tal van moderne codificaties,<sup>37</sup> voor Nederland vroeger (op het voetspoor van art. 1178 C.c.) in artikel 1296 BW (oud), thans (naar het voorbeeld van onder meer § 162 BGB) in artikel 6:23 BW,<sup>38</sup> maar daarnaast zelfs tot in de Principles of European Contract Law en het ontwerp Gandolfi toe.<sup>39</sup>

## 4. De potestatieve voorwaarde

Ik keer nog even terug naar de op een tekst van Justinianus teruggaande indeling in *conditiones casuales*, *conditiones potestativae* en *conditiones mixtae*. In het eerste geval hangen de verbintenissen af van het intreden van een toekomstige onzekere gebeurtenis met een uitwendig karakter in die zin dat het intreden ervan niet afhankelijk is van de wil van een der partijen.<sup>40</sup> De tweede van die teksten is uit een modern oogpunt buitengewoon aardig, omdat het daar een casus betreft die sterk doet denken aan de zaak Mr. Aerts q.q./Koops.<sup>41</sup> Vanaf het moment dat de een voorwaarde behelzende overeenkomst tot stand is gekomen (meestal door aanvaarding van het desbetreffende aanbod), is de voorwaarde onderdeel van de overeenkomst gaan uitmaken en is zij

35 P. Pichonnaz, Vom Nutzen des römischen Privatrechts zur Gestaltung eines europäischen Privatrechts am Beispiel der Frage der dinglichen Wirkung der auflösenden Bedingung, in: Spuren des römischen Rechts (Festschrift B. Huwiler), Bern 2007, p. 469-488; dez. La condition résolutoire avec effet réel : quelques réflexions historico-comparatives in: Fides humanitas ius (Festschrift L. Labruna) Band 6 Napoli 2007, p. 4259-4280.

36 Daarover O. Behrends, Eine Bibliothek wird verkauft! : Zum Ursprung der Bedingbarkeit des Kaufes und der Erfüllungsfiktion bei treuwidriger Bedingungsverletzung in: Fides humanitas ius : Labruna, L. (Festschrift), Band 1 (2007), p. 361-385.

37 D. 50.17.161, vgl. D. 18.1.50; D. 22.2.8. Daarover R. Knütel, Zur sogenannten Erfüllungsfiktion und Nichterfüllungsfiktion bei der Bedingung, Juristische Blätter 1976, p. 613-626, met verdere literatuur.

38 TM, Parl. Gesch 6, p. 147.

39 Art. 14:102 PECL; art. 52 II Gandolfi Avant Projet.

40 Voorbeelden zijn te vinden in D.35.1.78.1 D. 36.1.31.1 en D. 40.5.33.1.

41 HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP9666, NJ 2005, 500, m.nt. C.E. du Perron (Aerts/Koops); cf. HR 10 maart 1967 ECLI:NL:HR:1967:AC1306, NJ 1967, 194 (Blonk/Renkumsche Heide). Vgl. ook: HR 24 oktober 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BE9997.

beide partijen gelijkelijk komen te binden, bijzondere formuleringen van andere strekking daargelaten. De inhoud van de voorwaarde moet door interpretatie worden vastgesteld en daarbij kan, onder omstandigheden, een *interpretatio contra proferentem* aangewezen zijn, maar gelet op de gelding van het overeengekomene voor beide partijen is het zeker geen regel dat de partij in wier belang de voorwaarde is gemaakt bevoegd zou zijn door een eenzijdige wilsverklaring de voorwaardelijke verbintenissen om te zetten in onvoorwaardelijke.<sup>42</sup> Wil een contractspartij door het bedingen van een voorwaarde de loop der dingen geheel in eigen hand houden, dan dient zij die voorwaarde aldus te formuleren dat slechts zichzelf zich daarop kan beroepen. Bij die formulering dient de mogelijkheid van een beroep van de wederpartij op de *Erfüllungsfiktion* dan ook met zoveel woorden te worden uitgesloten.

Dat blijkt ook uit de laatstgenoemde tekst, D. 40.5.33.1. Daarin is sprake van een bij testament onder een voorwaarde vrijgelaten slaaf. Als nu de erfgenaam het intreden van de voorwaarde zelf verhindert teneinde langs die weg de verplichting tot vrijlating te ontgaan, dan helpt die weigering hem niet, want dan dient volgens deze tekst de praetor op grond van het *Senatusconsultum Rubrianum*, een wet van ca 100 n.Chr.,<sup>43</sup> desverzocht de vrijlating te verrichten. We hebben daarmee een van de oudste voorbeelden van de bij ons thans in artikel 6:23 BW<sup>44</sup> neergelegde *Erfüllungsfiktion*. De tekst maakt echter tevens duidelijk dat die *Erfüllungsfiktion* op zijn minst genomen op gespannen voet staat met de tweede, door Justinianus onderscheiden soort voorwaarde, de potestatieve voorwaarde. Er zit conceptueel iets fout, wanneer partijen pretenderen een potestatieve voorwaarde te bedingen waarvan het intreden uitsluitend in de macht van de debiteur ligt, terwijl dan het gevolg van die potestatieve voorwaarde aan de ene kant de nietigheid van de verbintenis is, maar aan de andere kant die voorwaarde voor vervuld gehouden moet worden, wanneer de debiteur weigerachtig is haar te vervullen terwijl het wel in zijn macht ligt haar te doen intreden. Die constatering dwingt tot een herbezinning op de terminologie en dus op de afgrenzing van de potestatieve voorwaarde en andere, niet met nietigheid bedreigde rechtsfiguren.

## 5. De potestatieve voorwaarde tegenover de alternatieve verbintenis

Een praktijkvoorbeeld kan het onderscheid tussen de potestatieve voorwaarde en de alternatieve verbintenis

42 Vgl: HR 10 maart 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC1306, NJ 1967, 194 (Blonk/Renkumsche Heide).

43 A. Berger, Encyclopaedic Dictionary of Roman Law (Transactions of the American Philosophical Society, Volume 43), Philadelphia 1953, s.v.

44 Zie over art. 6:23 BW: HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737.

verhelderen. Zo'n achttien jaar geleden deed zich in Frankrijk de vraag voor of de clause in een vervoercontract, waarbij de vervoerder zich de vrijheid voorbehield om het bedongen vervoer door de lucht of over de weg te doen geschieden, al dan niet moest worden aangemerkt als een potestatieve verbintenis, nu die keuze uitdrukkelijk aan de vervoerder, en slechts aan hem alleen, was gelaten. Zou die vraag bevestigend moeten worden beantwoord, dan ligt de consequentie voor de hand dat het bepaalde in artikel 1174 C.c. (oud) met zich brengt dat het gehele contract nietig is; bij een ontkenkend antwoord is het omgekeerde het geval. In deze zaak *Cigna Insurance v. GD Express Worldwide* was de lading bij het transport door de lucht verloren gegaan; de assuradeur keerde de (aanzienlijke) waarde ervan uit aan de afzender en nam regres op de vervoerder. Die beriep zich ter afwering van de vordering op de aansprakelijkheidsbeperking die krachtens zijn algemene voorwaarden gold voor luchtvervoer. Het Cour d'Appel de Paris verwierp dit verweer, oordelende dat het hier ging om een potestatieve voorwaarde, die de vervoerder wegens de (uit het bepaalde in art. 1174 C.c. voortvloeiende) nietigheid ervan niet kon inroepen tegenover de wederpartij. De Cour de Cassation (Chambre de Commerce) achtte echter deze kwalificatie niet passend en oordeelde dat het hier ging om een alternatieve verbintenis. Mestre en Fages stemmen in met dit oordeel; er kan geen twijfel bestaan dat op de vervoerder op grond van het door hem met de afzender gesloten contract een verbintenis rust. Weliswaar heeft hij een zekere keuzevrijheid (tot bepaling van de wijze van transport), maar die vrijheid is niet de vrijheid om te bepalen of er sprake is van een verbintenis, zoals het geval is bij een potestatieve voorwaarde.<sup>45</sup> Korte tijd later sloot de eerste burgerlijke kamer van de Cour de Cassation zich bij dit oordeel aan, toen het ging om een consignatie betreffende toneeljuwelen. De overeenkomst bevatte de voorwaarde dat afrekening periodiek zou geschieden naar rato van de verkoop, maar tevens dat na ommekomst van zes maanden de consignee de keus had de onverkocht gebleven juwelen te retourneren dan wel eveneens de daarvoor overeengekomen prijs te betalen. Toen de consignee beide naliet, vorderde de consignor veroordeling van de consignee tot betaling van het geheel. Ook hier liet de Cour de Cassation het oordeel van de Cour d'Appel dat het hier zou gaan om een potestatieve (en dus nietige) voorwaarde niet in stand, nu het hier ging om een alternatieve verbintenis.<sup>46</sup>

## 6. Potestatieve voorwaarde en wilsrechten

De potestatieve voorwaarde moet niet alleen worden onderscheiden van de alternatieve verbintenis, maar ook van de categorie van de wilsrechten, volgens Meijers de bevoegdheid om door enkele wilsverklaring veranderingen in de rechtsbetrekking tot stand te brengen,<sup>47</sup> maar ook om die te wijzigen of op te heffen. Ik wees er al eerder op dat bij een alternatieve verbintenis de debiteur de mogelijkheid heeft om door enkele wilsverklaring (het uitbrengen van de keuze, zegt art. 6:18 BW) de gekozen prestatie tot voorwerp van een enkelvoudige verbintenis te maken (art. 6:17 e.v. BW; §§ 263, 315 BGB); onder omstandigheden, zeker gedurende de proeftijd, kunnen de werkgever of de werknemer een arbeidsovereenkomst door opzegging beëindigen en hetzelfde geldt ook voor andere duurovereenkomsten. Als bij een koopcontract een beding van wederinkoop gemaakt is, dan ontstaat door de enkele wilsverklaring van de oorspronkelijke verkoper een recht op teruglevering (§ 497 BGB) en iets dergelijks geldt voor het recht van reclame (art. 7:39 e.v. BW). Men pleegt in dergelijke gevallen te spreken van een wilsrecht, een *Gestaltungsrecht*.

Het begrip *wilsrecht* is door Suyling vanuit het Duitse recht in het Nederlandse recht geïntroduceerd,<sup>48</sup> en wel als vertaling van het woord *Gestaltungsrecht*. Het begrip *Gestaltungsrecht* als zodanig gaat terug op Emil Seckel, die uitgaat van de algemene definitie van het wilsrecht als 'das subjektive Recht, eine konkrete Rechtsbeziehung durch einseitiges Rechtsgeschäft zu begründen, aufzuheben, oder zu ändern'.<sup>49</sup> Naar reeds blijkt uit deze definitie onderscheidt Seckel verschillende soorten *Gestaltungsrechte*. Zo zijn er wilsrechten die door hun uitoefening (1) een nieuwe rechtsbetrekking constitueren, zoals optierechten of voor- of terugkooprechten of de mogelijkheid tot occupatie van een *res nullius* voor de houder van een jacht- of visakte; daarnaast wilsrechten die door hun uitoefening (2) een bestaande rechtsbetrekking nader invullen, bijvoorbeeld als de bepaling van de tegenprestatie aan de vrije beslissing van een der partijen overgelaten is of als de huurder de overeenkomst al dan niet stilzwijgend kan verlengen; en (3) wilsrechten die een rechtsbetrekking opheffen.

Deze laatstgenoemde rechten vormen een categorie die de laatste jaren aan maatschappelijk belang wint door de toename van de consumentenbescherming. De verkoper van een pannenset aan de deur of een *timeshare* in een vakantiewoning dient veertien dagen te wachten of de koper zijn wilsrecht tot terugtrekking wil uitoefenen. Daarnaast vallen onder deze rubriek het wilsrecht tot

45 Cour de Cassation Com. 7 déc. 2004, n° 03-12. 032, D. 2005.2392, note Ph. Delebecque; J. Mestre, B. Fages, *Revue trimestrielle de droit civil* 2005, Chroniques p. 782.

46 Cour de Cassation Civ.1re, 16 mai 2006, n° 02-17.762, Bulletin 2006 I N° 239 p. 210, J. Mestre, B. Fages, *Revue trimestrielle de droit civil* 2006, Chroniques p. 556.

47 E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht (Algemene Leer van het Burgerlijk Recht I)*, Leiden 1958, p. 266.

48 J.P. Suyling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht, I*, 3e druk, Arnhem 1948, §§ 58-59.

49 E. Seckel, *Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts*. In: *Festschrift R. Koch*, Berlin 1903, p. 205-253, separate nadruk Graz 1954.



opzegging van een duurovereenkomst, respectievelijk het wilsrecht tot opheffing van een *Schwebezustand* (art. 6:88 BW; §§ 109, 178 BGB).<sup>50</sup> Wilsrechten ontstaan uit overeenkomst, óf zij vloeien uit de wet voort, zoals het wilsrecht om de legitieme portie in te roepen; niet wel denkbaar is dat zij ontstaan uit onrechtmatige daad.<sup>51</sup> De wilsrechten zijn in beginsel eindig. Immers, zij gaan door hun uitoefening teniet. Dikwijls zijn zij ook in de tijd beperkt: een voorkooprecht, de bevoegdheid terug te treden van een koopovereenkomst, de mogelijkheid de nietigheid van een rechtshandeling in te roepen op grond van een wilsgebrek zijn even zovele voorbeelden van wilsrechten die slechts beperkte tijd leven. Na het tekenen van het koopcontract heeft de koper nog drie dagen bedenktijd. Tijdens die drie dagen kan de koper nog straffeloos terugtreden van het contract.

Het is mogelijk deze wilsrechten te omschrijven als evenzovele ontbindende potestatieve voorwaarden. Sieburgh<sup>52</sup> doet dat en noemt als voorbeeld een opzeggingsbeding in duurovereenkomsten en de hardship-clausule. Aangezien deze clausules ongetwijfeld geldig zijn, maar wel één partij de mogelijkheid geven om naar believen een bepaald rechtsgevolg in te roepen, hebben we hier kennelijk te maken met potestatieve voorwaarden die de verbintenis niet met nietigheid bedreigen. Daarbij dient echter bedacht te worden dat tussen een potestatieve voorwaarde en een geldig wilsrecht ten minste één verschil valt op te merken. Ten aanzien van de uitsluitend van de wil van de debiteur afhankelijke potestatieve voorwaarde geldt dat die de gehele verbintenis met nietigheid bedreigt wanneer de gehele door de onder de potestatieve voorwaarde tot stand gebrachte rechtsbetrekking daarvan afhankelijk is. Het wilsrecht daarentegen bedreigt niet de geldigheid van de gehele rechtsbetrekking. Het recht tot opzegging van een duurovereenkomst laat de reeds verschenen termijnen en verplichtingen geheel in stand. Het gebruik van dit wilsrecht impliceert een creatie of modificatie van de verplichtingen van degene die zijn wilsrecht inroept, maar in geval van wederkerige overeenkomsten tevens van de rechtspositie van de wederpartij. Een geldige opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer of de huurovereenkomst door de huurder brengt immers ook een verandering in de verplichtingen van de werkgever tot het betalen van loon of van de verhuurder tot het verschaffen van het ongestoorde genot van het gehuurde (die immers eveneens tot een einde komen). Door zijn uitoefening gaat het wilsrecht teniet, maar bij het tenietgaan roept het een rechtsbetrekking in het leven, wijzigt die of doet haar eveneens teniet. Het intreden van de voorwaarde daarentegen, brengt in het geval van een opschortende voorwaarde de werking van de verbintenis teweeg; de ontbindende voorwaarde doet die met haar intreden vervallen. De voorwaarde is echter

niet de verbintenis zelf: zij schort die op of ontbindt die. Niet meer en niet minder.

## 7. Potestatieve voorwaarde, het optierecht en het onherroepelijk aanbod

Een andere rechtsfiguur waar de potestatieve voorwaarde gelijkenis mee vertoont, is het optierecht. Artikel 6:217 BW bevat de (weinig verrassende) bepaling dat een overeenkomst tot stand komt door een aanbod en de aanvaarding daarvan. Voordien is er nog geen overeenkomst, ook geen overeenkomst onder voorwaarde. In beginsel is het aanbod herroepelijk, tenzij uit het aanbod zelf voortvloeit dat het onherroepelijk is. Dat geval doet zich bijvoorbeeld voor, indien het aanbod een uitdrukkelijke termijn voor de aanvaarding ervan inhoudt (art. 6:219 BW). Intussen kan aan een overeenkomst wel een voorwaarde worden verbonden, ook een voorwaarde waarvan het intreden geheel afhankelijk is van de wil van de *crediteur*. Men pleegt dan wel van een optierecht te spreken. De werking ervan is met die van een onherroepelijk aanbod identiek (art. 6:219 lid 3 BW). Het bepaalde in artikel 6:225 BW is daarop van toepassing: het lichten van een optie onder het stellen van nieuwe, aanvankelijk niet gestelde condities kan een zodanige afwijking van de gestelde optie impliceren, dat zij als een verwerping ervan en als een nieuw aanbod moet gelden. Dit is echter niet zonder meer en altijd het geval: wijken de voorwaarden waaronder de optie wordt gelicht slechts op ondergeschikte punten af van de oorspronkelijke, dan geldt het lichten als een aanvaarding en komt de overeenkomst overeenkomstig deze aanvaarding tot stand, tenzij de wederpartij onverwijld bezwaar maakt tegen de verschillen (art. 6:225 lid 2 BW). Of sprake is van zodanig nieuwe condities dat dit rechtsgevolg moet intreden dan wel van slechts op ondergeschikte punten afwijkende condities, is een kwestie van interpretatie van de optie, waarbij rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de inhoud en strekking van de optie en van de overeenkomst waarin zij is opgenomen en hetgeen daaruit voortvloeit ten aanzien van de uitoefening van de optie.<sup>53</sup>

Het is mogelijk het onherroepelijk aanbod te beschrijven in termen van een potestatieve voorwaarde, waarbij het enkel van de wil (en de verklaring daaromtrent) van de crediteur afhangt of de verbintenis al dan niet moet worden uitgevoerd. Is een optie tot koop overeengekomen, dan is het aan de koper om te beslissen of hij de optie wil lichten. Omtrent de geldigheid van een dergelijke optie behoeft geen twijfel te bestaan en de reikwijdte ervan is onderworpen aan de Haviltex-maatstaf: het komt aan op de zin die partijen over en weer aan de ver-

50 Toelichting Meijers, PG, 6, p. 312.

51 Seckel, p. 218.

52 Asser/Sieburgh 6-1 2020//176.

53 Zie: HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3267, NJ 2010, 244 (Dijk/Erven Eibrink).



klaringen of gedragingen van hun wederpartij onder de gegeven omstandigheden mochten toekennen (art. 3:35 BW), ook ten aanzien van de vraag of het bij de ter gelegenheid van de acceptatie verlangde amendementen op de oorspronkelijk optie gaat om ondergeschikte punten in de zin van artikel 6:225 lid 2 BW. In zijn arrest van 7 november 1986<sup>54</sup> heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de vraag of een tot aanvaarding strekkend antwoord aanvullingen of afwijkingen bevat, die de voorwaarden van het aanbod niet wezenlijk aantasten, beantwoord dient te worden in het licht van de omstandigheden van het geval.<sup>55</sup>

Een bijzonder geval doet zich voor bij openbare biedingen waarop het Besluit openbare biedingen Wft toepasselijk is, dat wil zeggen bij biedingen op de aandelen van een doelvennootschap. Dat Besluit kent in artikel 12 lid 2 een uitdrukkelijk verbod op potestatieve voorwaarden: de bieder mag bij het uitbrengen van het bod geen voorwaarden voor gestanddoening stellen waarvan de vervulling afhankelijk is van zijn eigen wil.<sup>56</sup> Dit artikel is na 1 juli 2012 aangevuld met de bepaling dat de bieder de voorwaarde op zodanige wijze formuleert dat deze ‘duidelijk, en waar mogelijk, objectief meetbaar is’. De wetgever had aanvankelijk overwogen het verbod van potestatieve voorwaarden te schrappen, omdat het vanwege het bepaalde in artikel 6:21 BW overbodig zou zijn. Volgens de toelichting is dat echter niet gebeurd omdat de mogelijkheid bestaat dat op het bod geen Nederlands recht van toepassing is.<sup>57</sup> Bovendien is het niet a priori duidelijk dat de betekenisinhoud en -omvang in beide regelingen identiek zijn.<sup>58</sup>

## 8. Tussenstand

Een potestatieve voorwaarde is een toekomstige onzekere gebeurtenis, waarvan het intreden afhankelijk is van de wil van partijen. In de meest enge zin is de potestatieve voorwaarde uitsluitend afhankelijk van de debiteur. ‘Als ik eenmaal zal willen’ is de formulering daarvoor.

Dat is destijds een uitdrukkelijke keuze van de Franse wetgever geweest: in de aanvankelijk voorziene formulering van artikel 69, het latere artikel 1174 Code civil (oud), was nog sprake van nietigheid als gevolg van een potestatieve voorwaarde aan de kant van een van beide

contractspartijen; in de definitieve formulering is alleen sprake van nietigheid als de potestatieve voorwaarde is geformuleerd aan de kant van de debiteur, *celui qui s’oblige*. Het huidige artikel 1304-2 Cc, ‘Est nulle l’obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur’, belichaamt een aanpassing op voornoemde artikelen. De vroegere artikelen 1170 en 1174 Cc waren zeer onbevredigend: naar de letter toegepast, zouden zij tot de nietigheid van te veel voorwaarden hebben geleid. De rechtspraak en de rechtsleer hebben in de loop der jaren getracht de draagwijdte van de nietigheid van de potestatieve voorwaarden te beperken door gekunsteld onderscheid te maken, bijvoorbeeld tussen de zuiver potestatieve voorwaarden die als enige aan nietigheid waren onderworpen, en de niet zuivere potestatieve voorwaarden die niet aan nietigheid waren onderworpen. Moest de nietigheid van potestatieve voorwaarden worden afgeschaft? Sommigen dachten van wel, daar deze nietigheid als groten-deels overbodig werd beschouwd. De Franse regering heeft ervoor gekozen deze grond van nietigheid te handhaven, ook al wordt de uitdrukking ‘une condition potestative’ formeel verlaten.

Bij gebreke van een actuele wil aan diens kant (en de verklaring daarvan) komt de verbintenis niet tot stand. Het Duits heeft daarvoor de term *Wollensbedingung* en een zodanige *Wollensbedingung* is ook naar Duits recht onvoldoende om de verbintenis in het leven te roepen. Hetzelfde geldt overigens naar Nederlands recht voor de verdeling van een gemeenschap: een verdeling gesloten onder potestatieve voorwaarde is geen verdeling – ook geen voorwaardelijke – maar moet worden beschouwd als een aanbod tot scheiding en deling. Door aanvaarding van dat aanbod komt de verdeling tot stand; pas vanaf dat moment kan een deelgenoot een (rentedragende) vordering wegens overbedeling hebben op een andere deelgenoot. Een vergoeding, betrekking hebbend op de aan de verdeling voorafgaande periode, kan daarom – wegens het ontbreken van een verschuldigde hoofdsom – niet als rente worden gekwalificeerd.<sup>59</sup> Er zijn echter ook mildere vormen van potestatieve voorwaarden voorstelbaar, die niet de ultieme consequentie van de nietigheid van de verbintenis met zich brengen. Voorbeelden daarvan zijn potestatieve voorwaarden die naast de *Wollensbedingung* nog een of meer andere elementen bevatten: de gemengde voorwaarden. Voorts worden aan wederkerige overeenkomsten verbonden potestatieve voorwaarden over het algemeen geldig geoordeeld, gelijk reeds blijkt uit het voorbeeld van de koop op proef, die geacht wordt te zijn gesloten onder de opschortende voorwaarde dat de zaak de koper voldoet (art. 7:45 lid 1 BW). Ook is de kwalificatie van potestatieve ontbindende voorwaarde denkbaar voor het wilsrecht om tot ontbinding van een duurovereenkomst over te gaan. De (op het Franse recht teruggaande) regel die men wel placht te lezen in artikel 1292 BW (oud) dat een potestatieve voorwaarde tot een nietige verbintenis voert, dient dus (ook) naar huidig Nederlands recht min-

54 HR 7 november 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0660, NJ 1987, 934, m.nt. C.J.H. Brunner (Katan/Klaas).

55 In dezelfde zin HR 28 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AG6068, NJ 1990, 583, m.nt. M.M. Mendel (Liszky/Harman) en HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1922, NJ 1996, 319 (Heeren/Mertens).

56 C.J.C. de Brauw, Groene Serie Toezicht Financiële Markten, commentaar op artikel 12 Besluit openbare biedingen Wft; B.R. van der Klip, Nieuwe AFM-interpretaties inzake openbare biedingen, Ondernemingsrecht 2010, 54, p. 277-279. H. Uittien, Public-to-private transacties. Het reguliere openbare bod en variaties daarop aan de hand van enkele recente casus, Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk 2012, p. 232-237.

57 NvT, p. 42, Stb. 2007, 329.

58 R.H. Hooghoudt & L.F. Groothuis, ‘Het bod, de vergoeding en de voorwaarden’, hoofdstuk 12, in: Handboek Openbaar Bod (Serie Onderneming en Recht, deel 46), Deventer: Kluwer 2008, §.12.6.2.

59 HR 3 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB8421, FED 1989, 500.

stens een aantal uitzonderingen te worden voorzien. Westermann<sup>60</sup> gaat voor het Duitse recht zelfs zover, dat hij de vraag of een potestatieve voorwaarde (nader bepaald: *Wollensbedingung*) wel of niet een verbintenis in het leven roept laat afhangen van de interpretatie van de desbetreffende uitlating van de debiteur.

Daarmee rijst de vraag naar een onderscheidend criterium tussen de gevallen waarin de regel, en die waarin de uitzondering geldt. Dat is vooral een kwestie van interpretatie. De vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen wordt immers beheerst door dezelfde normen als de vraag hoe deze moet worden uitgelegd en dus door artikel 3:33 jo. 35 BW (als uitgewerkt in de ‘Haviltex-formule’).<sup>61</sup> De debiteur die zich zijn wilsvorming vooralsnog voorbehoudt, wil (in ieder geval: vooralsnog) niet gebonden zijn en dus komt er geen verbintenis tot stand. Illustratief daarvoor is de conclusie van A-G Verkade voor HR 18 juni 2004,<sup>62</sup> een zaak waarin de vraag aan de orde was of in de afgegeven *letter of intent* reeds een partijen bindende overeenkomst besloten lag, dan wel of de onderhandelingen zich in dit geval nog niet in het stadium bevonden dat voldoende aannemelijk was dat zij bij voortzetting tot een overeenkomst zouden hebben geleid. Verkade stelt (in punt 3.2 en 3.3 van zijn conclusie):

‘3.2. Een letter of intent geeft doorgaans niet de uiteindelijk afspraak, maar veeleer een tussenstadium in de onderhandelingen weer. Zo’n intentieverklaring komt in veel verschijningsvormen voor: zij kan onverbindend een bedoeling of een voorlopig onderhandelingsresultaat vastleggen, maar kan ook bindende afspraken bevatten, doorgaans over bijkomende verplichtingen. De rechtsgevolgen van een letter of intent dienen dan ook van geval tot geval te worden beoordeeld.

3.3. De vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen indien partijen nog geen overeenstemming hebben bereikt over alle te regelen onderwerpen, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en is dus aan de feitenrechter ter beslissing voorbehouden.<sup>63</sup> Uiteraard kan zo’n beslissing wel op begrijpelijkheid worden getoetst. De gedragingen van partijen na het sluiten van een overeenkomst kunnen een relevante omstandigheid vormen bij de uitleg van de overeenkomst. M.i. geldt dit evenzeer voor de vraag of partijen een geschrift reeds als een bindende overeenkomst hebben beschouwd.’

Verkade vervolgt dan (in punt 4.9) met betrekking tot de voorwaarde in deze *letter of intent* dat een samenwerkingsovereenkomst tot stand zal komen:

60 Münchener Kommentar zum BGB § 158 Rn 23

61 Zie R.J. Tjittes, De hoedanigheid van contractspartijen, (diss. Groningen 1994), Deventer: Kluwer 1994, p. 135-136; Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Valk), Deventer: Kluwer 2010, nr. 265. Meer in het bijzonder: HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:819.

62 ECLI:NL:PHR:2004:AO6909.

63 Verkade verwijst naar HR 17 december 1999, NJ 2000, 184 (Groeneveld/Hadegro), r.o. 3.4 i.v.m. concl. A-G Hartkamp, onder nr. 6, waarin weer wordt verwezen naar HR 14 juni 1968, NJ 1968, 331.

‘Daarbij komt, dat met name de voorwaarde betreffende de samenwerkingsovereenkomst zich erdoor kenmerkt dat haar vervulling geheel van de wil van partijen afhankelijk is. Dat het hof de intentieverklaring, waarin de gemaakte afspraken aan zo’n voorwaarde (waarvan de vervulling immers o.m. afhankelijk is van de verdere onderhandelingen tussen partijen) zijn verbonden, (slechts) als een uitgangspunt voor verdere onderhandelingen en niet als een op zichzelf reeds bindende overeenkomst heeft beschouwd, is reeds om deze reden niet onbegrijpelijk. Naar het kennelijke en niet onbegrijpelijke oordeel van het hof stond onder deze omstandigheden ook de rest van het onderhandelingsresultaat nog op (te) losse schroeven.’

## 9. Voorbeelden in de internationale (rechts) praktijk

### 9.1 De potestatieve voorwaarde in Louisiana

Illustratief voor de inkadering van de potestatieve voorwaarde is bijvoorbeeld een beroemde zaak in Louisiana, waar de wet voorziet in de nietigheid van een dergelijke voorwaarde. In de zaak *S. Gumbel Reality Securities Co. v. Levy*. was een opstal door brand tenietgegaan, had de verhuurder herbouwd, maar weigerde de huurder terug te keren voor de beperkte tijd die nog van de overeengekomen huurtermijnen resteerde. Daartoe voerde hij aan dat de verplichting van de verhuurder om tot herbouw over te gaan een door artikel 2034 Louisiana Civil Code verboden potestatieve voorwaarde was. Het hof maakte echter korte metten met deze poging van de huurder om onder zijn verplichtingen uit te komen. Inzet van de procedure was in het geheel niet de vrijheid van de verhuurder om al dan niet tot herbouw over te gaan (of diens verplichting daartoe), maar de contractuele verplichting van de huurder om het gehuurde te gebruiken voor het doel waarvoor het contractueel was bestemd en de verplichting om de daarvoor verschuldigde huurprijzen te betalen. Als er al sprake was van een potestatieve voorwaarde, dan toch in ieder geval niet een voorwaarde voor het intreden van de verplichtingen van de huurder. De Court overwoog letterlijk aangaande de potestatieve voorwaarde:

‘(...) a condition or stipulation is not necessarily destructive of the contract merely because it is made to depend upon the will of one of the parties, but that it has such effect only if it is the obligor who reserves the right to determine whether he shall or shall not act.’<sup>64</sup>

64 Deze uitspraak is overigens geheel in lijn met eerdere rechtspraak, bijvoorbeeld, *Conques v. Andrus*, 162 La. 73, 110 So. 93 (1926), vgl. ook: *Commercial Union Insurance Company v. Milazzo*, 265 So.2d 298 (La.App., 4th Cir., 1972).

Palmer en Plauché<sup>65</sup> hebben de staf gebroken over de onzekerheid in de rechtspraak van Louisiana, die huns inziens in overeenstemming met de directe Franse herkomst van de toepasselijke bepalingen de bovenvermelde beslissingen als vaste rechtspraak dient te aanvaarden. Artikel 2034 van de Louisiana Civil Code is een rechtstreekse vertaling van artikel 1174<sup>66</sup> van de Franse Code civil (oud) en dient op dienovereenkomstige wijze geïnterpreteerd te worden. Slechts de zuiver potestatieve voorwaarde, die het aan de debiteur overlaat of hij wel of niet gebonden wil zijn, moet nietig geoordeeld worden. Wanneer daarvan sprake is moet door interpretatie van de overeenkomst worden vastgesteld. Wanneer de zuiver potestatieve voorwaarde is gebonden aan een termijn, dan kan sprake zijn van een optie of, naar Common law, van een *firm offer*. In een dergelijk geval hebben partijen beoogd, dat de een is gebonden, en de ander niet, aldus Palmer en Plauché.<sup>67</sup>

## 9.2 De potestatieve voorwaarde in het arrest Gemeente Almere/Weernekers c.s.<sup>68</sup>

Zoals zo dikwijls ging het ook in deze zaak uiteindelijk slechts om een enkel facet van een veel groter geheel. Weernekers c.s. exploiteren supermarkten; zij hadden daarvoor een locatie verworven, waarop echter de gemeente de bouw van een supermarkt niet wilde toestaan. In 2003 kwam er een *package deal* tot stand, waarbij onder meer werd afgesproken dat Weernekers c.s. een supermarkt zou vestigen op de locatie 3KNS (de stationsstrip Almere-Centrum) als onderdeel van een door Ymere/Blauwhoed te ontwikkelen woon-winkelproject. Hangende de voorbereidingstijd wilden Weernekers c.s. alvast een tijdelijke vestiging op die locatie doen verrijzen. De gemeente was echter beducht dat zo'n tijdelijke vestiging wel eens een permanent karakter zou kunnen krijgen en dus haar planning zou kunnen doorkruisen. Daarover gingen de onderhandelingen; die verliepen niet soepel. Zij resulteerden in een aldus genoemde *intentieovereenkomst*, waarover geleidelijk meer overeenstemming werd bereikt, zij het onder voorbehoud van goedkeuring door het college van B&W van de gemeente:

‘13.1. Deze Overeenkomst is aangegaan onder de opschortende voorwaarde van instemming door het College. Indien deze instemming wordt geweigerd, of niet binnen 1 maand na ondertekening is verkregen, treden Partijen in overleg over aanpassing van de Overeenkomst, zodanig dat alsnog instemming van het College kan worden verkregen.’<sup>69</sup>

Dat is een niet ongebruikelijke formulering, die het de overheid mogelijk maakt om onder dreiging van mislukking van de onderhandelingen nog de allerlaatste concessies uit de wederpartij te persen. Dat leek ook hier te gebeuren: de advocaat van de gemeente berichtte Weernekers:

‘In onze bespreking van 6 november jl. lichtte ik u vervolgens toe dat het college kan instemmen met de inhoud van de concept intentieovereenkomst 3KNS d.d. 22 september 2009, indien daarin als aanvullende bepalingen/nadere voorwaarden worden opgenomen (i) dat de datum van opening van de definitieve supermarkt wordt vastgelegd, versterkt met een boetebeding, en (ii) dat gelijktijdige exploitatie van de tijdelijke en de definitieve supermarkt niet is toegestaan, ook niet door andere partijen.’

Weernekers wenste echter deze aanvullende voorwaarden niet te accepteren en verlangde van de gemeente dat zij zich conformeerde aan de intentieovereenkomst. Daarmee is de kern van de eerste twee cassatiemiddelen gegeven. Is de intentieovereenkomst reeds een overeenkomst of nog niet een overeenkomst? Bij de eerste propositie past een kwalificatie van het goedkeuringsvoorbehoud als opschortende voorwaarde: de overeenkomst is al tot stand gekomen, maar haar werking wordt opgeschort tot het intreden van de voorwaarde, de goedkeuring door B & W. Bij de tweede propositie past een kwalificatie van het goedkeuringsvoorbehoud als een ontstaansvoorwaarde voor de overeenkomst. Het belang van het onderscheid tussen beide proposities ligt in de toepasselijkheid van de *Erfüllungsfiktion* van artikel 6:23 BW, die slechts in het eerste geval aan de orde kan komen. De gemeente ligt (vanuit haar zienswijze: begrijpelijkerwijze) voor het tweede anker: er is met de intentieovereenkomst nog geen overeenkomst ter zake van het tijdelijke filiaal.

In zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad inzake Gemeente Almere/Weernekers c.s. wijst A-G Wissink erop dat van de kant van de gemeente slechts zijdelings was geklaagd over de kwalificatie als opschortende voorwaarde, die het hof in zijn arrest *a quo* had gegeven aan het voorbehoud dat de gemeente had gemaakt in de schriftelijke bevestigingen van de onderhandelingen tussen haar en Weernekers c.s. Zij brengt als stelling naar voren dat, als het goedkeuringsvoorbehoud als opschortende voorwaarde wordt gekwalificeerd, het dan toch in ieder geval gaat om een potestatieve voorwaarde, en zij wenst daaraan de conclusie te verbinden dat die potestatieve voorwaarde de gehele verbintenis met nietigheid bedreigt, en in ieder geval de toepasselijkheid van artikel 6:23 BW op deze zaak uitsluit. Wissink geeft een belangwekkend overzicht van de literatuur en de rechtspraak met betrekking tot de kwalificatie van het goedkeuringsvoorbehoud als potestatieve voorwaarde.<sup>70</sup>

65 V.V. Palmer & A.L. Plauché Jr., A Review of the Louisiana Law on Potestative Conditions, in [1972-1973] Tulane Law Review 47, p. 284-286.

66 Welke bepaling inmiddels is vervangen.

67 Palmer & Plauché 1973, p. 284, 301.

68 HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1748, NJ 2012/471, m.nt. M.R. Mok; TBR 2012, 205, m.nt. J.J. Hoekstra (Gemeente Almere/Weernekers c.s.).

69 Over deze en dergelijke clausules M.R. Ruygvoorn, Contracteren onder voorbehoud: het blijft lastig!, in Maandblad voor Vermogensrecht 2010, p. 186-191 met verdere literatuur en rechtspraak.

70 Zie Wissink in zijn noot (ECLI:NL:PHR:2012:BV1748) vóór HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1748. Vgl. Brunner in zijn noot sub 2 onder HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1674, NJ 1997/569 (Beliën/Provincie Brabant). Volgens Ruygvoorn is sprake van een potestatieve voorwaar-



Het werkelijke probleem in deze zaak is immers niet het probleem of een potestatieve voorwaarde nu wel of niet de verbintenis in stand laat (in het voorgaande is bevestigd dat zulks slechts geldt voor de zuivere potestatieve voorwaarde; in tal van andere gevallen biedt de kwalificatie *potestatieve voorwaarde* geen dwingend uitsluitel); het werkelijke probleem is dat B & W de onderhandelingen over de totstandkoming van de overeenkomst overlaten aan ambtenaren en desalniettemin de handen vrij wensen te houden. Er komt echter een moment waarop de gemeente aan zekere onderhandelingsresultaten gebonden is. Dat kan over de boeg van de precontractuele verhoudingen, waarin immers sprake is van de algemene plicht van (onderhandelende) partijen om zich jegens elkaar overeenkomstig de maatstaven van redelijkheid en billijkheid te gedragen, dat kan over de boeg van het *détournement de pouvoir* of het vertrouwensbeginsel,<sup>71</sup> dat kan ook over de boeg van artikel 6:23 BW, maar alle drie zijn uitdrukking van een algemeen beginsel dat met zich kan brengen dat een beroep op een totstandkomingsvoorbehoud naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). In ieder geval is uit het onderhavige arrest duidelijk geworden dat artikel 160 Gemeentewet niet in de weg hoeft te staan aan het aannemen van gebondenheid van de gemeente aan door ambtenaren bereikte onderhandelingsresultaten.<sup>72</sup> In zijn arrest van 26 juni 2015<sup>73</sup> scherpt de Hoge Raad e.e.a. behoorlijk aan door op de volgende wijze te nuanceren:

‘In het stelsel van de Gemeentewet komt groot gewicht toe aan de bevoegdheidsverdeling tussen het college van B&W en de gemeenteraad. De raad heeft een autonome positie, en grote terughoudendheid moet worden betracht bij het aannemen van gebon-

de indien de goedkeuring moet worden gegeven door het vertegenwoordigingsbevoegde orgaan van de rechtspersoon, maar niet als de goedkeuring moet worden gegeven door een ander orgaan van de rechtspersoon. Brink daarentegen pleit in het algemeen ‘acceptatie van de realiteit dat er in de interne organisatie van de andere partij van meerdere lagen van besluitvorming sprake is’ en toetsing aan art. 6:23 BW. Ook in de rechtspraak blijkt van dit verschil in opvatting. Ik wijs bij wege van voorbeeld op Rb. Breda 21 juli 1998, ECLI:NL:RBBRE:1998:BL2047, Gst. 1998/8503, (m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens) en Rb. Utrecht 19 december 2001, ECLI:NL:RBUTR:2001:ZL1232L, Gst. 2002-7162, 5, waarin een opschortende voorwaarde van instemming door het bevoegde orgaan van de gemeente werd beschouwd als een potestatieve voorwaarde die geen rechtens relevante verbintenis tot stand brengt. Rb. Alkmaar 6 april 2005, ECLI:NL:RBALK:2005:AU1502, NJF 2006/383, kwalificeerde een voorbehoud van goedkeuring als een opschortende voorwaarde en overwoog voorts dat art. 160 lid 1 onder e Gemeentewet daaraan niet in de weg staat.

71 Aldus Rb. Utrecht 19 december 2001 ECLI:NL:RBUTR:2001:ZL1232, NJK 2002, 10, waar het ging om een koopovereenkomst onder het voorbehoud van toestemming gemeenteraad. Het besluit van de gemeenteraad om geen toestemming te verlenen werd echter gekwalificeerd als *détournement de pouvoir* en overigens onzorgvuldig en i.s.m. het vertrouwensbeginsel. De overeenkomst behelste naar het oordeel van de rechtbank geen voorwaardelijke verbintenis maar een potestatieve voorwaarde.

72 W. Klostermann, Contracteren door een gemeente onder voorbehoud van goedkeuring van B&W, Vastgoedrecht 2012, p. 123-125; M.M. Olthof, Groene Serie Vermogensrecht, artikel 38 Boek 3 BW, aant. 16.2 Goedkeuring als potestatieve voorwaarde.

73 HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737.

denheid van een gemeente zonder instemming van de raad in gevallen waar de raad een formele positie in het besluitvormingsproces inneemt. Dat geldt ook in gevallen waarin die formele positie wordt ontleend aan een contractueel voorbehoud van instemming (...). De zelfstandige beslissingsvrijheid van de raad brengt mee dat een wederpartij niet erop mag vertrouwen dat handelingen van het college de instemming van de raad hebben indien dat vertrouwen niet mede wordt ontleend aan toedoen van de raad zelf.’

De Hoge Raad lijkt hier aan het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen bij de wederpartij een scharnierend gewicht toe te kennen.<sup>74</sup> Hierbij wijs ik er thans op dat bij onroerendgoedtransacties tijdens de gemeente, sinds HR 26 november 2021,<sup>75</sup> voorzichtigheid geboden is om uit dergelijke arresten algemene lering te trekken, omdat de Hoge Raad in laatstgenoemd arrest onverbloemd oordeelde dat de positie van een overheidslichaam bij dergelijke transacties verschilt van die van een private partij.

### 9.3 Franse rechtspraak over de potestatieve voorwaarde en het financieringsvoorbehoud<sup>76</sup>

Enige jaren geleden heeft Mallet-Bricout<sup>77</sup> de aandacht gevestigd op een tweetal uitspraken van de Cour de Cassation, die op het eerste gezicht de indruk wekken niet met elkaar in overeenstemming te brengen te zijn.<sup>78</sup> In beide gevallen ging het om een koopovereenkomst inzake onroerend goed. In beide procedures vorderde de verkoper betaling van de overeengekomen boete en verweerde gedaagde zich met een beroep op het gemaakte financieringsvoorbehoud, dat overigens, naar in Frankrijk gebruikelijk is, was geformuleerd als een opschortende voorwaarde. Dat financieringsvoorbehoud gaf exact het bedrag van de door de koper benodigde financiering, de looptijd van de lening en het maximale rentepercentage. In het eerste geval bleek de bank de aanvraag voor een lening met een kortere looptijd (twaalf i.p.v. vijftien jaar) te hebben geweigerd omdat die lening in financieel opzicht een te zware last op de koper zou impliceren; in het tweede geval was uit de weigering niet duidelijk om welke redenen de bank de lening niet wenste aan te gaan. In beide gevallen deed de verkoper zijn vordering steunen op de *Erfüllungsfiktion* het equivalent van het Nederlandse artikel 6:23 BW: wanneer

74 Vgl. ook: HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1309 (Vitesse/Provincie Gelderland).

75 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

76 Jean-Pascal Bus, A la recherche de la condition purement potestative : le cas des ventes immobilières, Revue de droit immobilier 2000, Chroniques p. 9.

77 Hoogleraar aan de universiteit van Lyon.

78 B. Mallet-Bricout, La condition suspensive, « réputée accomplie », relative à l'obtention d'un prêt bancaire, dans une vente immobilière. Subtiles nuances ou éternelles incertitudes? (À propos de deux décisions de la 3e Chambre civile de la Cour de cassation), in Revue Juridique Thémis n.s. 2009, p. 303-320. Het gaat om een tweetal arresten van de derde burgerlijke kamer van 12 september 2007, respectievelijk 30 januari 2008, kenbaar via de website [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) : arrêts no 06-15640 et 06-21117.

een voorwaarde niet intreedt door toedoen van degene in wiens belang het is dat het intreden achterwege blijft, dan wordt het ervoor gehouden dat die voorwaarde desalniettemin is ingetreden. De verkoper verweert in beide zaken de koper zich niet, althans onvoldoende exact te hebben ingespannen de geldlening te verkrijgen. In de eerste zaak werd het verweer van de koper, het beroep op het financieringsvoorbehoud, gehonoreerd; in de tweede zaak niet. Nu is het in Frankrijk vaste rechtspraak dat de bewijslast (en het bewijsrisico) liggen bij de koper, die dan ook moet aantonen dat hij zich voldoende inspanningen heeft getroost teneinde de nodige geldlening te verkrijgen. In de eerste zaak oordeelde het hof ambtshalve dat de financiële positie van de koper de bank dwong tot een afwijzing van de verlangde geldlening en dat zulks niet alleen voor een lening met een looptijd van twaalf jaar, maar ook voor een lening met een looptijd van vijftien jaar zou moeten gelden. In de tweede zaak had de koper gemeend te kunnen volstaan met het tonen van de afwijzingsbrief van de bank. Die vermeldde echter niets met betrekking tot de financiële goedgeheid en de grootte van de lasten van de geldlening. Om die reden werd de koper verweten zich onvoldoende te hebben ingespannen.

Mallet-Bricout poogt een synthetiserende interpretatie van deze uitkomsten te geven. Allereerst komt zij tot de (op zichzelf weinig opzienbarende) conclusie dat bij het financieringsvoorbehoud geen sprake is van een zuiver potestatieve voorwaarde, reeds omdat niet alleen de wil van de debiteur, maar ook de toestemming van een derde partij, de bank, noodzakelijk is voor het intreden van het beoogde rechtsgevolg. Daarmee komt echter de *Erfüllungsfiktion* in het zicht. Heeft de koper zich voldoende ingespannen om de noodzakelijke geldlening te verkrijgen of valt hem een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van zijn verplichting (*faute*) te verwijten? Het antwoord op die vraag hangt regelrecht samen met de interpretatie van het contract, in het bijzonder de betekenis van het financieringsvoorbehoud daarin. Standaardcontracten en standaardclausules daarin verlangen een afweging van objectieve en subjectieve aspecten daarvan.

## 10. Slotsom

Ofschoon de potestatieve voorwaarde niet meer wordt genoemd in Boek 6, Titel 1, afdeling 5 van het BW keert zij toch met enige regelmaat terug in het juridische discours. De kwalificatie wordt in de meeste, hierboven geciteerde gevallen gebezigd ter ondersteuning van het betoog dat de voorwaarde zelf, of de verbintenis die van het intreden ervan afhankelijk is, uit haar aard nietig is. Dat betoog blijkt echter slechts op te gaan voor de *zuiver* potestatieve voorwaarde. De interpretatie daarvan leert immers dat de debiteur kennelijk weigert zich vast te leggen op een bepaalbare verbintenis. Dientengevolge kan het intreden van de verbintenis niet worden aangenomen. Die uitspraak dient echter op een aantal manie-

ren genuanceerd te worden. Palmer en Plauché hebben in hun hierboven geciteerde artikel over de potestatieve voorwaarde in het recht van Louisiana reeds een stap verder gezet bij het ontmantelen van de nutteloze en dientengevolge verboden putatieve voorwaarde. Zij zijn van mening dat de onwil van de debiteur om zich te verbinden alleen blijkt uit de opschortende, zuiver potestatieve voorwaarde, zodat daaraan in beginsel voorbijgegaan moet worden. Bij de ontbindende potestatieve voorwaarde is immers het beoogde rechtsgevolg ingetreden, met dien verstande dat het met retroactief effect ongedaan gemaakt kan worden. In die situatie is dus al meer geschied dan niets.

De zuiver potestatieve voorwaarde die de verbintenis exclusief doet afhangen van de wil van de debiteur is nietig. De nadruk valt hierbij op de adverbia *zuiver* en *exclusief*. Zodra er nog iets anders voor het intreden van de verbintenis nodig is dan uitsluitend de wil van degene die zich verbindt, is er geen sprake meer van een zuiver potestatieve voorwaarde, maar nadert die de gemengde voorwaarde. Dat geldt voor het bindend aanbod, voor de optie, voor de reservering in die zin dat de debiteur aan de crediteur een garantie geeft dat (een) bepaald(e) goed(eren) of diensten beschikbaar zijn,<sup>79</sup> voor het wilsrecht tot opzegging van een duurovereenkomst. Er is dan geen reden meer om de verbintenis als geheel voor nietig te houden. Telkens gaat het om de interpretatie van de overeenkomst tussen partijen. Is wel of geen binding van de debiteur beoogd? Dat maakte ook de Cour de Cassation uit, toen dat college het besluit van de meerderheidsaandeelhouder om alvast tot uitkering van eerst in de toekomst te realiseren winsten, niettegenstaande het potestatieve karakter ervan, toch voor geldig te houden.<sup>80</sup> Er zijn echter omstandigheden, zeker naar Nederlands recht, waaronder het de debiteur niet meer vrijstaat om vast te houden aan het vrijblijvende karakter van zijn toezegging. Allereerst geldt, niet alleen in Nederland, dat de wilsleer haar correctief vindt in de vertrouwensleer, maar bovendien is het al sinds Baris-Riezenkamp vaste rechtspraak

‘dat (...) partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrennende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij’.<sup>81</sup>

Omtrent het afbreken van de onderhandelingen in een fase waarin dat redelijkerwijs niet meer mag, is inmiddels een ruime rechtspraak ontstaan.<sup>82</sup> De korte samenvatting daarvan is dat het niet aangaat om het gerecht-

79 Dominique Ponton-Grillet, *Le contrat de réservation*, Recueil Dalloz 1991, Chroniques p. 26.

80 Cour de Cassation Civ. 1re, 28 mai 1974: D. 1975. 144, note Ponsard; JCP 1975. II. 17911, note Thuillier.

81 HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958, 67, m.nt. LEHR (Baris-Riezenkamp).

82 Vgl: M.R. Ruygvoorn, *De verschillen tussen het afbreken van onderhandelingen in de precontractuele fase, de contractuele fase en in het bijzonder bij onvoorziene omstandigheden* RMThemis, 2021, afl. 6, p. 208-219.

vaardigd vertrouwen van de wederpartij op onaanvaardbare wijze te beschamen. Het begrip potestatieve voorwaarde is bij de bepaling of daarvan sprake is, weinig behulpzaam. Dat onder een zuiver potestatieve voorwaarde tot stand gekomen verbintenissen ('als ik wil, zal ik ...') nietig zijn, spreekt voor zich, maar of daarvan in casu sprake is, zal interpretatie van de rechtshandeling moeten leren. De korte motivering van Meijers waarmee de potestatieve voorwaarde uit het Burgerlijk Wetboek is verbannen,<sup>83</sup> is nog steeds uiterst doeltreffend.

83 'Overbodig, voorzover het niet meer zou willen zeggen dan dat een verbintenis "als ik wil" – nog – niet als verbintenis mag gelden, en ongewenst, voorzover het meer zou betekenen.'