

Hoofdstuk 3. MODALITEITEN VAN VERBINTENISSEN

Afdeling 1. VOORWAARDE

Auteur: M. VAN QUICKENBORNE

dn300041336

Bijwerking: 1 oktober 2005

COMMENTAAR

Schema

- I. Begrip en indeling
 - A. De voorwaarde als toekomstige en onzekere gebeurtenis
 - B. De voorwaarde als modaliteit van een recht of verbintenis
 1. Voorwaarde en constitutief element
 2. Het eventueel recht
 3. Wettelijke voorwaarde
 - C. Indeling van de voorwaarden
 1. Volgens hun gevolgen
 2. Positieve en negatieve voorwaarden
 3. Volgens de afhankelijkheid van de voorwaarde van de wil van de partijen
 - a. De klassieke opvatting
 - De verschillende soorten voorwaarden
 - Nietigheid van de louter potestatieve voorwaarde
 - b. De moderne opvatting
 - Objectiviteit van de criteria
 - Noopt het vervullen van de voorwaarde de schuldenaar tot een offer?
 - Het niet-vervullen van de voorwaarde is geen optie
 - c. Opportuniteit van het begrip 'louter potestatieve voorwaarde'
 4. Volgens het al dan niet geoorloofde karakter van de voorwaarde
 - a. Omschrijving
 - b. Wat is de sanctie bij een ongeoorloofde voorwaarde?
 - Inzake rechtshandelingen onder bezwarende titel
 - Inzake schenkingen en testamenten
 - c. Enige concrete toepassingsgevallen
 - Voorwaarden in verband met de persoon van de begiftigde
 - Voorwaarden in verband met de goederen
 - D. De toepassingsfeer van de voorwaarde
 1. De voorwaarde is gebaseerd op de partijwil
 2. Welke rechtshandelingen kunnen voorwaardelijk worden gesloten?
 - E. De vervulling van de voorwaarde
 1. De interpretatie van de voorwaarde
 2. De invloed van een tijdsbepaling

3. Verhinderen of teweegbrengen van de voorwaarde
 - a. De regel van artikel 1178 B.W.
 - De verhindering van de vervulling van de voorwaarde
 - De fout van de schuldenaar
 - De bewijslast
 - De sanctie
 - Toepasselijkheid op giften?
 - b. Veralgemening van het in artikel 1178 B.W. neergelegde beginsel
- II. De gevolgen van de opschortende voorwaarde
 - A. De gevolgen van de opschortende voorwaarde tijdens de wachttijd
 1. De rechten verbonden aan een onvoorwaardelijke rechtshandeling kunnen nog niet worden uitgeoefend
 2. Juridische bescherming van de verwachting van de voorwaardelijke schuldeiser
 3. Epiloog: bestaat het voorwaardelijk recht (resp. verbintenis) tijdens de wachttijd?
 - B. De gevolgen van de vervulde opschortende voorwaarde
 1. De terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde
 2. Uitzonderingen op de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde
 - a. Bewarende handelingen en daden van beheer
 - b. Innen van de vruchten
 - c. De risicotheorie
 - d. Verjaring van voorwaardelijke rechten
 - C. Gevolgen van de voorwaardelijke verbintenis, indien de voorwaarde uitblijft (bij niet-vervulling van de voorwaarde)
- III. De gevolgen van de ontbindende voorwaarde
 - A. De rechtspositie van de partijen tijdens de wachttijd
 1. De voorwaardelijke verbintenis heeft volledige uitwerking
 2. Recht van de schuldenaar op de loyale vervulling van de voorwaarde
 - B. De ontbindende voorwaarde gaat niet in vervulling
 - C. De gevolgen van de vervulling van de ontbindende voorwaarde
 1. De terugwerking van de vervulde ontbindende voorwaarde
 2. Uitzonderingen op de terugwerkende kracht
- IV. De draagwijdte van de terugwerking van de vervulde voorwaarde
 - A. De rol van de retroactiviteit van de vervulde voorwaarde
 - B. Zakelijke werking van de vervulde ontbindende voorwaarde

I. Begrip en indeling

I De term ‘voorwaarde’ is, in het juridisch taalgebruik, nogal ambivalent. (*1) Artikel 1108 B.W. maakt de geldigheid van een overeenkomst afhankelijk van vier

(*1) W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven-Leusden, 2001, 309; Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, IV, *Verbintenissenrecht*, deel I, *De verbintenis in het algemeen*, 12e uitg., door A.S. HARTKAMP, Deventer, 2004, nr. 155. Vgl. nogal uitvoerig O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux* (B.D.P., nr. 286), Parijs, 2001, 1-8, nrs. 1-22: ‘La notion de condition est une notion multicarte ou plutôt multifonctions, son sens pouvant changer selon le but poursuivi (nr. 15) [...] Ainsi, la condition peut être tantôt un état, tantôt une circonstance, tantôt un élément constitutif, tantôt une modalité, tantôt une manière d’être, tantôt un événement ou encore une qualité’ (nr. 31); J. BYTTEBIER, ‘De opschortende voorwaarde in de notariële praktijk’, *T. Not.* 1997, 149, nr. 1.

‘voorwaarden’. Maar de voorwaarde, in de artikelen 953 en 954 B.W. (vergelijk art. 1086 B.W.) moet worden begrepen als de last waaronder de schenking werd gedaan.

Vaak wijst de term ‘voorwaarde’ ook gewoon op de bedingen van een contract of rechtshandeling: een verkoop wordt b.v. gesloten onder een aantal voorwaarden, d.w.z. een aantal prestaties (of preciseringen van prestaties) waartoe de partijen zich over en weer verbinden. (*1) Artikel 1582 Ger. W. heeft het over de ‘verkoopsvoorwaarden’ bij uitvoerend beslag op onroerend goed. De algemene voorwaarden bij standaard- of toetredingscontracten bepalen meestal het tijdstip van betaling, de sancties bij niet-tijdige betaling, de termijn waarbinnen geprotesteerd moet worden tegen een niet-conforme levering of uitvoering, de omstandigheden waarin de verkoper of dienstverlener zijn aansprakelijkheid uitsluit, en dergelijke meer. En als artikel 1389 B.W. handelt over de ‘huwelijksvoorwaarden’, dan bedoelt het gewoonweg de bedingen van het huwelijkscontract.

In deze verhandeling zal echter enkel de ‘voorwaarde’, als modaliteit van een verbintenis, ter sprake komen. De voorwaarde, in deze betekenis van het woord, wordt door het Wetboek systematisch behandeld in de artikelen 1168 tot en met 1183. Nog andere artikelen uit het Burgerlijk Wetboek vermelden overigens de voorwaarde, als modaliteit van een verbintenis of van een recht: de artikelen 580 (voorwaardelijk vruchtgebruik), 900, 944, 1040 (inzake giften), 1584 (voorwaardelijke verkoop), en 2257 (vertrekpunt van de verjaring van voorwaardelijke schulden). Waar nodig of nuttig ter precisering van het begrip ‘voorwaarde’, als modaliteit van een recht of verbintenis, zullen ook deze laatste artikelen ter sprake komen.

2 Vooruitlopend op hetgeen volgt, en bij wijze van eerste benadering, kan een voorwaardelijke verbintenis of recht worden omschreven als een verbintenis of recht, waarvan de werking van een toekomstige en onzekere gebeurtenis - de voorwaarde - afhankelijk is gesteld. (*2) Het Hof van Cassatie (*3) definieert de voorwaarde impliciet als een gebeurtenis waarvan de uitvoering of het voortbestaan van een verbintenis afhankelijk is. In welke mate de voorwaarde de werking van het recht of de verbintenis beïnvloedt, zal later worden onderzocht.

Elk voorwaardelijk recht, *c.q.* verbintenis creëert derhalve een periode van onzekerheid, een *wachttijd*, die een aanvang neemt als de rechtshandeling wordt gesloten, en eindigt op het ogenblik dat de voorwaarde in vervulling gaat of definitief uitblijft.

(*1) Zo kunnen zij b.v. de bestelling van een elektrische installatie waarvan het voorwerp en de prijs duidelijk bepaald zijn, afhankelijk maken van de *conditio sine qua non* dat de installatie wordt geleverd binnen zes maanden. Gaat de wederpartij met deze timing niet akkoord, dan ontstaat geen overeenkomst. De gestelde voorwaarde preciseert in werkelijkheid de leveringsplicht: ‘Il ne faut pas confondre la condition avec les conditions ou clauses dont les parties ont fait des éléments essentiels de leurs engagements’ (Kh. Brussel 21 september 1976, *B.R.H.* 1976, 521 (523); vgl. Antwerpen 4 januari 1993, *Rec. gén. enr. not.* 1996, 377; Gent 10 januari 1994, *Rec. gén. enr. not.* 1995, 144; C.J.H. BRUNNER en G.T. DE JONG, *Verbintenissenrecht. Algemeen deel*, Deventer, 1999, 50, nr. 64; J.D.A. DEN TONKELAAR, *Opschortende en ontbindende voorwaarde volgens BW en NBW in Studiepockets Privaatrecht*, nr. 31, Zwolle, 1983), 7-8.

(*2) ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, 120, nr. 154.

(*3) Cass. 15 januari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 544.

Terminologisch en conceptueel is het van belang aan te stippen dat niet zozeer de rechtshandeling voorwaardelijk is – die bestaat immers actueel –, maar wel, in voorkomend geval, de eruit voortvloeiende rechten en verbintenissen. Niettemin zal, indien geen verwarring mogelijk is, soms van een voorwaardelijke rechtshandeling worden gesproken, terwijl het eigenlijk gaat om een actuele rechtshandeling, die voorwaardelijke rechten en verbintenissen in het leven roept.

3 Eveneens past het om nu reeds, in een eerste benadering, het onderscheid te introduceren tussen een opschortende en een ontbindende voorwaarde. Dit onderscheid beheerst immers alle andere distincties die men, naar gelang van het aangenomen onderscheidingscriterium, tussen de voorwaarden kan maken. (*1) Opschortend is de voorwaarde, als bij haar vervulling, i.e. bij het plaatsvinden van een onzekere gebeurtenis, de werking van de verbintenis een aanvang neemt. De voorwaarde is daarentegen ontbindend, als bij haar vervulling de werking van het recht of van de verbintenis eindigt.

Een opschortende voorwaarde vindt men b.v. in een verkoop, waarbij een bewoner van Antwerpen zijn huis verkoopt, als F er, na de gemeenteraadsverkiezingen van 2006, burgemeester wordt. Met een ontbindende voorwaarde heeft men daarentegen te maken, wanneer A aan B zijn huis verkoopt, maar daarbij bedingt dat de gevolgen van de verkoop zullen ophouden, indien hij, A, nadien nog zou kunnen trouwen met de vrouw van zijn dromen.

In het eerste geval – opschortende voorwaarde – wenst de verkoper blijkbaar in geen geval onder het bewind van F te wonen. Hij krijgt een interessant bod op zijn huis, dat in Antwerpen gelegen is. Normalerweise zou hij op dit bod niet ingaan, omdat hij geen reden ziet om zijn huis en zijn buurt te verlaten. Hij houdt echter rekening met het in zijn optiek ondraaglijk perspectief dat F burgemeester van Antwerpen zou worden. Daarom grijpt hij de hem geboden kans, maar verbindt daaraan de vermelde opschortende voorwaarde.

In het tweede geval – ontbindende voorwaarde – is de situatie net andersom. De verkoper kan zijn huis tegen gunstige voorwaarden verkopen; en het huis is bovendien toch te groot voor een man alleen. Indien hij echter de vrouw van zijn dromen ervan zou kunnen overtuigen met hem het leven te delen, zou hij achteraf spijt krijgen van de verkoop. Daarom verbindt hij aan de verkoop voormelde ontbindende voorwaarde.

4 Het sluiten van een voorwaardelijke rechtshandeling stelt de partijen derhalve in staat te reageren op gunstige en objectief voordelige opportuniteiten, die evenwel pas echt, subjectief, nuttig zullen blijken, wanneer zich een bepaalde, nu nog onzekere omstandigheid voordoet.

(*1) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, 1964, nr. 155.

Door voorwaardelijke overeenkomsten te sluiten, wordt het voor de partijen – of één van hen – mogelijk de onzekere toekomst ‘voor te zijn’. Een persoon verwerft een bepaald recht dat hem nu niet interesseert, maar dat later, indien de situatie in een bepaalde zin zal evolueren, erg goed van pas zal komen (opschortende voorwaarde). Of hij sluit een rechtshandeling, die aan zijn actuele situatie tegemoetkomt, maar die hij later, wanneer een nu nog onzekere gebeurtenis plaatsgrijpt, ongedaan kan maken (ontbindende voorwaarde).

Voorwaardelijke rechten en verplichtingen bieden de partijen de mogelijkheid om, op een intelligente en niet-speculatieve wijze, met de onzekere toekomst om te gaan. (*1) Wat meer bepaald de vervreemding van een onroerend goed betreft, stelt de voorwaarde de partijen in staat elkaars definitieve toestemming te verkrijgen, ofschoon er nog onduidelijkheid bestaat over het verwerven van een financiering door de koper en van allerlei vergunningen en certificaten waaruit moet blijken dat het goed geschikt is voor het gebruik waarvoor de koper het bestemt. Het voorwaardelijk contract biedt aan de partijen, in die hypothese, een techniek (naast het *gentlemen's agreement*, de *letter of intent* en de aankoopoptie) waarmee zij aan het progressief totstandkomen van de overeenkomst gestalte kunnen geven. (*2)

5 De voorwaardelijke verbintenis bindt de schuldenaar in mindere mate dan de *alternatieve*. (*3) Bij een alternatieve verbintenis is de schuldenaar, op het ogenblik dat het keuzerecht wordt uitgeoefend, in elk geval tot één van de alternatief verschuldigde prestaties gehouden, ook indien de correlatief door de wederpartij verschuldigde prestatie voor hem, op dat ogenblik, geen enkel nut oplevert. Een voorwaardelijke verbintenis heeft daarentegen geen enkele werking, indien de opschortende voorwaarde uitblijft, *c.q.* verliest haar werking, als de ontbindende voorwaarde in vervulling gaat.

A. DE VOORWAARDE ALS TOEKOMSTIGE EN ONZEKERE GEBEURTENIS

6 De voorwaarde is essentieel een onzekere gebeurtenis. Op het ogenblik waarop de voorwaardelijke rechtshandeling wordt gesloten – dat de voorwaarde wordt gesteld – is het derhalve onzeker of de voorwaarde ooit zal plaatshebben. Deze onzekerheid is

(*1) ‘La condition permet d’anticiper sur l’avenir, en s’assurant contre ses aléas’ (P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, VI-3, *Les obligations. Le régime général*, Parijs, 2001, 124, nr. 170); ‘L’engagement conditionnel évite le double écueil de l’immobilisme et de la précipitation. Il permet d’anticiper, puisque le débiteur peut saisir des occasions et prendre des engagements avant même d’être sûr de le faire utilement ou raisonnablement. Mais il permet cette anticipation en toute sécurité, puisqu’en définitive la naissance ou la survie de l’engagement suppose la réalisation du contexte souhaité’ (J.J. TAISNE, ‘Obligations conditionnelles. Caractères de la condition’, in *Jurisclasseur civil*, art. 1168-1174, Parijs, 1995, nr. 1).

(*2) S. BEYAERT, ‘Koop onder opschortende voorwaarde’, *Not. Fisc. M.* 2004, 155-156, nr. 4 en 168, nr. 33.

(*3) H. DE PAGE, *o.c.*, III, nr. 275.

van objectieve aard, in die zin dat het, naar algemene menselijke ervaring, onzeker is of de gebeurtenis al dan niet zal plaatsvinden. (*1)

7 Als voorwaarde kan dus geenszins doorgaan een gebeurtenis die in het verleden of in het heden ligt (*2); enkel de toekomst kan onzeker zijn. Over hetgeen gebeurd is, bestaat zekerheid; aan de geschiedenis kan niemand nog iets veranderen. Alleen bij een toekomstige gebeurtenis kan er sprake zijn van een wachtperiode, gedurende welke de werking van het recht van de voorwaardelijk gerechtigde wordt opgeschort, of gedurende welke het recht wordt uitgeoefend tot op het ogenblik dat aan zijn werking een einde wordt gesteld.

Als de partijen hun rechten en plichten afhankelijk maken van een gebeurtenis die reeds heeft plaatsgehad, zonder dat dit hun ter ore is gekomen (subjectieve onzekerheid), heeft men niet met een voorwaardelijk recht of verbintenis te maken, maar met een actueel recht of verbintenis. A koopt b.v. een appartement in Brussel, op voorwaarde dat hij daar wordt benoemd tot rechter. Als zijn benoeming intussen reeds heeft plaatsgehad, maar hem nog niet ter kennis werd gebracht, heeft hij, van bij het sluiten van de koopovereenkomst, een actueel eigendomsrecht op het appartement (art. 1181, lid 3 B.W.; het eerste lid, *in fine*, omschrijft zijn recht, ten onrechte, toch als voorwaardelijk). (*3)

Dit recht heeft onmiddellijke uitwerking, en de complexe regeling met betrekking tot de gevolgen van voorwaardelijke rechten en plichten is er ten enenmale niet op van toepassing.

Omgekeerd koopt de Franstalige B een villa in Wezenbeek-Oppem, onder de ontbindende voorwaarde echter dat de taalfaciliteiten er zouden worden afgeschaft. Als die intussen, zonder dat hij dit weet, door een arrest van het Arbitragehof zijn vernietigd, is er in werkelijkheid nooit een aankoop geweest, en heeft B's recht nooit een aanvang genomen.

(*1) ASSER-HARTHAMP, *o.c.*, nr. 160.

(*2) ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, nr. 161; *Juriscl. civ.*, art. 1168-1174, nr. 5.

(*3) G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XIII, door L. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, Parijs, 1907, nrs. 750 en 827; T. HUC, *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, VII, Parijs, 1894, nr. 260.

Met de objectief zekere, maar subjectief onzekere gebeurtenis zou de *overbodige* voorwaarde kunnen worden geassimileerd. A verkoopt aan B een handelsruimte, op voorwaarde dat B de vergunning verkrijgt om de ruimte commercieel uit te baten. Als daarvoor, in tegenstelling tot wat de partijen of B dacht(en), geen vergunning nodig is, zou de verbintenis als actueel kunnen worden beschouwd. Vgl. Cass. fr. 12 april 1995, *D.* 1996, Somm. 122, met noot D. MAZEAUD, *Rép. Not. Defrénois*, 1995, 1402, met noot Ph. DELEBECQUE: A verkoopt een perceel grond aan B, onder de opschortende voorwaarde dat het gezuiverd wordt van alle erop wegende voorkeuren. Achteraf vernemen de partijen dat in tegenstelling tot wat zij dachten, de gemeenteraad op het perceel grond in kwestie nooit een voorkeurenrecht had gevestigd.

Als de gebeurtenis enkel subjectief onzeker is, terwijl ze reeds heeft plaatsgevonden of terwijl vaststaat dat zij wel of niet zal plaatsvinden, zal de rechtshandeling waaruit de verbintenis is ontstaan, in vele gevallen wegens dwaling vernietigbaar zijn (C.J.H. BRUNNER en G.T. DE JONG, *o.c.*, 53, nr. 66).

Men leert dan ook traditioneel dat enkel een gebeurtenis die *subjectief en objectief* onzeker is, als voorwaarde kan fungeren (*1), al is deze lering eigenlijk onjuist (zie verder, nr. 10).

8 Een gebeurtenis kan echter in het heden of in het verleden liggen, maar het *bekend worden* ervan kan niettemin een toekomstig en onzeker feit uitmaken. Zo bevat de verkoop van een schilderij ‘onder voorwaarde dat het een echte Rubens is’, niet noodzakelijk een voorwaarde met betrekking tot een verleden feit. Wellicht bedoelden de partijen eigenlijk ‘onder voorwaarde dat het schilderij door een expert aan Rubens zal worden toegeschreven’. Als de partijen echter bedoelden dat de verkoper de authenticiteit van het schilderij garandeert, heeft men niet met een voorwaarde te maken, maar met een contractueel beding dat de verkoper onvoorwaardelijk en actueel bindt. (*2)

Of men denke aan de situatie, waarin de vrouw van een man reeds geruime tijd vermist is. De man verkoopt zijn tweede verblijf aan zee, onder de ontbindende voorwaarde dat zijn vrouw nog leeft. In de objectieve realiteit ligt dit feit reeds vast: ofwel leeft de vrouw nog op het ogenblik van de verkoop, ofwel is ze reeds overleden. Maar, aldus geïnterpreteerd, heeft het bedingen van de voorwaarde weinig zin; welk belang heeft de man erbij de verkoop ongedaan te maken, indien zijn vrouw, op het ogenblik van de verkoop, weliswaar nog leeft, maar indien haar lijk, twee jaar later, zal worden ontdekt? Allicht moet de voorwaarde aldus worden opgevat dat de verkoop zal worden ontbonden, indien de vrouw van de verkoper levend zal worden teruggevonden, wat, op het tijdstip van de verkoop, nog onzeker is.

Een en ander belet echter niet dat de schuldeiser onder een ‘voorwaarde’ die zich buiten het weten van de partijen om, reeds heeft voorgedaan, geen nakoming kan vorderen: ‘[Les parties] sont mentalement dans la même situation que si l’obligation était conditionnelle’. (*3) Voor het overige zijn op een zodanige verbintenis echter de aan de voorwaarde eigen regels niet van toepassing, en b.v. niet artikel 1182 B.W. inzake de overdracht van het risico (zie daarover verder, nr. 192).

9 De onzekerheid van de als voorwaarde gekwalificeerde gebeurtenis onderscheidt haar van de tijdsbepaling of de termijn. Een verbintenis wordt immers door een tijdsbepaling gemodaliseerd, of een recht wordt onder een tijdsbepaling verleend, wanneer de uitvoering van de verbintenis (of de uitoefening van het recht) wordt uitge-

(*1) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 152; B. CLAESSENS, ‘Verbintenissen onder voorwaarde’, in J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nr. 2501.

(*2) *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1976, nrs. 22071, 21058 en 21754.

(*3) Vgl. *supra*, nr. 7; ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, nr. 161.a.; A. PITLO, *Nederlands burgerlijk recht*, IV, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 9e uitg., door J.L.P. CAHEN, Deventer, 2002, 36, nr. 23.

Een weddenschap kan betrekking hebben op een actuele of zelfs voorbijge gebeurtenis, mits de wedder, op het ogenblik van het sluiten van de weddenschap, geen weet heeft van deze gebeurtenis (Gent 17 december 1966, *R.W.* 1968-69, 1253; vgl. Gent 3 maart 1932, *Pas.* 1932, II, 144; O. MILHAC, *o.c.*, 29-30, nr. 86).

steld tot het aanbreken van een toekomstige, maar zekere gebeurtenis. (*1) Indien vaststaat wanneer deze gebeurtenis zich zal voordoen – b.v. een factuur betaalbaar uiterlijk op 31 december 2005 –, spreekt men van een vaste tijdsbepaling. Indien daarentegen wel vaststaat dat de gebeurtenis zal plaatshebben, maar onzeker is wanneer – b.v. betaalbaar bij het overlijden van de verkoper –, spreekt men van een onzekere tijdsbepaling. Van een voorwaarde is daarentegen sprake, als onzeker is of een feit zal plaatsvinden, terwijl het tijdstip waarop het feit kan plaatsvinden, vaststaat: als ik morgen de lotto win, of: als u binnen drie jaar overlijdt. (*2)

Bij een schenking is het onderscheid tussen een voorwaarde en een tijdsbepaling ook in die zin belangrijk dat een voorwaardelijke schenking niet strijdig geacht wordt met de onherroepelijkheid van de schenking die bovendien een dadelijke eigendoms-overdracht teweegbrengt. Schenkingen onder een *ontbindende tijdsbepaling* worden daarentegen beschouwd als strijdig met het vereiste van een dadelijke overdracht van rechten. Omdat het aanbreken van de einddatum zeker is, staat van meet af vast dat de schenking ongedaan gemaakt zal worden. (*3)

10 Wat te denken van een toekomstige en onzekere gebeurtenis, die de partijen niet-temin als zeker beschouwen? (*4) De partijen willen de prestatie niet afhankelijk maken van het al dan niet plaatsvinden van de gebeurtenis, maar gaan er, ten onrechte, vanuit dat deze gebeurtenis in ieder geval zal plaatsvinden. Zij willen derhalve dat de verbintenis wordt nagekomen op de dag dat de gebeurtenis zich effectief voordoet.

Men denke aan het beding ‘te betalen op de dag van A’s meerderjarigheid’, ‘te betalen de dag dat ik over het nodige geld zal beschikken, door de verkoop van mijn appartement in Parijs’,... Een lening kan ook terugbetaalbaar worden gesteld, wanneer de lener in betere doen verkeert, of zelfs wanneer zijn onderneming opnieuw winst boekt, of wanneer hij tot terugbetaling in staat is.

Voorzover de partijen deze - objectief onzekere - gebeurtenis als zeker beschouwen, of zich althans niet bewust waren van en/of niet stilstonden bij haar objectieve onzekerheid, moet men ze als een onzekere tijdsbepaling beschouwen, en niet als

(*1) Cass. 17 april 1975, *Arr Cass.* 1975, 914; Rb. Antwerpen 17 juni 1997, *Rec. gén. enr. not.* 1998, 280; Bergen 12 november 1979, *Rec. gén. enr. not.* 1981, 177 (179), nr. 22489.

(*2) Over de fiscale repercussies van een zodanig beding, zie A. VERBEKE en I. VERVOORT, ‘Contracten onder voorwaarde’, in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten Kanscontracten*, Schoten, 2004, 166 e.v., nr. 58.

(*3) I. VERVOORT, ‘Termijn/Voorwaarde/Verschil’, in A. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Schenkingen. Handboek Estate Planning 2*, Brussel, 2005, 390-391, nrs. 602-603; H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 356.

(*4) Zie hierover ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, nr. 234; *Juriscl. civ.*, art. 1168-1174, nrs. 19-24; J. GHESTIN, noot onder Trib. gr. inst. Nice 24 oktober 1970, *J.C.P.* 1971, II, 16866; vgl. Cass. 20 december 1883, *Pas.* 1884, I, 14, met andersluidende concl. Adv.Gen. MESDAGH DE TER KIELE; Bergen 12 november 1979, *Rec. gén. enr. not.*, 1980, 177.

voorwaarde. (*1) Enkel aldus doet men aan de bedoeling van de partijen recht. Zij beschouwden immers de voorwaarde als een tijdsbepaling. (*2) ‘Un événement dont la réalisation est objectivement incertaine peut toujours, dans l’esprit des parties, apparaître comme certain, et basculer ainsi de la qualification de condition à celle de terme’. (*3) In dit geval verhindert de subjectieve zekerheid dat de toekomstige gebeurtenis als een voorwaarde wordt gekwalificeerd.

Er kan dan wel een probleem rijzen, indien de verwachte gebeurtenis uitblijft, en de verschijndag derhalve niet kan worden aangewezen. In dit geval zal de rechter bepalen wanneer de verbintenis moet worden nagekomen; het tijdstip van de opeisbaarheid zal worden bepaald naar redelijkheid en billijkheid (*4), rekening houdend met alle relevante omstandigheden. ‘Doet zich nu een bijzondere omstandigheid voor, waardoor de gebeurtenis niet plaatsheeft of geheel onzeker wordt, dan zal de goede trouw in het algemeen eisen dat de verbintenis wordt nagekomen op het tijdstip, waarop redelijkerwijze kan worden aangenomen dat de gebeurtenis zou hebben plaatsgehad, indien de bijzondere omstandigheid zich niet had voorgedaan’. (*5) Uiterlijk zal de verbintenis opeisbaar worden bij het overlijden van de schuldenaar.

Juridisch-technisch kan deze oplossing trouwens worden gebaseerd op artikel 1901 B.W. (*6) Dat een objectief onzekere gebeurtenis, door (één van de) partijen als zeker

(*1) ‘Ce qui importe c’est de savoir si les parties ont entendu soumettre l’existence de l’obligation à un aléa, ou au contraire s’engager de façon certaine et définitive. La qualification de l’événement ne peut donc être faite qu’à partir de l’intention de parties’ (J. GHESTIN, gecit. noot); ‘Il ne suffit pas que l’événement visé dans la clause soit objectivement incertain pour qu’il y ait condition, il faut encore que les parties l’aient d’un commun accord tenu pour tel’ (J. GHESTIN, ‘La notion de condition potestative’ in *Études dédiées à Alex Weil*, Parijs, 1983, 251, nr. 13); ‘Il n’est pas nécessaire que l’événement soit objectivement incertain. Il suffit qu’il le soit subjectivement, c’est-à-dire dans l’intention des parties; si celles-ci le tiennent pour certain, alors qu’il ne l’est pas, l’engagement n’est pas conditionnel: il est soit à terme, soit ferme’ (P. MALAURIE en L. AYNÈS, *o.c.*, 127, nr. 174); Rb. Charleroi 24 september 1958, *J.T.* 1959, 170. Men heeft de indruk dat het geciteerde arrest van het Hof van Cassatie van 20 december 1883 er anders over oordeelt.

(*2) In Cass. 18 juni 1970 (*Arr. Cass.* 1970, 981) ging het om het spiegelbeeld van de in de tekst bedoelde situatie. Een bediende van een vennootschap kon aanspraak maken op een commissieloon van 15 % van de jaarlijkse winst. In een aanvullende overeenkomst werd dit commissieloon vervangen door 15 % van de naar de reserve van de vennootschap overgebrachte winst; de algemene vergadering van de vennootschap beslist naar eigen goeddunken over het deel van de winst dat zal worden gereserveerd. De feitenrechter zag hierin een voorwaardelijke verbintenis (meer zelfs: een verbintenis onder louter potestatieve voorwaarde) van de vennootschap. De vennootschap wierp op dat de reserve uiterlijk moet worden verdeeld bij de vereffening van de vennootschap, i.e. dertig jaar na haar oprichting (onder de toen vigerende wetgeving: art. 102 van titel IX van boek I W.Kh.), zodat de bediende over een recht op termijn beschikte.

Het Hof van Cassatie verwierp het cassatiemiddel, omdat de feitenrechter had vastgesteld dat de aanvullende overeenkomst er in feite, wegens de dominante en willekeurige wijze waarop de vennootschap werd bestuurd, op neerkwam dat de betaling van de commissie van de bediende afhankelijk werd van de enkele wil van de vennootschap.

Wegens de omstandigheden, eigen aan de zaak, kon de feitenrechter evenwel beslissen dat het op het eerste gezicht zeker, want juridisch verplicht, feit in werkelijkheid van de loutere wil van de vennootschap afhing en derhalve alles behalve zeker was.

(*3) O. MILHAC, *o.c.*, 31, nr. 89, die dit overigens adstrueert met talloze jurisprudentiële voorbeelden (p. 31-34, nrs. 91-98); PITLO-CAHEN, *o.c.*, 38, nr. 23; Rb. Luik 11 maart 2004, *Rec. gén. enr. not.* 2004, 451 (II.1.3).

(*4) H.R. 21 juni 1918, *N.J.* 1918, 790; zou het geschil waarover het Hof van Cassatie (zie vorige noot) uitspraak diende te doen, niet beter langs deze weg worden benaderd?

(*5) Vgl. E.M. MEIJERS, *Toelichting bij een Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek* (boek 6), Den Haag, 1954, 512.

(*6) H. DE PAGE, *o.c.*, V, nr. 143, 2°.

beschouwd, als een tijdsbepaling kan worden opgevat, blijkt overigens ook uit artikel 1041 B.W. (*1)

11 Met het bovenstaande hangt samen dat de voorwaarde een *mogelijke* gebeurtenis moet zijn, die zich, op basis van de ervaring en de kennis van een redelijk mens, al dan niet kan voordoen. Een feit dat noodzakelijk moet plaatsvinden, b.v. het overlijden van de schuldeiser of schuldenaar, beantwoordt niet aan dit criterium; wie van hen het eerst zal overlijden, is echter wel onzeker. (*2)

Een feit dat zich, volgens de ervaringswetten, onmogelijk kan voordoen, kan evenmin als voorwaarde fungeren. Ik beloof u drie sinaasappelen, als u, met uw beide voeten op het aardoppervlak staande, met uw vingertoppen de planeet Venus aanraakt (*3), of als u Grace Kelly of John F. Kennedy tot het leven wekt.

Het is daarbij irrelevant dat de partijen zich van de onmogelijkheid van de vervulling van de voorwaarde niet bewust waren. Een gebeurtenis die de partijen ten onrechte voor mogelijk houden – de verrijzenis van Lady Di b.v. – kan niet als voorwaarde doorgaan. Wel kan deze gebeurtenis, rekening houdend met de bedoeling van de partijen, naar omstandigheden als een onbepaalde tijdsbepaling worden gekwalificeerd. (*4)

12 Een *opschortende noodzakelijke* voorwaarde is slechts een schijnvoorwaarde: de gebeurtenis waarvan de werking van de verbintenis afhangt, is zeker, en zal zich hoe dan ook voordoen, al is het eventueel onzeker wanneer dit juist zal geschieden. Als ik u mijn paard beloof bij mijn overlijden, staat vast dat mijn erfgenamen zullen moeten presteren (in de veronderstelling wel te verstaan dat mijn paard me overleeft). Mijn verbintenis is er in werkelijkheid één onder opschortende tijdsbepaling (zie vorig randnr. *in fine*).

Mijn verbintenis kan echter onmiddellijk ontstaan en uitwerking hebben, als de zgn. voorwaarde op elk willekeurig ogenblik, en dus ook op het ogenblik waarop ik de verbintenis aanga, vervuld wordt. Als ik u andermaal mijn paard beloof, op voorwaarde dat een willekeurige persoon een cirkel tekent waarvan de omtrek gelijk is aan de straal $\times 2$ pi, ben ik in werkelijkheid onmiddellijk en onvoorwaardelijk verbonden.

Wel kan het logisch noodzakelijk karakter van de vervulling van de voorwaarde twijfel zaaien over de rechtens verbindende aard van de verbintenis: heb ik niet eerder de bedoeling een logisch spelletje te spelen dan om mij juridisch te verbinden?

Een *ontbindende noodzakelijke* voorwaarde is eveneens slechts een schijnvoorwaarde. Ze doet niet eens een verbintenis ontstaan, of, exacter uitgedrukt, de

(*1) Zie hierover H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 283.

(*2) Als noodzakelijke voorwaarde kan men ook beschouwen een gebeurtenis die zich reeds heeft voorgedaan, en die dus niet meer onzeker is (vgl. J.D.A. den TONKELAAR, *o.c.*, 43).

(*3) Vgl. het klassieke voorbeeld: *Si caelum digitu tetegeris* (H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 156, B).

(*4) ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, I, 125, nr. 162.

werking van de verbintenis houdt onmiddellijk op. (*1) Om dit in te zien, wijzigt men het voorbeeld van zo-even als volgt dat ik u mijn paard beloof, onder de ontbindende voorwaarde dat een willekeurige persoon een cirkel kan tekenen waarvan de omtrek gelijk is aan zijn straal $\times 2 \pi$.

13 Hoe zit het vervolgens met een *opschortende onmogelijke* voorwaarde? ‘Ik beloof u mijn paard, als u een vierkante cirkel tekent’. Een zodanige verbintenis bindt me in werkelijkheid niet (*2), of komt andermaal neer op een nogal flauw logisch spelletje. Artikel 1172 B.W. vertolkt deze idee nogal onprecies. Artikel 1173 B.W. voegt daar, onhandig, aan toe dat de verbintenis, aangegaan onder de voorwaarde om iets niet te doen wat onmogelijk is, niet nietig is. (*3) Als ik u mijn paard beloof te geven, op voorwaarde dat ik geen vierkante cirkel teken, beloof ik u mijn paard actueel en onvoorwaardelijk, omdat ik nooit of te nimmer een vierkante cirkel zal kunnen tekenen, en er me dus steeds van zal onthouden om een vierkante cirkel te tekenen.

Wat de belofte ‘ik beloof u mijn paard, als ik in 2150 nog leef’ betreft, kan worden opgemerkt dat de vervulling van deze voorwaarde, op basis van de huidige wetenschappelijke verworvenheden, reeds op het ogenblik van mijn belofte onmogelijk is. Toch zou men de eruit voortvloeiende verbintenis eventueel vanuit een erg optimistisch perspectief kunnen beschouwen als een verbintenis onder uitdovende, onbepaalde tijdsbepaling. (*4) In 2150 – of spijtig genoeg veel vroeger – zal immers blijken dat ik maar al te sterfelijk ben.

En wat te denken ten slotte van de *ontbindende onmogelijke* voorwaarde? Een verbintenis onder een zodanige voorwaarde kan haar werking niet verliezen, en verbindt dus onvoorwaardelijk de schuldenaar. (*5) Men denke aan ‘ik beloof u mijn paard, onder de ontbindende voorwaarde dat u een vierkante cirkel tekent’, – wat u op geen enkel ogenblik kan. Anderzijds kan ik u mijn paard beloven, onder de ontbindende voorwaarde dat u de zee leeg drinkt (mijn paard houdt immers erg van de zee). Naar omstandigheden kan men de uit deze laatste belofte voortvloeiende verbintenis be-

(*1) In dit geval komt geen verbintenis tot stand omdat de verbintenis-scheppende overeenkomst door het noodzakelijk te noemen feit tegelijk als liberatoire overeenkomst de verbintenis opheft (J.D.A. DEN TONKELAAR, *o.c.*, 44).

(*2) BRUNNER-DE JONG, *o.c.*, 53, nr. 67; ‘Geen uitdrukkelijk voorschrift is nodig om te bepalen, dat wanneer iemand een recht is toegekend onder een opschortende voorwaarde die nimmer vervuld kan worden, dit gelijk is aan het geheel niet toekennen van een recht’ (E.M. MEIJERS, *Toelichting bij een Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek* (boek 1-4), Den Haag, 1954, 188 (bij art. 3.2.5)).

(*3) ‘C’est une puérilité superflue. Elle ne rend donc pas nulle l’obligation’ (H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 156, B); vgl. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Brussel-Parijs, 1875, XVII, nr. 39: ‘Quand les parties traitent sous une condition impossible, elles n’entendent pas traiter sérieusement, elles font un badinage, et vraiment les auteurs ont tort de s’occuper de ces mauvaises plaisanteries’; ‘[Geen uitdrukkelijk voorschrift is nodig om te bepalen] dat, wanneer iemand een recht is toegekend onder een ontbindende voorwaarde, die nimmer vervuld kan worden, dit gelijk is aan een onaantastbaar toekennen van dit recht’ (E.M. MEIJERS, *o.c.*, 188-189).

(*4) Vgl. *supra*, nr. 11. Zie voor één en ander: ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, I, nrs. 162-163; vgl. O. MILHAC, *o.c.*, 27-29, nrs. 78-84.

(*5) BRUNNER-DE JONG, *o.c.*, 53, nr. 67.

schouwen als een verbintenis onder onbepaalde uitdovende tijdsbepaling, als u immers een faliekante poging onderneemt om de Stille Oceaan leeg te drinken.

14 De mogelijkheid tot vervulling van de voorwaarde moet worden beoordeeld op het tijdstip waarop de voorwaardelijke rechtshandeling totstandkomt. Was deze vervulling mogelijk ten tijde van het sluiten van de rechtshandeling, maar werd ze achteraf onmogelijk, omdat zich nadien een hinderpaal voor haar realisatie voordeed, dan zal de voorwaarde niet als onmogelijk, maar als uitblijvend of ontbrekend worden beschouwd. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis*, wanneer een voorwaarde uitblijft, waarvan de realisatie aanvankelijk onmogelijk was, maar nadien mogelijk werd. (*1)

15 Voor het overige kan om het even welk toekomstig en onzeker contingent (d.w.z. noch noodzakelijk, noch onmogelijk) feit als voorwaarde fungeren. (*2)

B. DE VOORWAARDE ALS MODALITEIT VAN EEN RECHT OF VERBINTENIS

1. Voorwaarde en constitutief element

16 De voorwaarde is bovendien een modaliteit van een recht of verbintenis. Laten we dit even verduidelijken.

Een rechtshandeling – contract of eenzijdige wilsverklaring – roept rechten en plichten in het leven. Ze onderstelt de aanwezigheid van een aantal constitutieve elementen. Zo onderstelt een overeenkomst de toestemming van de partijen die zich verbinden, hun bekwaamheid om contracten aan te gaan, een bepaald voorwerp dat de inhoud van de verschuldigde prestatie aangeeft, en een geoorloofde oorzaak van de eruit voortvloeiende verbintenissen (art. 1108 B.W.). Elke overeenkomst van een bepaald type – een koop-verkoop b.v. – onderstelt *per definitie* dat de partijen zich over en weer tot welbepaalde prestaties verbinden. Zo is een beweerde verkoop, waarbij de verkoper zich niet tot eigendomsoverdracht verplicht of waarbij de koper zich niet tot betaling van de koopsom verplicht, per definitie geen koop-verkoop. Wel kan deze rechtshandeling eventueel als een schenking worden gekwalificeerd, wanneer op de beweerde koper geen verplichting rust een koopsom te betalen.

(*1) AUBRY en RAU, *Cours de droit civil français*, IV, 6e uitg. door E. BARTIN, Parijs, 1964, § 302, blz. 93.

(*2) Ondanks Cass. 30 april 1990 (*J.T.T.* 1990, 305), is dus wel degelijk een voorwaarde de omstandigheid dat de schuldeiser van een eindejaarspremie op het ogenblik van de betaling van deze premie door een arbeidsovereenkomst verbonden is met de werkgever (zie over deze discussie, M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2001, 935-937, nr. 589).

17 De voor de geldigheid van een overeenkomst vereiste *constitutieve elementen* worden door de wet op imperatieve wijze geregeld. (*1) Voorts regelt de wet de rechten en plichten die uit een overeenkomst van een bepaald type voortvloeien. De wet geeft een *definitie* van de verschillende benoemde (*2) overeenkomsten die men kan sluiten. Als de ene partij zich ertoe verbindt de eigendom van een bepaald goed over te dragen, en haar wederpartij daarvoor een prijs moet betalen, noemt het Burgerlijk Wetboek deze overeenkomst een ‘koop’ (art. 1582 B.W.). Zoals gezegd, kunnen de partijen ook een kosteloze eigendomsoverdracht bewerkstelligen, maar de wet noemt een zodanige overeenkomst een ‘schenking’.

Belangrijk is dat de constitutieve of essentiële elementen van een rechtshandeling van een bepaald type gelden voor *alle* concrete voorbeelden van de rechtshandeling in kwestie. Er bestaat geen enkel contract zonder de door artikel 1108 B.W. vereiste constitutieve elementen. En er is, per definitie, geen koop-verkoopovereenkomst, waarbij de koper van de plicht wordt vrijgesteld om de koopsom te betalen.

De voorwaarde daarentegen verschilt, in tegenstelling tot de constitutieve en per definitie noodzakelijke elementen, van geval tot geval. De verkoop van A aan B kan onderworpen zijn aan de opschortende voorwaarde dat B tot rechter wordt benoemd te Brussel, die van C aan D aan de opschortende voorwaarde dat D tegen schappelijke voorwaarden een lening verkrijgt, die van E aan F aan de voorwaarde dat F uit de echt zal scheiden, enz.

18 Wanneer de constitutieve én per definitie noodzakelijke elementen voor een bepaald contract verenigd zijn, heeft dit contract in beginsel onmiddellijke werking. Het contract is dan immers volmaakt; al zijn constitutieve elementen zijn, bij onderstelling, aanwezig. De contractpartijen – om ons te beperken tot de meest voorkomende rechtshandeling – kunnen echter de werking van de contractuele rechten en plichten van een toekomstige en onzekere gebeurtenis (zie daarover A.) doen afhangen.

De voorwaarde kan echter duidelijk zelf niet bestaan in een constitutief element van het contract (of van de rechtshandeling): als niet alle constitutieve elementen aanwezig zijn, bestaat het contract immers nog niet, zodat er niet eens gesproken kan worden van de werking van de eruit voortvloeiende rechten en plichten. ‘La condition est une modalité de l’obligation, donc un élément accessoire à celle-ci, et on ne saurait considérer comme une condition, au sens strict du terme, un élément essentiel de l’obligation, comme le consentement des parties au contrat, qui lui donne naissance,

(*1) ‘Il y a des exigences minimum que des conditions de technique juridique imposent. La loi requiert la présence de certains éléments composants qui ne sont pas à la discrétion des parties’ (Y. HANNEQUART, ‘La condition’, in *Nov., Droit civil*, IV-2, Brussel, 1958, 347, nr. 6). O. MILHAC (*La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, (B.D.P., 286) Parijs, 2001) beoogt daarentegen dat zowel de partijen als de wetgever de geldigheidsvereisten van rechtshandelingen kunnen uitbreiden of beperken. Dit wordt door de auteur geïllustreerd door een hele reeks voorbeelden en interessante analyses. Hij slaagt er m.i. echter onvoldoende in tot een bevredigende synthese te komen, en bovendien kunnen zijn resultaten zeker niet zonder meer worden getransponeerd naar het Belgische recht.

(*2) Voor onbenoemde contracten wordt de definitie gegeven door de rechtsleer en/of door de rechtspraak.

ou un élément essentiel du contrat, comme le prix de la vente'. (*1) En een beding dat het voorwerp van de verbintenis nader omschrijft, verwijst niet naar een gebeurtenis waarvan de uitvoering of het voortbestaan van deze verbintenis afhankelijk is (*2), en kan derhalve niet worden opgevat als voorwaardelijk.

Daarom zegt men dat de voorwaarde *extern* of *extrinsiek* is ten opzichte van de rechtshandeling, waaruit de voorwaardelijke verbintenis voortvloeit. Men moet de geldigheid van de rechtshandeling kunnen bevestigen, afgezien van haar voorwaarde. De onvoorwaardelijke versie van een voorwaardelijke rechtshandeling moet nog steeds een volwaardige rechtshandeling zijn. 'La condition est un élément qui doit pouvoir être détaché de l'acte'. (*3) Een voorwaarde vooronderstelt derhalve een volmaakte rechtshandeling waaraan geen enkel constitutief of per definitie noodzakelijk element ontbreekt.

19 Zo is, in een wederkerige overeenkomst, de verbintenis van de ene partij niet de voorwaarde voor de *verbintenis* van haar wederpartij. 'Bij een [...] wederkerige overeenkomst kan het ontstaan van de verbintenis van een der partijen onmogelijk bedongen worden onder de opschortende voorwaarde van het *ontstaan* van de verbintenis van de andere partij. De wederkerigheid van de verbintenissen is hier volstrekt essentieel. De akte waarbij iemand zich verbindt zijn huis te verkopen onder de opschortende voorwaarde dat de andere partij zich verbindt tot betaling van de prijs is slechts een eenvoudig aanbod vanwege de verkoper'. (*4)

De *locus classicus* in dit verband is het cassatiearrest van 9 februari 1933. (*5) Het betrof een verkoop van bedrijfsmaterieel, waarbij onmiddellijk een deel van de koopsom werd betaald, terwijl het saldo betaalbaar was in twaalf mensualiteiten van elk 2.500 fr. De verkoopster behield zich bovendien de eigendom van de machine voor, zolang niet alle twaalf mensualiteiten waren betaald. In werkelijkheid werd enkel het voorschot betaald, en ging de koper nadien failliet, waarop de verkoopster de curator dagvaardde tot teruggave van het materieel dat zich nog in het bezit van de gefailleerde bevond. Het hof van beroep had de overeenkomst als een koop-verkoop ge-

(*1) G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit civil*. II-1, *Les obligations*, Parijs, 1962, 758, nr. 745; vgl. Ph. SIMLER: 'La condition est une modalité, c'est-à-dire un aménagement de quelque chose de préexistant' in *La nullité partielle des actes juridiques*, Parijs, 350; F. WERDEFROY, *Registratierechten*, Antwerpen, 2002, 510, nr. 559; Brussel 13 februari 2003, *T. Not.* 2003, 591.

(*2) Cass. 15 januari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 544.

(*3) L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 1938, Parijs, I, nr. 113. Ph. MALAURIE drukt één en ander mooi als volgt uit: 'La théorie de la condition prête à confusion en raison de l'amphibiologie créée par le Code civil autour de ce mot: tantôt il y voit un élément essentiel du contrat (art. 1108), tantôt une modalité de l'obligation (art. 1168 et s.). Entre les deux sens du mot, l'antinomie est radicale. Elle découle de la nature des choses et aucune technique juridique ne saurait l'effacer: autre chose est d'être essentiel à l'acte, autre chose est de n'en être qu'une manière d'être. Ce qui est essentiel ne saurait être une modalité' (noot onder Cass. fr. 22 december 1954, *D.* 1955, 714); vgl. 'Tout événement futur et incertain n'est pas susceptible de jouer le rôle de condition. Il faut encore que cet événement ne soit pas un des éléments essentiels de l'existence du contrat' (R. DEMOGUE, 'Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance', *Rev. trim. dr. civ.*, 1905, 725); Bergen 4 mei 1998, *Rec. gén. enr. not.* 2000, 146 (149).

(*4) F. WERDEFROY, *Registratierechten*, Antwerpen, 2002, 501, nr. 560.

(*5) Eerste arrest, *Pas.* 1933, I, 103, met conclusies Proc.Gen. P. LECLERCQ; Gent 20 juni 1958, *T. Not.* 1958, 215, met concl. Adv.Gen. J. MATTHIJS.

kwalificeerd, maar beschouwde deze koop-verkoop bovendien als voorwaardelijk. (*1) De verplichting om de koopsom te betalen maakt evenwel een essentieel element uit van de koop-verkoop; zonder een zodanige verplichting is er van een koop-verkoop geen sprake, maar b.v. van een ruil of schenking.

Meer in het algemeen onderstelt elke wederkerige overeenkomst, per definitie, een verbintenis van beide partijen; een verbintenis van de ene partij waartegenover geen verbintenis van de wederpartij staat, is nog geen volmaakte wederkerige overeenkomst. (*2) Correlatief kan een constitutief of per definitie noodzakelijk element van een rechtshandeling niet als voorwaarde van de uit deze rechtshandeling voortvloeiende rechten of verbintenissen fungeren.

20 Het beginsel moge eenvoudig zijn, maar de rechtspraak leert dat het onderscheid tussen een constitutief element en een voorwaarde soms delicaat is, en voor discussie vatbaar. Zo kan een onroerend goed worden verkocht onder de opschortende voorwaarde dat de hoedanigheid van eigenaar van het verkochte goed ten voordele van de verkoper door een in kracht van gewijsde gegaan vonnis zal worden bevestigd, in een geding waarbij als eiser een derde fungeert en als verweerder de verkoper. (*3) Weliswaar maakt de hoedanigheid van eigenaar, in de persoon van de verkoper, een constitutief bestanddeel van de koopovereenkomst uit (*4), zodat deze hoedanigheid normaal niet als voorwaarde kan doorgaan. Maar in dit geval was het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis, waarbij deze hoedanigheid, ten gevolge van het gezag van gewijsde, juridisch onomstootbaar zou vaststaan, als voorwaarde gesteld. En dit vonnis was extrinsiek ten aanzien van de koopovereenkomst.

(*1) 'Attendu que la convention ci-dessus rappelée apparaît comme une vente [...] sous condition suspensive; qu'en effet, une partie s'engage à céder la propriété de la machine litigieuse si le prix lui en est payé, mais en reste propriétaire avant la réalisation de cette condition, et l'autre partie s'oblige à payer le prix dans tel délai déterminé' (*Pas.* 1933, I, 104). Volgens procureur-generaal P. LECLERCQ (gecit. concl.) was de redenering van het bestreden arrest volkomen incoherent: 'Suivant le juge du fond, la condition suspensive consisterait dans l'exécution par l'acheteur de l'obligation qui lui incombait, en vertu de la vente, de payer intégralement le prix. C'est là une impossibilité.

Si, en effet, la vente est sous condition suspensive, l'acheteur n'a pas l'obligation de payer le prix, puisqu'il n'y a pas vente. La condition consisterait dans l'exécution d'une obligation qui ne peut exister. Il y a impossibilité à ce que, dans un contrat synallagmatique, l'obligation pour l'une des parties d'accomplir ses engagements soit la condition suspensive sous laquelle le contrat est passé; il n'y aura en effet jamais de contrat, puisque le contrat n'existe pas tant que l'obligation qui incombe à la partie ne sera pas exécutée et que l'obligation ne peut être exécutée tant que le contrat est en suspens'.

(*2) Zie o.m. Gent 28 maart 1968, *R.G.A.R.* 1969, 8327; Rb. Antwerpen 7 januari 1982, *R.W.* 1984-85, 678; Rb. Tongeren 28 september 1990, *Rec. gén. enr. not.* 1991, 113; Antwerpen 25 mei 1998, *A.J.T.* 1999-00, 197.

(*3) Rb. Luik 14 april 1995, *Rec. gén. enr. not.* 1996, 18, nr. 24.557. De rechterlijke uitspraak had in dit geval declaratieve werking; daarom zou men ook, m.i. ten onrechte (zie *supra*, nr. 7) kunnen argumenteren dat de 'voorwaarde' geen toekomstige gebeurtenis was.

(*4) Art. 1599 B.W.; H. DE PAGE, *o.c.*, IV, 3de uitg., Brussel, 1974, 61-65, nr. 32, c.

In dit verband kan ook een vonnis worden vermeld van de Burgerlijke Rechtbank van Brugge (*1), waarin werd beslist dat het verlijden van een notariële akte niet als opschortende voorwaarde kan fungeren. 'Een notariële akte is immers slechts vereist opdat de overeenkomst aan derden tegenwerpelijk zou zijn; tussen de partijen is de verkoop voltrokken, zodra er overeenkomst is over het goed en de prijs'. Ongetwijfeld is de verkoop tussen partijen volmaakt door hun akkoord. Maar wat belet hen de verbintenis van een partij afhankelijk te maken van een onzeker en toekomstig feit, dat niet vereist is voor de volmaaktheid van de verkoop, maar enkel voor zijn tegenwerpelijkheid aan derden? De beslissing van de Brugse rechter kan dus enkel worden goedgekeurd, als men de ondertekening van de notariële koopovereenkomst als een nevenplicht opvat van de verkoop van een onroerend goed. Dit laatste lijkt trouwens vrij plausibel: de aankoop van een onroerend goed is slechts aan iedereen tegenwerpelijk, als de notariële verkoopakte in het hypotheekkantoor wordt overgeschreven; het verlijden van deze akte kan worden opgevat als een aspect van de leveringsplicht. (*2)

21 Het bovenstaande neemt niet weg dat men het afhankelijk maken van de ene wederkerige verbintenis van het *aangaan* van de correlatieve verbintenis door de wederpartij niet mag verwarren met het geval waarin de ene contractant de *nakoming* van zijn verbintenis afhankelijk maakt van de nakoming, door zijn wederpartij, van haar correlatieve verbintenis. (*3) En wanneer de verbintenissen automatisch, uit kracht

(*1) Rb. Brugge 16 maart 1992, *Rec. gén. enr. not.* 1993, 186. Vanuit een andere optiek, kan het verlijden van de notariële verkoopakte niet fungeren als voorwaarde, wanneer de partijen overeengekomen zijn dat de verkoop pas zal ontstaan bij de ondertekening van deze akte. De partijen hebben in dit geval een subjectief vormelijk contract willen sluiten; en vóór de ondertekening van de notariële akte bestaat er nog geen overeenkomst. Vatten zij de notariële akte daarentegen enkel als bewijsmiddel op, dan zal het verlijden van de akte als opschortende tijdsbepaling fungeren (F. WERDEFROY, *Registratierechten*, Gent, 1965, nr. 561; S. BEYAERT, 'Koop onder opschortende voorwaarde', *Not. Fisc. M.* 2004, 158, nr. 10; Gent 20 juni 1958, *T. Not.* 1958, 215; Brugge 22 maart 1989, *Rec. gén. enr. not.* 1990, 336, nr. 23743. Zie hierover ook de genuanceerde analyse van O. MILHAC (*o.c.*, 299-317, nrs. 780-826), die het beding in de regel opvat als een tijdsbepaling die hetzij een volwaardige verkoop modaliseert, hetzij een eenzijdige of wederkerige verkoopbelofte (die, aldus de Franse rechtspraak en doctrine, moet onderscheiden worden van de eigenlijke verkoop, vermits ze enkel verbintenissen om iets te doen creëert).

(*2) F. DEMERE, 'Vente parfaite ou sous condition. Résolution d'une vente sous seing privé. Aspects civils et fiscaux', *Rec. gén. enr. not.* 2000, 70, nr. 3. Wanneer een der partijen, om één of andere reden, geen verder gevolg geeft aan de verkoop, en weigert de notariële akte te verlijden, is niettemin het proportionele registratierecht verschuldigd. Het verlijden van de notariële akte kan immers niet worden opgevat als een opschortende voorwaarde van de verkoop, zelfs niet indien bedongen werd dat de eigendom pas zou overgaan bij het verlijden van die notariële akte (Rb. Charleroi 20 juni 2001, *Rev. not. b.* 2003, 151, met interessante fiscale noot van L. COLLON).

(*3) F. WERDEFROY, *Registratierechten*, Antwerpen, 2002, 504, nr. 566 onderzoekt de hypothese, waarin de uitvoering van de verbintenissen door een van de contractanten fungeert als de opschortende voorwaarde van de verbintenis van de andere contractant. Deze hypothese is nogal onnauwkeurig geformuleerd, omdat geen onderscheid wordt gemaakt tussen de voorwaarde van het ontstaan van de correlatieve verbintenis en die van de nakoming van deze verbintenis.

Volgens hem moet deze zgn. voorwaarde worden gekwalificeerd als een opschortende tijdsbepaling, omdat de nakoming door de wederpartij juridisch verplicht is, en er dus geen juridische onzekerheid bestaat, al bestaat er op dit punt een geringe mate van feitelijke onzekerheid. Men herinnere zich trouwens dat de niet-uitvoeringsexceptie de *excipiens* toestaat de nakoming van zijn prestatie uit te stellen, zolang zijn wederpartij niet aanbiedt haar prestatie na te komen, en dat deze exceptie de verbintenis van de *excipiens* niet uitdooft, al kan zij onbepaald lang worden opgeworpen.

Zie ook Gent 28 maart 1968, *Rec. gén. enr. not.* 1969, 37, *R.G.A.R.* 1969, 8327; Antwerpen 25 mei 1998, *A.J.T.* 1999-2000, 197; Gent 24 oktober 2001, *T. Not.* 2002, 399.

van de wet, worden uitgevoerd, kunnen de partijen deze wettelijke uitvoering vertragen: zij bedingen dan een eigendomsvoorbehoud. (*1) Zij stellen b.v. de eigendoms-overdracht uit tot de volledige betaling van de koopsom.

Deze procédés strekken enkel tot zekerheid, maar hebben niets te maken met de voorwaarde, in de technische zin van het woord. Telkens bestaan de twee wederkerige verbintenissen, en is het wederkerig contract derhalve volmaakt. De partijen of één van hen last echter een soort van uitdrukkelijk bedongen exceptie van niet-uitvoering in. Tot zekerheid van de nakoming van de verbintenis van de andere partij, wacht de ene partij met haar prestatie: de partijen moeten 'gelijk oversteken'.

Wel kan de betaling van een geldsom, verschuldigd krachtens een eerste overeenkomst, als voorwaarde gelden voor de verbintenis om de koopsom te betalen verschuldigd krachtens een tweede overeenkomst, die verschilt van de eerste. Aldus kan de uitlener, om zich een zekerheid te verschaffen, van de lener verkrijgen dat die hem bij onderhandse akte zijn gebouw verkoopt onder de opschortende voorwaarde van niet-terugbetaling van de lening. Blijft de lener in gebreke, dan kan de uitlener diens veroordeling vorderen tot het verlijden van de notariële akte. (*2)

22 Het bovenstaande leidt er ons toe de kwalificatie van het *ontbindend beding* ter sprake te brengen. Volgens artikel 1184 B.W. is in wederkerige contracten de ontbindende voorwaarde altijd stilzwijgend begrepen, voor het geval dat een van beide partijen haar verbintenis niet nakomt. 'Dans les contrats synallagmatiques, chaque partie n'est présumée s'être engagée que sous une condition résolutoire dans le cas où l'autre partie ne satisferait point à cet engagement'. (*3)

Men is het er echter over eens dat deze zgn. ontbindende voorwaarde helemaal geen voorwaarde uitmaakt, en evenmin als een modaliteit van de wederkerige verbintenis kan worden opgevat. (*4) Net zomin als het aangaan, door de wederpartij, van de correlatieve verbintenis als opschortende voorwaarde kan fungeren voor de verbintenis van de ene contractant, kan de niet-nakoming van deze verbintenis derhalve fungeren als een ontbindende voorwaarde voor de verbintenis van de andere contractant.

Tussen het zgn. stilzwijgend ontbindend beding van artikel 1184 B.W. en de voorwaarde, in de eigenlijke zin van het woord en zoals bedoeld in de artikelen 1168 tot

(*1) Zie daarover o.m. E. DIRIX, 'Eigendomsvoorbehoud', *R.W.* 1997-98, 481-496; ook in de cassatiearresten van 9 februari 1933 (zie daarover nr. 19) ging het eigenlijk over eigendomsvoorbehoud. O. MILHAC definieert het eigendomsvoorbehoud als 'une stipulation contractuelle par laquelle l'exécution de l'obligation de paiement du prix constituerait le terme suspensif de l'obligation de transférer la propriété, stipulation qui comporterait, en outre, pour plus de sûreté, une clause résolutoire expresse en cas d'inexécution de l'obligation de paiement' (*o.c.*, 279, nr. 739).

(*2) Luik 30 april 2001, *T.B.B.R.* 2002, 406. De vraag naar de rechtsgeldigheid van een dergelijke eigendomsoverdracht tot zekerheid kwam in dit arrest niet specifiek ter sprake. Gent 28 maart 1968, *Rec. gén. enr. not.* 1969, 37, *R.G.A.R.* 1969, 8327 past deze regel m.i. niet correct toe.

(*3) Zie BIGOT-PRÉMAMENEU, geciteerd in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Parijs, 1826 (herdruk O. Zeller, Osnabrück, 1968), XIII, 244.

(*4) Zie o.m. H. DE PAGE, *o.c.*, II, uitg. 1964, 833-855, nrs. 872-900; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen-Apeldoorn, 1994, 37-42, nrs. 9-12; W. RAUWS, *Civilrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht* in *Reeks Sociaal Recht*, nr. 30, Antwerpen, 1987, 494-511.

en met 1183 B.W., bestaan overigens belangrijke verschilpunten (hoewel het stilzwijgend ontbindend beding soms een ‘wettelijke ontbindende voorwaarde van wanprestatie’ wordt genoemd). De ontbindende voorwaarde doet van rechtswege de verbintenis teniet (zie verder nrs. 207 e.v.). Zodra de toekomstige en onzekere gebeurtenis waarvan het tenietgaan van de verbintenis afhankelijk is gesteld, zich voordoet, houdt de verbintenis van rechtswege op te bestaan. Bij het stilzwijgend ontbindend beding van artikel 1184 B.W. moet de ontbinding daarentegen door de rechter worden uitgesproken. De rechter zal beoordelen of de wanprestatie voldoende ernstig is om een ontbinding van de correlatieve verbintenis, en dus het einde van de overeenkomst, uit te spreken.

Het stilzwijgend ontbindend beding ontnemt aan de schuldeiser overigens niet de mogelijkheid om aan te dringen op de uitvoering van de overeenkomst, hetzij in natura, hetzij in equivalent.

Voorts is *het stilzwijgend ontbindend beding in beginsel van toepassing op elke wederkerige overeenkomst*. In artikel 1184 B.W. is de zgn. voorwaarde steeds dezelfde, nl. de toerekenbare niet-nakoming door één van de partijen van haar verbintenis. Een echte voorwaarde kan daarentegen bestaan in de meest diverse toekomstige en onzekere gebeurtenissen.

Het stilzwijgend ontbindend beding maakt met andere woorden onmiskenbaar en onbetwistbaar een sanctie uit voor de niet-nakoming van een wederkerige overeenkomst. Deze sanctie is inherent aan alle wederkerige overeenkomsten, en is daarom geen bijkomend of accessoir element. Ze vindt haar grondslag en rechtvaardiging in het synallagmatisch verband dat tussen de wederkerige verbintenissen bestaat. De canonisten drukten deze idee reeds als volgt uit: *Frangenti fidem non est fides servanda*.

23 Naast het door artikel 1184 B.W. bedoelde stilzwijgend ontbindend beding kunnen de partijen echter ook uitdrukkelijk overeenkomen dat het contract zal worden ontbonden, zodra een van hen zijn verbintenissen niet nakomt. (*1)

Dit uitdrukkelijk ontbindend beding dat duidelijk en ondubbelzinnig moet worden geformuleerd – het vormt immers een vorm van eigenrichting –, bevat evenmin een voorwaarde als het stilzwijgend ontbindend beding. Het schakelt wel de voorafgaande controle door de rechter over de ernst van de ingeroepen wanprestatie uit. *A posteriori* blijft de rechterlijke toetsing evenwel bestaan: de rechter kan nagaan of er inderdaad wanprestatie is gepleegd. Misbruik van recht bij de uitoefening van het uitdrukkelijk ontbindend beding zal bovendien worden beteugeld.

Een en ander neemt echter niet weg dat ook het uitdrukkelijk ontbindend beding een sanctie uitmaakt, die enkel intreedt bij contractuele wanprestatie. Anderzijds behoudt de schuldeiser, ook bij het uitdrukkelijk ontbindend beding, de mogelijkheid om nakoming in natura of plaatsvervangende schadeloosstelling te vorderen.

(*1) B.v. Gent 10 januari 1994, *Rec. gén. enr. not.* 1995, 140.

De wanprestatie brengt dus niet (in tegenstelling tot een eigenlijke ontbindende voorwaarde) automatisch de ontbinding van de overeenkomst mee. Het uitdrukkelijk ontbindend beding heeft slechts uitwerking, indien de schuldeiser door een wilsuiking duidelijk maakt dat hij er zich wil op beroepen. Anders zou de foutief handelende wederpartij door haar eigen wanprestatie de overeenkomst zeer eenvoudig kunnen beëindigen. (*1)

In dit verband moge het niet ongebruikelijke beding worden vermeld, volgens welk de overeenkomst van rechtswege zal worden ontbonden bij *faillissement* van de wederpartij. Dit beding wordt door de enen als een uitdrukkelijk ontbindend beding beschouwd (*2), omdat het de eigenaar wil beschermen tegen de ongemakken van een gerechtelijke ontbindingsprocedure, en ingegeven is door de vrees van niet-nakoming. Anderen (*3) beschouwen het beding in kwestie als een ontbindende voorwaarde. De keuze voor deze of gene kwalificatie blijft niet zonder rechtsgevolgen. De schuldeiser die de ontbinding inroept krachtens een ontbindend beding, loopt het gevaar geconfronteerd te worden met de *paritas creditorum*-regel. De vervulling van de ontbindende voorwaarde na het ontstaan van de samenloop staat de schuldeiser echter wel toe om aan deze samenloop te ontsnappen wegens de retroactieve werking van de vervulde ontbindende voorwaarde. Zoals steeds, moet de bedoeling van de partijen te dezen determinerend zijn, al lijkt de voorkeur in beginsel te moeten uitgaan naar de kwalificatie als ontbindende voorwaarde.

24 Het zo-even betoogde mag echter niet doen vergeten dat de vraag of het plaatsgrijpen van een toekomstige en onzekere gebeurtenis door de partijen als ‘voorwaarde’ dan wel als het voorwerp van een plicht werd opgevat, soms moeilijk te beantwoorden valt. Men onderstelt b.v. een overeenkomst waarbij de stichter-hoofdaandeelhouder van een vennootschap zijn aandelen aan een derde cedeert, op voorwaarde dat hij tot bestuurder van de vennootschap wordt benoemd of dat zijn mandaat als bestuurder nog gedurende een zekere tijd zal worden gehandhaafd. Hoewel het meer in de rede ligt om hierin een echte verbintenis van de cessionaris te zien, zijn er zeker omstandigheden denkbaar waarin deze laatste terzake geen enkele verplichting op zich heeft genomen. In dit geval maakten de partijen de overdracht werkelijk, volledig vrijblijvend, afhankelijk van de voorwaarde dat de bestuursorganen van de vennootschap het bestuursmandaat van de cedent zouden handhaven. Als deze organen

(*1) W. RAUWS, *o.c.*, 508, en de aldaar geciteerde verwijzingen; S. STIJNS, *o.c.*, 456, nr. 329, en de aldaar geciteerde verwijzingen. De ontbinding van een verkoop krachtens een uitdrukkelijk ontbindend beding of de laattijdig (meer dan één jaar na datum) ingestelde ontbinding krachtens een stilzwijgend ontbindend beding (evenmin als de vordering tot nietigheid) geeft geen aanleiding tot teruggave van de verschuldigde registratierechten, wat de partijen vaak over het hoofd zien (art. 209 W. Reg.; L. COLLON, noot onder Rb. Charleroi 20 juni 2001, *Rev. not. b.* 2003, 174, nr. 37).

(*2) A. CLOQUET, *Les concordats et la faillite*, in *Nov., Droit comm.*, IV, Brussel, 1985, nr. 1463; M.-Cl. ERNOTTE, ‘Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite – condition résolutoire ou pacte commissaire exprès’, in *Ann. dr. Liège*, 1988, 176-178 en 180-182.

(*3) A. VERBEKE en I. VERVOORT, ‘Contracten onder voorwaarde’, in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten Kanscontracten*, Schoten, 2004, 166 e.v., nrs. 15-18; Luik 24 september 1986, *Ann. dr. Liège*, 1988, 168; Kh. Charleroi 19 maart 1996, *Rev. not. b.* 1996, 279.

dit niet doen, dan heeft de overdracht gewoon niet plaats (resp. wordt hij teruggeschroefd), zonder dat van enige contractuele aansprakelijkheid sprake is. (*1)

Anderzijds wordt het beding in een verkoopovereenkomst van een onroerend goed, waarbij de verkoper het goed verkoopt ‘voor vrij en onbelast van voorrechten, hypotheken en andere lasten’ meestal aldus geïnterpreteerd dat er eventueel wel lasten op het goed wegen, maar dat de verkoper zich verbindt om het goed hiervan te zuiveren ten laatste tegen de levering. (*2)

25 Vooruitlopend op hetgeen later nader zal worden toegelicht, hebben zowel de eigenlijke ontbindende voorwaarde als het stilzwijgend en uitdrukkelijk ontbindend beding dit gemeenschappelijk dat de vervulling van de voorwaarde, resp. de ontbinding terugwerkende kracht heeft.

Volgens DE PAGE (*3) gaat deze terugwerkende kracht echter minder ver bij een eigenlijke voorwaarde dan bij een ontbindend beding. In het eerste geval dient de ontbinding enkel om de rechten van de voorwaardelijke schuldeiser veilig te stellen, voor het geval de voorwaarde in vervulling zou gaan. Zo worden de daden van beheer, verricht door de voorwaardelijke schuldenaar, behouden.

Een ontbindend beding maakt daarentegen, zoals betoogd, een sanctie uit. Bij wanprestatie – het enige geval waarin dit beding uitwerking heeft – moet de foutieve schuldenaar dan ook de gevolgen van de retroactiviteit dragen. De door hem toegekende verhuringen zouden b.v. komen te vervallen.

26 Men kan nog andere voorbeelden geven waarin een constitutief of per definitie noodzakelijk element van een rechtshandeling soms, ten onrechte, een voorwaarde van deze rechtshandeling wordt genoemd.

Men denke aan *de verkoop van een toekomstig goed*. (*4) Betreft het een individueel bepaald goed, dan is er voor de totstandkoming van de verkoop vereist dat het goed bestaat op het tijdstip waarop de koop wordt gesloten. Is dit goed intussen, buiten het weten van de partijen om, tenietgegaan, dan is de verkoop relatief nietig, zowel wegens gebrek aan voorwerp als wegens gebrek aan oorzaak (art. 1601 B.W.). De risicoregeling inzake wederkerige overeenkomsten is niet van toepassing; wel de teruggaveplicht, volgend op de vernietiging. De koper draagt dus niet het risico van het tenietgaan van het goed: de verkoper moet niet leveren, maar de koper moet de koopsom niet betalen.

(*1) Vgl. O. MILHAC, *o.c.*, 263-267, nrs. 705-717. Het gegeven voorbeeld is ook nog in dit opzicht interessant: indien men met een voorwaarde te maken heeft, zou de vraag gesteld kunnen worden of die niet louter potestatief is, wanneer de cessionaris de vennootschap in feite beheerst.

(*2) S. BEYAERT, ‘Koop onder opschortende voorwaarde’, *Not. Fisc. M.* 2004, 167, nr. 32.

(*3) H. DE PAGE, *o.c.*, II, uitg. 1964, nr. 834.

(*4) Zie daarover H. DE PAGE, *o.c.*, IV, 111-118, nrs. 78-84; B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, X-2, *Bijzondere overeenkomsten. A. De verkoop*, Antwerpen, 2001, 338-348, nrs. 866-888; J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, II, *Les obligations. Le contrat: formation*, Parijs, 1988, 615-618, nrs. 533-539.

Heeft de verkoop een soortzaak tot voorwerp, dan is er in beginsel een rechtsgeldige verkoop, tenzij het, op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst, reeds onmogelijk is om exemplaren van deze soortzaak te vinden of te produceren (art. 1130, eerste lid B.W.). Men (*1) drukt dit onnauwkeurig als volgt uit dat de verkoop van een toekomstig goed afhankelijk is van de voorwaarde dat het toekomstig goed totstandkomt. Kan de verkoper het toekomstig goed niet leveren, dan maakt hij zich schuldig aan contractuele wanprestatie.

De situatie is echter anders, als de koper niet zozeer de toekomstige zaak zelf koopt (*emptio rei speratae*), maar de waarschijnlijkheid dat ze totstandkomt (*emptio spei*). De verkoop heeft dan duidelijk een aleatoir karakter, en de koper moet steeds betalen, ook als de toekomstige zaak – b.v. de opbrengst van een visvangst – niet totstandkomt.

27 Zo ook is de verkoop waarbij de bepaling van de koopsom aan een derde wordt overgelaten (art. 1592 B.W.) geen voorwaardelijke verkoop. Zolang de derde de koopprijs niet heeft bepaald, bestaat er nog geen verkoop. De prijsbepaling door de derde kan echter niet worden opgevat als een voorwaarde, want pas door deze prijsbepaling ontstaat een rechtsgeldige overeenkomst. (*2)

Uiteraard is er ook geen verkoop, indien de toestemming van een van de partijen ontbreekt. Wanneer iemand een bestelbon ondertekent ‘onder voorbehoud tot januari 1976’ heeft de aspirant-koper zich helemaal niet verbonden. De Burgerlijke Rechtbank (*3) te Brussel zag hierin een verkoop onder louter potestatieve voorwaarde van de koper, en vernietigde de overeenkomst. Het was correcter om te spreken van een onvolmaakte rechtshandeling, een embryo dat nooit het licht zag.

Evenzeer is de ‘voorwaardelijke toewijzing’, bij de veiling van een onroerend goed in aanwezigheid van slechts enige mede-eigenaars, in werkelijkheid slechts een voorlopige toewijzing. Voor de geldigheid van de toewijzing zijn nog de goedkeuring en de instemming van de niet-aanwezige mede-eigenaars vereist. De toewijzing is slechts de authentieke vaststelling van het resultaat van het opbod. (*4) Er is derhalve nog geen rechtsgeldige koop-verkoop, en niets belet de mede-eigenaars in onverdeeldeid het goed aan één van hen te verkopen.

Artikel 1178 B.W. (zie daarover verder, nr. 154) is terzake niet van toepassing. (*5) De ondertekening van het proces-verbaal van toewijzing door de aanwezige deelge-

(*1) B. TILLEMANS, *o.c.*, 347, nr. 888.

(*2) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 154; vgl. Rb. Antwerpen 7 januari 1982, *R.W.* 1984-85, 678.

(*3) Kh. Brussel 26 maart 1979, *R.W.* 1980-81, 935; zie ook: o.m. Antwerpen 5 januari 1993, *T.B.B.R.* 1994, 242, met noot I. DURANT, ‘La vente conclue par l’entremise d’un mandataire sous réserve de l’accord du propriétaire’; vgl. Rb. Leuven 26 mei 1961, *R.W.* 1961-62, 650. Als de verkoper echter de door bemiddeling van de makelaar gesloten ontwerp-verkoopovereenkomst ratificeert, neemt men aan dat deze ratificatie terugwerkende kracht heeft (H. DE PAGE, *o.c.*, V, uitg. 1975, nr. 446; F. WERDEFROY, *Registratierechten*, Antwerpen, 2002, 502, nr. 563).

(*4) H. DE PAGE, *o.c.*, II (uitg. 1964), 523, nr. 531ter.

(*5) Luik 13 juni 1946, *R.W.* 1946-47, 367; vgl. Antwerpen 4 april 1984, *R.W.* 1985-86, 1082, *T. Not.* 1986, 86; F. WERDEFROY, *Registratierechten*, Antwerpen, 2002, 502, nr. 562.

noten heeft echter wel tot gevolg dat diegene aan wie het goed voorlopig wordt toegewezen, aan zijn bod gebonden is indien er op een eventuele tweede zitdag geen hoger bod komt.

28 Bij een alternatieve verbintenis is de uitoefening van het keuzerecht geen voorwaarde waarvan de verbintenis van de schuldenaar afhangt. De schuldenaar is onmiddellijk en actueel verbonden. Maar de prestatie waartoe hij gehouden zal zijn, hangt af van de keuze van de keuzegerechtigde. Door die keuze wordt de verbintenis enkelvoudig, en wordt haar voorwerp ‘geconcentreerd’ op het door de keuzegerechtigde gekozen voorwerp. (*1) Dit geldt trouwens, per definitie, voor alle alternatieve verbintenissen; het keuzerecht is inherent verbonden aan dit type verbintenis.

29 Om dezelfde reden is de borgtocht geen voorwaardelijke rechtshandeling. Volgens artikel 2011 B.W. verbindt de borg zich weliswaar jegens de schuldeiser, *indien* de schuldenaar niet zelf aan de verbintenis voldoet. Maar de gehoudenheid van de borg hangt, per definitie, krachtens de structuur zelf van de borgtocht, af van de niet-betaling door de hoofdschuldenaar. Een overeenkomst waarbij de garant zich onvoorwaardelijk verbindt om de schuld van de hoofdschuldenaar te voldoen, los van elke exceptie gehaald uit de verhouding hoofdschuldenaar-schuldeiser, is geen borgtocht meer, maar b.v. een autonome garantie.

Het zgn. voorwaardelijke karakter van de borgverbintenis valt in werkelijkheid samen met haar subsidiariteit, die de borgtocht structureel kenmerkt. ‘La formule “si le débiteur ne paye pas lui-même” ressemble à une condition suspensive, mais ne fait que souligner l’aspect subsidiaire de l’engagement’.*2)

Ook de borgtocht voor toekomstige schulden is geen voorwaardelijke rechtshandeling. (*3) Bij een borgtocht voor een toekomstige schuld(en) is de verbintenis van de borg pas volledig, wanneer de toekomstige schuld ontstaat. Pas dan krijgt de borgverbintenis een effectief voorwerp. Zodra deze toekomstige schuld actueel wordt, is de borgverbintenis volledig, en zijn alle constitutieve elementen van de borgtocht aanwezig. Bij het sluiten van de borgtocht is de rechtshandeling dus nog niet voltoekt.

30 Evenmin is het verzekeringscontract voorwaardelijk, ofschoon de verzekeraar slechts gehouden is, indien zich een toekomstig en onzeker feit voordoet. Het verzekeringscontract is een onvoorwaardelijk contract, waarvan de economie echter de verzekeraar enkel tot uitkering verplicht, indien het verzekerde voorval (schadegeval, voortijdig overlijden, het bereiken van een bepaalde leeftijd) zich voordoet. ‘C’est un

(*1) Vgl. Cass. 22 februari 1972, *Arr. Cass.* 1972, 582, *Pas.* 1972, I, 578.

(*2) Ph. DELEBECQUE, *Rép. Dall., Dr. civ.*, v° cautionnement, nr. 30.

(*3) Over de rechtsgeldigheid van een zodanige borgtocht, zie H. DE PAGE, *o.c.*, VI, nr. 855; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in A.P.R.*, Antwerpen, 1999, nrs. 186 en 191.

contrat aléatoire précisément parce qu'il est de son essence qu'une des prestations dépend d'un aléa. Et c'est cet aléa qui constitue la cause de l'autre prestation'. (*1)

2. Het eventueel recht

31 Een recht hangt soms af van een constitutief element dat de rechtshandeling vervolmaakt en volledig maakt, terwijl een van de partijen er recht op heeft dat dit voorsnog ontbrekend constitutief element zich voordoet. Men zegt dan dat de gerechtigde over een eventueel recht beschikt; het nog ontbrekende constitutief element wordt een eventualiteit genoemd.

Zoals DE PAGE (*2) het zeer duidelijk uitdrukt: '[Le droit éventuel] diffère du droit conditionnel en ce sens que son sort dépend d'un événement sans lequel son existence serait inconcevable. L'événement ne se superpose pas au droit, comme la condition, mais constitue un de ses éléments intrinsèques, essentiels. Le droit ne devient actuel, ne sort ses effets que lorsque cet événement est acquis. Avant ce moment, il n'existe qu'à l'état virtuel, éventuel, quoique toutes les bases juridiques qui le constitueront soient déjà arrêtés dans l'acte'.

32 De categorie van het eventueel recht werd door ons Hof van Cassatie erkend in een arrest van 28 maart 1957. (*3)

Het betrof *in casu* het statuut van de tantièmes die de erfgenamen van een vennootschapsbestuurder ontvingen als vergoeding voor het door hun rechtsvoorganger uitgeoefende mandaat. Statutair was bepaald dat de bestuurder vergoed

(*1) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 154; Gent 3 maart 1932, *Pas.* 1932, II, 144; vgl. Gent 17 december 1968, *R.W.* 1968-69, 1245, en H. DE PAGE, *o.c.*, V, uitg. 1975, 278, nr. 291.

(*2) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 171; vgl. W. VAN GERVEN, *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, I, *Algemeen Deel*, Antwerpen-Utrecht, 1969, 105, nr. 37. De notie van het eventueel recht werd voor het eerst besproken door R. DEMOGUE, 'Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance', *Rev. trim. dr. civ.*, 1905, 723 e.v., 1906, 231 e.v. en verder uitgewerkt door J. M. VERDIER, *Les droits éventuels*, Parijs, 1955, wiens gedachten goed worden samengevat in Y. HANNEQUART, 'La Condition', *Nov. Dr. civ.*, IV-2, nrs. 1-14 en 37-53.

G. MARTY en P. RAYNAUD, *Dr. civ.*, I, *Introduction générale à l'étude du droit*, Parijs, 1972, 2e uitg., 298, nr. 165 definiëren: 'Le droit éventuel est un droit encore imparfait, en formation et qui ne réunit pas toutes les composantes nécessaires à son existence, sa perfection même dépendant d'éléments non seulement futurs mais incertains'. M. DEVOS geeft de volgende definitie van het eventueel recht: 'Is de toekomstige en onzekere gebeurtenis een essentieel of constitutief bestanddeel van de overeenkomst of rechtshandeling, zonder hetwelk het bestaan van het recht ondenkbaar is, dan is er geen sprake van een voorwaarde. De gebeurtenis is dan immers een intrinsiek onderdeel van het recht, zodat het recht niet bestaat en louter eventueel blijft, zolang de gebeurtenis niet vervuld is. Slechts bij verwezenlijking van de gebeurtenis ontstaat het eigenlijk recht, zonder retroactiviteit' (*Loon naar Belgisch arbeidsvereenkomstenrecht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2001, 914-915, nr. 573).

(*3) *Pas.* 1957, I, 914 e.v., met concl. van W. GANSHOF van der MEERSCH.

Ook in een arrest van 14 oktober 1954 (*Arr. Cass.* 1955, 74, *Pas.* 1955, I, 119; voor het geheel van deze problematiek, zie R. KRUIJTHOF, 'Le régime juridique des travaux réalisés par le preneur dans le fonds loué', *R.C.J.B.* 1966, 55-766) is reeds sprake van een eventueel (de Nederlandstalige versie van het arrest heeft het over een 'gebeurlijk') recht in verband met het recht van de huurder om, krachtens het huurcontract, een vergoeding te verkrijgen voor de aan het gehuurde goed aangebrachte verbouwingen. Dit recht ontstaat echter pas op het einde van het huurcontract, voorzover de verbeteringen effectief zijn aangebracht en intussen niet zijn verwijderd en voorzover de verhuurder hun sloping niet eist. Beide gebeurtenissen zijn essentieel voor het recht van de huurder op vergoeding, en kunnen niet als voorwaarde voor dit recht doorgaan.

zou worden via een percentage van de uitgekeerde winst. De bestuurder had in dat geval slechts recht op het hem toegekende percentage, indien de algemene vergadering van de aandeelhouders het bestaan van winsten bevestigde én bovendien besliste dat deze winsten geheel of gedeeltelijk zouden worden uitgekeerd. ‘Ce droit qu’a [...] l’administrateur [...] est, dans le cas où il est stipulé qu’il est rémunéré par un pourcentage sur les bénéfices distribués, le droit de ne pas être privé de tantièmes, à la condition qu’il existe des bénéfices et dans l’éventualité où l’assemblée générale en décide la distribution’. (*1) In werkelijkheid hing het recht op tantièmes van de bestuurder in onderhavig geval zowel van een voorwaarde af – het bestaan van een reële nettowinst – als van een eventualiteit – de beslissing van de algemene vergadering over de bestemming van deze winst.

In de conclusie voor dit arrest betoogde toenmalig advocaat-generaal W. GANSHOF VAN DER MEERSCH: ‘Le droit éventuel est un droit encore imparfait, en formation et qui ne réunit pas toutes les composantes nécessaires à son existence... Le droit éventuel se décompose en deux éléments. Il comprend un droit qui précède le droit de créance. Avant la naissance de ce droit de créance existe un droit présent, distinct de ce dernier, un droit à ce droit de créance, si celui-ci vient à naître’. (*2) Het eventueel recht is een *juridisch beschermde verwachting*.

Men merke op dat de definitie van DE PAGE en die van GANSHOF VAN DER MEERSCH niet samenvallen. Volgens de eerste definitie – die van DE PAGE – is een verkoop, waarbij de verbintenis van de verkoper afhankelijk wordt gesteld van het aangaan door de koper van de verbintenis om de koopsom te betalen, een onvolmaakte koop. De verkoper heeft slechts een eventueel recht op de koopsom, zolang de koper zich niet heeft verbonden om de koopsom te betalen. Volgens de tweede definitie – die van GANSHOF – beschikt de verkoper eerst dan over een eventueel recht op de koopsom, wanneer zijn hoop om de koopsom te verkrijgen, enigermate juridisch beschermd wordt, in die zin dat de weigering van de koper om zich effectief te verbinden tot sancties kan leiden ten voordele van de verkoper (of indien de weigering van de verkoper om tot de verkoop over te gaan, tot sancties kan leiden ten voordele van de koper). Daarom lijkt de tweede definitie me verkieslijker; de eerste omvat immers ook verwachtingen die geen enkele juridische betekenis hebben.

Van een eventueel recht is bij uitstek sprake, wanneer de rechtshandeling slechts geleidelijk totstandkomt en het een zekere tijd duurt vooraleer al haar constitutieve bestanddelen verenigd zijn, terwijl men toch, in afwachting van de vervolmaking van de rechtshandeling, aan de partij(en) een zekere rechtsbescherming wil verlenen. (*3)

(*1) Conclusies GANSHOF VAN DER MEERSCH voor dit arrest, *Pas.* 1957, I, 918, kol. 2. *Vgl.* Cass. 1 december 1960, *Arr. Cass.* 1961, 304; 16 januari 1964, *R.W.* 1964-65, 473; 18 juni 1970, *Arr. Cass.* 1970, 981; Rb. Brussel 13 mei 1948, *J.T.* 1949, 204.

(*2) *Gecit. concl.*, *Pas.* 1957, I, 920, kol. 2.

(*3) *Vgl.* O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux* (*B.D.P.*, nr. 286), Parijs, 2001, 86-90, nrs. 244-253.

33 Enigszins vooruitlopend op het verdere betoog, kan nu reeds worden gesteld dat het regime van het eventueel recht niet samenvalt met dat van het voorwaardelijk recht.

Net als een voorwaardelijk gerechtigde, kan de eventueel gerechtigde bewarende maatregelen treffen (art. 1180 B.W.), tot behoud van zijn verwacht recht. Hij kan zijn recht ook aan anderen overdragen, zowel onder de levenden als voor de tijd dat hij er niet meer zal zijn; het is immers een werkelijk recht, en dus meer dan een loutere verwachting. Zo beschikt de optiehouder (zie daarover verder, nrs. 34-35) over bepaalde rechten (*1), wanneer de optieverlener het goed vervreemdt aan een derde tijdens de optietermijn. Wel moet worden opgemerkt dat optie- en voorkeurrechten vaak uit aanzien des persoons van de optiehouder worden toegekend.

Terwijl het voorwaardelijk recht, bij de vervulling van de voorwaarde, zijn gevolgen met terugwerkende kracht afwerpt, heeft het van de eventuele gebeurtenis afhankelijk recht pas gevolgen vanaf het ogenblik dat het recht volwaardig wordt. Immers pas dan wordt de rechtshandeling volledig. (*2)

Volgens zekere rechtsleer (*3) zou tussen het voorwaardelijk en eventueel recht ook een verschil bestaan nopens de toepasselijkheid van artikel 1178 B.W. (zie daarover verder, nr. 154). Wie op een foutieve wijze verhindert dat een eventueel recht volwaardig wordt, is tot schadeloosstelling gehouden. Hij heeft immers het recht van de houder van het eventueel recht op de verwerving van het toekomstig recht gekrenkt. Artikel 1178 B.W. vermijdt anderzijds dat schade intreedt door de voorwaarde als vervuld te beschouwen, terwijl het aansprakelijkheidsrecht de geleden schade herstelt. Dit onderscheid gaat weliswaar in vele gevallen op, maar kan toch niet tot algemene regel worden verheven. Bovendien kan ook de krenking van een belang tot schadeloosstelling aanleiding geven.

34 Zoals reeds aangegeven, vindt men een sprekend voorbeeld van een eventueel recht in de *contractbelofte* en, meer algemeen (*4), in het voorcontract.

Een contractbelofte is immers een overeenkomst – en geen eenzijdige rechtshandeling – waarbij een persoon zich jegens een andere verbindt om met hem, volgens zijn goeddunken, in de toekomst een overeenkomst te sluiten, waarvan de inhoud althans in hoofdzaak voldoende bepaald of bepaalbaar is. De contractbelofte creëert derhalve in het vermogen van de belover of optiegever een definitieve verbintenis met betrekking tot een later te sluiten overeenkomst, volgens het goedvinden van de be-

(*1) B. TILLEMANS, *o.c.*, 276-279.

(*2) Men denke b.v. aan de verkoop *ad gustum* (art. 1587 B.W.), die, voor zijn totstandkoming, vereist dat de koopwaar wordt geproefd door de aspirant-koper. Wanneer dit proeven heeft plaatsgehad, kan de verkoop totstandkomen, maar zonder terugwerkende kracht (J. GHESTIN en B. DESCHÉ, *La vente*, Parijs, 1990, 632); H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, Ussel (Frankrijk), 1922, 80, nr. 89.

(*3) M. DE VOS, *o.c.*, 924-925, nr. 579 en 941-944, nrs. 593-595.

(*4) Zie daarover o.m. H. DE PAGE, *o.c.*, II (1962), nrs. 504-513 en IV (1972), nrs. 240-247bis; B. TILLEMANS, *o.c.*, 207-270, nrs. 512-706; ASSER-HARTKAMP, *Verbintenissenrecht*, II, *Algemene Leer der Overeenkomsten volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, 2001, nr. 74.

gunstigde van de belofte, de optiehouder, die over een juridisch beschermd recht beschikt op het totstandkomen van de definitieve overeenkomst. Het is een eenzijdig contract dat enkel verbintenissen creëert voor de optiegever, en dat het sluiten van een latere overeenkomst voorbereidt; daarom is het een voorcontract. Het sluiten van de definitieve overeenkomst mag echter geenszins worden opgevat als de voorwaarde waarvan de verbintenis van de optieverlener afhankelijk is. (*1)

35 Frequent is de situatie waarbij een aspirant-verkoper er zich, gedurende een bepaalde tijdsspanne, toe verbindt aan zijn medecontractant, de aspirant-koper, een bepaald goed tegen een bepaalde prijs te verkopen, wanneer zulks laatstgenoemde goed zou uitkomen. De belover verleent dan aan zijn wederpartij een aankoopoptie. De verbintenis van de belover is actueel; maar ze is onvoldoende voor het geldig bestaan van een koop-verkoopovereenkomst. Voor de geldigheid daarvan ontbreekt nog de toestemming van de optiehouder.

De verkoopbelofte is echter niet steeds een eenzijdige overeenkomst; vaak wordt ze slechts verleend mits betaling, door de optiehouder, van een onbeschikbaarheidspremie, ten einde de optiegever te vergoeden voor het feit dat hij het goed, zolang de optie loopt, niet aan derden kan verkopen. (*2)

Maar ook de aspirant-koper kan er zich toe verbinden een goed van de aspirant-verkoper tegen een voorafbetaalde prijs aan te kopen, wanneer laatstgenoemde daarmee akkoord zal gaan, in welk geval de belover aan zijn wederpartij een verkoopoptie verleent. (*3)

36 Ook het verlenen van een voorkeurrecht moet hier worden vermeld. Dit ontstaat wanneer de ene partij zich ertoe verbindt, indien zijzelf in de toekomst zou besluiten om een bepaalde overeenkomst aan te gaan, de wederpartij, vóór anderen, in de gelegenheid te stellen tot die overeenkomst toe te treden. (*4)

(*1) H. DE PAGE, *o.c.*, II, nr. 507, C; B. TILLEMANN, *o.c.*, 212, nr. 525; Rb. Dendermonde 4 december 1931, *Pas.* 1933, III, 19. Sommige rechters maken nochtans de verwarring, zie o.m. Gent 25 april 1974, *R.W.* 1974-75, 426 (428); Bergen 30 september 1975, *Pas.* 1976, II, 106 (108, kol. 1, dat echter op het verkeerde been gezet wordt door H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 155bis,bl).

(*2) Wanneer het bedrag van de onbeschikbaarheidspremie echter de koopsom benadert, heeft men wellicht te maken met een wederkerige verkoop- en aankoopbelofte (J. GHESTIN en B. DESCHÉ, *La vente*, Parijs, 168, nr. 154).

(*3) Voor het onderscheid tussen een koopbelofte en een koopovereenkomst, zie o.m. Cass. 16 maart 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 823 (829).

Men kan deze aankoop- of verkoopbeloftes naar gelang van de omstandigheden, ook als een eenvoudig aanbod om te kopen, resp. om te verkopen opvatten (B. TILLEMANN, *o.c.*, 211, nrs. 521-524; J. HERBOTS en C. PAUWELS, 'Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten', *T.P.R.* 1989, 1063-1065, nr. 20; R. KRUITHOF e.a., 'Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht', *T.P.R.* 1994, 299-300, nr. 88). De rechtsgevolgen zijn niet dezelfde: een aanbod tot aankoop moet gedurende een redelijke termijn open gehouden worden (zie o.m. Rb. Antwerpen 13 oktober 1986, *R.W.* 1986-87, 2241; Gent 20 oktober 1995, *T.G.R.* 1996, nr. 61/96, 82); een verleende optie bindt de optiegever in beginsel gedurende tien jaar.

(*4) Zie hierover B. TILLEMANN, *o.c.*, 271-304, nrs. 707-775; ASSER-HARTKAMP, IV-2, *o.c.*, nr. 75,d; Kh. Brussel 25 januari 1957, *Jur. Comm. Brux.* 1957, 101; Cass. 30 januari 1965, *R.C.J.B.* 1966, 77, met noot J.DABIN, 'De la sanction de la violation d'un pacte de préférence', 81-97; Gent 25 april 1974, *R.W.* 1974-75, 426; toekenning van een voorkeurrecht, afhankelijk van de voorwaarde om dit uit te oefenen binnen een bepaalde termijn.

Het voorkeurrecht neemt *in concreto* vaak de vorm aan van een voorkooprecht: de eigenaar van een huis verleent aan iemand – de zittende huurder b.v. – het recht om, bij een eventuele verkoop, dit huis te kopen tegen een bepaalde prijs of voor de prijs die een derde bereid is te betalen. (*1)

37 Wie aan een ander een eventueel recht heeft verleend – de optiegever of de schuldenaar van een voorkeurrecht – kan niettemin op voorwaardelijke wijze beschikken over het goed dat het voorwerp van de optie of van het voorkeurrecht uitmaakt. Als A b.v. aan B een voorkooprecht heeft verleend met betrekking tot een zeer kostbaar juweel, kan A ditzelfde juweel verkopen aan C, op voorwaarde dat B zijn voorkooprecht niet uitoefent. B beschikt dan over een eventueel recht dat nog verre van volmaakt is, maar toch juridisch wordt beschermd. (*2) A schendt dit eventueel recht van B niet, als hij het goed verkoopt aan C, indien zich een toekomstige en onzekere gebeurtenis – B maakt geen gebruik van zijn voorkooprecht - voordoet. De rechtshandeling A – C is geldig, maar voorwaardelijk: ze heeft geen uitwerking, zolang onzekerheid bestaat over de reactie van de begunstigde van het voorkooprecht.

Anderzijds kan B zijn eventueel recht aan D overdragen.

38 Men denke voorts aan een kredietopening, die een bank ertoe verplicht haar wederpartij geld in leen te verstrekken, zodra deze laatste verklaart deze gelden in leen te willen ontvangen. (*3) Of aan een werkgever die, teneinde te voorkomen dat zijn bedrijf stagneert indien vaste arbeiders plotseling verhinderd zouden zijn om te werken, met niet in dienst zijnd personeel een overeenkomst sluit, dat er zich toe verplicht telkens tegen loon te komen werken, als de werkgever daaraan behoefte heeft, en dus instemt met hun tewerkstelling. (*4)

39 Ook bij een borgtocht voor toekomstige schulden worden de rechten van de schuldeiser toch in een bepaalde mate juridisch beschermd. De borg kan op zijn gegeven woord niet meer terugkomen, ook niet in de periode waarin de te waarborgen schuld nog niet is ontstaan. De schuldeiser heeft er, van bij het aangaan van de borgtocht, recht op dat deze toekomstige schulden, zodra ze effectief ontstaan, daadwer-

(*1) J. BYTTEBIER maakt het volgende onderscheid tussen het voorkoop- en het voorkeurrecht. De begunstigde van een voorkooprecht heeft de mogelijkheid om bij voorrang een bepaald goed aan te kopen tegen dezelfde voorwaarden waaronder een kandidaat-koper zich van te voren voorwaardelijk heeft verbonden. Dit impliceert dat de verkoopvoorwaarden vooraf onherroepelijk zijn vastgelegd en dat de houder van het voorkooprecht hieraan niets meer kan wijzigen. Hij aanvaardt of hij aanvaardt niet. In tegenstelling tot het voorkooprecht houdt het voorkeurrecht enkel in dat de begunstigde de eerste kans moet krijgen om bij een eventuele verkoop hetzij een bod te doen, hetzij in te gaan op het voorstel van de verkoper ('Het conventioneel voorkeur- en voorkooprecht in de notariële praktijk', in *Facetten Ondernemingsrecht. Liber amicorum Frans Bouckaert*, Leuven, 2000, 120-121). Meestal beschouwt men het voorkooprecht echter als een speciaal geval van het voorkeurrecht.

(*2) Over deze bescherming, zie B. TILLEMANS, *o.c.*, 276-279.

(*3) Voor meer details, zie o.m. H. BRAECKMANS, 'Kredietverrichtingen' in W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht*, deel I, *Ondernemingsrecht*, vol. B, Brussel 1989, 581, nr. 635.

(*4) ASSER-HARTKAMP, IV-2, *o.c.*, nr. 75a.

kelijk door de borg zullen worden gewaarborgd, zonder dat deze daartoe enige hernieuwde toestemming moet geven.

3. Wettelijke voorwaarde

40 De voorwaarde maakt de werking van een op zich volmaakte rechtshandeling afhankelijk van een toekomstige gebeurtenis; ze verschilt echter van geval tot geval. Krachtens de wet zijn er echter nog rechtshandelingen die slechts uitwerking krijgen, wanneer zich sommige toekomstige en onzekere gebeurtenissen voordoen. Deze toekomstige gebeurtenissen zijn bij wet bepaald, en zijn onveranderd vereist voor elke rechtshandeling van het bedoelde type. Deze wettelijk vereiste feiten of gebeurtenissen betreffen de uitvoering van de rechtshandeling. Zoals een voorwaarde, schorten ze de werking van een volmaakte rechtshandeling op; maar anders dan een voorwaarde verschillen ze niet van geval tot geval.

De vraag kan worden gesteld of deze toekomstige feiten waarvan de werking van een volmaakte rechtshandeling afhangt als constitutieve bestanddelen ervan, en dus bepalend voor hun geldigheid, moeten worden beschouwd, of als voorwaarden, in de zin van de artikelen 1168 e.v. B.W. Anders uitgedrukt: is de rechtshandeling van een bepaald type reeds volmaakt, indien ze, krachtens de wet, nog niet kan worden uitgevoerd, of behoren de bijkomende gebeurtenissen die de wet voor haar effectiviteit vereist, tot haar constitutieve elementen? Artikel 1168 B.W. geeft in elk geval de indruk dat de thans bedoelde effectiviteitsvereisten geen eigenlijke voorwaarden zijn. Een verbintenis wordt er immers voorwaardelijk genoemd, wanneer ‘men’ deze doet afhangen van een toekomstige en onzekere gebeurtenis. Aangezien artikel 1168 B.W. deel uitmaakt van titel III, die handelt over contracten en verbintenissen uit overeenkomst in het algemeen, lijkt dit ‘men’ enkel te kunnen verwijzen naar de contractpartijen. (*1)

De terughoudendheid om deze wettelijke effectiviteitsvereisten als ‘voorwaarden’ te beschouwen hangt ongetwijfeld samen met de exclusief conventionele oorsprong die de doctrine aan de voorwaarde van de artikelen 1168 e.v. B.W. toekent (zie daarover verder, nr. 124).

Normalerwijze moet het verschil tussen geldigheids- en effectiviteitsvereisten rechtsgevolgen hebben. Ontbreken de eerste, dan is de rechtshandeling niet geldig totstandgekomen, en dan zijn de partijen nog niet definitief gebonden; wel kan er eventueel sprake zijn van een voorcontract. Ontbreken de tweede, dan kunnen de partijen niet meer terug, ofschoon de wet nog bijkomende criteria hanteert voor hun effectieve verbondenheid. Helaas is het moeilijk om de geldigheidsvereisten duidelijk

(*1) H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, Ussel (Frankrijk), 1922, 37, nr. 32; zie ook verder, nr. 124

te onderscheiden van de effectiviteitsvereisten, tenzij men natuurlijk de geldigheidsvereisten, puur tautologisch, door hun rechtsgevolgen zou definiëren, en met name als de vereisten voor de geldigheid van de rechtshandeling. (*1)

Wel zou men een differentiatie kunnen aanbrenge, naargelang *het belang* dat de wetgever hecht aan de bijkomende criteria voor de werking van de rechtshandeling. (*2) Anderzijds wordt een eigenlijke voorwaarde ingelast in het belang van één of van beide partijen – daarom trouwens verschilt ze van geval tot geval –, terwijl de thans beoogde effectiviteitsvereisten eerder worden ingelast in het *algemeen belang*. (*3)

Laten we deze eerder abstracte uiteenzetting echter vooreerst verduidelijken door enige sprekende voorbeelden.

41 Zo wordt een voorhuwelijks huwelijkscontract (*4) gesloten onder de voorwaarde '*si nuptiae sequantur*'. (*5)

Het is echter onnauwkeurig en niet correct om de huwelijksluiting op te vatten als de opschortende voorwaarde, waarvan de werking van het huwelijkscontract afhangt. Men kan zich immers geen voorhuwelijks huwelijkscontract voorstellen, zonder een daaropvolgend (of voortdurend) huwelijk. Artikel 1391 B.W. bepaalt overigens dat het huwelijksvermogensstelsel begint te werken vanaf de voltrekking van het huwelijk, en dus niet vanaf de sluiting van het huwelijkscontract. Het voorhuwelijks huwelijkscontract bevat een regeling die, vooraf en anticipatief, wordt uitgewerkt om een toekomstige toestand te regelen, namelijk de patrimoniale verhoudingen tussen de echtgenoten en het lot van hun goederen vanaf het huwelijk.

Dit belet overigens niet dat de partijen aan bepaalde bedingen van het huwelijkscontract een onmiddellijke werking kunnen verlenen: men denke aan in het huwelijkscontract vervatte schenkingen van tegenwoordige goederen. Anderzijds kunnen

(*1) Een auteur aarzelt niet om de voorwaarde op deze manier te definiëren: 'Ainsi, la notion de condition se révèle-t-elle être une notion essentiellement fonctionnelle qui ne se définit *que par les effets qu'elle produit*' (eigen cursivering; R. DEROUIN, 'Pour une analyse 'fonctionnelle' de la condition', *Rev. trim. dr. civ.* 1978, 40, nr. 79). Hij voegt er echter aan toe dat een dergelijke definitie het risico van arbitraire bepalingen in zich houdt (nr. 80); maar vervolgt, wijselijk, dat dit geldt voor elk (juridisch) begrip. Anders uitgedrukt: de essentie bestaat niet.

(*2) O. MILHAC (*La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, Parijs, 2001, 399, nr. 1057): 'Le législateur pourra, au choix, ériger un événement imposé par la loi en condition de validité de l'acte ou seulement en condition d'exécution, selon l'importance qu'il entend lui accorder'. Ph. MALAURIE en L. AYNÈS (*Cours de droit civil*, VI, *Les obligations*, vol. 3, *Le régime général*, Parijs, 2001, 125, nrs. 172-173) stellen deze effectiviteitsvereisten tegenover de 'essentiële elementen' van de overeenkomst (art. 1108 B.W.) en de 'exigences que la loi impose parfois pour qu'il [le contrat] produise ses effets'.

(*3) M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, VII, *Obligations*, 2de uitg., Parijs, 1954, 371, nr. 1024.

(*4) Sinds de Wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van de echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels kan men ook tijdens het huwelijk een (nieuw) huwelijkscontract aangaan; zie de nieuwe art. 1394-1396 B.W.

(*5) H. DE PAGE, *o.c.*, X (in samenwerking met R. DEKKERS), nr. 47; W. DELVA, *Huwelijksvermogensstelsels*. I. *Het huwelijkscontract*, *Algemene Beginselen*, in *A.P.R.*, Gent, 1955, nrs. 23-25; J. RENAULD, *Droit patrimonial de la famille*, I, *Les Régimes Matrimoniaux*, Brussel, 1971, 277 e.v.

zij aan de toekenning van overlevingswinsten of aan een contractuele erfstelling een echt voorwaardelijk karakter verlenen, b.v. dat het huwelijksvermogensstelsel door de dood zal worden ontbonden.

Men heeft het huwelijk (of het verwachte huwelijk) zelfs de oorzaak van het huwelijkscontract genoemd. (*1) Dit zou dan verklaren waarom het huwelijkscontract vervalt, wanneer het huwelijk uitblijft; zijn oorzaak is dan immers verdwenen. (*2) Een en ander bracht er sommige auteurs toe de uit het huwelijkscontract voortvloeiende rechten en plichten als eventueel – in tegenstelling tot voorwaardelijk – te bestempelen. ‘Als men als oorzaak van het huwelijkscontract evenwel het verwachte huwelijk beschouwt, met het oog waarop het huwelijkscontract werd gesloten, is het huwelijkscontract volledig, zodra het is gesloten. Blijft het verwachte huwelijk (te lang) uit, dan vervalt het huwelijkscontract, wegens de verdwijning van zijn oorzaak’ (*3).

42 In dit verband kan ook worden vermeld dat de echtgenoot tegen wie de echtscheiding op welke grond dan ook, is toegestaan, alle huwelijksvoordelen verliest (*4). Eveneens zijn schenkingen tussen echtgenoten tijdens het huwelijk anders dan bij huwelijkscontract gedaan, steeds herroepelijk.

Bedoelde huwelijksvoordelen of schenkingen worden niet ‘voorwaardelijk’ toegekend. De wet zelf doet ze vervallen, indien zich zekere feiten voordoen: echtscheiding uitgesproken ten nadele van de begunstigde, uitdrukkelijke of stilzwijgende eenzijdige herroeping. Opdat deze schenkingen en voordelen aan de begiftigde of bevoordeelde zouden toekomen, is niet alleen een geldige rechtshandeling vereist, maar eveneens het uitblijven van de zo-even vermelde gebeurtenissen. Omdat dit geldt voor alle huwelijksvoordelen en voor alle schenkingen – behoudens andersluidend beding (*5) – hebben we eerder te maken met een effectiviteitsvereiste, die eigen is aan deze soort rechtshandelingen. Men merke echter op dat de herroeping van een schenking onder de levenden tussen echtgenoten terugwerkende kracht heeft (*6).

43 Om bij schenkingen onder de levenden of bij testament te kunnen verkrijgen, is het voldoende dat men verwekt was op het ogenblik van de schenking, resp. van de dood van de erflater. Maar de gift zal slechts gevolg hebben, indien het verwekte kind

(*1) J. RENAULD, *o.c.*, 280, nr. 399.

(*2) J. RENAULD, *o.c.*, nr. 407; *Jur. civ.*, art. 1168-1174, nr. 74; Cass. 16 november 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, 371, *R.W.* 1989-90, 1251, *R.C.J.B.* 1993, 73, met noot S. NUDELHOLE, ‘Une donation est-elle frappée de caducité par la disparition de sa cause, survenue postérieurement à la conclusion du contrat?’; Cass. 21 januari 2000, *Rec. Cass.* 2001, 101, met noot M. VAN QUICKENBORNE. Vgl. met art. 1088 B.W., en daarover H. DE PAGE, *o.c.*, VIII-1, nr. 735, D.

(*3) J. RENAULD, *o.c.*, 280, nr. 400; W. DELVA, *o.c.*, 159, nr. 235.

(*4) Art. 299 en 300 B.W.; H. DE PAGE, *o.c.*, II, 1999, door J.P. MASSON, nrs. 781 en 783.

(*5) Voor de rechtsgeldigheid van een andersluidend beding: zie H. DE PAGE, *o.c.*, II, 1999, 795-800, nrs. 781-783.

Weliswaar verliest de schuldlige echtgenoot dus van rechtswege de hem verleende schenkingen en voordelen; maar de partijen kunnen bedingen dat de ‘onschuldige’ die ook verliest, wanneer het huwelijksvermogensstelsel b.v. door echtscheiding wordt ontbonden.

(*6) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 783.

levensvatbaar geboren wordt (art. 906 B.W.). De levensvatbaarheid van de begiftigde is geen voorwaarde, maar is een constitutief element voor de geldigheid van de gift (*1).

En volgens artikel 1039 B.W. vervalt iedere uiterste wilsbeschikking, indien de legataris de testator niet overleeft. De werking van *elk* legaat is derhalve mede afhankelijk van het vooroverlijden van de testator. Sommigen leiden daaruit af dat het overleven van de legataris geen voorwaarde is en dat het hem toegekende testamentair recht slechts eventueel is. (*2)

Voor deze kwalificatie pleit wel dat artikel 1039 B.W. voor alle legatarissen geldt, en derhalve blijkbaar een specifiek effectiviteitsvereiste van *het legaat als zodanig* bevat: een legaat wordt toegekend uit aanzien des persoons, en plaatsvervulling wordt niet aangenomen bij testamentaire erfopvolging. Men zegt dat het legaat *vervalt* door het vooroverlijden van de legataris, d.w.z. dat alle vereisten voor de geldigheid van het legaat vervuld zijn op het ogenblik van het opmaken van het testament, maar dat het geen gevolgen kan hebben, of ophoudt gevolgen te hebben wegens een later feit, onafhankelijk van de wil van de testator. Het overleven van de legataris is dus niet nodig voor de rechtsgeldigheid van het legaat, maar wel voor zijn werking. (*3)

Bovendien heeft een testament, uiteraard, slechts uitwerking na de dood van de testator; een testament is een akte waarbij de erfflater, voor de tijd dat hij niet meer in leven zal zijn, over zijn goederen beschikt (art. 895 B.W.). Als de begunstigde vóór de testator overlijdt, kan zijn recht normalerwijze niet ontstaan. Het testament scheidt uit zichzelf rechtsgevolgen op termijn (het overlijden van de testator), en onder de voorwaarde dat de testator geen nieuw testament maakt. Maar als een herroepend testament uitblijft en de erfflater vóór de legataris overlijdt, heeft het testament zijn effect. (*4)

Toch is artikel 1039 B.W. gebaseerd op de vermoede wil van de testator; die kan er dan ook expliciet of impliciet van afwijken. Men zou hierin een argument kunnen vinden voor de voorwaardelijkheid van het overleven van de legataris. Omdat de testator zijn testament aldus kan modaliseren dat het legaat, bij vooroverlijden van de legataris, op diens erfgenamen overgaat, is diens overleven niet vereist voor de werking van het testament.

(*1) Vgl. concl. HAYOIT DE TERMICOURT voor Cass. 9 mei 1946, *Pas.* 1946, I, 182 (184, kol. 1): 'Ce n'est pas là une condition suspensive de cette capacité, c'est un élément constitutif de cette capacité, mais dont l'existence ne pourra être établie qu'ultérieurement, au jour de la naissance'.

Men weet overigens dat het B.W. zelf op deze regel een uitzondering maakt inzake toegelaten erfstellingen over de hand (art. 1048-49) en inzake contractuele erfstellingen (art. 1082 B.W.).

(*2) *Jur. civ.*, art. 1168-1174, nr. 75, en de aldaar gecit. literatuur.

(*3) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 1238; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, Parijs, 1983, 469, nr. 615; *Rép. Dall., Droit civil*, v° Legs, nr. 198.

(*4) Vgl. R. DILLEMANS, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, VII, *Testamenten*, Antwerpen-Amsterdam, 1977, 58, nr. 24, noot 1. Zie hierover ook P. VOIRIN, 'Évolution de la cause des libéralités', in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Parijs, 1937, 908-909; R. PIRSON, 'Examen de jurisprudence. Les successions et les libéralités', *R.C.J.B.* 1960, 454.

44 De aanvaarding van giften aan rechtspersonen met een onbaatzuchtig doel is vaak onderworpen aan een voorafgaande machtiging van de bevoegde overheid, of althans van haar goedkeuring achteraf, – al moet het onderscheid tussen beide wijzen van toezicht worden gerelativeerd. (*1)

De rechtsleer (*2) en de rechtspraak (*3) zijn verdeeld over de kwalificatie die het best past bij deze goedkeuring of machtiging. Zonder op deze kwestie diep in te gaan, kan men immers betwijfelen of de vereiste machtiging, resp. goedkeuring wel een voorwaarde, in de eigenlijke zin van het woord, uitmaakt. Men (*4) heeft erop gewezen dat niet als voorwaarde kan fungeren een element dat steeds, krachtens de wet, deel uitmaakt van de rechtshandeling, of vereist is voor haar volmaaktheid. ‘De door artikel 910 B.W. voorgeschreven machtiging door de Koning is geen opschortende voorwaarde waarvan ofwel de bekwaamheid tot ontvangen van de rechtspersoon naar publiekrecht ofwel het recht op het legaat onderworpen is. Het gaat enkel om een bestuurlijke maatregel van toezicht of controle, die losstaat van de wil van de erfflater en daarmee niets te maken heeft. Weliswaar hangt het lot van de vrijgevigheid in laatste instantie af van de machtiging, maar deze heeft geen ander doel dan aan een akte met een wettige oorsprong de bekrachtiging te geven, zonder welke ze als niet-bestaand moet worden beschouwd. Reeds vóór alle machtiging was de stad Oostende (legataris) rechtsbekwaam, zodat zij de aan het legaat verbonden rechten, althans tot bewaring ervan, kon uitoefenen’. (*5)

(*1) Zie o.m. art. 910 B.W.; art. 231 van de Nieuwe Gemeentewet, dat correspondeert met art. 76 van de vroegere Gemeentewet. Zie hierover M. COENE en J. DUJARDIN, in *Comm. Erfrecht*, art. 910, nr. 2.

Men vergelijk deze machtiging met de machtiging van de vrederechter die de voorlopige bewindvoerder nodig heeft om de goederen van een beschermde persoon te vervreemden. De verkoop geschiedt verder in beginsel openbaar, behoudens machtiging van dezelfde magistraat (art. 488bis, f, § 3 en g B.W.). Kan de vereiste machtiging worden opgevat als een opschortende voorwaarde? Wellicht niet (Vred. Seneffe 5 augustus 2002, *Rev. not. b.* 2003, 109).

(*2) Zie H. DE PAGE, o.c., VIII, nr. 151; *Comm. Erfrecht*, art. 910, nrs. 3-5.

(*3) Zie daarover o.m. M. COENE, ‘Overzicht van rechtspraak. Giften’, *T.P.R.* 1994, 1646-1652, nrs. 51-61. Spreken zich uit voor de kwalificatie als ‘opschortende voorwaarde’ o.m. Antwerpen 4 mei 1977, *R.W.* 1978-79, 876, met noot E. DIERIX, die ervoor pleit het niet-verlenen van de vereiste goedkeuring te beschouwen als een ontbindende voorwaarde; vgl. Antwerpen 19 oktober 1983, *R.W.* 1986-87, 1273; Cass. 5 juni 1981, *Adm. P.* (trim.), 1984, 145, met uitvoerige noot van X. DIEUX, – men merke echter op dat de feitenrechter, in dit arrest, reeds had beslist dat het om een opschortende voorwaarde ging. Deze kwalificatie werd voor het Hof van Cassatie niet aangevochten; op het punt van de kwalificatie kan dit arrest van het Hof van Cassatie dus niet als precedent worden vermeld.

(*4) X. DIEUX, gecit. noot, 156-162.

(*5) Cass. 26 oktober 1987, *R.W.* 1987-88, 1431, *Pas.* 1988, I, 217, *R.C.J.B.* 1992, 18, met noot L. RAUCENT. De tekst van het arrest is, taalkundig, lichtjes aangepast.

Vgl. Cass. 18 februari 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 202 (205): ‘De goedkeuring heeft geen invloed op het bestaan of de geldigheid van de handeling (in dat geval: het sluiten van een aannemingscontract) van de lagere overheid, maar enkel op de uitvoerbaarheid ervan; zolang de toezichhoudende overheid die handeling niet heeft goed- of afgekeurd, bestaat zij, en doet zij tussen de partijen rechten en plichten ontstaan, zodat als één van de partijen haar verbintenissen niet nakomt, zij jegens de andere gehouden is tot schadevergoeding’; Cass. 9 mei 1946, *Pas.* 1946, I, 182, met uitstekende conclusie van Adv.Gen. R. HAYOIT DE TERMICOURT.

Men (*1) kan anderzijds beweren dat de rechtsaard en de gevolgen van de administratieve goedkeuring of machtiging slechts kunnen worden verklaard vanuit het leerstuk van het bestuurlijk toezicht, en dat elke poging om die in burgerrechtelijke concepten te vatten tot mislukking gedoemd is. De Raad van State (*2) besliste overigens dat de vereiste machtiging zich voordoet als een soort van *exequatur*, dat niet tot doel heeft het bestaan of de rechtsgeldigheid van een legaat te doen erkennen – iets waarover de uitvoerende macht zich niet uit te spreken heeft –, maar dat er eenvoudig toe strekt de uitvoering van het legaat toe te staan.

‘De beslissing van de rechtspersoon om de gift te aanvaarden, bestaat vóór de goedkeuring en is af, wat de rechtspersoon betreft. Maar bijkomend moet nu nog de overheid bij middel van een andere akte beslissen of deze aanvaarding gevolgen kan hebben. Daarbij houdt ze rekening met overwegingen die totaal vreemd zijn aan de wil van de [beschikker] en van de begiftigde rechtspersoon...

[Er] werd daarom gesuggereerd eerder dan de term ‘exequatur’, die een specifieke betekenis heeft in het gerechtelijk recht, de uitdrukking ‘*nil obstat*’ te gebruiken, die beter weergeeft dat deze goedkeuring enkel inhoudt dat de overheid, rekening houdend met een aantal belangen vreemd aan de wil van de [beschikker], geen bezwaar heeft tegen de uitoefening, door de rechtspersoon, van de rechten die hem door de gift werden toegekend’. (*3)

45 Wanneer de rechtspersoon de goedkeuring krijgt om een *legaat* te aanvaarden, wordt, rekening houdend met de kwalificatie van deze goedkeuring, aangenomen dat de legataris geldig mocht aanvaarden en eigenaar werd van het legaat vanaf het overlijden. Nu het administratief beletsel, dat de legataris belette de uitvoering van zijn legaat te eisen, opgeheven is, kan hij de rechten die hij uit het legaat put, uitoefenen. Maar een aanvaardende legataris wordt geacht eigenaar te zijn vanaf het overlijden. Niet de goedkeuring werkt derhalve terug, maar wel de aanvaarding. (*4)

Dezelfde redenering geldt voor *schenkingen* aan rechtspersonen, ofschoon de schenking slechts totstandkomt, wanneer ze door de begiftigde wordt aangenomen in uitdrukkelijke bewoordingen. De voorlopige aanvaarding vóór de goedkeuring heeft

(*1) X. DIEUX, *o.c.*, 160, nr. 20: ‘Cet ensemble cohérent de solutions diverses [waarbij de rechtshandeling bepaalde gevolgen heeft, zodra ze is getroffen, ondanks het feit dat ze pas later wordt goedgekeurd] nous paraît s’expliquer rationnellement par le mécanisme propre de la tutelle d’approbation. Celle-ci implique un contrôle de la légalité de l’acte de l’autorité subordonnée et un examen de sa conformité à l’intérêt général; l’interdiction de mettre à exécution l’acte non encore approuvé est dictée par le souci de ne pas mettre l’autorité de tutelle devant des situations acquises qui seraient contraires à la légalité et à l’intérêt général... Cette interdiction perd donc sa raison d’être dès lors que l’acte a été approuvé; on n’aperçoit plus en ce cas au nom de quel principe il faudrait encore censurer l’exécution d’un acte déclaré conforme à la loi et à l’intérêt général’.

(*2) R.v.St. 30 april 1954, *Rec. gén. enr. not.* 1956, 215. Concl. O.M. voor Cass. 22 april 1909, *Pas.* 1909, I, 213; Cass. 9 mei 1946, *Pas.* 1946, I, 182 (187), met concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT, 181 (kol. 1).

(*3) M. PUELINCKX-COENE en J. DUJARDIN, *Comm. Erfrecht.*, art. 910, nr. 4, en de aldaar geciteerde verwijzingen.

Fiscaal gezien lost art. 17 W. Reg. op autonome wijze de vraag omtrent de juridische aard van de vereiste goedkeuring of machtiging op; dit artikel stelt deze machtiging gelijk met een opschortende voorwaarde.

(*4) M. PUELINCKX-COENE en J. DUJARDIN, *l.c.*, nr. 46.

tot gevolg dat de schenker op zijn aanbod niet meer kan terugkomen. (*1) Door haar goedkeuring bevestigt de overheid nadien dat de rechtspersoon inderdaad mocht aanvaarden, zodat ook de eigendomsoverdracht tot aan deze aanvaarding terugwerkt. Door zijn voorlopige aanvaarding is trouwens ook de begiftigde rechtspersoon gebonden en kan hij enkel van zijn verplichtingen worden ontheven door de niet-goedkeuringsbeslissing van de toezichhoudende overheid. (*2)

De goedkeuring blijkt derhalve noodzakelijk opdat de rechtspersoon zijn rechten als begiftigde geldig en op onaanvechtbare wijze zou kunnen uitoefenen. Het betreft een effectiviteitsvereiste, die echter irrelevant is voor het bestaan zelf van de gift.

46 Ook het huurrecht bevat effectiviteitsvereisten, die wettelijk zijn geregeld. Aldus verschafft artikel 13 Handelshuurwet aan de zittende huurder het recht om bij voorkeur de hernieuwing van zijn huurovereenkomst te verkrijgen, op voorwaarde dat er geen hoger bod is van een derde (art. 14) of dat de verhuurder de hernieuwing niet weigert om een van de in artikel 16 opgesomde redenen. Omdat het recht van de huurder enigermate juridisch beschermd wordt, zou men kunnen stellen dat de zittende huurder een eventueel recht heeft op de hernieuwing van de huurovereenkomst. DE PAGE (*3) beschrijft het recht van de zittende huurder als volgt: ‘Le preneur n’a donc qu’un droit principiel, plus exactement éventuel, à renouvellement, et un droit casuel (il y a en effet des cas où aucune indemnité n’est due) à indemnité en cas de non-renouvellement... Il n’y a qu’un cas où le preneur a un véritable droit au renouvellement, c’est, en cas d’offre d’un tiers, s’il fait une offre égale (art. 21)’

(*1) Kan dit resultaat niet reeds worden gebaseerd op de bindende kracht van het aanbod (Cass. 9 mei 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 1139)?

(*2) M. PUELINCKX-COENE en J. DUJARDIN, *o.c.*, nr. 53; vgl. Ph. MALAURIE en L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, VI, *Les obligations*, 1993-94, 641-42, nr. 1108.

(*3) H. DE PAGE, *o.c.*, IV, 3e uitg., 1972, 807, nr. 780, C, 3°; vgl. *Nov., Dr. civ.*, VI-2, *Le louage des choses*, II, *Les baux commerciaux*, Brussel, 1984, 194, nr. 1746: ‘Le texte ne reconnaît au preneur ni pareil droit, ni même une préférence, mais seulement un droit éventuel à indemnité, chaque fois que le bailleur n’accorde pas volontairement le bail nouveau.’

De pachter geniet zelfs van een voorkooprecht; de miskenning daarvan brengt weliswaar niet de nietigheid mee van de verkoop aan een derde, maar de pachter wordt in de rechten van de koper gesubrogeerd, of hij kan van de verpachter schadevergoeding eisen ten bedrage van 20 % van de verkoopprijs (art. 51 Pachtwet). Bij subrogatie moet de pachter de intussen door de verkrijger toegekende hypotheek erkennen (H. D’UDEKEM D’ACQZ, *Nov., Dr. civ.*, VI-3, *Le bail à ferme et le droit de préemption*, Brussel, 1984, nrs. 622-625); ‘Door de indeplaatsstelling zelf wordt tevens de oorspronkelijke koop-verkoopovereenkomst tussen de verkoper en de eerste koper ontbonden’ (R. GOTZEN, in *Comm. Bijzondere Overeenkomsten* (OBO), v° Pacht, art. 51, nr. 8). Art. 48, 1, lid 1 Pachtwet heeft het zelf over een ‘opschortende voorwaarde’; Gent (21 februari 1968, *Rec. gén. enr. not.* 1969, 298) heeft er dan ook geen bezwaar tegen dat de niet-uitoefening van het voorkooprecht door de pachter als een opschortende voorwaarde wordt gekwalificeerd. Dit is trouwens de visie die door het Bestuur van de Registratierechten wordt voorgehouden (F. WERDEFROY, *o.c.*, 515, nr. 578, 6°).

In Frankrijk brengt de verkoop, met miskenning van het voorkooprecht van de pachter, wel de nietigheid van de verkoop mee. Daar geldt dan ook: ‘Il faut admettre que l’option du titulaire de ce droit [de préemption] est un élément essentiel du contrat; la pseudo-vente n’est en réalité qu’une promesse synallagmatique de vente, constitutive d’un avant-contrat auquel la vente définitive succédera sans rétroactivité le jour où le bénéficiaire de la préemption aura renoncé à l’exercice de son droit’ (*Jurisc. civ.*, art. 1168-1174, *l.c.*, nr. 71; zie uitvoerig, O. MILHAC, *o.c.*, 377-384).

Over andere voorkooprechten (o.m. inzake sociale woonpolitiek, het ruimtelijk grondbeleid, het verstevigen van natuurzones en het rationaliseren van havengebieden), zie F. LOGGHE, ‘Juridische contouren van voorkooprechten bij onroerende goederen’, *Not. Fisc. M.* 2000, 135-175.

De juiste kwalificatie van het recht van de zittende huurder op huurhernieuwing heeft echter slechts academisch belang: de wet regelt immers zelf, en op minutieuze wijze (zie de art. 16-23 Handelshuurwet), wanneer en onder welke voorwaarden het nieuwe huurrecht van de zittende huurder ingaat.

47 Volgens artikel 1587 Ger. W. wordt de toewijzing, in het raam van uitvoerend beslag, gehouden in één enkele zitdag; de notaris kan echter, indien hij dit nodig acht in het belang van de betrokken partijen, een tweede (of derde,...) zitdag voor de verkoop beleggen (art. 1588 Ger. W.).

Wordt inderdaad een tweede zitdag gehouden, dan geldt het hoger bod van de laatstbiedende enkel als voorlopige toewijzing. Dit bod bindt slechts de bieder zelf, maar geenszins de schuldeisers die om de openbare verkoping hebben verzocht.

Indien het voorlopig toegewezen gebouw b.v. afbrandt tussen de eerste en de tweede zitdag, komt de uitkering, verschuldigd door de brandverzekeraar, toe aan de beslagene. (*1)

De toewijzing aan de hoogstbiedende, op de eerste of op de volgende zitdag, geschiedt evenwel onder de opschortende voorwaarde (*2) van afwezigheid van hoger bod, binnen de vijftien dagen na de toewijzing (art. 1587 en 1592 Ger. W.).

Indien er derhalve, na de definitieve toewijzing, een hoger bod komt, gaat de voorwaarde niet in vervulling, en worden de verkoop en de toewijzing aan de hoogstbiedende geacht nooit te hebben plaatsgehad (zie verder, nrs. 180 e.v.). De beslagene kan dus, tot aan de toewijzing na hoger bod, de schuldeiser-beslaglegger alsnog (volledig)

(*1) Antwerpen 4 april 1984, *R.W.* 1985-86, 1082, met noot E. DIRIX, 'Eigendomsoverdracht bij gedwongen verkoop van onroerend goed'. A. VERBEKE en I. VERVOORT ('Contracten onder voorwaarde', in B. TILLEMANN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten Kanscontracten*, Schoten, 2004, 168 e.v., nrs. 21-24) menen dat deze oplossing tot onbillijke resultaten kan leiden, wanneer het geveilde goed door brand tenietgaat tussen de eerste en de tweede zitdag. Omdat de hoogstbiedende nog geen eigenaar is, kan hij geen aanspraak maken op de verzekeringsuitkering, terwijl zijn bod werd uitgebracht voor een perceel met erop een niet door brand geteisterd gebouw, en hij, in de thans aan de orde zijnde opvatting, aan zijn bod gehouden is. Zij erkennen echter dat de onbillijkheid niet wordt verholpen door de bieder reeds als voorwaardelijke eigenaar te beschouwen. Het risico blijft immers bij de verkoper berusten, die, als zodanig, recht heeft op de verzekeringsuitkering.

(*2) Zie daarover E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, Antwerpen, 2001, nr. 916. Chr. ENGELS (*Het uitvoerend beslag op onroerend goed*, in *Bibliotheek Gerechtelijk Recht*, nr. 8, Antwerpen, 1981, 269, nr. 392) schrijft dat er geen definitieve verkoop is, tot de definitieve toewijzing na hoger bod en tot de termijn van vijftien dagen als bepaald in art. 1592 Ger. W. verstreken is. Hij wijst erop dat de voorwaarde vóór het Gerechtelijk Wetboek werd opgevat als ontbindend: het eigendomsrecht ging onmiddellijk over op de laatste en hoogste bieder, onder de ontbindende voorwaarde van de gevolgen van een nieuwe zitdag na een hoger bod (oud art. 565 Faill. W., en art. 92bis Wet 15 augustus 1851 op de gerechtelijke uitwinning, ingevoegd bij Wet 5 maart 1951, enig artikel, § 9; L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, VII, Gent, 1949, 485-488, nrs. 321-322).

De herveiling na rouwkoop kan niet worden opgevat als een ontbindende voorwaarde. Ofschoon ze ongetwijfeld in het teken staat van art. 1184 B.W., maakt ze geen werkelijke ontbinding uit van de oorspronkelijke toewijzing, maar veeleer een voortzetting van de gedwongen verkoop (E. DIRIX en K. BROECKX, *o.c.*, 521, nr. 920; anders: C. ENGELS, *o.c.*, 284, nr. 412 en 302, nr. 450).

In het raam van een zuiveringsprocedure vernietigt de toewijzing van het onroerend goed aan een ander dan de derde-verkrijger, diens eigendomsrecht zonder terugwerkende kracht (H. DE PAGE en R. DEKKERS, *o.c.*, VII, 793, nr. 868,6° en de aldaar gecite. verwijzingen).

betalen; aldus kan hij vermijden dat de procedure haar normaal beloop kent, en dat het onroerend goed aan de hoogstbiedende na hoger bod zou worden toegewezen. (*1)

Hetzelfde geldt, *a fortiori*, voor de voorlopige toewijzing, op basis van artikel 1588 Ger. W.

‘De koop bij voorlopige toewijzing komt dus eerst tot stand wanneer de termijn van vijftien dagen verlopen is, zonder dat een hoger bod werd gedaan’. (*2) Komt er geen hoger bod, dan begint de tijdsbepaling die aan de koper werd toegekend om de prijs en de aktekosten te betalen, slechts te lopen vanaf het verstrijken van de termijn voor hoger bod. En op fiscaal gebied moet het proces-verbaal van toewijzing ter registratie worden aangeboden binnen vier maanden na het verstrijken van de termijn van hoger bod. De toewijzing zelf echter moet ten hypotheekkantore worden overgeschreven binnen twee maanden *na haar datum*, ongeacht of ze dan niet wordt gevolgd door een proces-verbaal van afwezigheid van hoger bod. (*3) ‘Car une mesure de publicité ne peut avoir d’effet rétroactif; c’est un fait, il n’existe que le jour où il est réalisé’. (*4)

48 Krachtens artikel 20, eerste lid Wet Consumentenkrediet is de aanvaarding van het kredietaanbod door de consument een voorafgaand vereiste voor het definitief totstandkomen van de koop- of dienstverleningsovereenkomst, wanneer de verkoper of dienstverlener tevens als kredietverlener of kredietbemiddelaar optreedt. ‘Zonder krediet, geen koop’. (*5) De verkoop of het dienstverleningscontract, in de zin van artikel 20 Wet Consumentenkrediet, komt dus slechts geleidelijk tot stand. De band tussen de kredietovereenkomst en de te financieren overeenkomst is blijkbaar zo nauw dat de wetgever niet wilde dat de consument juridisch verbonden zou blijven ten opzichte de verkoper of de dienstverlener, terwijl het krediet geweigerd wordt.

Het zou echter onjuist zijn om het verband tussen het kredietcontract en de te financieren verkoop of dienstverleningscontract te beschrijven als ‘voorwaardelijk’. (*6)

49 Eventueel zou men ook kunnen beweren dat de voorlopige uitvoering van een vonnis waartegen nog een gewoon rechtsmiddel openstaat, aanleiding geeft tot een voorwaardelijke schuld van diegene die tot de voorlopige uitvoering overgaat. De voorlopige uitvoering moet immers geheel of gedeeltelijk ongedaan worden gemaakt,

(*1) G. DE LEVAL, *La saisie immobilière*, in *Rép. Not.*, XIII, *Procédure notariale*, b. II, 337, nr. 484.

(*2) E. DIRIX en K. BROECKX, *ibid.*

(*3) G. DE LEVAL, *o.c.*, 332-333, nr. 476.

(*4) E. GENIN, *Traité des hypothèques et de la transcription*, *Rép. Not.*, 1980, 2e uitg. door R. PONCLET en A. GENIN, 151, nr. 112.

(*5) M. DAMBRE, *Consumentenkrediet*, Gent, 1993, 36, nr. 76.

(*6) M. DAMBRE, noot bij Rb. Charleroi 14 november 1996, *D.C.C.R.* 1997, 233, nr. 7; I. DEMUYNCK, ‘De opschorpende voorwaarde’, noot onder Bergen 12 november 1991, *D.C.C.R.* 1992-93, 65-70, nrs. 9-18. Vóór de Wet op het Consumentenkrediet werd het verkrijgen van een lening nochtans als een opschorpende of ontbindende (stilzwijgende) voorwaarde beschouwd (M. DAMBRE, gecit. noot, 231-232, nrs. 5-6).

onder de opschortende voorwaarde dat het voorlopig uitgevoerde vonnis wordt gewijzigd door de appelrechter. ‘Ainsi, une même condition – la réformation du jugement par arrêt de la cour d’appel – affectait l’obligation de paiement de la société C., et l’obligation de remboursement de ses créanciers. Résolutoire relativement à la première de ces obligations, elle était suspensive concernant la seconde’. (*1)

50 Ook het arbeidsrecht kent rechten die van nature uit afhankelijk zijn van een toekomstige en onzekere gebeurtenis. Men denke aan rechten die de wet verbindt aan de eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Zo heeft de werknemer recht op een aanvullende of plaatsvervangende opzegvergoeding, wanneer hem ontslag werd gegeven zonder voldoende opzegtermijn. Het recht op opzeggingsvergoeding ontstaat slechts hetzij zodra het ontslag wordt gegeven zonder opzegging en zonder dringende redenen, hetzij vanaf de kennisgeving van de te korte opzegging. (*2) Het recht op opzeggingsvergoeding onderstelt steeds, in elk geval, een eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder voldoende opzegtermijn.

51 Men merke ten slotte op dat in vele gevallen waarin de wet aan de uitoefening van een recht een effectiviteitsvereiste verbindt, de verwachting van de gerechtigde reeds enigermate beschermd is. Zo wordt het recht van de zittende huurder op huurhervorming door de wet in een zekere mate juridisch beschermd.

Vóór de vervulling van het effectiviteitsvereiste beschikt de gerechtigde dus vaak reeds over een eventueel recht.

C. INDELING VAN DE VOORWAARDEN

52 Naar gelang van het ingenomen standpunt, kan men de voorwaarden op verschillende manieren indelen.

1. Volgens hun gevolgen

53 Deze indeling is fundamenteel en beheerst alle andere indelingen. In de inleiding werd er reeds gewag van gemaakt. Men zal zich herinneren dat een opschortende voorwaarde – in een later nog te preciseren zin – de werking van een verbintenis doet aanvragen, terwijl een ontbindende voorwaarde bij haar vervulling deze werking doet

(*1) Concl. toenmalige Adv.Gen. LIEKENDAEL voor Cass. 15 september 1983, *Pas.* 1984, I, 43 (44, nr. 9), *Arr. Cass.* 1983-84, 41; zie ook, duidelijk E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, Antwerpen, 2001, nr. 341: Een voorlopig uitvoerbaar verklaard vonnis creëert in de persoon van de veroordeelde een verbintenis tot betalen onder de ontbindende voorwaarde dat het vonnis wordt hervormd in hoger beroep. Anderzijds heeft de schuldeiser de verplichting om het ontvangene terug te betalen onder de opschortende voorwaarde dat het vonnis wordt hervormd. De verplichting van de schuldeiser tot terugbetaling van wat hij voorlopig en onverschuldigd heeft ontvangen, werkt terug tot op het ogenblik waarop deze betaling is geschied, maar wordt slechts eisbaar vanaf het ogenblik dat het vonnis door de appelrechter wordt hervormd.

(*2) M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2001, 916-917, nr. 574.

ophouden. Zolang de opschortende voorwaarde derhalve niet in vervulling is gegaan, moet de verbintenis niet worden nagekomen; en zolang de ontbindende voorwaarde niet in vervulling is gegaan, blijft de verbintenis haar gevolgen afwerpen. Correlatief wordt de verbintenis actueel en uitvoerbaar, zodra de opschortende voorwaarde in vervulling gaat, terwijl ze ophoudt te bestaan, wanneer de ontbindende voorwaarde werkelijkheid wordt. Hierboven (zie nr. 3) werd van beide types van voorwaarden reeds een voorbeeld gegeven.

54 De opschortende voorwaarde werkt dus – per definitie – opschortend, en de ontbindende werkt ontbindend of uitdovend.

Hiermee hangt overigens het belangrijk fiscaalrechtelijk verschil tussen beide types van voorwaarden samen. De rechtshandeling die aan een opschortende voorwaarde onderworpen is, wordt geregistreerd tegen het algemeen vast recht, zolang de voorwaarde niet is vervuld (art. 16, eerste lid W. Reg.). Het specifiek of evenredig registratierecht wordt pas eisbaar bij de vervulling van de voorwaarde, behoudens toerekening van het reeds geheven recht (art. 16, tweede lid W. Reg.). De fiscale wetgever gaat er derhalve vanuit dat de onder een opschortende voorwaarde gesloten rechtshandeling weliswaar geldig gesloten is, maar nog niet actueel bestaat. (*1)

Bij een rechtshandeling onder ontbindende voorwaarde daarentegen is het specifiek of evenredig recht dadelijk verschuldigd; en bij de vervulling van de voorwaarde is in beginsel geen terugbetaling voorzien van dit recht (art. 208 W. Reg.). (*2)

Fiscaal gezien, is het dus steeds voordeliger om een contract onder opschortende en niet onder ontbindende voorwaarde te sluiten.

55 Wegens dit verschil in gevolgen, is het erg belangrijk beide types van voorwaarden goed van elkaar te onderscheiden.

Er is natuurlijk geen probleem, als de partijen duidelijk hebben gepreciseerd dat de ingelaste voorwaarde opschortend dan wel ontbindend werkt. Hebben zij daaromtrent niets bedongen, dan zal de rechter, met inachtneming van de gewone interpretatieregels, hun werkelijke bedoeling moeten opsporen. Hij mag daarbij rekening houden met de wijze waarop de partijen de rechtshandeling, in gemeen akkoord, uitvoeren. Oefent de voorwaardelijke schuldeiser het voorwaardelijk recht, met instemming van zijn wederpartij, reeds tijdens de wachttijd uit, dan wijst deze omstandigheid eerder in de richting van een ontbindende voorwaarde. Gaat de schuldeiser tijdens de wachttijd daarentegen tot geen enkele uitvoering over, dan pleit deze inactiviteit voor de kwalificatie als ‘opshortende voorwaarde’.

(*1) Vgl. J. VAN HOUTTE, *Beginselen van het Belgisch Belastingrecht*, Gent, 1966, 416, nr. 401.a.; F. WERDEFROY, *Registratierechten*, Antwerpen, 2002, 493, nr. 552.

(*2) J. van HOUTTE, *o.c.*, 416-47, nr. 402; F. WERDEFROY, *o.c.*, 509, nr. 572.

56 Ter illustratie kan in dit verband melding worden gemaakt van de verkoop aan een kleinhandelaar, onder voorwaarde van voortverkoop (verkoop met mogelijkheid tot terugname of teruggave, ‘*return privilege*’ of ‘*sale or return*’). De doorverkoop door de kleinhandelaar kan een opschortend, maar ook een ontbindend karakter vertonen. Heeft de groothandelaar het recht om de onverkochte goederen terug te nemen, tegen terugbetaling van de door de kleinhandelaar betaalde koopsom, dan zal men daarin allicht een verkoop zien onder opschortende voorwaarde; enkel de niet doorverkochte goederen blijven eigendom van de groothandelaar. Betreft het daarentegen een zuiver terugzendingsbeding, dan ligt de kwalificatie ‘ontbindende voorwaarde’ meer voor de hand: de koop is gesloten en de prijs is betaald; maar de koop wordt ontbonden met betrekking tot die goederen die de kleinhandelaar niet kan doorverkoop en waarvoor hij van het terugzendingsbeding gebruik wil maken. (*1)

Een aannemingscontract, gesloten onder voorbehoud van goedkeuring door de toezichthoudende overheid (zie daarover hoger, nr. 44) wordt doorgaans beschouwd als een overeenkomst onder opschortende voorwaarde. Maar als wordt bedongen dat de aannemer dadelijk met de werken mag beginnen, heeft men te maken met een ontbindende voorwaarde. (*2)

Wanneer een verkoop wordt gesloten onder de voorwaarde dat de pachter zijn recht van voorkoop niet zal uitoefenen, zal men daar in de regel, gelet op de artikelen 16, 1^o, 17 en 208 W. Reg., een opschortende voorwaarde in zien. (*3)

En indien, onder een oud huwelijksvermogensstelsel – dat nog steeds de rechtsbetrekkingen tussen de echtgenoten kan beheersen – tot anticipatieve wederbelegging werd overgegaan, was het aangekochte goed volgens de enen een eigen goed onder de opschortende voorwaarde van terugbetaling door de verkrijgende echtgenoot aan de gemeenschap. (*4) Volgens anderen daarentegen was het verkregen goed gemeenschappelijk tot op het ogenblik van de terugbetaling. (*5) De nieuwe artikelen 1403 en 1404 B.W. voorzien echter in een terugwerkende kracht van de terugbetaling. (*6)

(*1) Voor meer details, en voor het onderscheid met het commissiecontract, zie H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, uitg. 1975, 372, nr. 366, noot 3; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, 2e uitg., 1988, 14-15, nr. 15; J. GHESTIN en B. DESCHÉ, *La vente*, Parijs, 1990, 633, nr. 566; B. TILLEMANN, *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, X, deel 2, A. *Verkoop*, deel 1, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, Antwerpen, 2001, 337, nr. 865; R. KRUIJTHOF, ‘Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht’, *T.P.R.* 1983, 698, nr. 193; P. COPPENS, ‘Examen de jurisprudence. Les faillites et les concordats’, *R.C.J.B.* 1974, 432, nr. 62.

(*2) Antwerpen 4 mei 1977, *R.W.* 1978-79, 876, met noot E. DIRIX.

(*3) Gent 21 februari 1968, *Rec. gén. enr. not.* 1969, 208. Er werd echter betoogd zie *supra*, nr. 46) dat men deze laatste voorwaarde ook als een effectiviteitsvereiste voor het recht van de aspirant-koper zou kunnen beschouwen.

(*4) H. DE PAGE, *o.c.*, X-1 (in samenwerking met R. DEKKERS), nr. 338.

Vgl. Rb. Ieper 30 oktober 1963, *R.W.* 1963-64, 1710: Na het overlijden van haar echtgenoot ondertekent zijn weduwe, in het kader van de vereffening en verdeling van het gemeenschappelijk vermogen en van de nalatenschap, een schuldbekentenis ten voordele van haar dochter ten belope van 100.000 BEF. In een tegenbrief wordt daarbij de schuldbekentenis echter nietig verklaard, als de rechter zou beslissen dat de twee broers van de dochter geen bruidsschat gekregen hebben van 200.000 BEF. De rechter leidt uit beide akten af dat de schuldbekentenis slechts uitwerking zal krijgen, wanneer beezen zal zijn dat de twee broers een bruidsschat ontvingen.

(*5) J. RENAULD, *Droit patrimonial de la famille. Les régimes matrimoniaux*, Brussel, 1971, 544-545, nr. 838.

(*6) H. CASMAN en M. VAN LOOK, *Huwelijksvermogensrecht*, losbl., III-3, 8-9.

57 Zowel de opschortende als de ontbindende voorwaarde betreffen de werking van een verbintenis en/of van een recht. Bij een opschortende voorwaarde wordt de werking van een verbintenis uitgesteld; bij een ontbindende voorwaarde wordt haar uitdoving uitgesteld. Beide doen dus analoge problemen rijzen: er is een periode van onzekerheid, een wachttijd, zolang men niet weet of de voorwaarde in vervulling zal gaan. Als de onzekerheid wordt opgeheven, kan ze uitmonden in twee alternatieven: de voorwaarde gaat in vervulling of ze blijft uit. De gevolgen van de ontbindende voorwaarde vormen dan ook – zoals later moge blijken – in een zekere zin het spiegelbeeld van die van de opschortende voorwaarde.

Men zou zelfs kunnen beweren dat ons recht eigenlijk slechts de opschortende voorwaarde kent, en dat *de ontbindende voorwaarde een toepassingsgeval is van de opschortende*: '[...] L'obligation résolutoire existe dès maintenant [...]. Mais si l'événement mis en condition se réalise, elle sera résolue... Ainsi, on peut dire que, dans la terminologie de la loi, la condition suspensive prend le nom spécial de condition résolutoire quand elle tient en suspens non la naissance, mais la résolution d'une obligation'. (*1) 'La condition résolutoire est, en réalité, une condition suspensive. Cette condition, en effet, tient en suspens la résolution d'un droit'. (*2)

Ook het vroege en ook nog het klassieke Romeins recht kenden in elk geval enkel de opschortende voorwaarde. (*3) Wat wij – thans – een overeenkomst onder ontbindende voorwaarde noemen, werd er beschouwd als een samenstel van twee overeenkomsten: een onvoorwaardelijke (b.v. koop-)overeenkomst, en een daaraan toegevoegde nevenovereenkomst onder opschortende voorwaarde, ertoe strekkende om bij vervulling van de voorwaarde de hoofdovereenkomst op te heffen. De overeenkomst onder ontbindende voorwaarde deed zich derhalve voor als een tegenovereenkomst onder opschortende voorwaarde.

58 Bij voorwaardelijke verbintenissen om iets te geven, gaat het recht onder opschortende voorwaarde van de verkrijger overigens gepaard met het recht onder ontbindende voorwaarde van de vervreemder. In het geval (zie hierboven, nr. 7) waarin B van A een huis koopt in Brussel, onder de opschortende voorwaarde dat hij, B, er tot rechter zal worden benoemd, is B eigenaar onder opschortende voorwaarde, en is A eigenaar onder ontbindende voorwaarde. Omdat B's voorwaardelijk recht op het aangekochte huis gevrijwaard moet worden voor het geval hij effectief zou worden benoemd, moet het eigendomsrecht van de verkoper, tijdens de wachtperiode, op een nader aan te geven wijze (zie verder, nrs. 165 e.v.), worden beperkt. Hetzelfde is overeenkomstig van toepassing, wanneer A – de eigenaar onder opschortende voor-

(*1) G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XIII, door L. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, Parijs, 1907, nr. 863

(*2) G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, *o.c.*, XIII, nr. 883.

(*3) M. KASER en F. WUBBE, *Romeins privaatrecht*, Zwolle, 1971, 62; ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht. De Verbintenissen in het algemeen*, Zwolle, 1978, 143.

waarde – zijn buitenhuis aan zee aan B – de eigenaar onder ontbindende voorwaarde – verkoopt, onder de ontbindende voorwaarde dat A's vrouw, tegen de normale verwachtingen in, nog levend zal worden teruggevonden.

In beide gevallen heeft men te maken met 'une double investiture impliquant partage de prérogatives entre le titulaire du droit sous condition suspensive et le titulaire sous condition résolutoire'. (*1) 'Lorsqu'un transfert de propriété est affecté d'une condition, il y a coexistence de deux droits de propriété sur la même chose: un droit de propriété sous condition suspensive, et un droit de propriété sous condition résolutoire. Mais cette dualité sera, en définitive, effacée par le jeu de la rétroactivité de la condition'. (*2)

De opschortende voorwaarde voor de koper – zijn benoeming tot rechter in Brussel – maakt een einde aan het eigendomsrecht van de verkoper. En als de vrouw van de verkoper nog levend wordt teruggevonden, komt er een einde aan het eigendomsrecht van de koper, terwijl dit van de verkoper herleeft. Een voorwaardelijke overdracht van goederen is derhalve een verrichting 'à double face'. (*3) In eigendomsoverdragende overeenkomsten maakt de gebeurtenis die de ontbindende voorwaarde uitmaakt voor het recht op de zaak van een van de partijen, altijd de opschortende voorwaarde uit voor het recht op dezelfde zaak van de wederpartij.

Men kan deze manier van voorstellen zelfs uitbreiden tot alle verbintenissen en dus ook tot verbintenissen om iets te doen of om iets niet te doen, al komt deze manier van voorstellen als nogal gekunsteld en vrij academisch over. (*4)

Bovendien mag ze, bij verbintenissen tot eigendomsoverdracht, niet leiden tot het bedrieglijke beeld als zou men te maken hebben met een gesplitste eigendom en twee spiegelbeeldige eigendomsrechten die elkaar vervolledigen. Door de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde wordt de dualiteit immers opgeheven. En bovendien is er, zolang de voorwaarde hangende is, in werkelijkheid slechts één eigenaar,

(*1) J.J. TAISNE, 'Obligations conditionnelles. Caractère de la condition', in *Jurisclasseur civil*, art. 1168-1174, Parijs, 1995, nr. 89; vgl. G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, *o.c.*, XIII, nr. 775: 'Par la force des choses, chacune de ces deux espèces de conditions implique l'autre. Toute clause contenant une condition suspensive contient virtuellement une condition résolutoire et *vice versa*. L'événement qui, par rapport à l'une des parties, constitue une condition suspensive, joue le rôle de condition résolutoire par rapport à l'autre'.

(*2) H., L. en J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, II-2, *Biens*, 7e uitg., door F. CHABAS, Parijs, 1989, 157, nr. 1395.

(*3) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 162, A. Vgl.: 'L'événement qui, dans un contrat translatif de propriété, forme une condition résolutoire du droit de l'une des parties sur la chose dont la propriété est transférée, constitue toujours une condition suspensive du droit sur la même chose' (BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, XIII, nr. 879).

(*4) H. DE PAGE, *ibid.*, spreekt van een 'jonglerie bien inutile'. De bewering dat opschortende en ontbindende voorwaarden inzake eigendomsoverdrachten samenvallen, betekent enkel 'que, dans les transferts de droits réels, la condition, quelle qu'elle soit, ne peut attribuer le droit à l'une des parties sans en même temps le retirer à l'autre et que, par voie de conséquence, la partie qui acquiert le droit, le reçoit nécessairement au moment même où l'autre le perd' (*Juriscl. civ.*, art. 1181-1182, fasc. 47, nr. 3).

Sommige auteurs betogen niettemin dat de creatie van voorwaardelijke zakelijke rechten tot een gesplitst eigendomsrecht of zelfs tot een soort mede-eigendom *sui generis* leidt. Deze manier van voorstellen, die in talloze rechtssystemen opduikt, is echter onnauwkeurig (A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Deventer, 2002, 164-166 en 344-348). Deze auteur is echter van mening dat een voorwaardelijk zakelijk recht van de een (de eigenaar onder ontbindende voorwaarde b.v.), gepaard gaat met een beperkt zakelijk recht van de andere (de eigenaar onder opschortende voorwaarde). Deze idee is, rechtsdogmatisch, interessant.

namelijk de eigenaar onder ontbindende voorwaarde. ‘Le propriétaire sous condition suspensive n’est pas actuellement propriétaire. [...] Le propriétaire sous condition résolutoire est actuellement propriétaire’. (*1)

2. Positieve en negatieve voorwaarden

59 Voorts kan men een onderscheid maken tussen positieve en negatieve voorwaarden. (*2) Een positieve voorwaarde stelt de werking van een recht of verbintenis afhankelijk van het plaatsvinden van een gebeurtenis. Een negatieve voorwaarde maakt de werking van een recht of plicht ondergeschikt aan het niet-plaatsvinden of uitblijven van een gebeurtenis.

A verkoopt b.v. een huis aan B, onder de opschortende voorwaarde van het uitblijven, binnen vijftien dagen, van een minstens even hoog bod door C, die een conventioneel recht van voorkoop heeft. Deze negatieve voorwaarde is vervuld, als C geen gebruik maakt van zijn voorkooprecht; ze is niet vervuld, als C wel van zijn voorkooprecht gebruik maakt.

Had A niet evengoed het huis kunnen verkopen, onder de ontbindende voorwaarde dat C zich op zijn voorkooprecht zou beroepen? In dit laatste geval ontstaat B’s eigendomsrecht echter terstond, met het risico evenwel te worden ontbonden, indien C zich op zijn voorkooprecht beroept. In het eerste geval heeft B’s eigendomsrecht pas uitwerking, nadat C, binnen de afgesproken termijn, zijn voorkooprecht niet heeft uitgeoefend.

Het onderscheid tussen positieve en negatieve voorwaarden heeft derhalve weinig praktisch belang, behalve met betrekking tot de vraag wanneer de voorwaarde geacht wordt te zijn vervuld of niet te zijn vervuld (art. 1176-1177 B.W.; zie daarover verder, nrs. 140 e.v.).

Men merke trouwens op dat een feit op zichzelf noch positief noch negatief is. Wel kan men hetzelfde feit ofwel positief ofwel negatief omschrijven. ‘Als A nog in leven is op 1 januari 2006’ is een positief uitgedrukte voorwaarde; ‘als A op 1 januari 2006 nog niet zal overleden zijn’, is een negatief uitgedrukte voorwaarde. Met een negatieve ontbindende voorwaarde bereikt men vaak hetzelfde resultaat als met een positieve opschortende voorwaarde (onder voorbehoud van het feit dat een overeenkomst onder ontbindende voorwaarde onmiddellijk effect sorteert, terwijl een overeenkomst onder opschortende voorwaarde pas gevolgen afwerpt na de vervulling van de voorwaarde). (*3)

(*1) Ph. MALAURIE, L. AYNÈS en P. THÉRY, *Cours de droit civil. Les Biens*, Parijs, 1998, nr. 651.

(*2) Mr. C. ASSER’s *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, IV, *Verbintenissenrecht*, deel I, *De verbintenis in het algemeen*, 12e uitg., door A.S. HARTKAMP, Deventer, 2004, 122, nr. 157.

(*3) J.D.A. DEN TONKELAAR, *Opschortende en ontbindende voorwaarden volgens BW en NBW in Studiepockets Privaatrecht*, nr. 31, Zwolle, 1983, 24.

60 Voor de aardigheid wordt hier nog aangestipt dat een verbintenis onder opschortende onmogelijke voorwaarde gelijkstaat met dezelfde belofte onder de ontbindende noodzakelijke voorwaarde van het tegendeel. Als ik je 36 rode rozen beloof onder de opschortende voorwaarde dat je sneller dan het licht kan fietsen, komt deze belofte op hetzelfde neer als wanneer ik je 36 rode rozen beloof, onder de ontbindende voorwaarde dat je niet sneller dan het licht zal fietsen. In beide gevallen is mijn belofte slechts mooipraterij, ‘woorden in de wind’.

En een belofte onder opschortende noodzakelijke voorwaarde kan worden gelijkgesteld met een belofte onder de ontbindende tegengestelde voorwaarde. Ik geef je 12 rode rozen als je een cirkel tekent waarvan de omtrek gelijk is aan zijn straal $\times 2\pi$, komt neer op een boeket rozen onder de ontbindende voorwaarde dat je een cirkel tekent waarvan de omtrek niet gelijk is aan het produkt van zijn straal met 2π .

3. *Volgens de afhankelijkheid van de voorwaarde van de wil van de partijen*

a. De klassieke opvatting

61 Een voorwaarde kan niet alleen bestaan in een extern fysiek fenomeen – als het morgen mooi weer is b.v. – maar in een handeling of zelfs een beslissing van de schuldeiser of schuldenaar. Het hoeft niet veel betoog dat de schuldenaar op een intensere manier verbonden is, wanneer zijn verbintenis afhangt van de weersgesteldheid van morgen die hij weliswaar kan voorzien, maar normalerwijze niet kan beïnvloeden, dan wanneer hij slechts verbonden is, wanneer hij morgen beslist om een reisje naar Parijs te maken. In dit laatste geval heeft zijn verbintenis geen uitwerking, als hij rustig thuis blijft of b.v. een fietstocht in de buurt maakt. Het is in deze context dat men het onderscheid moet begrijpen tussen toevallige, gemengde en potestatieve voorwaarden.

– *De verschillende soorten voorwaarden*

62 *Toevallig* is de voorwaarde die uitsluitend van het toeval afhangt en dus geenszins in de macht ligt van de schuldenaar of van de schuldeiser (art. 1169 B.W.). Ik beloof je 12 rode rozen te geven, als de zon morgen schijnt. Ook de gebeurtenis die enkel afhankelijk is van de wil van een derde, geldt als toevallige voorwaarde. (*1) Logischerwijze moet daarbij worden ondersteld dat noch de schuldeiser noch de schuldenaar de handelingen of de beslissingen van de derde kunnen beïnvloeden; de derde is b.v. een rechtspersoon, waarover noch de schuldeiser noch de schuldenaar medezeggenschap heeft.

(*1) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Brussel-Parijs, 1875, XVII, nr. 51; BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, o.c., XIII, nr. 787; Y. HANNEQUART, ‘La condition’, in *Nov., Dr. civ.*, IV-2, Brussel, 1958, nr. 74.

Een *potestatieve* voorwaarde is een onzekere gebeurtenis die de schuldeiser of de schuldenaar vermag te doen plaatsvinden of te verhinderen (art. 1170 B.W.). De potestativiteit kan zich situeren langs de zijde van de voorwaardelijke schuldeiser: ik beloof mijn buurvrouw 36 rode rozen, indien zij in haar tuin een boom velt, die mijn uitzicht (op haar) belemmert. De potestativiteit kan echter ook de schuldenaar aangaan: mijn buurmeisje belooft me haar fotoalbum, voorzover ze morgen naar Japan zou vertrekken. (*1)

Men zegt ook dat de *eenvoudig potestatieve* voorwaarde afhangt van de wil van een van de partijen én van het toeval. Mijn buurvrouw moet over een hakbijl of boomzaag beschikken om de eeuwenoude eik te vellen die mijn zicht belemmert. En mijn buurmeisje kan anderzijds niet naar Japan vertrekken, als de piloten staken of als haar vliegtuigmaatschappij failliet gaat.

63 Volgens artikel 1174 B.W. is iedere verbintenis nietig, wanneer ze is aangegaan onder een potestatieve voorwaarde van de zijde van diegene die zich verbindt. Dit artikel bedoelt echter de *louter potestatieve voorwaarde*, die derhalve moet worden onderscheiden van de eenvoudige potestatieve voorwaarde. De louter potestatieve voorwaarde hangt enkel af van de wil van de schuldeiser of schuldenaar: ‘indien ik wil’. Anders zou artikel 1170 B.W. rechtstreeks in tegenspraak komen met artikel 1174 B.W. De voorwaarde waarvan sprake in laatstgenoemd artikel, maakt de verbintenis immers nietig, wat niet het geval is voor de in artikel 1170 B.W. vermelde voorwaarde.

Terwijl de louter potestatieve voorwaarde enkel afhangt van de wil van de betrokkene, hangt de eenvoudige potestatieve voorwaarde weliswaar af van zijn wil, maar ook van externe omstandigheden die hem in staat stellen zijn wil te realiseren: om naar Japan te kunnen reizen, heeft mijn buurmeisje een vliegtuig (of een boot) nodig. (*2) Of: de voor de huur van een parking verschuldigde huurprijs wordt bepaald op grond van de door de uitbater gemaakte nettowinst. Zo dit resultaat ‘enerzijds bepaald wordt door kosten die [de uitbater] volledig eigenmachtig onder controle vermag te houden, zijn ze anderzijds ook afhankelijk van uitgaven die in het geheel niet van [hem] afhankelijk zijn: aldus belastingen, taksen, en in sommige gevallen personeelskosten, die mede wettelijk en reglementair gedetermineerd en opgelegd worden’. (*3)

64 De *gemengde* voorwaarde ten slotte hangt af van de wil van de schuldeiser of schuldenaar en van de wil van een *bepaalde* derde. Ik beloof je b.v. een boek, als ik

(*1) F. LAURENT, *o.c.*, XVII, nr. 52; BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, nr. 780. Voor meer details over deze indeling, zie o.m. BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, nrs. 778-788; H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 155, B.

(*2) ‘La condition simplement potestative doit [...] s’exprimer dans l’accomplissement d’un acte ou d’un fait déterminé, qui dépend du débiteur, mais lui est toutefois extérieur. [...] Alors que la condition purement potestative traduit une absence de consentement réel, [...] la condition simplement potestative exprimerait un véritable lien, le débiteur ayant effectivement aliéné sa liberté dans l’hypothèse où il accomplirait le fait visé’ (J. GHESTIN, ‘La notion de condition potestative’, in *Études dédiées à Alex Weill*, Parijs, 1983, 245; vgl. Rb. Brussel 25 juni 1958, *J.T.* 1959, 6 (9, kol. 1).

(*3) Rb. Brussel 9 juni 1997, *A.J.T.* 1997-98, 253.

trouw met Tanja Dexters. Een realistischer en ernstiger voorbeeld vinde men in de belofte waarbij iemand aan een ander gedurende het komende jaar de dividenden schenkt van de aandelen die hij bezit. Als aandeelhouder beslist hij mede – maar niet alleen – of er in die bepaalde periode dividenden zullen worden uitgekeerd, maar kan hij niet alleen bewerkstelligen dat de vennootschap wordt ontbonden en dus geen dividenden meer zal uitkeren. (*1)

65 Vanuit het standpunt van de mogelijkheid voor een van de betrokken partijen om de voorwaarde in vervulling te doen gaan, kan men derhalve per saldo vier verschillende soorten van voorwaarden onderscheiden: de toevallige, de gemengde, de eenvoudig potestatieve en de louter potestatieve voorwaarde.

De vervulling van de toevallige voorwaarde kan niet worden beïnvloed noch door de schuldenaar, noch door de schuldeiser; als ‘toeval’ wordt hierbij beschouwd elke gebeurtenis of handeling die extern is ten opzichte van de partijen. Als de voorwaarde dus in een handeling of een beslissing van een derde bestaat, is toevallig de voorwaarde die enkel afhangt van de wil van een derde: ik beloof je b.v. een Belgische vlag, als prins Laurent trouwt.

Hangt de vervulling van de voorwaarde af van de wil van de schuldeiser of schuldenaar én van de wil van een onbepaalde derde, dan is de voorwaarde eenvoudig potestatief. Ze is eveneens eenvoudig potestatief, wanneer de schuldeiser of schuldenaar ze door hun wil kunnen teweegbrengen (of verhinderen), al is daarbij ook een handeling van de betrokken partij vereist of al vergt de realisatie van de wil van de betrokkene een extern middel.

De voorwaarde is gemengd, als haar vervulling afhangt van de wil van een van de betrokken partijen en van de wil van een bepaalde derde. De voorwaarde is ten slotte louter potestatief, als ze *enkel van de wil* van de schuldenaar of van de schuldeiser afhangt.

– *Nietigheid van de louter potestatieve voorwaarde*

66 Een verbintenis aangegaan onder een *opschortende* voorwaarde die *louter potestatief is langs de zijde van de schuldenaar* is nietig. De schuldenaar verbindt zich immers niet reëel, indien hij zich slechts verbindt voorzover hij wil presteren. Opdat een voorwaarde geldig zou zijn, leerde reeds POTHIER, ‘il faut qu’elle ne détruise pas la nature de l’obligation: telle est la condition qui ferait dépendre l’obligation de la pure et seule volonté de la personne qui s’engage, comme si je promettais de donner quelque chose à quelqu’un, si cela me plaisait, *si voluero*; car l’obligation étant *iuris vinculum quo necessitate astringimur*, et refermant essentiellement une nécessité de donner ou de faire quelque chose, rien n’est plus contraire à sa nature que de la faire

(*1) Cass. fr. 28 mei 1974, D.S. 1975, 144, met noot A. PONSARD.

dépendre de la pure volonté de celui qu'on supposerait la contracter, et par conséquent une telle condition ne suspend pas, mais détruit l'obligation qui pèche en ce cas par le défaut du lien'. (*1)

Men zou ook kunnen zeggen dat de verbintenis gewoon niet bestaat, omdat de toestemming ontbrak van diegene die zich verbond. Die kan niet zozeer te allen tijde op zijn gegeven woord terugkomen; hij heeft daarentegen zijn woord nooit gegeven. De rechtshandeling waaruit zijn zgn. verbintenis voortspuit, mist eigenlijk een constitutief bestanddeel, namelijk de toestemming van de schuldenaar. In die zin is artikel 1174 B.W. dus eigenlijk een overbodige bepaling. Een volledig *vrijblijvende belofte* verbindt tot niets. 'Door de vrijheid die de schuldenaar zich voorbehoudt om niet na te komen, verbindt hij zich niet om na te komen'. (*2)

67 Het is dus van belang de schuldenaar van de verbintenis te identificeren, omdat potestativiteit in de persoon van de schuldenaar de nietigheid van de verbintenis met zich meebrengt, terwijl een verbintenis waarvan de nakoming afhangt van het goeddenken van de schuldeiser geldig is. (*3) Maar in een *wederkerige* overeenkomst is elke partij zowel schuldeiser als schuldenaar. Dit neemt echter niet weg dat de verbintenis om de koopsom te betalen b.v. enkel op de koper rust, terwijl de correlatieve verbintenis om de eigendom over te dragen uitsluitend op de verkoper weegt. Bij een verkoop die, binnen een bepaalde termijn, nog door de koper moet worden bevestigd, hangen zowel de verbintenis om de koopsom te betalen als die om de eigendom over te dragen af van de wil van de koper, de schuldenaar van de verbintenis om de koopsom te betalen. Diens verbintenis is dus nietig wegens potestativiteit (wat overigens niet uitsluit dat ook de correlatieve verbintenis, om een andere reden evenwel, evenzeer nietig is; zie verder, nr. 92).

68 Men merke voorts op dat de verbintenis zelf nietig is, en niet alleen de voorwaarde. Het is dus niet zo dat de voorwaardelijke verbintenis onvoorwaardelijk wordt en dat de verbintenis actueel en onvoorwaardelijk blijft bestaan. Dit zou immers geheel indruisen tegen de bedoeling van diegene die zich louter potestatief verbindt.

De bedoelde nietigheid is ten slotte een relatieve nietigheid: artikel 1174 B.W. beschermt duidelijk enkel privébelangen. (*4) Omdat het erop aankomt de schuldeiser te beschermen tegen de willekeur van een louter potestatief verbonden schuldenaar,

(*1) R. POTHIER, *Traité des obligations*, gecit. door BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, 18-19, nr. 781. Vgl. F. LAURENT, *o.c.*, XVII, nr. 55: 'Les contrats sont chose sérieuse; or, traiter sous la condition: si le débiteur veut, c'est faire une mauvaise plaisanterie; faut-il une disposition de la loi pour décider qu'il n'y a pas d'obligation, lorsque le débiteur ne s'oblige pas?'

(*2) C.J.H. BRUNNER en G.T. DE JONG, *Verbintenissenrecht. Algemeen*, Deventer, 1999, 55, nr. 71. Zie niettemin voor een voorbeeld van een dubbele louter potestatieve voorwaarde, Vred. Westerlo 1 oktober 1999, *A.J.T.* 2000-01, 816.

(*3) Zie b.v. Antwerpen 15 december 1997, *T.B.B.R.* 1998, 352.

(*4) Zie Cass. 21 oktober 1971, *Arr. Cass.* 1972, 1972, 118, *R.C.J.B.* 1972, 415, met noot F. RIGAUX: de afwezigheid van toestemming betekent niet dat het contract onbestaande is, maar wel dat het aangetaast is door een relatieve nietigheid.

kan enkel hij (de schuldeiser) de nietigheid vorderen. (*1) Wel kan de rechter, ambtshalve de rechtsgronden aanvullend en met toepassing van het adagium *Dabo tibi ius* een middel of een verweer verwerpen door te wijzen op de nietigheid van een verbintenis wegens haar potestatief karakter. (*2)

69 Een *ontbindende* voorwaarde die *louter potestatief is langs de zijde van de schuldenaar*, wordt daarentegen als geldig beschouwd. (*3) De verbintenis ontstaat en verbindt, zolang de schuldenaar niet verklaart niet meer gebonden te willen zijn. Er is dus een verbintenis; pas wanneer de schuldenaar ze opheft, vervalt ze. De potestatieve ontbindende voorwaarde, zonder terugwerkende kracht (zie verder, nr. 218), komt overigens neer op een nuttig en economisch verantwoord contractueel vastgelegd opzeggingsrecht bij overeenkomsten die voortdurende verbintenissen in het leven roepen. (*4) De afwezigheid van terugwerkende kracht kan voortvloeien uit een (uitdrukkelijk of stilzwijgend) beding van de partijen, of uit de aard van de zaak: verbintenissen die opeenvolgende of voortdurende prestaties in het leven roepen, worden niet retroactief ontbonden (zie verder, nr. 221).

Het bestaan van de verbintenis onder ontbindende louter potestatieve voorwaarde is overigens niet voorwaardelijk, alleen de uitvoering is voorwaardelijk. Maar vanaf haar ontstaan wordt de verbintenis door de goede trouw beheerst; het erin besloten opzeggingsrecht zal te goeder trouw moeten worden nagekomen (zie verder nrs. 169 e.v.).

Als typisch voorbeeld van een langs de zijde van de schuldenaar ontbindende potestatieve voorwaarde citeert men (*5) het beding waarbij de verkoper het recht behoudt de verkochte zaak terug te nemen, tegen teruggave van de oorspronkelijke prijs en van de in artikel 1673 B.W. bedoelde vergoeding (art. 1659 B.W.). Bij een verkoop met recht van wederinkoop is de verkoper schuldenaar van een verbintenis om iets te geven; maar hij kan de werking van deze verbintenis beëindigen door van zijn recht van wederinkoop gebruik te maken. Een zodanige verkoop creëert dus een verbintenis die onderworpen is aan een ontbindende voorwaarde, afhankelijk van de wil van de schuldenaar, de oorspronkelijke verkoper. Deze verbintenis wordt echter niet getroffen door de nietigheid van artikel 1174 B.W. Allereerst is de voorwaarde in be-

(*1) Vgl. *Jurisclasseur civil*, art. 1168-1174, Parijs, 1995, nr. 49; Ph. MALAURIE en L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, VI-3, *Les obligations. Le régime général*, Parijs, 2001, 133, nr. 182.

(*2) Cass. 18 juni 1970, *Arr. Cass.* 1970, 981 (antwoord op het eerste cassatiemiddel); Brussel 14 februari 1972, *J.T.* 1972, 574. De rechter mag echter het voorwerp van de ingestelde rechtsvordering niet wijzigen.

(*3) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 155bis; Rb. Brussel 25 juni 1958, *J.T.* 1959, 6 (9); Kh. Brussel 8 juni 1966, *R.W.* 1966-67, 1196; Brussel 6 oktober 1993, *T.B.H.* 1994, 263 (268). P.A. FORIERS ('Propos sur la condition résolutoire purement potestative', in *Liber amicorum Y. Merchiers*, 2002, 115-126) relateert deze regel gevoelig; voor zijn standpunt meent hij overigens steun te vinden bij het Hof van Cassatie (zie noot 1 onder Cass. 16 december 1960, *Arr. Cass.* 1961, 375; vgl. Ph. MALAURIE en L. AYNÈS (*Cours de droit civil*, VI, *Les obligations*, vol. 3, *Le régime général*, Parijs, 2001, 130, nr. 170): 'Malgré la dose importante de potestativité de son obligation, le débiteur est sérieusement engagé, car sa rétractation est subordonnée à une restitution, ou limitée par un délai, ou lui cause un sacrifice. La règle n'en est pas moins étrange; si... le créancier est entièrement au pouvoir du débiteur, l'engagement devrait être annulé'.

(*4) H.R. 28 mei 1952, *N.J.* 1953, nr. 394, met noot Ph.A.N. H.

(*5) Zie o.m. H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 155bis, b°.

ginsel eenvoudig, en niet louter potestatief: de verkoper moet immers de koopsom en de gemaakte kosten terugbetalen. Bovendien en vooral is de voorwaarde ontbindend, en niet opschortend. Juridisch beschouwd, is er geen wederinkoop door de oorspronkelijke verkoper. De koper verkoopt het goed niet terug aan de oorspronkelijke verkoper; door de werking van de ontbindende voorwaarde wordt de verkoop geacht nooit te hebben plaatsgehad. (*1) (*2)

70 Ook een *louter potestatieve* (opschortende zowel als ontbindende) voorwaarde die afhangt van de wil van de *schuldeiser* tast de rechtsgeldigheid van de verbintenis niet aan. (*3) De verbintenis is dan immers afhankelijk van diegene die op haar nakoming aanspraak kan maken, wat haar weliswaar een voorwaardelijk karakter verleent, maar haar bindende werking niet ontkracht.

Er zij echter aan herinnerd dat een verbintenis om te verkopen die afhangt van de wil van de koper (aankooptie) geen voorwaardelijke verbintenis is; de toestemming van de beweerde koper met de voorgenomen verkoop is immers essentieel voor de rechtsgeldigheid van de verkoopovereenkomst (zie *supra*, nr. 35).

71 Het zo-even betoogde in verband met voorwaardelijke rechtshandelingen moet worden genuanceerd en aangepast, als het om *giften* gaat. Weliswaar is een schenking onder de levenden nietig, als ze gedaan wordt onder voorwaarden waarvan de uitvoering van de loutere wil van de schenker afhangt (art. 944 B.W.), wat erop lijkt te wijzen dat artikel 944 B.W. slechts een herhaling vormt van artikel 1174 B.W. Maar artikel 944 B.W. is ook van toepassing op de eenvoudig potestatieve voorwaarde. Schenkingen worden immers gekenmerkt door een versterkte onherroepelijkheid (art. 894, 945 en 946 B.W.). De schenker mag zich niet, via allerlei bedingen, het recht voorbehouden rechtstreeks of onrechtstreeks op zijn schenking terug te komen. Daarom mag een schenking niet afhankelijk worden gesteld van een eenvoudig potestatieve voorwaarde, die immers deels door de schenker kan worden beïnvloed. (*4) Zelfs gemengde voorwaarden zijn uit den boze. (*5)

Een arrest van het Hof van Cassatie van 26 januari 1984 (*6) zaaide terzake echter twijfel. Een arts deed een schenking aan een bediende ‘op voorwaarde dat de begif-

(*1) H. DE PAGE, *o.c.*, IV, uitg. 1975, door R. DEKKERS, nr. 312; J. GHESTIN en B. DESCHÉ, *La vente*, Parijs, 1990, 646, nr. 580; Brussel 6 oktober 1993, *T.B.H.* 1994, 263 (268, nr. 5), in verband met de terugkoop van aandelen. Er zij echter aangestipt dat de verkoop met recht van wederinkoop een wederkerige overeenkomst is (zie verder, nr. 92), en dat hij in de praktijk meestal tot zekerheidsverschaffing diende (H. DE PAGE, IV, *o.c.*, 327, nr. 314).

(*2) *Jurisclasser civil*, art. 1168-1174, Parijs, 1995, nr. 48.

(*3) Antwerpen 15 december 1997, *T.B.B.R.* 1998, 352.

(*4) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 315, A.

(*5) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Brussel-Parijs, 1875, XII, nr. 409; H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 555; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Donations et testaments*, I, nrs. 1459-1461; anders: G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit civil, Les successions et les libéralités*, Parijs, 1983, 395, nr. 504; L. RAUCENT, *Les libéralités*, Brussel, 1991, 135, nr. 175; A. VERBEKE, *Comm. Erfr.*, art. 894, nr. 22.

(*6) *R.W.* 1984-85, 2325, *Pas.* 1984, I, 578; zie hierover M. PUELINCKX-COENE, ‘Overzicht van rechtspraak. Giften’, *T.P.R.* 1994, 1680-1681, nr. 120.

tigde zijn diensten bij de schenker zou voortzetten en maandelijks een staat van zijn ontvangsten en uitgaven zou voorleggen'. Volgens het cassatiemiddel hing deze schenking ten slotte af van de goede wil van de schenker, die, door de intrekking van de aan de begiftigde verleende volmacht, de schenking op elk ogenblik kon herroepen; de schenking was derhalve gedaan onder een voorwaarde waarvan de schenker door zijn enkele wil de verwezenlijking kon beletten. Het Hof antwoordt sober '[...] dat de schenking niet gedaan was onder een louter potestatieve voorwaarde, doch onder een voorwaarde waarvan de schenker de verwezenlijking niet door zijn enkele wil kon beletten'. Dit nogal sybillijns klinkende antwoord zou – ten onrechte (*1) – de indruk kunnen verwekken dat het Hof de traditionele opvatting verwerpt, volgens welke ook de eenvoudige potestatieve voorwaarde door artikel 944 B.W. wordt bedoeld.

72 Artikel 944 B.W. is verder evengoed van toepassing op opschortende als op ontbindende voorwaarden. (*2) Het artikel geldt bovendien zowel voor formele schenkingen, als bedoeld door artikel 931 B.W., als voor schenkingen die aan de schenkingsformaliteiten ontsnappen (onrechtstreekse en vermomde schenkingen, schenkingen van hand tot hand voorzover daarbij enige voorwaarde kan worden bedongen).

73 Wanneer de schenking van een potestatieve voorwaarde afhankelijk is, is de gehele schenking nietig (art. 944 B.W.). Artikel 944 B.W. wijkt in dit opzicht af van artikel 900 B.W. (zie daarover verder, nr. 108): het is niet zo dat enkel de potestatieve voorwaarde voor niet geschreven wordt gehouden. (*3)

(*1) Volgens P. DELNOY ('Chronique de jurisprudence. Les libéralités', *J.T.* 1989, 328, nr. 32) gebeurde de schenking in werkelijkheid om de begiftigde aan te sporen om zijn diensten verder te blijven zetten. De voorwaarde was dan ook eerder een last. L. RAUCENT ('Examen de jurisprudence. Les successions et les libéralités', *R.C.J.B.* 1988, 685, nr. 24) en A. VERBEKE (*o.c.*, nr. 22; vgl. R. DILLEMANS, *Testamenten*, Antwerpen-Amsterdam, 1977, 270, nr. 138) zijn daarentegen van mening dat de schenker de schenking inderdaad ongedaan kon maken door de begiftigde te ontslaan, maar volgens hen hing dit ontslag af van de omstandigheden én van de wil van de schenker.

Zou echter niet kunnen worden opgeworpen dat het Hof van Cassatie zich ertoe beperkte de cassatiegrief te beantwoorden? In het cassatiemiddel (tweede onderdeel) werd aangevoerd dat 'het Hof van Beroep van Brussel de schenking ten onrechte als geldig had beschouwd, terwijl elke schenking waarvan de uitvoering enkel afhangt van de loutere wil van de schenker nietig is, en dat de kwijschelding van schuld was gedaan onder een voorwaarde waarvan de schenker door zijn enkele wil de verwezenlijking kon beletten'. Het Hof antwoordt gewoon dat de schenking *in casu* was gedaan onder een voorwaarde waarvan de schenker de verwezenlijking niet door zijn enkele wil kon beletten. Het Hof volgt in deze interpretatie van de feitenrechter, die inderdaad enigszins wijst in de richting van een last.

Het lijkt me in elk geval overdreven om aan dit arrest te veel belang te hechten. In het eerste onderdeel werd enkel een schending van de motiveringsplicht ingeroepen, alsmede de schending van de art. 1319, 1320 en 1322 B.W. Het tweede onderdeel, waarin de schending van de art. 944 en 894 B.W. werd ingeroepen, werd door het Hof beantwoord met verwijzing naar het antwoord op het eerste onderdeel. De verhinderende van de voorwaarde hing overigens wel af van het goeddunken van de schenker die de bediende kon ontslaan, maar haar verwezenlijking niet; die onderstelde de medewerking van de bediende.

(*2) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 315, B.

(*3) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 555; G. MARTY en P. RAYNAUD, *o.c.*, 396, nr. 506.

74 Artikel 944 B.W. is echter enkel van toepassing op schenkingen die versterkt onherroepelijk zijn; maar deze versterkte onherroepelijkheid geldt niet voor alle schenkingen. (*1)

Ze geldt b.v. niet voor schenkingen tussen aanstaande echtgenoten bij huwelijkscontract gedaan (art. 1093 B.W.). Deze schenkingen zijn dan ook aan het gemene recht inzake voorwaardelijke rechtshandelingen onderworpen: ze zijn slechts ongeldig, indien ze gedaan zijn onder een louter potestatieve opschortende voorwaarde. Hetzelfde geldt voor schenkingen door derden bij huwelijkscontract gedaan aan de aanstaande echtgenoten. (*2)

Ook contractuele erfstellingen die aanstaande echtgenoten of echtgenoten elkaar toestaan in het huwelijkscontract of in akte tot wijziging van het huwelijksvermogensstelsel, zijn onderworpen aan het gemene recht inzake voorwaardelijke rechtshandelingen. Dit mag ook worden aangenomen voor contractuele erfstellingen uitgaande van derden. (*3)

In verband met de contractuele erfstelling zij evenwel opgemerkt dat ze de goederen tot voorwerp heeft die de insteller bij zijn overlijden zal nalaten. De insteller kan derhalve de omvang van de gift zelf bepalen. Elke contractuele erfstelling gaat dus eigenlijk gepaard met een potestatieve voorwaarde, of exacter, haar voorwerp wordt door de insteller bepaald.

Alle schenkingen tussen echtgenoten tijdens het huwelijk anders dan bij huwelijkscontract gedaan, zijn echter steeds *ad nutum* herroepelijk (art. 1096 B.W.). Dergelijke schenkingen en contractuele erfstellingen kunnen dus zeker van een louter potestatieve voorwaarde van de zijde van de schenker afhankelijk worden gemaakt. Het inlassen van een zodanige voorwaarde heeft echter weinig zin, omdat ze, zoals gezegd, krachtens de wet zelf, steeds en naar believen kunnen worden herroepen.

75 Omdat ook een testament slechts definitief en onherroepelijk wordt door het overlijden van de testator, kan een legaat afhankelijk worden gemaakt van een louter potestatieve opschortende of ontbindende voorwaarde. (*4) Deze voorwaarde moet zich echter kunnen voordoen tussen het opstellen van het testament en het overlijden van de legataris (art. 1040 B.W.). Is de voorwaarde daarentegen potestatief langs de zijde van de erfgenaam, dan is het legaat nietig. Het hangt dan immers af van de wil-

(*1) Vgl. H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nrs. 577-584.

(*2) Zie daarover o.m. M. VAN QUICKENBORNE, *Contractuele erfstelling*, in *A.P.R.*, Gent, 1993, 28-39, nrs. 51-69.

(*3) Vgl. H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 315, C en D.

(*4) B.v. Brussel 2 april 1974, *R.W.* 1974-75, 153; M. PUELINCKX-COENE, 'Legaten onder potestatieve voorwaarde', in A. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *Erfrecht en Testament (Handboek Estate Planning 5)*, Brussel, 2005, 131-132.

lekeur niet van de erflater, maar van de schuldenaar van het legaat, namelijk de erfgenaam of de algemene legataris. (*1)

76 Een schenking onder zuiver potestatieve voorwaarde langs de zijde van de schuldeiser is echter geldig. Men denke daartoe aan een schenking met last, die op eerste verzoek van de schenker moet worden nagekomen. De aanvaarding van de schenking creëert een schuld in de persoon van de begiftigde; maar de nakoming van die schuld is afhankelijk van de schuldeiser, de schenker, en niet van de schuldenaar, de begiftigde. Ouders kunnen b.v. bij een schenking aan hun kinderen bedingen dat hen, op hun eerste verzoek, maandelijks een bepaalde som zal worden uitgekeerd, voor het geval ze financieel in minder goeden doen zouden verkeren. (*2)

b. De moderne opvatting

77 De klassieke opvatting is erg gekunsteld, en pseudo-wetenschappelijk. Ze geeft de indruk nogal geleerd te zijn; maar is, bij nader toezien, weinig nuttig. De vele inspanningen om de verschillende soorten voorwaarden van elkaar te onderscheiden, lijken op het eerste gezicht vrij inefficiënt, omdat het er, inzake rechtshandelingen onder bezwarende titel, enkel op aankomt de louter potestatieve voorwaarde te onderscheiden van alle andere: enkel de opschortende voorwaarde die bovendien louter potestatief is langs de zijde van de schuldenaar, komt immers voor vernietiging in aanmerking.

Weliswaar ligt het probleem ingewikkelder bij voorwaardelijke giften; maar ook daar lijken vele vereenvoudigingen mogelijk, door zich te concentreren op de toevallige voorwaarde, de enige die inzake gewone schenkingen geoorloofd is. Men kent daar weliswaar nog een aantal giften die niet versterkt onherroepelijk zijn, zoals de contractuele erfstellingen tussen aanstaande echtgenoten, maar hierop is dan weer de gemeenschappelijke regeling inzake voorwaardelijke rechtshandelingen van toepassing. Andere giften zijn naar willekeur door de schenker of erflater herroepelijk, zodat de loutere potestativiteit hun geldigheid niet in de weg staat. De sleutel van de oplossing lijkt derhalve eerder te liggen in een analyse van de mate van gebondenheid van de beschikker dan in een pseudo-geleerd betoog over de verschillende vormen van potestativiteit.

(*1) Voor meer details, zie H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, 400-404, nrs. 317-321. Vgl. Rb. Oudenaarde 27 mei 1994, *R.W.* 1994-95, 1232: Het testamentair beding waarbij de enige en algemene legataris gemachtigd wordt om de nalatenschap onder de familie te verdelen, heeft een louter potestatief karakter. Nochtans is een testament waarbij aan iemand een legaat wordt verleend onder een eenvoudig potestatieve voorwaarde, niet ongeldig, en is art. 1178 B.W. er niet op van toepassing (R. DILLEMANS, *Testamenten*, Antwerpen-Amsterdam, 1977, 271). Maar de geciteerde beschikking die de uitvoering van het testament geheel aan de willekeur van de algemene legataris overlaat, is geen laatste wilsbeschikking van de testator, maar hangt enkel af van de wil van de algemene legataris, die er alle belang bij heeft zo weinig mogelijk of, *à la limite*, in het geheel niets, over te laten aan de familieleden. Als legaat is deze beschikking nietig, en kan ze hoogstens een natuurlijke verbintenis doen ontstaan (R. DILLEMANS, *ibid.*).

(*2) Vgl. M. PUELINCKX-COENE, 'Schenken onder potestatieve voorwaarde' in A. VERBEKE, F. BUYSSSENS en H. DERYCKE (eds.), *Schenken (Handboek Estate Planning 2)*, Brussel, 2005, 425, nr. 658.

78 Een zodanig betoog is inderdaad niet zeer verhelderend. Zo zal iedereen het er wel over eens zijn dat een verbintenis die enkel afhangt van de wil van de schuldenaar slechts een schijnverbintenis is, waarmee rechtens geen rekening kan worden gehouden. De wil van de schuldenaar moet enigermate geobjectiveerd worden, en in een werkelijke handeling uitmonden. Men kan zich echter erg banale handelingen voorstellen, die bijna samenvallen met de loutere wil van de schuldenaar. Die kan me b.v. een dansje beloven, als ze even de wenkbrauwen fronst, of aan haar oor trekt, of glimlacht. Kan dit wenkbrauwingefrons worden beschouwd als een ‘eenvoudig potestatieve voorwaarde’?

In dit verband zij eraan herinnerd dat de term ‘louter potestatief’ wel degelijk voorkomt in het oorspronkelijke ontwerp van de *Code civil*. (*1) Uiteindelijk werd de term ‘louter’ weliswaar geschrapt. Maar de bedoeling van deze tekstwijziging lijkt te zijn geweest artikel 1174 B.W. ook van toepassing te maken op de uitvoering van een zeer banale handeling – indien ik aan mijn neus wrijf b.v. – die, normalerwijze gesproken, kan worden beschouwd als enkel van de wil van de schuldenaar afhankelijk. (*2)

Ook het onderscheid tussen een eenvoudig potestatieve en een gemengde voorwaarde is niet overtuigend. De eenvoudig potestatieve voorwaarde hangt deels af van de wil van een onbepaalde derde, terwijl de gemengde deels afhangt van de wil van een bepaalde derde. Toch is in talloze – zo niet in alle – situaties de vervulling van de gemengde voorwaarde moeilijker dan de vervulling van het eenvoudig potestatief equivalent ervan. (*3) Men denke aan het volgende voorbeeld: ik beloof je mijn paard, als ik trouw met T (tenzij T zelf het paard wil berijden). Maar een huwelijk met T is voor mij (en, naar ik onderstel, voor zeer velen) veel moeilijker te realiseren dan een huwelijk met een willekeurige derde. T is erg kieskeurig, en bovendien zeer gewild op de huwelijksmarkt; de vraag overtreft in hoge mate het aanbod. Een huwelijk met een onbepaalde derde (d.w.z. met enige derde) behoort daarentegen meer tot mijn mogelijkheden: hàar zal ik allicht gemakkelijker in het huwelijksbootje krijgen dan T. Dit is overigens het tragisch lot van elke mens: Romeo kon gemakkelijk zijn leven delen met een willekeurig meisje; alleen met zijn ware liefde, Julia, lukte dit niet. Datgene wat men echt wil, blijft helaas meestal onbereikbaar.

79 Bovendien vloeit de nietigheid van een verbintenis onder louter potestatieve voorwaarde langs de zijde van de schuldenaar niet alleen en niet zozeer voort uit het

(*1) P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Parijs 1826 (herdruk O. Zeller, Osnabrück, 1968), XIII, 13; Y. HANNEQUART, ‘La condition’, in *Nov., Dr. civ.*, IV-2, nr. 78.

(*2) Voor meer details, zie G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, *o.c.*, XIII, 17-19, nr. 781.

(*3) A. VERBEKE en I. VERVOORT (‘Contracten onder voorwaarde’, in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten Kanscontracten*, Schoten, 2004, 168 e.v., nr. 22, noot 46) vinden het onderscheid ‘bizar’. Zij achten H. DE PAGE (*o.c.*, I, nr. 155bis) ervoor verantwoordelijk. H. DE PAGE nam het onderscheid echter over van BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE (*o.c.*, XIII, 22, nrs. 785-786) die het als volgt rechtvaardigen: ‘...(L)orsque la condition dépend à la fois de la volonté d’une des parties contractantes et d’un tiers, elle est potestative, et non mixte, si le tiers est indéterminé. Exemple: *si je me marie*. C’est qu’en pareil cas, relativement aux parties, la volonté d’un tiers a vraiment le caractère du hasard’.

feit dat hij zich slechts vrijblijvend heeft verbonden, maar ook en vooral uit de bekommernis de schuldeiser te beschermen tegen de willekeur van de schuldenaar. ‘A partir d’une nullité organique, sanctionnant l’absence d’un élément sans lequel l’obligation ne pouvait exister, à savoir un consentement réel, [la nullité édictée par l’article 1174 C. civ.] devient de plus en plus une nullité de protection visant à empêcher qu’une partie soit obligée sans bénéficiaire d’un engagement réel et contrepartie’. (*1) Dit lijkt de kernidee te zijn, de leidraad die ten grondslag ligt aan het onderscheid tussen een louter potestatieve en de eenvoudige potestatieve voorwaarde van de klassieke theorie. (*2)

80 In dit perspectief is het leerzaam even uit te weiden over de *partijbeslissing* (*3), waarmee de verbintenis onder louter potestatieve voorwaarde veel verwantschap vertoont. Bij een partijbeslissing wordt het voorwerp van de verbintenis van een van de betrokken partijen door haarzelf of door haar wederpartij bepaald. De partijen bepalen dus niet rechtstreeks en bij het aangaan van de overeenkomst het voorwerp van de respectieve verbintenissen, maar zij laten de bepaling van dit voorwerp aan een van hen over. De geldigheid van een partijbeslissing wordt thans algemeen aanvaard.

Het voorwerp van de verbintenis kan zowel door de schuldeiser als door de schuldenaar nader worden bepaald. Bepaalt de schuldeiser het voorwerp van de verbintenis van de schuldenaar, dan verdient deze laatste evenwel een grotere bescherming dan wanneer hij rechtstreeks, in de overeenkomst zelf, zou hebben ingestemd met het voorwerp van de verbintenis. De schuldenaar is dan ook slechts verbonden door de partijbeslissing van de schuldeiser, voorzover deze laatste de hem gegeven bevoegd-

(*1) J. GHESTIN, ‘L’indétermination du prix de vente et la condition potestative’, *D.* 1973, chron. 294, nr. 5; vgl. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, 1987, 762, 1.d; *Jurisl. civ.*, art. 1168-1174, nr. 38: ‘La condition purement potestative... s’entend dorénavant indistinctement d’une condition portant sur le consentement même du débiteur ou d’une condition portant sur un événement en son pouvoir dès lors que le créancier est abandonné à l’arbitraire du cocontractant’; vgl. Ph. MALAURIE, noot in *D.* 1974, 93; Brussel 14 februari 1972, *J.T.* 1972, 574.

(*2) Vgl. Cass. 18 juni 1970, *Arr. Cass.* 1970, 981 (antwoord op het tweede en derde cassatiemiddel).

(*3) Zie hierover M.E. STORME, ‘De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing’ *T.P.R.* 1988, 1259-1293; K. VANDERSCHOT, ‘De bindende derdenbeslissing en de partijbeslissing in België en Nederland, in J. SMITS en S. STIJS (eds.), *Inhoudsbepaling en uitwerking van overeenkomsten tussen partijen en jegens derden naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, 2005, 425-449; voor een enigszins andere benadering, zie L. CORNELIS, ‘Het mijnenveld rond de bindende derden- of partijbeslissing’, in *Liber amicorum T.P.R. en Marcel Storme*, 2004, 69-87.

J. GHESTIN toont goed het verband aan tussen de partijbeslissing en de potestatieve voorwaarde (J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat: formation*, Parijs, uitg. 1988, 588-598, nrs. 525-528; zie ook J. GHESTIN, ‘L’indétermination du prix et la condition potestative’, *D.* 1973, chron. 293 e.v.; vgl. P. VAN OMMESLAGHE, ‘Examen de jurisprudence. Les obligations’, *R.C.J.B.* 1986, 81, nr. 26: De regel dat elke verbintenis een bepaalbaar voorwerp moet hebben en het verbod van louter potestatieve voorwaarden spruiten voort ‘de la même idée fondamentale, selon laquelle une obligation ne saurait exister lorsque son contenu dépend uniquement de la discrétion du débiteur ou lorsqu’il est tellement vague que le débiteur pourrait se libérer en n’offrant que des prestations inexistantes ou dérisoires’; P.A. FORIERS, ‘Propos sur la condition résolutoire purement potestative’, in *Liber amicorum Y. MERCHIERS*, 2002, 115, nr. 2, 116, nr. 3 en 123, nr. 11; A. VERBEKE en I. VERVOORT, ‘Contracten onder voorwaarde’, in B. TILLEMANN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten kanscontracten*, Schoten, 2004, 166 e.v., nr. 29). Ook C.J.H. BRUNNER en T.J. DE JONG (*Verbintenissenrecht. Algemeen*, Deventer, 1999, 56, nr.72) leggen expliciet het verband met de partijbeslissing. Zie tevens: Brussel 14 februari 1972, *J.T.* 1972, 574; Gent 25 april 1974, *R.W.* 1974-75, 426 (429); Antwerpen 5 januari 1993, *T.B.B.R.* 1994, 242, met noot I. DURANT; Rb. Nijvel 4 mei 1993, *T.B.B.R.* 1995, 143.

heid in redelijkheid en billijkheid uitoefent, en voorzover hij het voorwerp van des schuldenaars verbintenis, met inachtneming van de (objectieve) *goede trouw*, bepaalt (*1).

Het beding van partijbeslissing is nietig, wanneer het de schuldeiser toestaat het voorwerp van de verbintenis van de schuldenaar naar goeddunken te bepalen. Vermits men de overeenkomsten echter veeleer moet interpreteren in de zin waarin ze enig gevolg kunnen hebben dan in de zin waarin ze geen gevolg kunnen teweegbrengen (*2), zal men het beding bij voorkeur in die zin opvatten dat de schuldeiser zijn bevoegdheid niet willekeurig, en zonder rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar, kan uitoefenen. (*3)

Een voorbeeld van een aan de schuldeiser overgelaten partijbeslissing waarvan de mogelijkheid thans algemeen wordt aanvaard, is de prijsbepaling bij aanneming van werk. (*4)

81 De partijbeslissing kan evengoed worden bedongen ten voordele van de schuldenaar. Hij bepaalt dan het voorwerp van zijn verbintenis. In dit geval verdient de schuldeiser een bijzondere bescherming: de schuldenaar mag de verschuldigde prestatie niet tot bijna-niets herleiden, tot ‘une prestation infime, sans utilité sérieuse pour le créancier’. (*5) De eenzijdig door de schuldenaar bepaalde prestatie zal slechts volstaan, indien zij binnen de grenzen van de *goede trouw* wordt bepaald. (*6)

Andermaal geldt, krachtens de interpretatieregels *potius ut valeat*, dat het beding van partijbeslissing ‘in beginsel zo moet worden uitgelegd dat het niet louter potestatief is. De nietigheid is m.a.w. slechts een noodoplossing voor het geval dergelijke uitleg niet haalbaar is’. (*7)

(*1) M.E. STORME, *o.c.*, 1268, nr. 3.

(*2) Over de draagwijdte van art. 1157 B.W., zie o.m. Cass. 25 september 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 155, *Pas.* 1982, I, 158; Cass. 21 september 1987, *Pas.* 1988, I, 77, *R.W.* 1988-89, 1325; Art. 1157 B.W. betekent niet dat een beding steeds moet worden opgevat in een zin waarin het enig gevolg kan hebben en evenmin dat, wanneer het voor tweeërlei uitlegging vatbaar is, de rechter het altijd derwijze moet uitleggen dat het een recht toekent of een verbintenis oplegt; R. KRUITHOF, H. BOCKEN e.a., ‘Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht’, *T.P.R.* 1994, 443-444, nr. 172; in de hiërarchie van de interpretatieregels heeft art. 1156 B.W. de voorrang op art. 1157 B.W.

(*3) ‘L’intention de ceux qui se rapportent à d’autres personnes, renferme la condition que ce qui sera réglé sera raisonnable; et leur dessein n’est pas de s’obliger à ce qui pourrait être au-delà des bornes de la raison et de l’équité’ (DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, B.I., t. 1, s. III, § 11, gecit. door M.E. STORME, *o.c.*, 1265); H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 155bis; M.E. STORME, *o.c.*, 1265, nr. 5; J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, 2001, losbl., nr. 2547; *Jurisl. civ.*, art. 1168-1174, nr. 22; Bergen 12 november 1979, *Rec. gén. enr. not.* 1980, 177 (180); Rb. Bergen 3 november 1987, *J.T.* 1988, 176.

(*4) Zie o.m. R. KRUITHOF, ‘Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht’, *T.P.R.* 1983, nr. 70 en *T.P.R.* 1994, 365-367, nr. 136.

(*5) R. DEMOQUE, *Traité des obligations*, II, nr. 767.

(*6) M.E. STORME, *o.c.*, 1281, nr. 21. Een erg paternalistische en deugddoende illustratie van de stelling dat de goede trouw willekeur uitsluit, is te vinden in H.R. 3 januari 1934 (*N.J.* 1924, blz. 377), waarin toelaatbaar werd geacht het beding in een echtscheidingsconvenant volgens welk de man de uitkering aan zijn ex-vrouw kon intrekken als haar levenswijze naar zijn oordeel niet goed was. De lagere rechter (Amsterdam 5 december 1922, *N.J.* 1923, blz. 540) oordeelde deze voorwaarde toelaatbaar, omdat de vrouw zich bewust bij het oordeel van de man had neergelegd en omdat art. 1374 Nederlands B.W. (overeenstemmend met ons art. 1134 B.W.) een onredelijk oordeel in de weg stond.

(*7) H. DE PAGE, *o.c.*, I, 230, nr. 155bis.

Een praktisch voorbeeld van een aan de schuldenaar overgelaten partijbeslissing vindt men in een kredietopening, via het disconteren van wissels, waarbij de bankier zich het recht voorbehoudt het disconto 'naar eigen goeddunken' te weigeren. Dit lijkt op het eerste gezicht een louter potestatieve voorwaarde langs de zijde van de schuldenaar-bankier, maar is het in feite niet. Een bankier wil zo veel mogelijk zaken doen en heeft bovendien een reputatie hoog te houden. Men mag dit beding dan ook in die zin interpreteren dat het enkel tot doel heeft de bankier in de mogelijkheid te stellen twijfelachtige handelspapieren te onderzoeken, en, desnoods, zonder verdere uitleg, te weigeren. (*1) Evenzeer kan een vennootschap die ertoe verbonden is aan haar bediende een deel in de gereserveerde winst uit te keren, de hoogte van diens commissie eigenlijk zelf bepalen. Pas als de feitenrechter ervan overtuigd is dat de toekenning van deze commissie, in de bedoeling van beide partijen, van geen enkel redelijk en objectief criterium afhankelijk is en derhalve willekeurig door de vennootschapsorganen wordt bepaald, zal de ten voordele van de schuldenaar bedongen voorwaarde louter potestatief en derhalve nietig zijn. (*2) In dit laatste geval zou echter ook kunnen worden beweerd dat de verbintenis van de vennootschap geen bepaalbaar voorwerp heeft.

82 Net zo min als de schuldenaar, eigenmachtig en in strijd met de objectieve goede trouw, het voorwerp van zijn verbintenis mag minimaliseren, mag de voorwaarde waaronder zijn verbintenis in werking treedt, niet van zijn willekeur afhangen. Bij een eigenlijke partijbeslissing mag de schuldenaar de door hem verschuldigde prestatie niet herleiden tot iets waaruit de schuldeiser nauwelijks of geen voordeel haalt; bij een potestatieve voorwaarde mag de voorwaarde waarvan zijn prestatie afhangt, niet van die aard zijn dat hij, de schuldenaar, ze zonder noemenswaardige gevolgen voor zichzelf teweeg kan brengen of verhinderen.

Wel ligt het accent van beide benaderingswijzen enigszins verschillend. Als het erop aankomt de rechtsgeldigheid van een beding van partijbeslissing door de schuldenaar te beoordelen, zal men er in de eerste plaats over waken dat de prestatie waarop de schuldeiser recht heeft voor hem enig voordeel oplevert: vertoont het voorwerp van de verbintenis van de schuldenaar voor de schuldeiser enig nut, en is dit voorwerp voldoende bepaald, zodat de schuldeiser, op basis van de overeenkomst zelf, dit kan uitmaken? Bij een potestatieve voorwaarde daarentegen ligt de nadruk niet zozeer op het voorwerp van de verbintenis van de schuldenaar, maar wel op de voorwaarden waaronder die verbintenis verschuldigd wordt: kan de schuldeiser, resp. de schuldenaar die voorwaarde zo gemakkelijk in vervulling doen gaan of haar vervulling belletten, dat ze neerkomt op een verbintenis 'indien ik (resp. hij/zij) wil', of tot deze limiet nadert? Bij een bevestigend antwoord, is de verbintenis louter potestatief.

(*1) R. DEKKERS, *Handboek van Burgerlijk Recht*, Brussel-Antwerpen-Gent-Leuven, 1957, II, nr. 480.

(*2) Cass. 18 juni 1970, *Arr. Cass.* 1970, 981; vgl. Cass. 28 maart 1957, *Pas.* 1957, I, 914 e.v., met concl. van W. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

Bovendien moet, in beide gevallen, zowel bij een eigenlijke potestatieve voorwaarde als bij een partijbeslissing, de aan de betrokken partij verleende bevoegdheid om het voorwerp van de verbintenis nader te bepalen of de van haar wil afhankelijke voorwaarde te vervullen (of te verhinderen), behoorlijk en te goeder trouw worden nagekomen. En in beide gevallen zal men, bij twijfel, opteren voor de geldigheid van het beding van partijbeslissing of van de potestatieve voorwaarde. (*1) Men zal er derhalve van uitgaan dat de bevoegdheid tot nadere bepaling te goeder trouw moet worden uitgeoefend. Dit onderstelt dat het vereiste van de objectieve goede trouw een objectieve inhoud heeft en in een bepaalde, reële mate, de appreciatievrijheid van de betrokken partij beperkt. (*2) (*3)

Anderzijds zal een beding krachtens welk de schuldeiser op willekeurige wijze het voorwerp van de verbintenis van de schuldenaar kan bepalen, nietig zijn, terwijl een verbintenis onder louter potestatieve voorwaarde langs de zijde van de schuldeiser, zoals gezegd, rechtsgeldig is. Misschien zou men hierin een argument kunnen vinden voor het kunstmatig karakter van de klassieke doctrine inzake louter potestatieve voorwaarden.

Het voorwerp van de verbintenis is echter onvoldoende bepaald, zodra het deels afhangt van subjectieve elementen. Men denke b.v. aan de verhuur van een parking tegen een prijs die afhangt van het door de uitbater verkregen nettoresultaat. Dit nettoresultaat wordt echter deels bepaald door de huurder-uitbater zelf: hij beslist b.v. eigenmachtig [(is de beslissing van de uitbater niet voor (marginale) objectieve toetsing vatbaar?)] over de onderhoudskosten van het materieel en over de vervanging of afschrijving van dit materieel. Dit houdt echter nog niet in dat de verschuldigde huurprijs afhankelijk is van een louter potestatieve voorwaarde: het nettoresultaat hangt immers ook af van een aantal uitgaven die de uitbater niet kan beïnvloeden, zoals de verschuldigde fiscale en sociale lasten. (*4)

83 Men heeft enkel met een louter potestatieve voorwaarde te maken, indien de vervulling ervan uitsluitend en in alle opzichten van het goedgevoelen van de schuldenaar afhangt. Negatief uitgedrukt: ‘Wanneer er meer is dat een partij op een bepaalde wijze doet handelen dan zijn enkele wil om de voorwaarde al dan niet in vervulling te doen gaan, wordt de voorwaarde niet als een door de wet verboden potestatieve ge-

(*1) Zie b.v. Bergen 12 november 1979, *Rec. gén. enr. not.* 1980, 177 (180); Rb. Luik 11 maart 2004, *Rec. gén. enr. not.* 2004, 451 (II.1.2). De Vrederechter van Sint-Truiden liet de interpretatieregule *Potius ut valeat* primeren door het beginsel dat, in geval van twijfel, een verzekeringscontract tegen de verzekeraar moet worden uitgelegd (Vred. Sint-Truiden 11 oktober 1998, *A.J.T.* 1999-2000, 554).

(*2) Aldus beschouwd, komen de opvattingen van M.E. STORME (*o.c.*) en van L. CORNELIS (*o.c.*) eigenlijk op hetzelfde neer. Deze laatste leert immers dat de criteria op basis waarvan de partijbeslissing wordt genomen, in het beding van partijbeslissing zelf moeten worden aangegeven. Volgens M.E. STORME is dit niet vereist, maar moet de partijbeslissers zijn bevoegdheid niettemin te goeder trouw uitoefenen. Indien dit criterium de vrijheid van de partijbeslissers reëel beperkt – wat toch de bedoeling is – vallen beide stellingen (nagenoeg) samen.

(*3) Cass. 20 mei 1994, *R.W.* 1995-96, 600.

(*4) Rb. Brussel 9 juni 1997, *A.J.T.* 1997-98, 253.

zien'. (*1) Om het begrip 'louter potestatieve voorwaarde' te verduidelijken, kunnen de volgende indicieën nuttig en vruchtbaar zijn.

– *Objectiviteit van de criteria*

84 Van belang zijn daarbij de aard van de criteria op basis waarvan de schuldenaar kan beslissen de voorwaarde al dan niet in vervulling te laten gaan. Berust deze beslissing op een louter subjectieve appreciatie, dan is de schuldenaar in werkelijkheid niet verbonden. Berust ze daarentegen op objectieve en verifieerbare elementen, dan is er een echte verbintenis. (*2) Wanneer de schuldenaar zich verbindt, indien hij zulks opportuun of redelijk vindt, heeft men met een louter potestatieve voorwaarde te maken. De voorwaarde zou daarentegen niet louter potestatief zijn, wanneer de schuldenaar zich verbindt, voorzover dit opportuun en redelijk is. In het eerste geval is het immers enkel de schuldenaar zelf die beslist of hij verbonden zal zijn; in het tweede geval is het de rechter. (*3)

Of de criteria op basis waarvan de schuldenaar zijn beslissing neemt, al dan niet objectief zijn, moet verder worden uitgemaakt op grond van het tijdstip waarop de overeenkomst wordt gesloten, en dus niet naar gelang van het ogenblik waarop ze wordt uitgevoerd. 'C'est au moment où il [le contrat] est conclu qu'il faut se placer pour en apprécier la validité: la vente est nulle du seul fait que le contrat *permet* à une partie de soumettre l'autre à son pouvoir, et pas seulement quand ce pouvoir a été exercé de façon abusive. Réciproquement, le seul fait que la convention ait été exécutée au préjudice de l'autre partie, ne signifie pas nécessairement que la détermination du prix était laissée à l'arbitraire de l'un des contractants'. (*4) In dit laatste geval zal er wel in voorkomend geval sprake zijn van rechtsmisbruik.

85 De gebondenheid van de kredietverzekeraar die zich het recht voorbehoudt slechts de wanbetaling te verzekeren van die debiteuren, die hem, de krediet-

(*1) J.D.A. DEN TONKELAAR, *Opschortende en ontbindende voorwaarden volgens BW en NBW*, in *Studiepockets Privatrecht*, nr. 31), Zwolle, 1983, 54.

(*2) Vgl. *Jur. civ.*, art. 1168-1174, nr. 41; J. GHESTIN, 'La notion de condition potestative', in *Études dédiées à Alex Weill*, Parijs, 1983, 253-255, nr. 17; Kh. Brussel 8 juni 1966, *R.W.* 1966-67, 1196; PITLO-CAHEN, *o.c.*, 37.

(*3) AUBRY en RAU, *Cours de droit civil français*, IV, 6e uitg., door E. BARTIN, Parijs, 1964, § 302, 96-97; 'Il y a une obligation valable lorsque je promets de vous donner quelque chose si je le juge raisonnable; car il n'est pas laissé à mon choix de vous donner ou de ne pas vous donner, puisque je suis obligé au cas où cela soit raisonnable' (R. POTHIER, *Traité des Obligations*, nr. 48; een nogal betwistbaar en te liberaal standpunt).

(*4) J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat: formation*, Parijs, 1988, 597, nr. 528. Dat de schuldenaar op het ogenblik van de vervulling van de voorwaarde niet willekeurig handelt, is derhalve onvoldoende. Uit het voorwaardelijk beding zelf moet – impliciet of expliciet – blijken dat de schuldenaar dit niet mag doen (M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsvereenkomstenrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, 2001, 929, nr. 581: 'Enkel wanneer het ontslag door de werkgever [...] door en in de voorwaarde zelf impliciet of expliciet beperkt blijft tot situaties die de werkgever niet eenzijdig kan determineren, is het niet de uitsluitende wil van de werkgever die krachtens de verbintenis de verschuldigheid van het loon bepaalt [...] Het feit dat de werkgever bij het nemen van de concrete ontslagbeslissingen niet abusief of willekeurig handelt en zich soms laat leiden door omstandigheden die niet in zijn macht liggen staat los van de voorwaarde zelf'; Kh. Hasselt 29 maart 1990, *De Verz.* 1991, 212 (215): *impliciet* anders: Cass. 25 november 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 373.

verzekeraar, als voldoende solvent voorkomen, is niet potestatief. (*1) *A fortiori* is geldig het in een overeenkomst tot rechtsbijstandverzekering niet ongebruikelijke beding, krachtens welk de verzekeraar zich het recht voorbehoudt zijn dekking te weigeren of stop te zetten, wanneer hij de eis van de verzekerde, in feite of in rechte, niet verdedigbaar of de procedure nutteloos acht. (*2)

Hetzelfde geldt voor de voorwaardelijke schuldenaar wiens schuld afhangt van het onzekere feit dat een bepaalde fabricatie rendabel zal zijn. (*3) Evenmin hangt de voorwaarde ‘indien de schuldenaar zal kunnen of in staat zal zijn te betalen’, af van zijn enkele wil, maar van zijn objectief verifieerbare financiële toestand. (*4) Onderstel voortszijds een arbeidsovereenkomst waarbij de werkgever zich het recht voorbehoudt de arbeidsvoorwaarden te wijzigen, in functie van de economische behoeften van de onderneming. (*5) Het criterium op basis waarvan de werkgever van zijn *ius variandi* gebruik kan maken, is vatbaar voor objectieve verificatie.

Vaak bedingt een bank bij een lening dat zij de interestvoet eenzijdig kan vaststellen of wijzigen. Daarmee wordt in de regel bedoeld dat ze de interest zal bepalen op basis van de op de financiële markten toegepaste interestvoet, wat een objectief en verifieerbaar criterium uitmaakt. (*6)

86 Als een verhuurder daarentegen een privédetective opdracht geeft inlichtingen in te winnen over een kandidaat-huurder, en hij de detective zal vergoeden, voorzover de door deze laatste verschaftte inlichtingen hem (de verhuurder) voldoening geven, werd geoordeeld dat de verbintenis van de verhuurder slechts schijn was. (*7) Men zou nochtans kunnen opwerpen dat een dergelijk beding in de regel slechts inhoudt dat de schuldeiser (de detective) zich bij het oordeel van de schuldenaar zal moeten

(*1) Cass. fr. 22 november 1989, *G.P.* 1990, I, pan. jurispr.; men vergelijk dit geval met de door R. DEKKERS (zie *supra*, nr. 81) geciteerde bankier die mag weigeren bepaalde wissels te disconteren; Rb. Dendermonde 19 december 1931, *R.G.A.R.* 1934, 1675; Kh. Hasselt 29 maart 1990, *De Verz.* 1991, 212.

(*2) Cass. 16 december 1960, *Arr. Cass.* 1961, 375 (zie ook verder, nr. 93, noot 4); vgl. Vred. Fosses 3 februari 1959, *J.L.* 1959-60, 38; Luik 22 juni 1977, *J.T.* 1977, 655; Rb. Dinant 19 december 1996, *D.C.C.R.* 1997, 338, met noot J.L. FAGNART.

De rechtsbijstandsverzekering wordt thans geregeld door art. 93 Wet Landverzekeringsovereenkomst en art. 7 K.B. 12 oktober 1990 betreffende de rechtsbijstandsverzekering (als vervangen bij art. 3 K.B. 24 december 1993; voor meer details zie o.m. Ph. COLLE, *Bijzonder gereglementeerde verzekeringscontracten in Hoofdlijnen*, 2e uitg., Antwerpen-Apeldoorn, 1996, 258-261.

(*3) Cass. fr. 12 mei 1980, *Bull. civ.* 1980, IV, nr. 190.

(*4) Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, IV, *Verbintenissenrecht*, deel I, *De verbintenis in het algemeen*, 12e uitg., door A.S. HARTKAMP, Deventer, 2004, nr. 167. In welke mate deze financiële toestand objectief verifieerbaar is, hangt uiteraard af van de concrete omstandigheden van elk geval. Het beding waarbij de schuldenaar zich ertoe verbindt bepaalde producten te leveren ‘volgens zijn mogelijkheden’, bevat geen louter potestatieve voorwaarde, maar een objectieve omstandigheid die niet alleen van de wil van de schuldenaar afhangt (Cass. 9 januari 1959, *Pas.* 1959, I, 462).

(*5) Arbh. Bergen 28 november 1985, *T.S.R.* 1986, 407. Hierbij zij eraan herinnerd dat art. 25 Arbeidsovereenkomstenwet bedingen waarbij de werkgever zich het recht voorbehoudt om de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen, nietig verklaart. Toch stelt het wijzigingsrecht van de werkgever nog tal van problemen (zie hierover R. KRUIHOF, H. BOCKEN e.a., ‘Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht’, *T.P.R.* 1994, 367-371, nr. 137).

(*6) A. SERGYSELS, ‘La clause de modification unilatérale dans les conditions générales bancaires’, *Bank Fin.* 1996, 493-496; Antwerpen 4 oktober 1989, *Pas.* 1990, II, 69; Rb. Nijvel 1993, *T.B.B.R.* 1995, 143.

(*7) Parijs 14 mei 1987, *Juris-Data*, nr. 023004.

neerleggen, voorzover diens oordeel met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid werd gevormd en de grenzen van de redelijkheid niet overschrijdt. (*1) Indien de privédetective, in het gegeven voorbeeld, het maandinkomen van de huurder (en eventueel van zijn partner), zijn uitgavenpatroon en de samenstelling van zijn gezin en zijn vermogen heeft meegedeeld, alsmede zijn beroep en eventueel dit van zijn levenspartner, en een en ander kan staven met bewijzen, zou de verhuurder die deze gegevens onvoldoende acht, in strijd met de goede trouw handelen. De verhuurder kan dus niet willekeurig de bevindingen van de detective als onvoldoende en als irrelevant van de hand wijzen; de detective moet die gegevens vermelden die voor een normaal voorzichtig en oppassend verhuurder voldoende zijn om de solvabiliteit van de huurder te beoordelen.

87 In een verkoop op proefing (*ad gustum*) (art. 1587 B.W.) is er geen verkoop, zolang de koper de te proeven goederen niet heeft geproefd en aanvaard. Men analyseert deze zgn. verkoop meestal als een eenzijdige verkoopbelofte, waaraan nog een constitutief element van de koop ontbreekt, nl. de instemming van de koper. (*2) Aldus gezien, is er van een voorwaarde, laat staan een louter potestatieve voorwaarde geen sprake. De koper op proefing moet de ‘aangekochte’ goederen (wijn b.v.) proeven, en moet dan beslissen of hij al dan niet wenst te kopen.

Eventueel – maar minder orthodox (zie *supra*, nr. 34) – zou men de verkoopverbintenis van de verkoper kunnen beschouwen als afhankelijk van een voorwaarde, die dan inderdaad (behoudens andersluidende bedoeling van de partijen) (*3) louter potestatief zou zijn. De potestativiteit ligt bovendien langs de zijde van de schuldenaar van de prijs, de koper; maar mag niet tot misbruik van recht leiden. (*4)

Een *verkoop op proef* (art. 1588 B.W.) wordt daarentegen in de regel gesloten onder de opschortende voorwaarde dat de proef een positief resultaat zal opleveren. Dit laatste is een objectief feit, dat eventueel door een deskundige kan worden vastgesteld. De koper is dus voorwaardelijk gebonden, omdat hij het intreden van de voorwaarde niet kan beïnvloeden. Een en ander onderstelt evenwel dat de criteria waaraan het verkochte goed moet beantwoorden van tevoren zijn vastgesteld, en van objectieve aard zijn: deze wagen kan b.v. een snelheid halen van 130 km per uur; hij verbruikt weinig (?) benzine (dit zou beter cijfermatig gepreciseerd worden); en hij biedt zitcomfort (ook dit laatste criterium zou beter worden geobjectiveerd: ruimte voor minimum vier personen van hoogstens 2 m lang en 1 m breed, enz.). (*5)

(*1) Vgl. ASSER-HARTHAMP, *o.c.*, nr. 168.

(*2) H. DE PAGE, *o.c.*, IV, uitg. 1975, nrs. 258 e.v.

(*3) H. DE PAGE, *o.c.*, IV, nr. 261.

(*4) J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat: formation*, Parijs, 1988, 271, nr. 241; J. GHESTIN en B. DESCHÉ, *La vente*, Parijs, 1990, 631, nr. 564, noot 47. Als men deze laatste restrictie aanbrengt, zal men de ‘voorwaarde’ eerder als eenvoudig potestatief beschouwen.

(*5) H. DE PAGE, *o.c.*, IV, nr. 253.

88 Een erg vage verbintenis van een makelaar, belast met de verkoop van een handelszaak, terwijl de verbintenissen van de opdrachtgever nauwkeurig en gedetailleerd waren omschreven, werd daarentegen beschouwd als louter potestatief. (*1) Volgens de rechter verplichtte deze overeenkomst de makelaar slechts tot ‘des prestations dont [il] a tout toute liberté d’apprécier l’ampleur et dont [il] pourrait même s’abstenir sans que le moindre grief puisse lui être fait’.

In verband met deze laatste uitspraak zou men zich echter kunnen afvragen welke verkoper die via een makelaar en tegen vergoeding een kandidaat-koper zoekt, het ermee eens zal zijn dat de door deze laatste te leveren prestaties van zijn enkele wil afhangen? Het gezond verstand – en artikel 1157 B.W. – pleiten in elk geval duidelijk tegen een zodanige interpretatie. Indien de prestatie van de makelaar overigens in werkelijkheid onbepaald zou zijn, zou de overeenkomst nietig zijn, omdat de verbintenis van de makelaar geen bepaald voorwerp heeft (art. 1129 B.W.).

Een en ander sluit overigens niet uit dat de verbintenis van de makelaar, volgens de termen van de overeenkomst en/of de bedoeling van de partijen, toch enige inhoud heeft, maar dat de makelaar zijn verbintenis niet (voldoende) nakomt. In dit geval is de overeenkomst volkomen geldig, maar kan de opdrachtgever een beroep doen op een of andere sanctie ter beteugeling van de wanprestatie van de makelaar: ontbinding, schadevergoeding, en dergelijke meer. (*2)

89 In een ander geval (*3) ging het om een beding in een arbeidscontract, waarbij een werknemster werd aangeworven ‘voor een wekelijkse arbeidsduur gaande van 0 tot 40 uur’. Wanneer haar werkgever haar minstens één dag van tevoren opriep, moest zij ‘s anderendaags haar taken als werknemster uitvoeren. De feitenrechter (*4) had daaruit afgeleid dat de tewerkstelling van de werknemster uitsluitend afhing van de wil van haar werkgever, bij welke feitelijke vaststelling het Hof van Cassatie zich diende neer te leggen.

Nochtans overtuigt ze niet helemaal. Men kan zich andermaal moeilijk voorstellen dat de werkgever voor zichzelf het recht bedong om zijn werknemster naar believen werk te verschaffen. Ongetwijfeld was het zijn bedoeling op haar diensten een beroep te doen, indien de werkgever haar nodig had, indien er b.v. veel werk ‘aan de winkel’ was, en er veel klanten te bedienen vielen. De verbintenis van de werkgever hing wellicht deels af van de bedrijfseconomische toestand van zijn onderneming. Indien

(*1) Rb. Luik 1 december 1965, *J.L.* 1965-66, 262. De rechter redeneert echter niet zeer coherent. Hij voegt er immers aan toe dat er een flagrante wanverhouding bestaat tussen de over en weer verschuldigde prestaties, wat erop wijst dat de verbintenis van de makelaar misschien niet veel voorstelde, maar toch niet louter potestatief was. Vgl. Brussel 14 februari 1972, *J.T.* 1972, 574.

(*2) Vgl. Vred. Namen-Zuid 20 februari 1990, *T. Vred.* 1991, 324 (237).

(*3) Cass. 27 mei 1991, *Soc. Kron.* 1992, 28.

(*4) Arbh. Gent 19 mei 1989, *J.T.T.* 1989, 437.

men de arbeidsovereenkomst overigens zou interpreteren zoals de feitenrechter, zou ze wellicht andermaal nietig zijn, omdat de verbintenis van de werkgever niet bepaald was (art. 20, 1^o Arbeidsovereenkomstenwet).

Analoge bedenkingen kunnen worden geformuleerd bij het reeds vermelde cassatie-arrest van 18 juni 1970. (*1) Het betrof een beding waarbij de aan een handelsverteenwoordiger toekomende commissie van 15 % van de door een naamloze vennootschap gerealiseerde winst werd vervangen door 15 % van de winst die naar de reserves van de vennootschap werd overgebracht. Er werd opgeworpen dat de vennootschap naar eigen goeddunken bij beslissing van haar algemene vergadering over de naar de reserves over te brengen winst beslist, waaruit werd afgeleid dat het een verbintenis onder louter potestatieve voorwaarde betrof. De feitenrechter aanvaardde deze kwalificatie, op basis van een aantal feitelijke elementen – waaronder hoofdzakelijk het gedrag van de organen van de naamloze vennootschap, waaruit hij opmaakte dat de vennootschap zichzelf slechts effectief verbonden achtte onder een louter potestatieve voorwaarde. Over deze feitelijke appreciatie kunnen wij (net zomin als het Hof van Cassatie trouwens) ons moeilijk uitspreken. Wel zou misschien de vraag kunnen worden gesteld of de beslissing van de algemene vergadering nopens het naar de reserves over te brengen deel van de winst wel volledig willekeurig, dan wel conform de beginselen van deugdelijk vennootschapsbestuur en op basis van bedrijfseconomische criteria wordt genomen. (*2)

90 Hiermee te vergelijken valt de verkoop van een pakket aandelen voor de som van 600.000 BEF, welke prijs echter voor herziening vatbaar is. De in de overeenkomst bedongen prijs geldt enkel, voorzover hij na onderzoek door de koper kan worden aanvaard. De rechter (*3) is allereerst van oordeel dat er, bij gebrek aan een bepaalbaar voorwerp, geen overeenkomst totstandkwam. Het beding krachtens welk de koper, na een door een derde te houden *due diligence* onderzoek, zich slechts definitief zal binden, indien dit onderzoek voor de koper aanvaardbaar zou zijn, houdt, volgens de rechter, in dat de koper uiteindelijk zelf kon beslissen of hij al dan niet zou overgaan tot de aankoop van de aandelen. Het beding wordt derhalve opgevat als een zuiver potestatieve voorwaarde.

(*1) *Arr. Cass.* 1970, 981.

(*2) L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, V, Gent, 1950, 770, nr. 542.

(*3) Rb. Hasselt 7 september 1998, *Venn. & Fisc.* 1998, 286. Bestaan er geen objectieve en redelijke criteria nopens de aanvaardbaarheid van de resultaten van een *due diligence* onderzoek? Zie ook J. HERBOTS en S. STIJNS, 'Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten. 1995-1998', *T.P.R.* 2002, 106, nr. 22.

Zo ook oordeelde de Arbeidsrechtbank van Doornik (*1) dat de ontbindende voorwaarde, bestaande uit het zakken van een aangeworven bediende bij gelegenheid van een test, waarvan de organisatie en het resultaat uitsluitend afhingen van de macht van de werkgever, zonder enig toezicht van een derde, louter potestatief is. Dit is ongetwijfeld juist, maar men kan betwijfelen of een test waarvan het resultaat uitsluitend afhangt van de macht van de werkgever, in de praktijk vaak voorkomt. De resultaten van een test die peilt naar de geschiktheid van de kandidaten om een bepaalde taak uit te voeren, mogen uitsluitend afhangen van de geschiktheid van de kandidaten voor deze taak of functieprofiel. Indien de werkgever overigens in plaats van de saaie maar oerdegelijke Pieter Jansens, de bloedmooie maar voor de functie volledig ongeschikte Venus had gekozen, zou Pieter Jansens kunnen inroepen dat de werkgever de verwezenlijking van de voorwaarde zelf heeft bewerkstelligd, en dat de aanstelling van Venus derhalve een contractuele wanprestatie uitmaakt. Hij zou de rechtsgeldigheid van de test kunnen betwisten en aanvoeren dat hij, te kwader trouw, niet gunstig werd gerangschikt.

– *Noopt het vervullen van de voorwaarde de schuldenaar tot een offer?*

91 De vervulling van de voorwaarde kan voor de schuldenaar uit een zo banale handeling bestaan, dat ze hem nauwelijks iets ‘kost’, en dat ze hem in feite niet deert. Een verbintenis onder een zodanige voorwaarde nadert tot de limiet ‘indien ik zal willen’. Men herinnere zich het voorbeeld ‘indien ik de wenkbrauwen frons’. Als tegenvoorbeeld kan het geval worden vermeld van een man die een echtscheidingsprocedure heeft ingesteld tegen zijn wettige echtgenote. Tijdens de procedure koopt hij een appartement, onder voorwaarde dat de echtscheiding wordt uitgesproken. Het is weliswaar theoretisch mogelijk dat hij de procedure niet verderzet of er zelfs volledig afstand van doet. Maar dit is zeer onwaarschijnlijk, en zou voor hem, misschien

(*1) Arbrb. Doornik 9 januari 1981, *J.T.T.* 1981, 138. Overheidsexamens vormen wellicht een frequent praktijkvoorbeeld van zulke tests. Noodzakelijk – maar hopelijk niet voldoende – om te slagen is dat men gesteund wordt door een ‘democratische’, d.w.z. een door de organiserende overheid erkende politieke partij; vgl. Cass. 18 januari 1993, *J.T.T.* 1993, 141, *R.C.J.B.* 1995, 37, met noot J. CLESSE, *Rec. Cass.* 1993, 71, met noot W. RAUWS. Men merke op dat de beweerde louter potestatieve voorwaarde in dit geval ontbindend is, en dus normalerwijze, hoe dan ook, geldig zou zijn. Inzake arbeidsovereenkomsten is zulke voorwaarde echter strijdig met het imperatieve ontslagrecht: de vervulling van de voorwaarde komt neer op ontslag (voor meer details, zie P. HUMBLET, M. RIGAUX, R. JANVIER en W. RAUWS, *Synopsis van het Belgisch Arbeidsrecht*, Antwerpen-Groningen, 205, nr. 404).

financieel maar in elk geval psychologisch, veel nadeliger uitvallen dan dat de echtscheiding wordt uitgesproken – waardoor hij nochtans effectief schuldenaar zal worden van de koopsom. (*1)

De gebeurtenis of het feit in de macht van de schuldenaar staat de geldigheid van de van deze gebeurtenis afhankelijke verbintenis niet in de weg, als het teweegbrengen van die gebeurtenis aan de schuldenaar een nadeel berokkent of voor hem een offer uitmaakt. (*2)

92 Ofschoon de rechtsleer over de potestatieve voorwaarde dit onvoldoende belicht, ontstaan verbintenissen meestal niet alleen en geïsoleerd, maar in een synallagmatisch verband. Als de schuldenaar onder potestatieve voorwaarde derhalve zijn verbintenis niet nakomt, verliest hij ook het voordeel van de door zijn wederpartij verschuldigde prestatie. (*3) En wanneer de verbintenis van de schuldenaar vernietigd wordt, verliest de correlatieve verbintenis van de schuldeiser van de potestatieve verbintenis haar oorzaak; derhalve is de gehele overeenkomst nietig. 'Indien de ene verbintenis nietig is wegens afhankelijkheid van een (louter) potestatieve voorwaarde, is de andere dat ook... Op die manier wordt de 'schuldeiser' van de eerste verbintenis (schuldenaar van de tweede) beschermd tegen de willekeur van de 'schuldenaar' van de eerste verbintenis (schuldeiser van de tweede)'. (*4)

(*1) Ph. MALAURIE en L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, VI, *Les obligations*, Parijs, 1993-94, 647, noot 53; Rb. Luik 23 april 1990, *Rec. gén. enr. not.* 1992, 112: de rechter redeneert echter helemaal niet in termen van de ernst van het gebrachte offer, maar merkt op dat de termijn waarbinnen de echtscheiding zal worden uitgesproken ook afhangt van de aan de procedure inherente traagheid: bepalen van een datum waarop de getuigen zullen worden verhoord, vaststellen van een datum waarop daarover zal worden gepleit, e.d.m.

Vgl.: 'Vraag is natuurlijk of het gevaar reëel is dat de schenker bereid is tot dergelijke drastische beslissing [in dat geval: niet te huwen] met zware persoonlijke gevolgen louter en alleen om op zijn schenking te kunnen terugkomen' (M. PUELINCKX-COENE, 'Schenkingen onder potestatieve voorwaarde', in A. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE, *Schenkingen (Handboek Estate Planning 2)*, Brussel, 2005, 423, nr. 653, noot 1025).

(*2) Ph. MALAURIE en L. AYNÈS, *o.c.*, VI, 646, nr. 1113. Of, zoals J. GHESTIN (*o.c.*, in *Etudes A. WEILL*, 255) het uitdrukt: 'Lorsque l'acte à accomplir par le débiteur est sans conséquences réelles pour lui, il peut, en fait, se libérer discrétionnairement de son engagement, qui est par là potestatif et annulable. En revanche, lorsque les conséquences de l'acte extérieur à accomplir sont suffisamment importantes pour que le choix du débiteur ne puisse être normalement déterminé par le souci d'éviter son obligation, celle-ci est valable.'

Volgens O. MILHAC (*La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, Parijs, 2001, 46-53) heeft men met een zuiver potestatieve voorwaarde te maken, telkens wanneer de voorwaarde de mogelijkheid open laat voor een contractueel onevenwicht, in die zin dat de ene partij een reële prestatie moet leveren waartegenover geen (reële) prestatie van de wederpartij staat.

De comparatist denkt hier onvermijdelijk aan de Engelse *consideration*, die o.m. als volgt gedefinieerd werd: 'A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility, given, suffered or undertaken by the other' (*Currie v. Misa*, L.R. 10 Ex. 162) gecit. in SMITH & THOMAS: *A casebook in Contract*, 11 uitg., London, Sweet & Maxwell, 2004, 200).

(*3) Vgl. J.L. AUBERT, in *Rép. Defrénois*, 1983, art. 33027, 402: 'Celui qui entendrait discrétionnairement écarter sa dette, se priverait aussi du bénéfice de sa créance'; anders: Ph. MALAURIE en L. AYNÈS (*Cours de droit civil*, VI, *Les obligations*, vol. 3, *Régime général*, Parijs, 2001, 131, nr. 180) die leren dat het wederkerig contract in dit opzicht niet verschilt van andere rechtshandelingen, wat niet wegneemt dat de andere opgesomde criteria (objectiviteit van de criteria, realiteit van het te brengen offer) nog steeds een rol spelen.

(*4) M.E. STORME, *o.c.*, 1280-1281, nr. 21; vgl. J. GHESTIN, *o.c.*, in D. 1973, Chron. 295, nr. 14; Ph. MALAURIE en L. AYNÈS, *o.c.*, VI, 649, nr. 1115; Cass. 27 mei 1991, *Soc. Kron.* 1992, 28; Antwerpen 26 maart 2001, *R.W.* 2002-03, 425; Cass. fr. 7 juni 1983, *Bull. civ.* 1983, III, nr. 132, met noot J.L. AUBERT in *Rép. Defrénois* 1984, 805, nr. 48.

Wanneer de schuldenaar derhalve, dankzij de potestativiteit van de voorwaarde, aan zijn verbintenis poogt te ontsnappen, verliest hij meteen het voordeel van de prestatie van zijn wederpartij. Het niet-nakomen van zijn eigen verbintenis heeft (bijna) steeds het uitblijven van de wederprestatie tot gevolg, en is, juist daarom, niet vrijblijvend, en betekent steeds een 'offer'. Elke wederkerige overeenkomst bevat dus uit zichzelf, structureel, een rem tegen de loutere potestativiteit. (*1) Dit pleit andermaal voor een interpretatie van de potestatieve voorwaarde in een zin waarin de schuldenaar zich toch enigszins heeft willen verbinden. (Wel moet worden erkend dat deze redenering niet opgaat voor bijkomende en accessoire verbintenissen, die vaak, naast de hoofdverbintenissen, uit de rechtshandelingen voortvloeien, zonder daarin expliciet te worden vermeld).

In dit verband zij eraan herinnerd dat inzake wederkerige overeenkomsten de nietigheid van de verbintenis onder louter potestatieve voorwaarde meestal, zo niet altijd (zie *supra*, nrs. 68 en 95) wordt ingeroepen door de schuldeiser van deze beweerde potestatieve verbintenis, die zelf schuldenaar is van de correlatieve niet-potestatieve verbintenis, maar die deze laatste verbintenis niet heeft uitgevoerd of niet zinnens is ze uit te voeren. (*2) De niet-nakoming van een verbintenis, oorzaak van een daarmee synallagmatisch verbonden verbintenis van de wederpartij die nietig is wegens haar afhankelijkheid van een louter potestatieve voorwaarde, maakt immers geen contractuele fout uit, en verplicht de schuldenaar van de niet-potestatieve verbintenis niet tot schadeloosstelling. (*3)

93 Vandaar enige voorbeelden uit de rechtspraak die *kunnen* worden geïnterpreteerd vanuit de invalshoek van de realiteit van het door de schuldenaar te brengen offer of te lijden nadeel bij het al dan niet in vervulling doen gaan van de voorwaarde (al wordt niet beweerd dat de rechters zich expliciet op deze idee beroepen).

Wanneer een uitgever met een auteur overeenkomt hem een bepaald percentage op de verkoopprijs van zijn boek te betalen, zodra een vooraf bepaald aantal exemplaren is verkocht, is de auteur niet afhankelijk van de willekeur van zijn uitgever. Deze laatste heeft er immers alle belang bij een zo groot mogelijke oplage te bereiken. (*4)

Een analoge redenering kan worden gehouden, wanneer de eigenaar van een steengroeve een concessie verleent om de groeve uit te baten voor een periode van vijftien jaar. De concessionaris mag de exploitatie starten wanneer hij wil. Maar, zodra hij is gestart, is hij een vergoeding aan de concessiegever verschuldigd, berekend per m³ bovengehaalde steen, alsmede een bedrag van..., als voorschot op zijn ontvangsten, te

(*1) Vgl. Y. LOUSSOUARN (opm. in *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, 632, nr. 9): 'Il est traditionnellement admis en doctrine que la nullité des conditions potestatives ne joue que pour les obligations isolées. Elle ne s'applique pas dans le cadre des contrats synallagmatiques, car les dangers que présente une telle clause se trouvent alors tempérés par le mécanisme de la réciprocité.'

(*2) Zie o.m. Rb. Brussel 16 april 1956, *J.T.* 1956, 390; Cass. 9 januari 1959, *Pas.* 1959, I, 462; Cass. 16 december 1960, *Arr. Cass.* 1961, 375; Rb. Luik 1 december 1965, *J.L.* 1965-66, 262; Brussel 14 februari 1972, *J.T.* 1972, 574.

(*3) Cass. 27 mei 1991, *Soc. Kron.* 1992, 28.

(*4) Parijs 6 december 1969, *J.C.P.* 1971, II, 16796, met noot J. GHESTIN.

betalen de dag van het sluiten van de overeenkomst. Wegens dit gestorte voorschot heeft de concessiehouder er alle belang bij de exploitatie zo spoedig mogelijk te starten. (*1) Als de exploitatie rendabel is (en blijft, ondanks de aan de eigenaar te betalen vergoeding), blijft de concessionaris er overigens ook, afgezien van dit voorschot, belang bij hebben zijn activiteiten verder te zetten.

Een beding in een arbeidsovereenkomst tussen een werkgever en een handeldvertegenwoordiger, volgens welk de eerste eenzijdig de aan de tweede toegewezen gebiedssector kan wijzigen, maakt evenmin een louter potestatieve voorwaarde uit. Bovendien was immers bedongen dat de sectorwijziging voor de vertegenwoordiger geen verlies mocht teweegbrengen en dat een eventuele vergoeding mogelijk was. Uit een en ander volgt dat 'de tussen partijen bedongen mogelijkheid van sectorwijziging betrekking heeft op het voorwerp van de verbintenis, en dus geen gebeurtenis uitmaakt waarvan de uitvoering of het voortbestaan van de verbintenis afhankelijk is' (*2). De sectorwijziging noopte de werkgever bovendien tot een offer, en brengt voor hem een niet te verwaarlozen nadeel mee: de wijziging mag geen nadeel voor de vertegenwoordiger meebrengen, en verplicht diens werkgever eventueel tot schade-loosstelling. De vertegenwoordiger is dus niet overgeleverd aan de willekeur van zijn werkgever.

De vermelding op een bestelbon voor een auto 'annulering mogelijk indien geen levering eind mei 1995 en teruggave voorschot', heeft evenmin tot gevolg dat de dealer niet verbonden is. Ze biedt enkel aan de koper de mogelijkheid om de bestelling te annuleren bij laattijdige levering. Het is onzinnig om hierin een louter potestatieve voorwaarde te willen zien ten voordele van de dealer. Deze heeft er immers alle belang bij om zoveel mogelijk wagens te verkopen; hij moet bovendien, bij de annulering van de verkoop, het voorschot terugbetalen. (*3)

Of neem een rechtsbijstandsverzekering waarbij de verzekeraar zich het recht voorbehoudt in geschillen die hem onredelijk lijken, niet tussen te komen. De verbintenis van de verzekeraar is niet afhankelijk van een louter potestatieve voorwaarde, omdat hij zich ertoe verplicht de kosten van zijn verzekerde terug te betalen, indien deze op eigen initiatief de procedure start of verderzet, en gelijk haalt. (*4)

94 De wetgever zelf bevestigt overigens onrechtstreeks de hier verdedigde visie door de verkoop met recht van wederinkoop als rechtsgeldig te beschouwen. Ook indien men de verkoop opvat als zou hij een verbintenis onder ontbindende voorwaarde langs de zijde van de verkoper in het leven roepen, is deze voorwaarde niet louter pote-

(*1) Cass. fr. 3 december 1956, *Bull. civ.* 1956, I, nr. 435; anders: Antwerpen 20 mei 1996, *R.W.* 1999-2000, 1058.

(*2) Cass. 15 januari 1979, *Arr. Cass.* 1979-80, 544; vgl. Cass. 12 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 423; Cass. 19 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 52; zie overigens *supra*, nr. 85, noot 6.

(*3) Luik 28 maart 1991, *J.L.M.B.* 1992, 76, waarin dit laatste motief echter niet wordt vermeld; vgl. Luik 20 december 1962, *J.L.* 1963-64, 73.

(*4) Cass. 16 december 1960, *Arr. Cass.* 1961, 375. Het Hof beslist, in overeenstemming met de klassieke terminologie, dat de vervulling van de voorwaarde niet uitsluitend van de wil van de verzekeraar afhangt; ze hangt immers ook af van het resultaat van het proces; Rb. Dendermonde 19 december 1931, *R.G.A.R.* 1934, 1675.

statief. De oorspronkelijke verkoper moet immers de koopprijs en de gemaakte kosten terugbetalen. Om de ‘voorwaarde’ in vervulling te doen gaan, moet hij dus zeker een ‘prijs’ betalen.

Men stelle daartegenover een publiciteitsfirma die de gevel van een woning huurt, om er reclamepanelen op aan te brengen. In de overeenkomst is bedongen: ‘De hierboven beschreven overeenkomst is toegestaan voor een termijn van negen jaar, te beginnen van de eerste dag der plaatsing van affiches of reclames’. Volgens de rechter (*1) volgt hieruit dat de inwerkingtreding van de overeenkomst, wat betreft de betaling van de huurprijs, uitgesteld is tot de dag waarop de huurster tot het aanplakken van affiches zou overgaan. De inwerkingtreding van de overeenkomst hangt dus af van een toekomstige gebeurtenis, namelijk het effectief aanbrenge van publiciteit, terwijl het de huurster volledig vrijstaat om nooit enige publiciteit aan te brengen. Het betrof dus een louter potestatieve voorwaarde, omdat de verhuurder aangewezen was op de willekeur van de huurster, en deze laatste van de haar geboden mogelijkheid om geen affiches aan te plakken, gebruik kon maken zonder noemenswaardig offer van harentwege. Men kan echter zeker niet uitsluiten dat de publiciteitsfirma, via dit handig procédé en zonder één cent uit te geven, talloze publiciteitspanelen voor zichzelf kon voorbehouden, en ze aldus onttrok aan concurrerende publicitaire firma’s.

95 Wanneer een wederkerige overeenkomst de ene partij niet tot een reëel offer verplicht, maar haar wederpartij wèl, vertoont ze een duidelijk onevenwicht ten voordele van de potestatieve schuldenaar en ten nadele van diens wederpartij (schuldeiser van de potestatieve schuldenaar); die is immers, bij onderstelling, wel tot een reëel offer gehouden. De wederpartij kan deze *nadelige* overeenkomst opzijzetten door de nietigheid van de verbintenis van de potestatieve schuldenaar te vorderen. (*2) Ons rechtssysteem is echter gebaseerd op de liberale vrijheid en verwacht veel heil van de werking van de vrije markt. Daarom wordt de benadeling niet als algemene nietigheidgrond van overeenkomsten erkend. Een *minimale maar reële* binding van de schuldenaar volstaat derhalve om de nietigheid van de verbintenis onder louter potestatieve voorwaarde te voorkomen.

Zo kan de schuldenaar zijn verbintenis afhankelijk maken van de voorwaarde dat de nakoming van de overeenkomst voor hem nog economisch zinvol is en voldoende rendabel. Door een zodanig beding – dat in feite neerkomt op een voor de schulde-

(*1) Rb. Brussel 16 april 1956, *J.T.* 1956, 390; vgl. Brussel 14 februari 1972, *J.T.* 1972, 574; Antwerpen 26 maart 2001, *R.W.* 2002-03, 425.

(*2) ‘La nullité pour indétermination du prix [of wegens de potestativiteit van de voorwaarde] peut, en raison de sa finalité, se rapprocher de la rescision pour lésion ou de l’ordre public de protection. Il s’agit de rétablir un équilibre contractuel qui risque d’être faussé en raison du pouvoir conféré à l’une des parties par le contrat. Le principe de justice contractuelle interdit de donner effet à une telle convention’ (J. GHESTIN, *Le contrat: formation, o.c.*, 588, nr. 525); vgl. Rb. Luik 1 december 1965, *J.L.* 1965-66, 262.

naar erg voordelige *hardship*clausule – wordt aan de overeenkomst niet elke betekenis ontnomen, en wordt de verbintenis van de schuldenaar niet helemaal uitgehouden (*1).

Het thans bedoelde beding kan overigens aan een legitieme behoefte beantwoorden. Wanneer de vervulling van de voorwaarde lang op zich kan laten wachten, kunnen de omstandigheden intussen grondig gewijzigd zijn ten nadele van de schuldenaar. Het kan dan ook onredelijk zijn om hem nog (ten volle) aan zijn oorspronkelijk aangegane verbintenis te houden. (*2) Voor die eventualiteit wenst de schuldenaar in alle vrijheid te kunnen beslissen over de handhaving van het contract.

– *Het niet-ervullen van de voorwaarde is geen optie*

96 Vaak kan het voor de schuldenaar problematisch zijn om de voorwaarde in vervulling te doen gaan, maar kinderspel om haar te verhinderen. (*3)

Men denke aan het in de praktijk vaak voorkomend geval, waarin A van B een perceel grond of een huis koopt, onder de opschortende voorwaarde dat hij (A), binnen een bepaalde termijn, een lening (tegen een vooraf bepaald maximumtarief) zal verkrijgen. A kan de verhoopte lening om twee redenen niet verkrijgen. Ofwel acht(en) de door hem aangezochte bank(en) hem onvoldoende solvent. Maar het kan ook voorvallen dat A het gewoon vertikt om ook maar enige bank- of kredietinstelling te contacteren, in welk geval hij de verwachte lening zeker niet zal verkrijgen.

Het ligt dan ongetwijfeld in de macht van de schuldenaar om de gebeurtenis waardoor zijn koopschuld actueel zal worden niet te doen plaatsvinden. Daartoe hoeft hij, letterlijk, helemaal niets te doen: als hij niets doet, zal de voorwaarde waaronder hij verbonden is, nooit intreden. Is deze voorwaarde daarom louter potestatief?

Allereerst kan de schuldenaar, door zijn passiviteit, haar realisatie weliswaar beletten, maar hij kan haar realisatie niet bewerkstelligen. Die hangt immers ook af van de

(*1) Men vergelijk hiermee de voorwaarden die worden gesteld voor de geldigheid van een exoneratiebeding. Zie hiervoor L. CORNELIS, 'Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation', *R.C.J.B.* 1981, 186-219 (206, nr. 12 en 207, nr. 13); R. KRUIJTHOF e.a., 'Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht', *T.P.R.* 1994, 534-536, nr. 233; M.E. STORME, *o.c.*, 1283, nr. 24.

(*2) Vgl. Cass. 16 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 391, *R.C.J.B.* 1993, 73 met noot S. NUDELHOLE; Cass. 21 januari 2000, *Rec. Cass.* 2001, 101, met noot M. VAN QUICKENBORNE. Voor zover men meent dat deze doctrine ook van toepassing is op overeenkomsten onder bezwarende titel, volgt uit deze cassatierchtspraak dat een dergelijk beding van rechtswege geacht wordt te zijn bedongen.

(*3) 'Lorsque la convention met à la charge de l'acquéreur l'obligation de faire les diligences nécessaires à l'obtention du prêt ou du permis de construire, elle ne lui permet pas d'empêcher, par simple abstention, l'arrivée de l'événement dont dépend l'efficacité de la vente. Si l'acquéreur n'exécutait pas son engagement, la défaillance de la condition lui serait imputée à faute, ce qui aurait pour résultat, en vertu de l'article 1178 C. civ., de réputer la condition accomplie' (G. GOUBEAUX, 'Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties', *Rép. Defrénois* 1979, nr. 31987, 755, nr. 3; vgl. Cass. fr. 15 maart 1974, *J.C.P.* 1974, II, 17786, met noot G. GOUBEAUX).

beslissing van een derde. En vervolgens wordt door de rechtspraak (*1) thans algemeen aangenomen dat de schuldenaar wiens verbintenis afhankelijk is van een bepaald type van toekomstige en onzekere gebeurtenissen, redelijke stappen moet ondernemen opdat die gebeurtenis zou kunnen plaatsvinden. In geen geval mag hij blijven stilzitten en aldus door zijn passiviteit, die overigens niet bewust moet zijn, het intreden van de voorwaarde beletten. Het stilzitten en het niet actief op zoek gaan naar een lening is voor A in dit geval dus geen optie, want ze is strijdig met de plicht die hij, als voorwaardelijk schuldenaar, reeds heeft (zie verder, nr. 150).

In een ander geval werd nochtans het bestaan van een louter potestatieve voorwaarde aangenomen. Een beding in een handelshuurovereenkomst stelde de hoofdhuurder, een brouwerij die het pand had onderverhuurd aan een café-uitbater, vrij van betaling van de huurprijs, ‘wanneer het pand leeg zou komen te staan of de onderhuurder in gebreke zou blijven’. De feitenrechter had vastgesteld dat de brouwerij verantwoordelijk was voor de leegstand, maar dat zij tegen de onderhuurder geen enkele procedure instelde en het pand verliet. Het was enkel aan de brouwerij te wijten dat het pand leeg bleef. Hij zag, hierin niet afgekeurd door het Hof van Cassatie dat zich echter bij zijn vaststellingen moest neerleggen (*2), in een dergelijk beding een verbintenis onder louter potestatieve voorwaarde langs de zijde van de brouwerij. Ligt het niet veel meer voor de hand het beding aldus te interpreteren dat de brouwerij, hoofdhuurder, in geval van wanbetaling van haar onderhuurder, redelijke stappen moest ondernemen om alsnog betaling te verkrijgen? Moest zij bij leegstand anderzijds geen redelijke inspanning leveren om een nieuwe uitbater te vinden? Het feit waarvan de bevrijding van de schuldenaar, de brouwerij, afhing was voor haar dus geen optie, en de schuldeiser, de verhuurder, was niet overgeleverd aan de willekeur van zijn huurder.

c. Opportuniteit van het begrip ‘louter potestatieve voorwaarde’

97 Uit het vorige betoog volgt dat de verbintenis onder louter potestatieve voorwaarde eigenlijk weinig voorkomt.

Een verbintenis waarvan de uitvoering de schuldenaar nagenoeg niets kost, is nauwelijks die naam waardig. Maar alle synallagmatische verbintenissen dienen elkaar tot oorzaak en tot wederzijdse rechtvaardiging. De potestatieve schuldenaar (tegelijk schuldeiser van de wederpartij) zal dan ook meestal minstens het voordeel van de correlatieve prestatie van zijn wederpartij verliezen, indien de potestativiteit van zijn

(*1) Zie o.m. Brussel 18 juni 1962, *Pas.* 1964, II, 30; Luik 30 januari 1990, *J.L.* 1990, 1234, met noot JEUNEHOMME, *Rec. gén. enr. not.* 1992, 184; Luik 4 december 1990, *J.L.* 1991, 1131; Brussel 8 februari 1991, *J.T.* 1991, 602; Kh. Gent 26 september 1991, *T.G.R.* 1991, 158; Luik 17 december 1991, *J.T.* 1992, 369, *Rec. gén. enr. not.* 1994, 124; Rb. Luik 15 november 1993, *J.L.M.B.* 1995, 1465, *Rev. not. b.* 1994, 231; Rb. Luik 13 juni 1994, *Rec. gén. enr. not.* 1996, 198; Gent 23 november 1994, *A.J.T.* 1994-95, 404, met noot I. DEMUYNCK; Brussel 27 juni 1995, *A.J.T.* 1995-96, 159, met noot P. VAN DER PUTTEN; Bergen 26 februari 1997, *Rev. not. b.* 1998, 155.

(*2) Cass. 13 oktober 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 163; vgl. Cass. 25 november 1988, *Arr. Cass.* 1988-1989, 393.

eigen verbintenis wordt vastgesteld. In die zin kost deze vaststelling hem steeds minstens de waarde van de tegenprestatie, hem verschuldigd door zijn schuldenaar. Dit alleen reeds maakt de louter potestatieve voorwaarde principieel zeldzaam.

Het verbod van loutere potestativiteit hangt in andere gevallen nauw samen met de vraag naar de rechtsgeldigheid van het beding van partijbeslissing. Indien de te nemen beslissing, *c.q.* de criteria op basis waarvan deze beslissing moet worden genomen, uitsluitend van de wil van de schuldenaar, en dus niet van objectieve criteria afhangt, is de partijbeslissing, *c.q.* de potestatieve voorwaarde nietig. Wel zal de interpretatieregel *Potius ut valeat* voor deze nietigheid meestal een stokje steken.

Ten slotte zijn tal van voorwaardelijk verbonden schuldenaars ertoe gehouden, op basis van de goede trouw, de vervulling van de voorwaarde niet te beletten, maar positief mee te werken aan haar verwezenlijking. Ook dit brengt de zuivere potestativiteit in het gedrang.

Het verbod van louter potestatieve voorwaarden is dus niet alleen overbodig, omdat het vanzelf spreekt dat men zich niet verbindt, als men zich slechts verbindt voorzover men zich wil verbinden. Dit verbod maakt tevens doublure uit met een aantal basisregels van het contractenrecht (*1), zoals de uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst en het vereiste dat het voorwerp van een verbintenis bepaalbaar moet zijn. Ons burgerlijk recht zou dus geenszins aan inhoud en nuancering inboeten, indien de artikelen 1169 tot en met 1174 B.W. werden geschrapt.

In het Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek wordt overigens geen onderscheid meer gemaakt tussen de voorwaarden op basis van hun afhankelijkheid van de wil van de partijen. (*2) Hetzelfde geldt voor het *Bürgerliches Gesetzbuch*. (*3)

Een en ander betekent niet dat de problematiek van de louter potestatieve voorwaarde in de rechtspraktijk academisch is, al wordt hij er, zoals gezegd, vaak in een begripsverwarrende terminologie gehuld. De potestatieve schuldenaar verbergt immers vaak de potestativiteit van zijn eigen verbintenis om een reële verbintenis van zijn wederpartij te verkrijgen. 'Het komt inderdaad voor dat met overdreven behendigheid één der partijen de indruk wil verwekken een verbintenis aan te gaan, maar de inhoud van het contract dusdanig regelt dat zij zich gemakkelijk aan die verbinte-

(*1) Zie b.v. Kh. Hasselt 29 april 2003, *R.W.* 2004-2005, 341: 'Een exonerationbeding is slechts nietig wanneer de hoofdverbintenis van de schuldenaar er een louter potestatief karakter door verkrijgt of geen voorwerp meer heeft en de overeenkomst dientengevolge geen oorzaak meer heeft.'

(*2) Zie art. 6: 21-26 N.B.W.; ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, IV, 2004, 128-130, nr. 167, die overigens nog het traditionele onderscheid tussen toevallige, eenvoudige en zuiver potestatieve voorwaarden vermelden.

(*3) §§ 158-162 *B.G.B.* Wel leert de doctrine er dat potestatieve voorwaarden langs de zijde van de schuldenaar nietig zijn: 'Streitig sind Potestativbedingungen, bei denen lediglich das Willen des Verpflichteten für die Geltung des Geschäfts massgebend sein soll' (von *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, 13e uitg., Berlijn, 1996, §§ 158 e.v., 620, vormb. 16). De 'Willensbedingung' wordt er geplaatst tegenover de 'Zufallsbedingung'.

nis kan onttrekken, zo zij wil'. (*1) In vele gevallen waarin de nietigheid van de verbintenis onder louter potestatieve voorwaarde wordt ingeroepen, zou men m.i. – bevens de eerder opgesomde sancties – ook het bedrog van de wederpartij of de eigen (verhinderende) dwaling kunnen invoeren. Men denke eveneens aan de aansprakelijkheid van de verwekker van een schijnverbintenis: wie een schijn heeft gecreëerd, moet dulden dat deze schijn door zijn wederpartij als werkelijkheid wordt beschouwd.

4. Volgens het al dan niet geoorloofde karakter van de voorwaarde

98 De voorwaarde mag niet ongeoorloofd zijn; verbintenissen afhankelijk van een ongeoorloofde voorwaarde, hebben, in een zo dadelijk uiteen te zetten zin (de art. 1172 en 900 B.W.) geen gevolg. Daarom komt het erop aan de geoorloofde van de ongeoorloofde voorwaarden te onderscheiden. Vermits de geoorloofde voorwaarde de regel is en de ongeoorloofde de uitzondering, zal in hetgeen volgt uitsluitend over de ongeoorloofde voorwaarde worden gehandeld.

a. Omschrijving

99 Een voorwaarde is ongeoorloofd, wanneer haar vervulling een situatie in het leven roept, die door de wet is verboden, of strijdig is met de openbare orde of met de goede zeden. Wel kunnen de partijen steeds afwijken van een wet van aanvullend recht. Niet ongeoorloofd is derhalve een voorwaarde, bestaande uit een handeling die strijdig is met een zodanige wet. Bedoeld wordt enkel de strijdigheid met wetten die de openbare orde raken of die van dwingend recht zijn. (*2)

Vermits het toeval bezwaarlijk juridisch of moreel kan worden gekwalificeerd, bestaat een ongeoorloofde voorwaarde uitsluitend in een menselijke handeling, met inbegrip van een onthouding, een niet-handelen. De voorwaarde kan echter wel bestaan in het ongeoorloofd feit van een derde. (*3) Ofschoon een verzekeringscontract geen voorwaardelijk contract is (zie *supra*, nr. 30), illustreert men het zo-even gezegde veelal aan de hand van een verzekering tegen de schadelijke gevolgen van een (quasi-)delictuele fout van een derde.

100 Ongeoorloofde voorwaarden zijn uit den boze, omdat men wil vermijden dat de schuldeiser een juridisch ongeoorloofde handeling zou verrichten om het voorwaardelijk toegezegde voordeel te verkrijgen: ik beloof u x euro, op voorwaarde dat u

(*1) R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Brussel, Larcier, 1977, 145; 'Il est tentant de vouloir, en même temps, s'engager et rester libre. Lorsque la promesse est réciproque, l'avantage est clair: on peut espérer obtenir le bénéfice de l'obligation de l'autre, tout en demeurant maître de l'accomplissement de sa propre prestation.... On ne peut pas à la fois recevoir et rester libre de donner' (J.L. AUBERT, in *Rép. Defrénois* 1983, 401, nr. 29; vgl. Brussel 14 februari 1972, *J.T.* 1972, 574, waar de list ('le malice') van de potestatieve schuldenaar overtuigend wordt beschreven.

(*2) ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, IV, 2004, 126, nr. 164.

(*3) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 156, C; ASSER-HARTHAMP, *o.c.*, nr. 165.

veearts Van Noppen neerschiet. ‘Il serait inadmissible que l’efficacité d’un acte avantageux pour l’un des contractants soit subordonnée à la violation, par celui-ci, d’une loi d’ordre public ou des bonnes mœurs, ou que, dans un tel acte et par appât de ses avantages, l’autre partie réussisse à imposer une telle violation’. (*1)

Men wil echter evenzeer vermijden dat de voorwaardelijke schuldeiser afziet van een fundamenteel recht of vrijheid, of dit recht slechts in een bepaalde zin en richting uitoefent, aangelokt door het hem in het vooruitzicht gestelde voordeel, op voorwaarde dat hij bedoeld recht of vrijheid niet of enkel in de door de schuldenaar gewenste zin zou uitoefenen.

De nadruk ligt dus niet zozeer op de intrinsieke ongeoorloofdheid van de vervulling van de voorwaarde, maar eerder op de toelaatbaarheid van de druk die, door middel van de voorwaarde, op de wil van de schuldeiser wordt uitgeoefend. (*2) Als de voorwaardelijke schuldeiser overigens afziet van de uitoefening van een fundamenteel recht, hoeft dit op zichzelf niet ongeoorloofd te zijn; uit den boze is het hem verlenen van voordelen op voorwaarde dat hij van de uitoefening van bedoeld recht afziet.

Volgens anderen is de uitoefening van druk op zichzelf niet ongeoorloofd. Ongeoorloofdheid is er enkel, wanneer de motieven die de druk (en de voorwaarde) inspireren niet door de beugel kunnen: druk uitgeoefend uit goed bedoelde en geoorloofde motieven zou dus niet getroffen worden door artikel 900 B.W. (*3)

101 Dat de strekking van de voorwaardelijke rechtshandeling uiteindelijk doorslaggevend is, en niet zozeer het al dan niet onrechtmatig karakter van de vervulling van de voorwaarde op zichzelf beschouwd, blijkt ook duidelijk uit dit sprekende voorbeeld. (*4) De belofte u iets te geven, als u zich in dronken toestand in het openbaar begeeft, is duidelijk ongeoorloofd, omdat ze een aansporing vormt tot openbare dron-

(*1) H. DE PAGE, *ibid.*; vgl. *Jur. civ.*, art. 1168-1174, nr. 56: ‘La loi ne veut pas que la perspective de l’engagement ou de son retrait incite le créancier... à accomplir un fait prohibé’.

(*2) Vgl. Ph. MALAURIE en L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, VI-3, *Les obligations, Le régime général*, Parijs, 2001, 133, nr. 183: ‘L’illicéité ne tient pas tellement à la nature du fait que la condition a pour objet qu’à l’intention des parties. Elle est l’incitation à commettre un acte contraire à la loi ou aux bonnes mœurs’.

Vgl. Rb. Luik 23 april 1990, *Rec. gén. enr. not.* 1992, 113.

(*3) Vgl. M. COENE, ‘Grondrechten en testeervrijheid’, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private rechtsverhoudingen*, Antwerpen, 1982, 323, nr. 15.

(*4) ASSER-HARTHAMP, *o.c.*, nr. 164; zie ook A. PITLO, *Nederlands burgerlijk recht*, IV, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 9e uitg., door J.L.P. CAHEN, Deventer, 2002, 36: ‘Neem het geval dat A aan zijn neef B een studietoelage wil geven als hij C huwt. Wanneer die toelage ertoe dient om B over de brug te helpen met iemand te trouwen waarvoor hij niets voelt, is de voorwaarde in strijd met de goede zeden, maar als het erom gaat B in staat te stellen huwelijk en studie met elkaar te combineren, is er niets tegen; vgl. AUBRY en RAU, *Cours de droit civil français*, IV, 6e uitg., door E. BARTIN, Parijs, 1964, § 302, blz. 94: ‘Toute obligation contractée, soit pour le cas où le stipulant commettrait un acte illicite ou omettrait d’accomplir un devoir, soit pour celui où le promettant accomplirait tel devoir ou ne commettrait pas tel acte illicite, est frappée de nullité. D’autre part, l’obligation contractée pour le cas où, soit le promettant lui-même, soit un tiers, commettrait un acte illicite, ou négligerait de remplir un devoir, est valable, et devra être exécutée si la condition vient à se réaliser’.

kenschap. Volledig geoorloofd daarentegen is mijn belofte u iets te geven, als ik mezelf bedrink; die belofte heeft immers tot bedoeling me van dronkenschap af te houden.

De belofte om iemands salaris te verhogen of hem te bevorderen zodat hij meer gaat verdienen, op voorwaarde dat hij tot een bepaalde politieke of ideologische groepering toetreedt, is in de regel ongeoorloofd. De Grondwet vrijwaart immers eenieders vrijheid van mening. Als ik echter aan iemand iets beloof, op voorwaarde dat hij zich uit een bepaalde geloofsgemeenschap of sekte terugtrekt, teneinde hem aldus te vrijwaren tegen de economische nadelen die een dergelijke principieel genomen stap kan meebrengen, is deze voorwaarde volkomen rechtsgeldig.

In het eerste voorbeeld – de politieke benoemingen en bevorderingen – is het de bedoeling het gedrag en de (schijnbare) opvatting van de schuldeiser te beïnvloeden. In het tweede voorbeeld – het zich terugtrekken uit een bepaalde geloofsgemeenschap – strekt de belofte er niet toe de gedraging of de mening van de schuldeiser te beïnvloeden; ze vrijwaart hem enkel tegen de represailles (broodroof), die de sekteleiden tegen hem zouden kunnen uitoefenen, en stelt hem dus in staat, in volle vrijheid en zonder represailles te moeten vrezén, een beslissing te nemen.

102 Voor negatieve voorwaarden – mits u zich onthoudt van een bepaalde handeling – gelden dezelfde beginselen. (*1) Als A voor zichzelf van B 1000 bedingt, voorzover hij (A) er zich van onthoudt B's dochter te verkrachten, perst A in feite B af: dreiging met een misdrijf loont dan, wat maatschappelijk volledig onacceptabel is.

Als A echter de van kwaad naar erger evoluerende B een uitkering tot onderhoud belooft, indien hij gedurende twee jaar geen enkel misdrijf pleegt, zal niemand in die voorwaarde graten zien. Het is thans immers A's bedoeling om B naar het pad der deugdzaamheid terug te voeren.

103 Er dient echter te worden opgemerkt dat bij een voorwaarde een bepaalde fundamentele vrijheid niet (of enkel in een door de belover gewenste zin) uit te oefenen, de voorwaarde slechts ongeoorloofd is, als vaststaat dat de belover de keuzevrijheid van de begunstigde in een bepaalde zin wilde beïnvloeden. Irrelevant is het feit dat de begiftigde zich niettemin, tegen de bedoeling van de belover in, door de voorwaarde in de uitoefening van zijn fundamenteel recht of vrijheid gehinderd voelde. (*2)

In de zgn. objectieve benadering gaat men er daarentegen van uit dat alle voorwaarden, van aard om druk uit te oefenen op de begiftigde, ongeoorloofd zijn, ongeacht of de belover daadwerkelijk druk wilde uitoefenen. Deze benadering biedt een

(*1) ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, IV-1, nr. 165.

(*2) R. DILLEMANS, M. PUELINCKX-COENE en W. PINTENS, 'Overzicht van rechtspraak. Schenkingen en Testamenten', *T.P.R.* 1985, 554-555, nr. 15.

betere bescherming voor de begunstigde en is gemakkelijker bewijsbaar, maar lijkt de beschikkingsvrijheid van de beschikker te zeer aan te tasten. (*1)

104 Een ongeoorloofde voorwaarde is, in de regel, *juridisch onmogelijk*. Het is juridisch ongeoorloofd, en, in die zin, onmogelijk een handeling te stellen of een situatie in het leven te roepen die strijdig is met een imperatieve wet, met de openbare orde of met de goede zeden. Deze juridische onmogelijkheid mag echter niet worden verward met de feitelijke of logische onmogelijkheid, die aanwezig is wanneer de vervulling van de voorwaarde onverenigbaar is met de wetten van de logica of van de wetenschap. Men herinnere zich in dit verband de voorwaarde zich sneller te bewegen dan het licht.

Eerder werd ook betoogd dat verbintenissen onder een onmogelijke of noodzakelijke voorwaarde helemaal niet binden of actueel en onvoorwaardelijk binden. Verbintenissen onder een (fysiek) onmogelijke of noodzakelijke voorwaarde vallen buiten het toepassingsgebied van de artikelen 900 en 1172 B.W. (*2), ongeacht of het om een verbintenis onder bezwarende titel of om een verbintenis om niet gaat. De niet-toepasselijkheid van de artikelen 900 en 1172 B.W. op de fysiek onmogelijke (of noodzakelijke) voorwaarde is immers gebaseerd op een analyse van het begrip ‘voorwaarde’. (*3)

105 Het ongeoorloofde karakter van de beschikking moet worden beoordeeld op het ogenblik dat ze, afgezien van de bedongen voorwaarde, haar gevolgen zou afwerpen. Bij een rechtshandeling onder bezwarende titel zal dit het ogenblik zijn waarop ze volmaakt is en al haar constitutieve elementen verenigd zijn. Bij een schenking komt de dag van de aanvaarding in aanmerking en bij een testament de dag van het overlijden van de testator. (*4) Als een aanvankelijk ongeoorloofde voorwaarde achteraf geoorloofd wordt (ten gevolge van een wetswijziging b.v.), kan de ongeoorloofde voorwaarde die met toepassing van artikel 900 B.W. nietig was, haar rechtsgeldigheid later niet herwinnen.

In het omgekeerde geval waarin een aanvankelijk geoorloofde voorwaarde ongeoorloofd wordt, lijkt de tegengestelde oplossing te moeten worden aangenomen. Aan

(*1) Voor meer details, zie M. COENE, ‘Grondrechten en testeervrijheid’, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private rechtsverhoudingen*, 1982, 325, nrs. 18-20 en 330, nr. 25.

(*2) G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, Parijs, 1983, 366, nr. 478; H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 325. Anders zou men overigens tot het onlogisch resultaat komen dat een gift, vergezeld van een onmogelijke voorwaarde, steeds onvoorwaardelijk is, ongeacht het opschortend of ontbindend karakter van de voorwaarde, terwijl een overeenkomst onder bezwarende titel, afhankelijk van een opschortende onmogelijke voorwaarde, nooit zou binden.

(*3) Volgens sommige auteurs doet het inlassen van dergelijke voorwaarden eerder de vraag rijzen of de beschikker wel bij zinnen was, toen hij zijn gift van een zodanige voorwaarde afhankelijk maakte. Men zou veeleer de hele beschikking met toepassing van art. 901 B.W. wegens ongezondheid van geest moeten vernietigen (A. KLUYSKENS, *Beginselen van Burgerlijk Recht*, III, *De schenkingen en testamenten*, 4e uitg., Antwerpen-Brussel-Gent-Leuven, 1955, 34, nr. 9ter). Over onmogelijke voorwaarden bij giften schrijft F. LAURENT (*Principes de droit civil*, XI, 577, nr. 436), zeer boos: ‘C’est discréditer notre science que de faire croire qu’elle s’occupe de telles folies’.

(*4) Vgl. J. SACE, in *Rép. Not.*, III, b. VIII, *Les testaments*, deel 3, *Les Testaments* (fond), Brussel, 1990, 198, nr. 202.

de rechtsgeldigheid van geldig totstandgekomen rechtshandelingen zal niet meer worden getornd; maar bij een testament zal het ongeoorloofd karakter van de voorwaarde bij het overlijden van de testator de doorslag geven.

106 Artikel 900 B.W. dat van toepassing is op voorwaardelijke schenkingen, is ook van toepassing op schenkingen *met last*. (*1) Het taalgebruik van het Burgerlijk Wetboek is op dit punt, zoals eerder (nr. 1) aangestipt, niet erg consequent: in de artikelen 953, 954 en 956 B.W. is sprake van een ‘niet-ervulling van de voorwaarde’, terwijl in feite ‘lasten’ worden bedoeld. Artikel 900 B.W. heeft het daarentegen enkel over ‘voorwaarden’, terwijl het zowel voorwaarden als lasten viseert.

Conceptueel is het onderscheid tussen een voorwaarde en een last nochtans duidelijk. Bij een schenking met last wordt, ten nadele van de begiftigde, een prestatie bedongen (iets geven, doen of niet-doen), die laatstgenoemde moet uitvoeren ten voordele van de schenker of van een derde. (*2) Het staat de begiftigde niet meer vrij de ‘voorwaarde’ al dan niet in vervulling te doen gaan; hij heeft immers de verbintenis aangegaan om ze in vervulling te doen gaan. Terwijl een louter potestatieve voorwaarde van de willekeur van de schuldenaar afhangt, is de begiftigde met last, juridisch althans, ertoe verplicht de prestatie na te komen.

Net zoals de wetgever, drukken de partijen zich overigens niet altijd met de gewenste nauwkeurigheid uit. Een voorwaardelijk beding kan in werkelijkheid een last uitmaken, wanneer de schenker de vervulling van de voorwaarde aan de begiftigde wil opleggen en laatstgenoemde dit aanvaardt. Men (*3) spreekt in dit verband van een voorwaarde-last.

Het staat aan de feitenrechter om, op onaantastbare wijze, uit te maken of een bepaald beding een voorwaarde dan wel een last bevat. Zijn taak is nogal delicaat, omdat de scheidingslijn tussen een voorwaarde en een last in feite zeer dun kan zijn, en psychologisch moeilijk te achterhalen. (*4) Bij een voorwaarde wil de beschikker de begiftigde ertoe bewegen om iets te doen, niet door hem daartoe te verplichten, maar door hem te belonen wanneer hij de voorwaarde in vervulling doet gaan. Bij een last daarentegen verplicht de beschikker de begiftigde tot de bedongen prestatie. In het ene geval behoudt de begiftigde zijn vrijheid, al wordt die op de proef gesteld; in het tweede geval is de begiftigde rechtens verbonden.

(*1) Cass. 29 maart 1958, *Pas.* 1958, I, 844, *Rev. prat. not.* 1958, 205.

(*2) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 395; R. DILLEMANS, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, VII, *Testamenten*, Antwerpen-Amsterdam, 1977, 268-269, nr. 136. J.D.A. DEN TONKELAAR (*Opschortende en ontbindende voorwaarde volgens BW en NBW in Studiepockets Privaatrecht*, nr. 31, Zwolle, 1983, 37) verwoordt het onderscheid als volgt: ‘Bij een making [d.i. legaat] of een schenking onder een last bedoelt de handelende persoon degene tot wie hij zich richt een voordeel te verschaffen onder de verplichting tot een bepaald handelen. Voordeel en verplichting vallen deze persoon terstond en tegelijk ten deel. Komt hij de verplichting niet na, dan kan het voordeel hem ontnomen worden... Bij een making of een schenking onder een voorwaarde bedoelt de handelende persoon een voordeel te verschaffen mits een onzekere gebeurtenis [die ook kan bestaan in een handeling van de begunstigde; toevoeging m.v.q.] zal plaatsvinden.’

(*3) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 399, A.

(*4) G. MARTY en P. RAYNAUD, *o.c.*, 363-364, nr. 476.

107 Het onderscheid tussen een eigenlijke voorwaarde en een last (ev. een voorwaarde-last) blijft nochtans niet zonder rechtsgevolgen. Weliswaar is artikel 900 B.W. eveneens op de last van toepassing, maar indien de ontbindende voorwaarde in vervulling gaat, wordt de gift van rechtswege ontbonden (art. 1183 B.W.); wordt de last daarentegen niet uitgevoerd, dan heeft de ‘herroeping’ niet van rechtswege plaats: de beschikker (of zijn erfgenamen) moet ze in rechte vorderen (art. 956 B.W.). De rechter is niet verplicht de herroeping uit te spreken, maar beschikt over een appreciatie-recht. Bovendien kan de begiftigde worden verplicht tot uitvoering. (*1) Artikel 953 B.W. transposeert overigens artikel 1184 B.W. naar het domein van de rechtshandelingen om niet. (*2)

De kwalificatie als voorwaarde of als last kan soms de geldigheid van de gift beïnvloeden. Zo is de last, opgelegd aan A, om het hem geschonken goed te bewaren en om het, na zijn dood, aan een bepaalde derde C over te dragen, een verboden erfstelling over de hand. Maar het legaat aan C van de goederen waarover de begiftigde tijdens zijn leven niet zou hebben beschikt, is een geoorloofd voorwaardelijk legaat (legaat *de residuo*), namelijk een overlevingswinst, afhankelijk van het vooroverlijden van en de niet-vervreemding door de eerste begiftigde. (*3)

Omdat de last evenwel hoofdzakelijk, zo niet uitsluitend giften modaliseert, en men ze bovendien, theoretisch althans, moet onderscheiden van de eigenlijke voorwaarde, wordt er hier verder niet op ingegaan.

b. Wat is de sanctie bij een ongeoorloofde voorwaarde?

108 Volgens artikel 1172 B.W. is niet alleen de ongeoorloofde voorwaarde nietig, maar ook de overeenkomst (lees: verbintenis) die ervan afhangt. Artikel 900 B.W. bepaalt daarentegen, inzake schenkingen en testamenten, dat ongeoorloofde voorwaarden voor niet-geschreven worden gehouden: enkel de voorwaarde is dus nietig, terwijl de rechtshandeling zelf haar geldigheid behoudt en haar gevolgen afwerpt. Men moet derhalve een onderscheid maken tussen rechtshandelingen onder bezwarende titel en onder kosteloze titel, ofschoon het probleem van de ongeoorloofde voorwaarde zich hoofdzakelijk voordoet bij rechtshandelingen onder kosteloze titel.

– *Inzake rechtshandelingen onder bezwarende titel*

109 De verbintenis die afhangt van een ongeoorloofde voorwaarde is nietig. Betreft het een wederkerig contract, dan zal deze nietigheid de nietigheid van de correlatieve verbintenis van de wederpartij meebrengen.

(*1) M. PUELINCKX-COENE, ‘Overzicht van rechtspraak. Giften’, *T.P.R.* 1999, 1051, nr. 439.

(*2) Voor meer details, H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nrs. 628-652; G. MARTY en P. RAYNAUD, *ibid.*

(*3) Zie daarover H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nrs. 1750-1751, en MARTY en RAYNAUD, *ibid.*

Mohammedaan A verkoopt b.v. aan B zijn huis voor een bedrag van 100.000, maar hij is bereid dit bedrag te herleiden tot 60.000, indien B in het huis enkel Allah en zijn profeet aanroept. De armlastige B hapt toe voor 60.000.

– *Inzake schenkingen en testamenten*

110 De voor giften door artikel 900 B.W. ingestelde sanctie is erg draconisch: de schenking blijft geldig, maar de eraan verbonden voorwaarde is nietig. (*1) De schenker die, bij onderstelling, met zijn gift de begiftigde beoogde te bewegen tot een bepaalde handeling of onthouding – seksuele onthouding b.v. – moet toezien hoe het voorwerp van de gift zonder enige voorwaarde in het vermogen van de begiftigde terechtkomt, terwijl de begiftigde, ongestraft, normaal seksueel actief blijft.

Aan de schenker die zijn gift aldus doet afhangen van een ongeoorloofde voorwaarde, wordt een soort burgerlijke straf opgelegd. Men kent de politieke oorsprong van deze draconische sanctie. (*2) De neiging was immers groot om, via allerlei voorwaarden, de nog prille verworvenheden van de Franse Revolutie op de helling te zetten en om het *Ancien Régime* te restaureren. Daarom bepaalde de revolutionaire wetgever (decreet van 5-12 september 1791) dat alle ongeoorloofde voorwaarden voor niet-geschreven zouden worden gehouden.

Is de uitzonderingsregel van artikel 900 B.W. thans nog verdedigbaar, nu slechts een kleine minderheid nog een terugkeer naar het *Ancien Régime* wenst? DE PAGE (*3) beantwoordt de gestelde vraag bevestigend. Het ongeoorloofde oogmerk van de beschikker wordt alvast op een efficiënte manier beteugeld. Men gaat weliswaar in tegen diens bedoeling; maar dit is verantwoord, want juist die is ongeoorloofd. Indien men overigens de nietigheid van de gehele gift zou voorschrijven, zou de nietigheidssanctie wellicht dode letter blijven. Niemand zou de nietigheid vorderen: bij onderstelling zal de beschikker dit niet doen en zijn erfgenamen zullen voor deze stap wellicht terugdeinzen, uit eerbied voor de wil van de beschikker. De begiftigde van zijn kant zal allicht evenmin geneigd zijn de nietigheid te vorderen; anders zou hij het voordeel van de gift verliezen. Wel zou de rechter de nietigheid die de openbare orde raakt, ambtshalve moeten uitspreken. Men kan hieraan nog toevoegen dat de rol van de begiftigde bij een schenking of legaat meestal erg beperkt is en dat hij dan ook zeer weinig invloed kan uitoefenen op de voorwaarde die de beschikker wenst op te leggen. Het zou dus vrij onbillijk zijn hem te bestraffen met de nietigheid van de gift wegens een ongeoorloofde voorwaarde, waarin hij geen inspraak heeft gehad. (*4)

(*1) Zie b.v. Rb. Leuven 4 december 1987, *Pas.* 1988, III, 21.

(*2) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 323, A en B.

(*3) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 323, C.

(*4) A. KLUYSKENS, *o.c.*, 24.

111 Op artikel 900 B.W. bestaan overigens een aantal uitzonderingen. (*1) Zo is het niet van toepassing, als de ongeoorloofde voorwaarde een potestatief karakter heeft. Men herinnere zich dat de schenking – niet het legaat – dan zelf nietig is (art. 944 B.W.).

Krachtens artikel 896 B.W. is iedere beschikking waarbij de begiftigde, de ingestelde erfgenaam of de legataris ermee wordt belast het geschonkene te bewaren en aan een derde over te dragen, nietig, zelfs ten opzichte van de begiftigde, de benoemde erfgenaam of de legataris (verboden erfstelling over de hand).

Als aan de gift evenwel een last verbonden is die zo omvangrijk is dat ze (ongeveer) gelijkwaardig is met het voorwerp van de gift, heeft men in werkelijkheid te maken met een handeling onder bezwarende titel, waarop de regeling van artikel 1172 B.W. van toepassing is.

112 De belangrijkste uitzondering op artikel 900 B.W., waardoor de draagwijdte ervan grotendeels wordt uitgehold, wordt gevormd door de theorie van het *doorslaggevend motief*.

Als vaststaat dat de ongeoorloofde voorwaarde het determinerende motief was voor de gift, derwijze dat de beschikker niet zou hebben geschonken zonder de voorwaarde, dan wordt de vervulling van deze voorwaarde opgevat als de doorslaggevende beweegreden van de gift. Die doorslaggevende beweegreden vormt dan niet zozeer een voorwaarde van de gift, maar wel haar *oorzaak*. In de optiek van de beschikker is de voorwaarde onlosmakelijk verbonden met de gift; ze maakt haar essentieel doel en haar eigenlijk motief uit; de beweerde voorwaarde wordt dan als voorwaarde geherkwalificeerd en ze verkrijgt het statuut van een ‘oorzaak’, in de zin van determinerend motief. (*2)

Wanneer men te maken heeft met een ongeoorloofde oorzaak, gaan de artikelen 1131 en 1133 B.W. – of als men elke verwijzing naar het controversieel oorzaakbegrip wil vermijden, artikel 6 B.W. (*3) – voor op artikel 900 B.W.. Bedoelde artikelen hebben immers een algemene draagwijdte en zijn op elke rechtshandeling van toepas-

(*1) Vgl. H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nrs. 327-331.

(*2) Zie daarover het artikel van P. VAN OMMESLAGHE, ‘Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne’, *R.C.J.B.* 1970, 328-367.

(*3) Cass. 31 oktober 1952, *Arr. Cass.* 1953, 107, *Pas.* 1953, I, 107, met concl. Proc. Gen. HAYOIT DE TERMICOURT, *R.C.J.B.* 1953, 5 e.v., met noot J. DABIN, ‘De l’effet d’une clause d’inaliénabilité indéfinie jointe à une libéralité: condition illicite ou but illicite?’. Men merke op dat deze rechtsleer dateert van vóór het baanbrekend artikel van P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, wiens opvatting blijkbaar door het Hof van Cassatie werd overgenomen in Cass. 16 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 371, *R.C.J.B.* 1993, 73 met noot S. NUDELHOLE.

sing. ‘Dans la théorie de la cause impulsive et déterminante, les art. 1131 et 1133 dominant l’art. 900. Cet article n’est pas applicable, si le vice, plus profond, de la cause illicite infecte l’acte’. (*1)

Artikel 900 B.W. is dus enkel van toepassing op de voorwaarde in de strikte zin van het woord, *i.e.* op de toekomstige en onzekere gebeurtenis – *in casu*: de gedraging van de begiftigde –, die in de optiek van de beschikker, slechts een modaliteit, een accessoir element van de gift uitmaakt. De vervulling van de voorwaarde is voor hem niet de determinerende beweegreden van de gift en de voorwaarde vormt slechts een bijkomstig aspect van een rechtshandeling, die ook, zonder de voorwaarde, voor de beschikker zin en betekenis heeft. De beschikker heeft enkel een regeling getroffen naar gelang van de verschillende situaties die zich kunnen voordoen. Weliswaar heeft één van deze situaties zijn voorkeur – b.v. dat de begiftigde niet huwt – maar deze voorkeur is niet de doorslaggevende reden voor zijn gift. ‘Si la condition ou la charge avaient, dans l’esprit du disposant, un rôle secondaire, c’est-à-dire si celui-ci avait préféré la liberalité à la condition, l’article 900 trouvera son application’. (*2) Men spreekt van een voorwaarde-modaliteit. (*3)

In dit verband kan artikel 4:45 Nederlands N.B.W. nuttig worden vermeld. Volgens het eerste lid ervan wordt een voorwaarde die in strijd is met de goede zeden, de openbare orde of een dwingende wetsbepaling, voor niet-geschreven gehouden. De beschikking waaraan de voorwaarde of de last is toegevoegd, is echter nietig, indien deze de beslissende beweegreden tot die beschikking is geweest.

113 De bewijslast dat de beweerde voorwaarde in wezen de oorzaak van de gift uitmaakt, berust evenwel bij diegene die haar nietigheid vordert, de beschikker of zijn erfgenamen. In beginsel is immers artikel 900 B.W. van toepassing. Omdat hij de nietigheid vordert van een rechtshandeling die strijdig is met de openbare orde of de goede zeden, staat het adagium *Nemo auditur* aan zijn vordering niet in de weg. (*4)

Het staat aan de feitenrechter om, op onaantastbare wijze, uit te maken of de voorwaarde slechts een loutere modaliteit van de gift uitmaakt dan wel haar doorslagge-

(*1) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 251. Volgens sommige auteurs (J.J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l’acte à titre gratuit*, Parijs, 1955, 198 e.v., hierin bijgetreden door Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Parijs, B.D.P., t. 101, 1969, 332-352) is het echter contradictoerisch te gewagen van een beschikking om niet, waaraan een doorslaggevend motief verbonden is, althans wanneer de begunstigde van de voorwaarde de beschikker zelf is of een derde. Als de voorwaarde-determinerend motief tot voordeel strekt van de beschikker, heeft men, aldus deze auteurs, in werkelijkheid te maken met een overeenkomst die deels onder bezwarende titel is. Wanneer de voorwaarde-doorslaggevend motief niet kan worden uitgevoerd is het, in deze visie, vanzelfsprekend dat ook de schenking vervalt, omdat deze schenking slechts een vermomde overeenkomst om baat is, en dus eigenlijk onder de toepassing van art. 1172 B.W. valt.

(*2) G. MARTY en P. RAYNAUD, *o.c.*, 367, nr. 478.2.

(*3) M. COENE, ‘Grondrechten en testeervrijheid’, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private rechtsverhoudingen*, Antwerpen, 1982, 322, nr. 13.

(*4) R. KRUIHOF e.a., ‘Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht’, *T.P.R.* 1994, 424-426, nrs. 162-163; anders: W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven-Leusden, 2001, 92-93.

vend motief was. Indien hij de voorwaarde genegen is, zal hij wellicht geneigd zijn om op ‘onaantastbare’ wijze te beslissen dat ze het determinerend motief van de gift uitmaakte.

Maar het beding waarbij de beschikker de gift uitdrukkelijk afhankelijk maakt van de vervulling van de voorwaarde, maakt het hem niet mogelijk om die gift te vrijwaren voor de door artikel 900 B.W. voorgeschreven nietigheid; de beschikker bedingt b.v. ‘Bij niet-vervulling van de voorwaarde moet de gift worden beschouwd als nooit te zijn toegestaan’, of ‘de vervulling van de voorwaarde vormt het doorslaggevend motief en de oorzaak van onderhavige gift’. (*1) Anders zouden alle beschikkers een soortgelijk beding inlassen en zou het dwingend artikel 900 B.W. dode letter worden. Wat de partijen ook mogen geschreven hebben over de onderlinge relatie tussen de vervulling van de voorwaarde en de gift, de feitenrechter moet steeds *in concreto* nagaan of dit beding met de werkelijkheid strookt, ofschoon men zich hierbij kan afvragen hoe deze feitenrechter erin zal slagen om aldus het hart en de nieren van de beschikker te doorgronden.

Als men zich herinnert dat er slechts van een ongeoorloofde voorwaarde sprake kan zijn, wanneer de beschikker de keuzevrijheid of de handelwijze van de begiftigde wil beïnvloeden (zie nr. 100), dan wordt het onderscheid tussen een ongeoorloofde voorwaarde als loutere modaliteit en de ongeoorloofde voorwaarde als determinerend motief wel erg subtiel.

114 Een en ander leidt ertoe dat de regelingen van de artikelen 900 en 1172 B.W. in feite naar elkaar toegroeien. Ongeoorloofde voorwaarden bij giften worden weliswaar in beginsel beheerst door artikel 900 B.W., maar in vele gevallen wordt dit artikel geprimeerd door de artikelen 1131 en 1133 B.W., of, zo men wil, door artikel 6 B.W., die (dat), net als artikel 1172 B.W., tot de nietigheid van de verbintenis leidt. Heeft men anderzijds bij een overeenkomst onder bezwarende titel te maken met een ongeoorloofde voorwaarde die slechts een bijkomstig aspect vormt van de rechtshandeling, dan zal enkel de voorwaarde als niet-geschreven worden beschouwd. (*2)

c. Enige concrete toepassingsgevallen

115 Omdat ongeoorloofde voorwaarden hoofdzakelijk bij giften voorkomen, zou het de perken van deze verhandeling te buiten gaan, indien een volledig overzicht zou worden gegeven van alle (on)mogelijke voorwaarden, waarmee de rechtspraak werd geconfronteerd. Hierbij valt op dat voorwaarden die de begiftigde tot een onrechtmatige handeling of een strafbaar feit aansporen, in de praktijk zelden voorkomen. Het

(*1) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 259, A; Cass. 26 februari 1874, *Pas.* 1874, I, 82; Cass. 31 oktober 1952, *Arr. Cass.* 1953, 107, *Pas.* 1953, I, 107, met concl. Proc. Gen. HAYOIT DE TERMICOURT, *R.C.J.B.* 1953, 5 e.v., met gecit. noot J. DABIN; Cass. 26 oktober 1987, *R.C.J.B.* 1992, 18, met noot L. RAUCENT, ‘A propos de la révocation et de l’interprétation des testaments’, 31-38, (nrs. 8-11).

(*2) H. DE PAGE, *o.c.*, I, 235, nr. 156, C; Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Parijs, 1969, 79-82.

gaat veelal om beperkingen van fundamentele rechten en vrijheden of om beperkingen van de vrije verhandelbaarheid van goederen. (*1)

– *Voorwaarden in verband met de persoon van de begiftigde*

116 De huwelijksvrijheid mag niet worden beperkt, en de gestelde voorwaarde mag in beginsel geen aansporing vormen voor de begiftigde om zijn keuzevrijheid in deze aan banden te leggen. De voorwaarde ‘indien u in het huwelijk treedt’, is dus ongeoorloofd, tenzij ze, in de optiek van de beschikker, geen lokmiddel zou vormen om in het wankel en risicovolle huwelijksbootje te stappen, maar enkel een financiële begunstiging zou uitmaken van een (afgezien van de gift) reeds gepland huwelijk, of dit huwelijk financieel zou mogelijk maken. *A fortiori* (en onder hetzelfde voorbehoud) lijkt ongeoorloofd de voorwaarde ‘indien u met een welbepaalde derde (Prins Filip b.v.) trouwt’.

Even ongeoorloofd is de voorwaarde ‘indien u niet trouwt’, tenzij de wens van de beschikker door een wettig motief is ingegeven. Waarin dit wettig motief zou kunnen bestaan, is me evenwel nogal duister, tenzij de begiftigde niet gezond van geest zou zijn. (Maar kan hij dan wel rechtsgeldig huwen?)

Rechtsgeldig zou m.i. wél zijn dat de trouwlustige begiftigde, samen met zijn (hopelijk even trouwlustige) beminde, zich vóór hun huwelijk door een relatiedeskundige laten begeleiden.

De voorwaarde om te huwen in plaats van (wettelijk) samen te wonen, lijkt me evenzeer ongeoorloofd. Wel geoorloofd zou kunnen zijn de voorwaarde om te huwen of om (wettelijk) samen te wonen. De begiftigde blijft in dit geval vrij om de voor hem passende relatievorm te kiezen, en de wettelijke samenwoning kan eenzijdig door één van de samenwonenden worden beëindigd (art. 1476, § 2, lid 2 B.W., als ingevoegd bij art. 2 Wet 23 november 1998). Toch ontmoedigt een zodanige voorwaarde de keuze voor een bestaan als alleenstaande. (*2)

117 Correlatief is de voorwaarde om niet uit de echt te scheiden ongeoorloofd. (*3)

In bepaalde omstandigheden kan ze echter wel door de vingers worden gezien: een vader vermaakte aan zijn zoon een legaat, onder het beding dat het legaat bij echtscheiding aan zijn schoondochter zou toekomen. De rechtbank aanvaardde de geldigheid, omdat het niet in de bedoeling van de erflater lag druk uit te oefenen om een

(*1) Voor meer details, zie A. KLUYSKENS, *o.c.*, 34-55, nrs. 10-23; H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, 411-424, nrs. 333-344; J. SACE, in *Rép. Not.*, III, boek VIII, deel 3, *Les testaments* (fond), Brussel, 1990, 196-207; M. COENE, ‘Grondrechten en Testeervrijheid’, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private rechtsverhoudingen*, Antwerpen, 1982, 311-339.

(*2) Ook M. COENE (*o.c.*, ‘Grondrechten en testeervrijheid’, 321, nr. 12) acht het onwaarschijnlijk dat betutteling van de beschikker inzake huwelijksvrijheid heden ten dage nog geapprecieerd zou worden; zie o.m. Cass. fr. 8 november 1965, *Rev. not. b.* 1966, 228.

(*3) Wel ongeoorloofd werd geacht een voorwaarde die voor de begiftigde een aansporing vormt om uit de echt te scheiden (Rb. Luik 23 april 1990, *Rec. gén. enr. not.* 1992, 112, impliciet).

echtscheiding te verhinderen, maar wel om zijn (ex-)schoondochter ook na de echtscheiding van het legaat te laten genieten uit dank voor de zorgen die zij verstrekte. (*1) En als een gift tussen echtgenoten wordt toegestaan onder voorwaarde dat het huwelijk door overlijden zal worden ontbonden, heeft de beschikker meestal niet de bedoeling zijn echtgenoot te ontraden om de echtscheiding aan te vragen. Hij wil wel vermijden dat goederen zouden toekomen aan een persoon voor wie hij, door en na de echtscheiding, geen enkele genegenheid meer koestert. (*2)

118 Wanneer echtgenoten elkaar testamentair of bij wijze van contractuele erfstelling bedenken, hebben zij nogal vaak de neiging, over het graf heen, de langstlevende onder hen aan te sporen niet te bezwijken voor de charmes van een nieuwe partner. Voorzover zulke voorwaarden ingegeven zijn door ‘posthume’ jaloersheid, zijn ze zeker ongeoorloofd. (*3) Wettige motieven kunnen ze echter valideren. Men denke aan de bekommernis voor de kinderen, geboren uit het huwelijk van de beschikker met de begiftigde, ofschoon de nieuwe artikelen 745*bis*, § 1, lid 1 en 745*quinquies*, § 3 B.W. hun rechten toch aanzienlijk zijn komen beperken. De voorwaarde van het uitblijven van een nieuw huwelijk is eveneens geldig, als de beschikker aan de langstlevende slechts een voordeel wil verschaffen, zolang deze geen nieuwe relatie aangaat. De strekking van een zodanige voorwaarde bestaat er dan in aan de langstlevende een bijkomende verzorging te verschaffen, die, naar analogie met het thans afgeschafte artikel 767, II, § 8 B.W. vervalt in geval van tweede huwelijk (of tweede duurzame relatie).

119 Anderzijds bepaalt artikel 36 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 dat nietig zijn de bedingen waarbij wordt bepaald dat het huwelijk een einde maakt aan de overeenkomst. De bedingen in het arbeidscontract van het onderwijzend personeel van het katholiek net, waarbij de vrijheid wordt beperkt om uit de echt te scheiden of om te (her)trouwen met een gescheiden partner, of om zelf, na echtscheiding, een nieuw huwelijk aan te gaan, druisen in tegen voornoemd artikel 36 en zijn nietig. Toenmalig advocaat-generaal F. DUMON was desbetreffend bijzonder duidelijk: ‘Elk beding in de [arbeids]overeenkomst dat bepaalt dat het huwelijk daaraan zonder vergoeding een einde maakt, is nietig. Zulke clause is nietig, ongeacht het bij de wet geoorloofde huwelijk dat bedoeld wordt: eerste, tweede of derde huwelijk..., huwelijk na echtscheiding, huwelijk met een uit de echt gescheiden persoon... om het even. Er wordt geen onderscheid gemaakt en er kan dus geen gemaakt worden in de toepassing van de wetsbepaling. Evenmin is er een onderscheid ten aanzien van de beweeggrond of de reden die de partijen ertoe hebben gebracht te bedingen dat het huwelijk aan de overeenkomst een einde zal maken. Of het doel nu zij het huwelijk

(*1) Rennes 14 februari 1972, *J.C.P.* 1975, II, 1973, met noot BÉNABENT, *Rev. not. b.* 1976, 269, gecit. door R. DILLEMANS e.a., ‘Overzicht van rechtspraak. Schenkingen en Testamenten’, *T.P.R.* 1985, 555, nr. 16.

(*2) M. COENE, *o.c.*, 322, nr. 13.

(*3) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 334, C, 2°; A. KLUYSKENS, *o.c.*, 35-36, nr. 11.

of het gezinsleven te bevorderen of ze te vergemakkelijken, of met het doel huwelijken te voorkomen die door een bepaalde zedenleer of religieuze doctrine veroordeeld worden, doet weinig terzake. De clausule is altijd nietig'. (*1) Deze rechtspraak is thans zo evident dat ze bijna voorbijgestreefd is. Naast het huwelijk – dat overigens opengesteld wordt voor partners van eenzelfde geslacht – is er immers de wettelijke of feitelijke samenwoning, en men neemt aan dat de vrijheid om de samenlevingsvorm te kiezen niet door enige voorwaarde mag worden beperkt.

120 Wanneer ze een aansporing vormen de vrijheid van godsdienst of van mening aan banden te leggen, zijn voorwaarden in verband met de keuze van een bepaalde godsdienstige, filosofische of politieke overtuiging uiteraard uit den boze. (*2)

121 Ook de voorwaarden die ertoe strekken de keuze van woonplaats te beperken, zijn, in beginsel, ongeoorloofd. Aldus oordeelde het Hof van Beroep te Antwerpen (*3) dat de ouders die aan hun zoon een perceel grond, palende aan de ouderlijke woning, schonken onder de voorwaarde dat het perceel niet zou worden vervreemd gedurende het leven van de schenkers of van de langstlevende onder hen, daarbij geen rechtmatig belang hadden, ook al wensten zij aldus ongetwijfeld te bewerkstelligen dat de begiftigde naast hen zou blijven wonen.

– *Voorwaarden in verband met de goederen*

122 De voorwaarde om de geschonken of gelegateerde goederen niet te vervreemden is ongetwijfeld ongeoorloofd, wanneer zij alle geschonken goederen tot voorwerp heeft en onbeperkt is in de tijd. (*4) Onvervreembare onroerende goederen kunnen immers de feodaliteit herstellen, terwijl de nieuwe orde, ingesteld door de Franse revolutie, de beschikkingsvrijheid onderstelt en ernaar streeft dat de goederen in die handen komen, die het meest geschikt zijn om ze te valoriseren ten bate van allen. (*5)

Een tijdelijk (eventueel zo lang als de schenker leeft (*6)) vervreemdingsverbod, resp. een voorwaarde om iets niet te vervreemden, is echter geoorloofd, wanneer het geïnspireerd is door wettige motieven. Volgens artikel 900-1 van de Franse *Code civil* zijn bedingen van onvervreemdbaarheid geldig, als ze beperkt zijn in de tijd, en een ernstig en wettig belang dienen. (*7) Als wettig belang kunnen doorgaan het belang

(*1) Concl. voor Cass. 12 januari 1977, *Arr. Cass.* 1977, 530 (535); vgl. Cass. 8 december 1976, *Arr. Cass.* 1977, 399, *Pas.* 1977, I, 394; Cass. 25 juni 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1276.

Zie echter: Cass. 2 mei 1968, *Arr. Cass.* 1968, 834, met concl. Adv. Gen. F. DUMON.

(*2) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 335; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XI, nrs. 503-505.

(*3) Antwerpen 26 maart 1984, *R.W.* 1985-86, 1769, met noot M.P.C., *Rec. gén. enr. not.* 1986, 178; het betrof echter een *obiter dictum*.

(*4) Rb. Leuven 4 december 1987, *Pas.* 1988, III, 21; Rb. Brussel 13 juni 1997, *Rev. not. b.* 1998, 67.

(*5) A. KLUYSKENS *o.c.*, 39, nr. 15; H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 340; L. RAUCENT, *Les libéralités, o.c.*, 117; *Gent* 22 mei 1987, *Pas.* 1987, II, 174.

(*6) Rb. Antwerpen 25 februari 1988, *Rec. gén. enr. not.* 1989, 408.

(*7) Vgl. R. DILLEMANS, e.a., 'Overzicht van rechtspraak. Schenkingen en Testamenten', *T.P.R.* 1985, 554, nr. 14.

van de beschikker, dit van de begiftigde of dit van een derde. Zo kan de beschikker er belang bij hebben dat het geschonken goed zijn leven lang niet wordt vervreemd, indien hij op dit goed een recht van erfrechtelijke terugkeer kan uitoefenen (art. 747 B.W.) of indien hij geschonken heeft onder voorbehoud van vruchtgebruik.

De derde kan er echter belang bij hebben dat de vermaakte goederen onvervreemdbaar zijn om de betaling te verzekeren van een lijfrente die de begiftigde aan deze derde moet uitkeren. (*1) En de begiftigde zelf (*2) kan belang hebben bij een vervreemdingsverbod totdat hij een bepaalde leeftijd zal hebben bereikt en over de nodige rijpheid en zakelijk inzicht zal beschikken om over de opportuniteit van de verkoop te oordelen.

De Belgische rechtspraak is echter weinig geneigd om de aanwezigheid van een wettig motief te aanvaarden. Misschien zou ze een soepeler houding aannemen, indien ook zou worden aangenomen dat de beperkte onvervreemdbaarheid door de rechter kan worden opgeheven, wanneer het wettig belang waardoor ze werd gerechtvaardigd, verdwenen is of moet wijken voor een hoger belang. (*3)

123 Een gift onder voorwaarde dat de geschonken goederen niet vatbaar zijn voor beslag, tast de rechten van de schuldeisers van de begiftigde op ontoelaatbare wijze aan, en is strijdig met de artikelen 7 en 8 Hyp.W., die de openbare orde raken. (*4)

Wel leerde men (*5) dat een geldige voorwaarde van onvervreemdbaarheid (getoetst derhalve aan het criterium van een wettig en ernstig belang, bovendien in de tijd beperkt) tevens de onbeslagbaarheid van de goederen meebracht. Het Hof van Beroep te Antwerpen (*6) besliste echter dat een beding van onvervreemdbaarheid, zelfs indien het tussen de partijen geldig zou zijn, uiteraard niet kan worden tegengeworpen aan een schuldeiser van de begiftigde, die tot de gedwongen verkoop van het goed zou wensen over te gaan. Het beding van onvervreemdbaarheid maakt derhalve niet zozeer een zakelijke belasting van de goederen zelf uit (die aan derden, mits de nodige publiciteit, kan worden tegengeworpen), dan wel een last of voorwaarde die aan de persoon van de begiftigde wordt opgelegd, en, als zodanig, niet aan beslagleggende schuldeisers van de begiftigde kan worden tegengeworpen.

(*1) Antwerpen 23 november 1865, *B.J.* 1866, 55.

(*2) Anders: H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 340, die over een dergelijke voorwaarde schrijft: 'Elle aboutit toujours à instituer une véritable tutelle extra-légale du bénéficiaire de la libéralité.'

(*3) Vgl. L. RAUCENT, *Les libéralités*, 1991, 118.

(*4) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 341; A. KLUYSKENS, *o.c.*, 48-49, nr. 21; Cass. 2 mei 1878, *Pas.* 1878, I, 111.

(*5) A. KLUYSKENS, *o.c.*, l. c.

(*6) Antwerpen 26 maart 1984, *R.W.* 1985-86, 1769, met noot M.P.C., 'Maakt een clause van onvervreemdbaarheid de geschonken goederen ook onbeslagbaar?'; vgl. reeds Beslagr. Veurne 18 juni 1980, *T. Not.* 1981, 18, *Rec. gén. enr. not.* 1981, 201.

D. DE TOEPASSINGSSFEER VAN DE VOORWAARDE

1. De voorwaarde is gebaseerd op de partijwil

124 De voorwaarde is een modaliteit van een recht of van een verbintenis. Dit recht of deze verbintenis vloeien zelf voort uit een rechtshandeling, voor de geldigheid waarvan een aantal constitutieve bestanddelen vereist zijn. Wanneer de rechtshandeling volmaakt is, zullen haar rechtsgevolgen, de rechten en de plichten van de partijen, normalerwijze intreden. De partijen kunnen de werking (of het blijven voortduren) van deze rechten en/of verbintenissen echter van een voorwaarde afhankelijk maken. De voorwaarde is dus steeds *op de partijwil* gebaseerd, op een contract of een eenzijdige rechtshandeling, aanbod, testament of... (*1), aldus het postulaat waarvan de doctrine blijkt uit te gaan. (*2)

Eerder (zie *supra*, nrs. 40 e.v.) werd weliswaar betoogd dat sommige rechtshandelingen, ongeacht het feit of de partijen ze al dan niet voorwaardelijk sloten, hun rechtsgevolgen pas afwerpen (of deze rechtsgevolgen verliezen), mits zekere voor hun effectiviteit gestelde feiten zich voordoen. Men spreekt in dit verband ook van voorwaarden uit de aard van de zaak of van wettelijke voorwaarden. (*3) De bieder aan wie het goed, in het raam van een procedure tot uitvoerend beslag op onroerend goed, wordt toegewezen, wordt slechts effectief eigenaar van het goed, indien een hoger

(*1) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, 1996, vol. 3, 761, 5°; J. ROODHOOFT e.a., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht, Verbintenissen onder voorwaarde* (door B. CLAESSENS), Antwerpen, losbl., nr. 2522; *Jur. civ.*, art. 1168-1174 (door J.J. TAISNE), nr. 66; Ph. MALAURIE en L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, VI. *Les obligations*, vol. 3, *Le régime général*, Parijs, 2001, 125: 'La condition a généralement une origine volontaire' (eigen cursivering); G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit civil*, II-1, *Les obligations*, Parijs, 1962, 758, nr. 758: 'La condition résulte la plupart du temps et presque toujours de la convention'; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VII, *Obligations*, 2e uitg., Parijs, 1954, 371, nr. 1024: La dépendance de l'obligation vis-à-vis de l'événement envisagé doit être l'œuvre de la volonté des parties'.

De thans afgeschafte art. 960 e.v. B.W. (herroeping van een schenking door de geboorte van een kind) vormen een mooi voorbeeld van een wettelijke ontbindende voorwaarde, ofschoon H. DE PAGE (*o.c.*, VIII, nr.710) leert dat het regime van deze ontbinding niet volledig gelijk te schakelen is met dit van een conventionele ontbindende voorwaarde.

(*2) Dit postulaat wordt door sommigen in twijfel getrokken. Aldus merkt O. MILHAC (*La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, Parijs, 2001, 393, nr. 1042) vrij sarcastisch op: 'La reconnaissance d'une condition suspensive d'origine légale fut toujours contestée par une partie de la doctrine. L'affirmation selon laquelle la condition de l'article 1168 ne peut être que d'origine conventionnelle et non légale court comme un long frémissement tout au long de notre XXe siècle de sorte que cette affirmation désormais profondément ancrée dans les mœurs juridiques est parfois plus psalmodiée que vérifiée'.

(*3) Volgens een cassatiearrest van 30 april 1990 (*Arr. Cass.* 1989-90, 1126; vgl. *Cass.* 11 april 1994, *Soc. Kron.* 1994, 283) vloeit een verplichting, opgelegd door een bij K.B. algemeen verbindend verklaarde cao, niet voort uit een door de werkgever aangegane verbintenis, maar uit een regeling die, hoewel zij geen door de overheid uitgevaardigde verordening is, niettemin ingevolge een overheidshandeling de rechtskracht van een algemene verordening heeft. Via art. 23 van de cao-Wet integreren dergelijke bepalingen, en dus ook de voorwaardelijke verbintenissen die ze eventueel creëren, zich van rechtswege in de individuele arbeidsovereenkomsten waarvoor de betrokken cao verbindend is, eventueel met automatische substitutie en conversie van conflicterende bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomst (zie daarover M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2001, 935, nr. 588 en 337, nr. 185). Het cassatiearrest van 30 april 1990 ligt in het verlengde van het arrest van 14 april 1980 (*R.W.* 1980-81, 113, met concl. van Adv. Gen. H. LENAERTS), en bevestigt de reglementaire aard van de normatieve bepalingen van een algemeen verbindend verklaarde cao.

bod binnen vijftien dagen uitblijft. Men zal zich echter herinneren dat men de kwalificatie van deze effectiviteitsvereisten als ‘voorwaarde’ kan betwijfelen.

125 Een voorwaarde moet echter niet expliciet worden bedongen. Maar het bestaan van de wil om een recht (of een verbintenis) van een onzekere gebeurtenis te laten afhangen, moet wel vaststaan. (*1) Een voorwaarde wordt niet verondersteld.

Zo werd de aankoop van een wagen met de duidelijke bedoeling van de koper om hiervoor een financiering te verkrijgen, beschouwd als een overeenkomst onder stilzwijgende opschortende voorwaarde van het verkrijgen van de financiering. (*2) Omdat de wet het bouwen van een villa zonder bouwvergunning verbiedt, mag men er anderzijds van uitgaan dat de overeenkomst tussen een aannemer en de eigenaar van een perceel grond om op dit perceel een villa te bouwen, werd aangegaan onder de stilzwijgende opschortende voorwaarde van het verkrijgen van de vereiste vergunning. (*3) En, wanneer in een onderneming het personeel wordt verdeeld over de onderneming zelf en een uit haar voortkomende onderneming, stemt de werknemer met zijn overheveling naar de nieuwe onderneming slechts in onder de impliciete ontbindende voorwaarde van een effectieve werkhernieuwing op de overeengekomen datum. (*4) Blijft deze werkhervatting uit, dan wordt de werknemer geacht zijn toestemming niet te hebben gegeven, en is hij in dienst gebleven van de oorspronkelijke onderneming.

126 Ook inzake giften en huwelijksvoordelen worden soms stilzwijgende voorwaarden aangenomen. Wanneer de (aanstaande) echtgenoten b.v. aan elkaar, de eerststervende aan de langstlevende, een schenking van toekomstige goederen, een contractuele erfstelling dus, toestaan, gebeurt dit meestal onder de (ontbindende) voorwaarde dat de begiftigde niet van tafel en bed noch uit de echt gescheiden is. Soms hebben de (aanstaande) echtgenoten (of hun notaris) echter nagelaten deze voorwaarde in de gift op te nemen. De rechtspraak is dan wel eens geneigd de contractuele erfstelling afhankelijk te maken van een impliciete voorwaarde in die zin.

Een zodanige interpretatie is zeer wel verdedigbaar, wanneer de (aanstaande) echtgenoten de toekenning van een eigenlijk huwelijksvoordeel expliciet afhankelijk

(*1) P. VAN OMMESLAGHE, o.c., III, 761, 8°; *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, nr. 2522; S. BEYAERT, ‘Koop onder opschortende voorwaarde’, *Not. Fisc. M.* 2004, 158, nr. 13; ASSER-HARTKAMP, *Verbintenissenrecht*, deel I, *De Verbintenis in het Algemeen*, Deventer, 2004, 128, nr. 166; J.D.A. DEN TONKELAAR (*Opschortende en ontbindende voorwaarden volgens BW en NBW*, in *Studiepockets Privaatrecht*, nr. 31, Zwolle, 1983, 12-13), geeft enige interessante jurisprudentiële voorbeelden; Antwerpen 13 november 1979, *B.R.H.* 1980, 199.

(*2) Rb. Namen 19 juni 1970, *J.L.* 1970-71, 149; Luik 30 januari 1990, *Rec. gén. enr. not.* 1992, 184, *J.L.M.B.* 1990, 1234, met noot JEUNEHOMME; vgl. Brussel 22 april 1976, *Res et iura imm.* 1976, 253; Kh. Mechelen 7 oktober 1993, *D.C.C.R.* 1994-95, 150, met noot O. SCHUERMANS. De aankoop van een onroerend goed wordt echter niet ondersteld te zijn aangegaan onder de voorwaarde van het verkrijgen van een hypothecaire lening (Luik 25 april 1997, *Rev. not. b.* 1999, 47).

(*3) Brussel 21 november 1979, *J.T.* 1980, 26; vgl. Antwerpen 13 november 1979, *B.R.H.* 1980, 196; Rb. Turnhout 5 december 1961, *R.W.* 1961-62, 1357.

(*4) Arbh. Brussel 26 juni 1976, *T.S.R.* 1977, 50.

maakten van voornoemde ontbindende voorwaarde, maar verzuimden diezelfde voorwaarde te hernemen in verband met de contractuele erfstelling. Men mag geredelijk aannemen dat ook deze laatste slechts voorwaardelijk werd toegestaan. Door de contractuele erfstelling wordt aan de langstlevende immers doorgaans de hele nalatenschap van de eerststervende toebedeeld, terwijl het eigenlijk huwelijksvoordeel ten hoogste het aandeel van de eerststervende in het gemeenschappelijk vermogen tot voorwerp kan hebben. Anders zou men tot het paradoxaal resultaat komen dat de voorwaardelijke toekenning van het kleinste aandeel (het huwelijksvoordeel) volledig wordt geneutraliseerd door de onvoorwaardelijke toekenning van het grootste aandeel: wat de overlevende echtgenoot niet verkrijgt naar aanleiding van de vereffening van het gemeenschappelijk vermogen, zou hij verkrijgen krachtens de te zijnen voordele bedongen contractuele erfstelling (indien hij geen ‘schuld’ heeft aan de echtscheiding). (*1)

127 Deze impliciete voorwaarde wordt echter moeilijk verdedigbaar, wanneer zowel de huwelijksvoordelen als de contractuele erfstelling onvoorwaardelijk worden toegekend, of wanneer enkel een contractuele erfstelling wordt toegestaan. Toch zijn de rechters ook dan geneigd om de contractuele erfstelling afhankelijk te maken van de voorwaarde dat het huwelijk door de dood wordt ontbonden. (*2) Men gaat ervan uit dat deze gift ingegeven is door de *affectio maritalis* en dat de begiftigde echtgenoot zijn recht normalerwijze en behoudens tegenindicaties, slechts mag uitoefenen voorzover het huwelijk door de dood wordt ontbonden.

Tegen het aldus aannemen van een impliciete voorwaarde bestaan geen bezwaren, mits met gerechtelijke zekerheid vaststaat dat ze strookt met de gemeenschappelijke bedoeling van de echtgenoten. Die kan o.m. worden afgeleid uit de gebruikte terminologie, waarin de partijen de begiftigde beschrijven als ‘echtgenoot’ of waardoor de gift geschiedt ‘met het oog op het huwelijk’. (*3)

Wanneer de contractuele erfstelling daarentegen een soort tegenwicht vormt voor het gekozen huwelijksvermogensstelsel – zo kan een stelsel van scheiding van goederen dat de overlevende echtgenoot uitsluit van de aanwinsten van de andere, worden ‘gecompenseerd’ door een contractuele erfstelling – kan men zich voorstellen dat de echtgenoten deze laatste niet afhankelijk wilden maken van het feit dat de langstlevende van hen noch van tafel en bed noch uit de echt gescheiden is. (*4)

(*1) Gent 13 mei 1954, *R.C.J.B.* 1956, 99, met noot R. SPILMAN, ‘Effets du divorce sur les avantages matrimoniaux et les institutions contractuelles stipulées entre futurs époux, pour le seul cas de dissolution du mariage par décès’; Brussel 30 juni 1971, *Rev. not. b.* 1972, 197; Brussel 8 oktober 1980, *Rev. not. b.* 1981, 43; anders: Brussel 25 april 1972, *R.W.* 1973-74, 379, *Rev. not. b.* 1976, 254, *Rec. gén. enr. not.* 1974, 308; vgl. H.R. 31 januari 1997, *N.J.* 1998, nr. 327.

(*2) Gent 10 april 1986, *Rec. gén. enr. not.* 1988, 208.

(*3) Zie o.m. Rb. Dendermonde 4 april 1968, *R.W.* 1969-70, 85; Rb. Brussel 17 februari 1972, *Rev. not. b.* 1972, 199; Bergen 28 februari 1977, *Rev. not. b.* 1977, 423.

(*4) Voor meer details, zie o.m. M. VAN QUICKENBORNE, *Contractuele erfstelling*, Gent, 1991, nr. 612; R. DILLEMANS, M. PUELINCKX-COENE en W. PINTENS, ‘Overzicht van rechtspraak. Schenkingen en Testamenten’, *T.P.R.* 1985, 572; M. PUELINCKX-COENE, ‘Overzicht van rechtspraak. Giften’, *T.P.R.* 1994, 1842, nr. 451.

128 In een arrest van 16 november 1989 (*1) oordeelde het Hof van Cassatie echter, met betrekking tot een schenking van ouders aan hun zoon en diens echtgenote, ‘dat de feitenrechter, wanneer de doorslaggevende beweegreden van een schenking door een voorval buiten de wil van de schenker vervalt of verdwijnt, kan vaststellen dat die schenking vervallen is, als ze, volgens de uitleg van de wil van de beschikker, onlosmakelijk verbonden is met de omstandigheden die eraan ten grondslag liggen en die haar enige reden van bestaan uitmaken’. *In casu* was de feitenrechter van oordeel dat de schenking, in de optiek van de schenker, onlosmakelijk verbonden was met de omstandigheid dat de begiftigden nog gehuwd zouden zijn op het ogenblik van het overlijden van de schenker. Daar deze verwachting niet werd ingelost, kon de feitenrechter de schenking vervallen verklaren. De opvatting van de lagere rechter dat een schenking enkel kan vervallen krachtens een *uitdrukkelijk* beding in de akte of een wettelijke bepaling, werd als te restrictief afgewezen.

Ofschoon het Hof van Cassatie het heeft over het *verval* van de schenking of van het legaat wegens de verdwijning van haar oorzaak, meent een aantal auteurs (*2) dat er, in gevallen als dit, van een specifieke beëindigingswijze van de rechtshandeling geen sprake is: de gift zou gewoon worden ontbonden omdat ze werd toegestaan onder een stilzwijgende ontbindende voorwaarde, nl. het ophouden van een bepaalde feitelijke toestand, zoals b.v. het huwelijk van de begiftigde.

Deze laatste analyse is echter niet erg overtuigend. In tegenstelling tot de oorzaak, is de voorwaarde geen intrinsiek geldigheidsvereiste voor een rechtshandeling. Het Hof van Cassatie lijkt eerder te wijzen op de *Geschäftsgrundlage* van de rechtshandeling, bij verdwijning waarvan deze haar reden van bestaan verliest (*3): na verloop van tijd kunnen de omstandigheden zodanig veranderd zijn dat het niet meer redelijk is een van de partijen nog aan haar destijds aangegane verbintenis te houden. Deze feitelijke grondslag van de rechtshandeling waarvan het blijven voortduren door beide partijen wordt ondersteld en die haar een reden van bestaan verleent, schijnt me dan ook veel verwanter te zijn met de – subjectieve – oorzaak, in de zin van artikel 1131 B.W., die dus blijkbaar ook een rol te spelen heeft na de geldige totstandkoming van de rechtshandeling, als vereiste voor haar voortbestaan.

Allicht zou men de eerder (zie *supra*, nr. 127) vermelde impliciete ontbindende voorwaarde van de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding beter vanuit dit perspectief benaderen: de oorzaak van dergelijke giften is verdwenen.

(*1) *Arr. Cass.* 1989-90, 371, *R.W.* 1989-90, 1251, *R.C.J.B.* 1993, 73, met noot S. NUDELHOLE, bijgetreden, wat een testament betreft, door *Cass.* 21 januari 2000, *Rec. Cass.* 2001, 101, met noot M. VAN QUICKENBORNE, ‘Het verval van een rechtshandeling wegens de verdwijning van haar oorzaak’; zie ook I. VERVOORT, ‘Oorzaak/Verval/voorwaarde’, in A. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE, *Schenking (Handboek Estate Planning 2)*, Brussel, 2005, 34-35, nrs. 62-63.

(*2) T. DE LOOR, ‘Het verval als wijze van beëindiging van een rechtshandeling ten gevolge van het wegvallen van voorwerp of oorzaak’, *R.W.* 1995-96, 761-766, nr. 46; P. DELNOY, ‘Het verval van de rechtshandelingen door het verdwijnen van hun oorzaak. Tweede bedrijf’, *Not. Fisc. M.* 2000, 185, nr. 23.

(*3) Vgl. *Cass.* 21 september 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 92; P. A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d’un élément essentiel à leur formation*, Brussel, 1998, 105-111.

129 Bij het bovenstaande moet echter nog worden aangestipt dat het aannemen van een impliciete voorwaarde of oorzaak die niet uit de akte blijkt, niet mag indruisen tegen artikel 1341 B.W.. Terzake lijkt dan ook omzichtigheid geboden.

Weliswaar mag de rechter een akte – met inbegrip van haar zgn. duidelijke bewoordingen – interpreteren op basis van extrinsieke elementen. Maar het beroep op extrinsieke elementen ‘deviendrait illégal et serait condamné par les règles de la preuve littérale, si le juge s’en servait, non pour comprendre et interpréter l’acte, mais pour rechercher la teneur et les modalités de la convention en dehors de l’acte, pour admettre la preuve de la teneur et des modalités de la convention, abstraction faite de l’acte’. (*1) J. DABIN verwoordt deze regel van zijn kant als volgt (*2): ‘Là où intervient la preuve littérale, prohibition est faite d’interpréter l’opération autrement que par écrit: l’article 1156 recule devant l’exigence de la preuve, mais sans qu’il soit défendu d’interpréter, à la lumière de tous les éléments utiles, l’écrit lui-même, le texte fût-il parfaitement clair et précis, dépourvu de toute ambiguïté’. En hij vervolgt dat elke interpretatie moet vertrekken van het geschrift zelf ‘auquel rien ne peut être ajouté de neuf, de distinct’. (*3) Een niet-geschreven ontbindende voorwaarde (of oorzaak) lijkt dan ook moeilijk te kunnen worden aangenomen, wanneer de akte zelf daarover geen enkele aanduiding bevat. (*4)

Inzake schenkingen en testamenten heeft het geschrift bovendien niet alleen een bewijsfunctie; het testament en de schenking, in de zin van artikel 931 B.W., zijn duidelijk vormelijke akten. Dit betekent echter niet dat de formele schenking en het testament niet zouden mogen worden geïnterpreteerd op basis van extrinsieke elementen. Voor hun interpretatie geldt met andere woorden de regel van artikel 1341 B.W. onverkort. (*5)

2. Welke rechtshandelingen kunnen voorwaardelijk worden gesloten?

130 In beginsel kunnen *alle* rechtshandelingen gemodaliseerd worden door een voorwaarde, voorzover ze pecuniaire, vermogensrechtelijke rechten of verbintenissen in het leven roepen. De voorwaardelijke schuldvordering of verbintenis kan voortvloeien uit om het even welke vermogensrechtelijke contractuele of eenzijdige rechtshandeling.

(*1) Concl. Adv. Gen. L. CORNIL voor Cass. 4 april 1941, *Pas.*, I, 120 (2 arresten), i.h.b. 125-127. Deze conclusies zijn weliswaar in die zin verouderd, dat zij nog uitgaan van de doctrine dat zgn. ‘duidelijke’ termen geen interpretatie behoeven.

(*2) J. DABIN, noot onder Cass. 30 januari 1947, *R.C.J.B.* 1947, 223; vgl. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, nr. 866.

(*3) J. DABIN, *o.c.*, 227.

(*4) Vgl. Cass. 28 februari 1980, *R.W.* 1980-81, 1799.

Het lijkt me erg byzantijns, en naar redelijkheid niet te verantwoorden om de verdwijning van de oorzaak-determinerend motief (of in de zin van de vooronderstelde gang van zaken) niet aan dezelfde bewijsregels te onderwerpen als het bestaan van een voorwaarde.

(*5) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nrs. 1309 en 1311.

Sommige rechtshandelingen die pecuniare rechten doen ontstaan of uitdoven, kunnen echter niet voorwaardelijk worden aangegaan. Men gaat ze aan of men gaat ze niet aan; maar men kan de eruit voortvloeiende rechten of plichten niet van een voorwaarde doen afhangen.

Zo moet een nalatenschap onvoorwaardelijk worden aanvaard of verworpen; men kan de aanvaarding b.v. niet afhankelijk stellen van de voorwaarde dat het actief het passief zal overschrijden. Heeft men daarover twijfels, dan moet men maar aanvaarden onder voorrecht van boedelbeschrijving. (*1)

131 De keuze van een huwelijksvermogensstelsel moet eveneens onvoorwaardelijk zijn. (*2) Weliswaar is het huwelijkscontract niet langer onveranderlijk en kunnen de echtgenoten, staande het huwelijk, hun oorspronkelijk huwelijkscontract wijzigen. Maar zij moeten daartoe de procedure in acht nemen die door de artikelen 1394-1395 B.W. wordt voorgeschreven en de bedongen wijziging is pas aan derden tegenwerpe-lijk vanaf de dag van de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* van een uittreksel van de homologatiebeslissing. De wijziging heeft bovendien geen terugwerkende kracht, al heeft ze, tussen de echtgenoten, gevolg vanaf de datum van de akte tot wijziging van het huwelijksvermogensstelsel. Al deze regels, die de openbare orde raken, zouden worden omzeild, indien het oorspronkelijk huwelijksvermogensstelsel, louter door het intreden van een voorwaarde, zou worden vervangen door een ander huwelijksvermogensstelsel.

Het huwelijkscontract heeft bovendien een statutair karakter; het regelt het statuut van de goederen van de echtgenoten voor de hele duur van het huwelijk, behoudens tussentijdse wijziging. Dit statuut bindt niet alleen de echtgenoten zelf, maar is ook tegenwerpe-lijk aan derden, die met de echtelieden contracteren. 'Het huwelijkscontract bepaalt het kader binnen hetwelk de geldelijke belangen van de echtgenoten dienen geregeld te worden in de toekomst; het bepaalt de gehele structuur van hun vermogensbelangen... Het is een juridische daad die vooraf vaststelt aan welke voorwaarden andere juridische akten zullen moeten beantwoorden om rechtsgeldig en met het gewenste gevolg verricht te zijn; het is een normatieve daad, waarvan de bepalingen zich opdringen aan de [aanstaande] echtgenoten en aan derden'. (*3)

Het is onaanvaardbaar dat de gevolgen van een dergelijk contract, dat de rechtsgeldigheid en de rechtsgevolgen van een hele reeks andere handelingen bepaalt, zouden afhangen van een toekomstige en onzekere gebeurtenis. Het is trouwens om analoge redenen dat de aanvaarding of de verwerping van een nalatenschap niet op een voorwaardelijke wijze kunnen gebeuren.

(*1) H. DE PAGE, *o.c.*, IX, nr. 564, 1^o.

(*2) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 135.

(*3) W. DELVA, *Huwelijksvermogensstelsels, I, Het huwelijkscontract. Algemene beginselen*, in *A.P.R.*, Gent, 1956, nr. 29.

132 Ook een wisselbrief moet onvoorwaardelijk worden geaccepteerd (art. 26 eerste lid Wisselbriefwet). Alle wisselverbintenissen zijn overigens onvoorwaardelijk. (*1) Dit hangt samen met de cambiare gestrengheid die zulke verbintenissen kenmerkt.

133 En in vennootschappen met volkomen gehalte aan rechtspersoonlijkheid waarin het vennootschapsvermogen de schuldeisers tot enige waarborg strekt, moet de toezegging van de inbreng onvoorwaardelijk zijn. (*2)

Een vennootschap kan echter worden opgericht zowel onder een opschortende als onder een ontbindende voorwaarde. Ze kan b.v. worden opgericht onder de opschortende voorwaarde van het verkrijgen van een specifieke exploitatievergunning. En een professionele notarisvennootschap b.v. kan worden opgericht onder de ontbindende voorwaarde dat de aandelen van de enige vennoot-notaris na diens ontslag of overlijden niet binnen een bepaalde termijn worden overgedragen aan een andere vennoot, tevens notaris. (*3) Wel vinden sommige auteurs dat de terugwerkende kracht van de opschortende voorwaarde geen toepassing vindt bij rechtspersonen. (*4) Ook andere vennootschapsakten, zoals de kapitaalsverhoging of -vermindering, de fusie en de splitsing kunnen onder opschortende en onder ontbindende voorwaarde worden opgesteld, al is de praktische bruikbaarheid van de ene of andere voorwaarde soms problematisch. Het fusiebesluit wordt echter steeds genomen onder de opschortende voorwaarde dat alle algemene vergaderingen van de fusionerende vennootschappen instemmen met de fusie, en, in voorkomend geval, dat de nieuw op te richten vennootschap wordt opgericht. Zo ook zal het voorstel tot splitsing worden gekoppeld aan de opschortende voorwaarde van overname van het vermogen door de opslorpende vennootschappen, en in voorkomend geval dat de nieuwe vennootschap(pen) wordt/worden opgericht. Deze voorwaarden worden echter gesteld voor de effectiviteit van de fusie of splitsing (zie *supra*, nr. 40).

134 In het arbeidsovereenkomstenrecht is de vraag gerezen of een arbeidsovereenkomst mag worden aangegaan onder een gewone, toevallige ontbindende voorwaarde. (*5) Tegen de geldigheid van een zodanige voorwaarde pleit dat ze, bij vervulling, aan de werknemer de door het ontslagrecht geboden stabiliteit van dienstbe-

(*1) J. RONSE, *Wisselbrief en orderbriefje*, in *A.P.R.*, Gent, 1972, nrs. 115-116.

(*2) J. RONSE, *Algemeen Deel van het Vennootschapsrecht*, Leuven, 1970, 97; Luik 14 oktober 2002, *J.T.* 2003, 66, *J.L.M.B.* 2003, 1267, *T.R.V.* 2003, 303, met noot L. VAN BEVER.

(*3) F. BLONTROCK, 'De opschortende of ontbindende voorwaarden in vennootschapsakten', in *Facetten van Ondernemingsrecht. Liber amicorum Prof. Frans Bouckaert*, Leuven, 2000, 14-19, die ook ingaat op de vraag wat de schorsing van de uitvoering van het vennootschapscontract in dit geval juist inhoudt.

(*4) J. VAN RYN en P. VAN OMMESLAGHE, 'Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales', *R.C.J.B.* 1967, 297-300, nr. 15.

(*5) W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, in *Reeks Sociaal Recht*, nr. 30, Kluwer, Antwerpen, 1987, 564-566. Vgl. Bergen 4 mei 1998, *Rec. gén. enr. not.* 2000, 146: Een beding, volgens welk het recht van erfpacht eindigt in geval van faillissement van de erfpachter, is geoorloofd, ondanks de dwingende bepaling van art. 2 Erfpachtwet van 10 januari 1824.

trekking ontnemt, en dat laatstgenoemde, door de onzekerheid over het tijdstip van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, moeilijk schikkingen kan treffen om naar ander werk uit te zien. Het Hof van Cassatie heeft zich echter uitgesproken voor de principiële geldigheid van de ontbindende voorwaarde in een arbeidscontract. (*1)

Ongeldig zijn evenwel de bedingen in een arbeidsovereenkomst, volgens welke de gebeurtenissen (ziekte of zwangerschap b.v.), waardoor de uitvoering van het contract wordt geschorst (zie de art. 28-31 Arbeidsovereenkomstenwet) tot ontbindende voorwaarde worden verheven. Met voornoemde artikelen beoogt de wetgever immers de werknemer tegen ontslag te beschermen en hem dus stabiliteit van dienstbetrekking te waarborgen. De bedingen die de arbeidsverhouding van rechtswege doen eindigen, indien zich een zodanige schorsingsgrond voordoet, zijn dan ook nietig, omdat ze strijden met de imperatieve bepalingen terzake arbeidsongeschiktheid en de verplichting van de werkgever om het loon, ondanks de schorsing van het dienstverband, (deels) door te betalen, omzeilen. (*2)

135 Nog steeds in deze context zij eraan herinnerd dat het recht tot eenzijdige beëindiging van een arbeidsovereenkomst aan bepaalde formaliteiten onderworpen is en behalve bij ontslag om dringende redenen, aan een opzegtermijn (zie de art. 37, 59 e.v., 81 e.v., 115 en 130 Arbeidsovereenkomstenwet). Van deze dwingende bepalingen kan enkel in het voordeel van de werknemer worden afgeweken. Maar een zuiver potestatieve ontbindende voorwaarde komt, in geval van vervulling, gewoon neer op ontslag. Het is dus logisch dat een zodanige voorwaarde, die de ontbinding laat afhangen van de loutere wil van de werkgever, nietig is wegens strijdigheid met het opzeggingsrecht. Volgens een belangrijk deel van de arbeidsrechtelijke doctrine (*3) hield dit in dat, inzake arbeidsovereenkomsten, ook de eenvoudig potestatieve en de gemengde ontbindende voorwaarde, die immers deels afhankelijk zijn van de wil van de werkgever-schuldenaar, nietig zijn.

In een arrest van 18 januari 1993 (*4) hechtte het Hof van Cassatie echter meer belang aan de wilsautonomie. Het achtte een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst slechts dan strijdig met de dwingende ontslagregeling, wanneer ze ertoe leidt dat de overeenkomst *uitsluitend* door de wil van een van de partijen kan

(*1) Cass. 14 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1083; 16 september 1969, *Arr. Cass.* 1970, 50, met concl. Adv. Gen. F. DUMON, *Pas.* 1970, I, 46.

(*2) W. RAUWS, *o.c.*, 566-568; *Arbh.* Bergen 15 november 1984, *J.T.T.* 1985, 189.

Anderzijds kunnen de werknemersvertegenwoordigers in de paritaire organen van de onderneming, behalve om dringende redenen, slechts worden ontslagen om technische of economische redenen die vooraf door het bevoegd paritair comité zijn erkend. Hieruit volgt dat technische of economische redenen niet geldig als ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst van deze werknemersvertegenwoordigers kunnen worden opgenomen (W. RAUWS, *o.c.*, 570; J. CLESSE, 'La dissolution du contrat de travail par le jeu de la condition résolutoire', *R.C.J.B.* 1995, 51, nr. 14).

(*3) G. VANDERMEULEN, 'De ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst', *T.S.R.* 1974, 471; M. JAMOLLE, *Le contrat de travail*, Luik, Fac. Droit, 1986, nr. 337; W. RAUWS, *o.c.*, 571; J. STEYAERT, C. DE GANCK en L. DE SCHRIJVER, *Arbeidsovereenkomst*, in *A.P.R.*, Gent, 1990, nr. 658.2.

(*4) *Arr. Cass.* 1993, 54, *R.W.* 1993-94, 919, *Pas.* 1993, I, 52, *J.T.T.* 1993, 141, *Rec. Cass.* 1993, 70. e.v., met noot W. RAUWS, *R.C.J.B.* 1995, 37, met gecit. noot J. CLESSE, 42-52. Voor meer details, zie W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht*, 2002-2003, 1377-78, nr. 5012.

worden beëindigd, zonder inachtneming van de door het arbeidsovereenkomstenrecht voorgeschreven dwingende ontslagregels.

136 Rechtshandelingen met betrekking tot de staat van de personen kunnen echter in geen geval worden gemodaliseerd door voorwaarden. (*1) Voorzover rechtshandelingen over de staat van de persoon geoorloofd zijn, moeten die zich strikt houden aan de door de wet voorgeschreven vormen en voorwaarden. (*2) Zo kan men geen kinderen voorwaardelijk erkennen of voorwaardelijk adopteren en evenmin voorwaardelijk in het huwelijk treden.

E. DE VERVULLING VAN DE VOORWAARDE

137 Omdat de werking, *c.q.* de uitdoving van een voorwaardelijke verbintenis afhankelijk is van de vervulling van de voorwaarde, is het uiteraard belangrijk om te weten wanneer de voorwaarde zich voordoet of zich niet voordoet.

1. De interpretatie van de voorwaarde

138 Enigszins overbodig – gelet op artikel 1156 B.W. – herinnert artikel 1175 B.W. eraan dat iedere voorwaarde moet worden vervuld op zodanige wijze als partijen het waarschijnlijk gewild en verstaan hebben. De betekenis en de inhoud van de voorwaarde moeten derhalve door uitleg worden vastgesteld. (*3) Dit geldt overigens niet alleen voor de vraag naar de inhoud en de betekenis van de voorwaarde, maar ook voor die of er wel een voorwaarde dan wel een tijdsbepaling is (zie *supra*, nr. 10), een voorwaarde of een last (zie *supra*, nr. 106), en een voorwaarde of een correlatieve verplichting (zie *supra*, nr. 21). Zo kan de voorwaarde ‘indien A kinderloos sterft’ geredelijk aldus worden geïnterpreteerd dat ze vervuld is, indien A weliswaar kinderen heeft gehad die hij echter overleefde. (*4)

Wanneer de voorwaarde een door de partijen te verrichten handeling betreft, kan b.v. de vraag rijzen of het volstaat dat de betrokken partij de handeling laat verrichten dan wel of zij ze zelf moet verrichten. De in het voordeel van Roger Raveel bedongen voorwaarde ‘als u een schilderij zal hebben geschilderd’, zal meestal slechts vervuld zijn, als de meester zelf, en niet zijn vrouw, de trouwe Zulma, het penseel hanteerde. Daarentegen zal de tot mijn buurvrouw gerichte voorwaarde ‘als jij een boom

(*1) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 135.

(*2) H. DE PAGE, *o.c.*, II, 4e uitg., door J.P. MASSON, nr. 75, A. Toch zouden gezinsrelaties meer en meer gecontractualiseerd kunnen worden, zie o.m. H. WILLEKENS, ‘De vrije(?) wil in het gezinsrecht’, in W. DEBEUCKELAERE, J. MEEUSEN en H. WILLEKENS (eds.), *Met rede ontleed, de rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag*, Gent, 2002, 77-100.

(*3) Mr. C. Asser’s *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, IV, *Verbintenissenrecht*, deel I, *De verbintenis in het algemeen*, 12e uitg., door A.S. HARTKAMP, Deventer, 2004, 131, nr. 171.

(*4) *Jur. civ.*, art. 1175 à 1180, fasc. 44 à 46, ‘Obligations conditionnelles. Mécanisme de la condition’ (door J.J. TAISNE), nr. 45.

in je tuin velt die mijn uitzicht belemmert', vervuld zijn, als de boom inderdaad wordt geveld, ongeacht wie de hakbijl hanteert. (*1)

139 In beginsel is de voorwaarde ook ondeelbaar. Ze heeft slechts uitwerking, indien ze in haar geheel vervuld is. (*2) De voorwaarde van het verkrijgen van een lening met een looptijd van twintig jaar, tegen een maximumrentevoet van 5 %, is niet gerealiseerd, als de betrokkene weliswaar een lening verkrijgt die echter binnen tien jaar moet worden terugbetaald, tegen 6,75 %. De voorwaarde gaat dus in vervulling, of ze gaat niet in vervulling, maar ze gaat niet gedeeltelijk in vervulling.

Dit houdt ook in dat de voorwaardelijke schuldeiser bij een gedeeltelijke vervulling van de voorwaarde geen (proportionele) aanspraak kan maken op het hem voorwaardelijk toegezegde. (*3) Partijen kunnen echter het tegendeel bedingen of dit tegendeel kan voortvloeien uit de strekking van de overeenkomst. (*4)

Werd een verbintenis van meer dan één voorwaarde afhankelijk gesteld, dan kunnen deze voorwaarden cumulatief of alternatief worden opgevat. In het eerste geval heeft de verbintenis slechts uitwerking (*c.q.* dooft ze uit) indien en wanneer alle voorwaarden samen vervuld zijn. In het tweede geval volstaat de vervulling van minstens één van de alternatief gestelde voorwaarden. Welke van beide hypothesen in een concreet geval voorligt, is andermaal een kwestie van interpretatie.

2. De invloed van een tijdsbepaling

140 Een positieve voorwaarde is vervuld, wanneer de toekomstige en onzekere gebeurtenis waarvan de werking van de verbintenis afhankelijk werd gesteld, plaatsvindt. Indien de werking van de verbintenis afhankelijk werd gesteld van het niet plaatsvinden (of uitblijven) van een gebeurtenis (negatieve voorwaarde), dan is deze voorwaarde vervuld, als het zeker is dat deze gebeurtenis niet zal plaatsvinden. (*5) Omgekeerd is een positieve voorwaarde niet vervuld, als het zeker is dat de gebeurtenis zich niet zal voordoen, terwijl de negatieve voorwaarde niet vervuld is, als de gebeurtenis wel plaatsvindt.

In dit opzicht hebben de positieve en de negatieve voorwaarde een verschillend 'epistemisch' statuut. De positieve voorwaarde geldt als vervuld, als ze zich effectief

(*1) ASSER-HARTKAMP, *ibid.*

(*2) ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, 130, nr. 169.

(*3) Jur. civ., art. 1175 à 1180, nr. 46.

(*4) Eindejaarspremies (en andere daarmee gelijk te stellen voordelen) zijn niet louter vergoedingen wegens getrouwheid aan de werkgever, maar maken deel uit van het loon. Maar het loon is proportioneel verschuldigd in verhouding tot de duur van de tijdens het verlopen jaar gepresteerde arbeid; het recht op loon ontstaat immers naarmate de arbeidsprestaties geleverd worden (Cass. 9 september 1985, *R.W.* 1985-86, 2692, met noot R. BOES, 'De splitsbaarheid van de oudejaarspremie', 2693-96).

(*5) ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, 130, nr. 169.

voordoet; de negatieve geldt pas als vervuld, als vaststaat (als men zeker weet) dat ze zal uitblijven. Dit verschil in epistemisch statuut tussen positieve en negatieve voorwaarde kan evenwel als volgt worden genuanceerd.

Ook van de positieve voorwaarde moet vaststaan dat ze heeft plaatsgevonden. De positieve voorwaarde bestaat echter uit een feit of een stand van zaken die zich, op *een bepaald* ogenblik en op een bepaalde plaats voordoet. Zodra ik b.v. tot rechter benoemd ben, is het meestal kinderspel de realiteit van deze benoeming aan te tonen. De negatieve voorwaarde – het uitblijven van mijn benoeming tot rechter – is echter vervuld, zolang ik niet tot rechter ben benoemd, en geldt dus *op elk ogenblik* waarop deze begeerde benoeming me niet te beurt is gevallen. Het is dus veel eenvoudiger om vast te stellen dat de negatieve voorwaarde niet is vervuld dan dat ze is vervuld. Om aan te tonen dat ik niet tot rechter ben benoemd tussen het ogenblik waarop de overeenkomst werd gesloten – 1 januari 2000 b.v. – en het tijdstip waarop haar gevolgen worden onderzocht – 31 december 2005 b.v. – volstaat het niet erop te wijzen dat deze benoeming me niet te beurt is gevallen op 1 april 2001 b.v.; men moet daarentegen aantonen dat ik op geen enkel ogenblik tussen 1 januari 2000 en 31 december 2005 werd benoemd.

Correlatief is het veel eenvoudiger om aan te tonen dat de positieve voorwaarde vervuld is dan dat ze niet is vervuld.

Een en ander brengt mee dat de voorwaarde zelfs kan worden vervuld na het overlijden van de schuldenaar en/of de schuldeiser, behoudens andersluidend beding of indien uit de strekking van de overeenkomst volgt dat de voorwaarde een persoonlijke daad van een van de partijen betreft, een schilderij van Roger Raveel b.v. (*1)

Inzake legaten geldt evenwel een andere regeling: het legaat vervalt, indien de benoemde erfgenaam of legataris de testator of erflater weliswaar overleeft, maar vóór de vervulling van de voorwaarde overlijdt (art. 1040 B.W.). De wetgever gaat er derhalve vanuit dat de beschikking enkel ten voordele van de legataris werd gemaakt, en niet ten voordele van zijn erfgenamen. Bij een gift speelt de identiteit van de begiftigde in de regel immers een belangrijke rol. De testator kan echter van artikel 1040 B.W. afwijken en een dergelijke afwijking kan ook voortvloeien uit de strekking van de beschikking. (*2) Voor schenkingen onder de levenden zou de nochtans logische regeling van artikel 1040 B.W. evenwel niet gelden. (*3)

141 De partijen doen er goed aan om als voorwaarde te stellen dat een bepaalde gebeurtenis al dan niet zal plaatsvinden *binnen een bepaalde termijn*. (*4) Na verloop

(*1) ASSER-HARTHAMP, *o.c.*, nr. 170.

(*2) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VIII, (in samenwerking met R. DEKKERS), nr. 1247; ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, nr. 170.

(*3) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 271, noot 6.

(*4) H. DE PAGE, *o.c.*, I, uitg. 1962, nr. 163; J. BYTTEBIER, 'De opschortende voorwaarde in de notariële praktijk', *T. Not.* 1997, 150, nr. 1; J. ROODHOOFT e.a., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, v^o Verbintenissen onder voorwaarde (door B. CLAESSENS), Antwerpen, losbl., III.1-5-III.1-8, nrs. 2513-2515; ASSER-HARTHAMP, *o.c.*, nrs. 170-172; *Jur. civ.*, art. 1175 à 1180, nrs. 48-53.

van die tijdsspanne staat dan immers vast of de voorwaarde werd vervuld. Zo vermijdt men dat de wachtperiode, i.e. de periode tussen het stellen van de rechtshandeling en het al dan niet in vervulling gaan van de voorwaarde, al te lang duurt. ‘Even noodzakelijk als te weten wat de vervulling [van de voorwaarde] bewerkstelligt is het te weten *wanneer* de vervulling met het beoogde effect kan of moet plaatsvinden’. (*1)

Als een positieve voorwaarde, uitdrukkelijk of stilzwijgend, binnen een bepaalde termijn moet worden vervuld, komt het verstrijken van deze termijn zonder dat de toekomstige en onzekere gebeurtenis heeft plaatsgehad, erop neer dat de verbintenis onder opschortende voorwaarde daarna niet meer kan ontstaan (art. 1176 B.W.).

Een inlader bevracht b.v. ‘als het schip “Mathilde”, indien het nog dit jaar in de haven van Antwerpen aanmeert’. (*2) Als ‘Mathilde’ pas op 16 januari van het daaropvolgende jaar aanmeert, is de bevrachter vanaf 1 januari van het nieuwe jaar definitief bevrijd. En als iemand zijn huis te Gent verkoopt, onder de ontbindende voorwaarde dat hij, uiterlijk op 31 december van het lopende jaar, tot rechter in Gent wordt benoemd, blijft de koper zuiver en onvoorwaardelijk eigenaar van het huis, indien de verhoopde benoeming op 31 december nog steeds niet heeft plaatsgehad.

De partijen kunnen echter de overeengekomen tijdsspanne verlengen of afstand doen van het verstrijken van de termijn. Als ‘Mathilde’ op 31 december met bolle zeilen op de haven van Antwerpen afstevent, zodat het uitstel slechts beperkt zal zijn, zullen de partijen allicht geneigd zijn om de datum enigermate op te schuiven.

Indien daarentegen geen termijn is bepaald, kan de voorwaarde nog te allen tijde worden vervuld. Ze geldt slechts als onvervuld, zodra het zeker is dat de gebeurtenis – het aanmeren van het schip in de haven van Antwerpen of de benoeming tot rechter in Gent – zich niet meer kunnen voordoen. ‘Mathilde’ lijdt b.v. schipbreuk en is gezonken.

142 Het zo-even betoogde is van overeenkomstige toepassing op de negatieve voorwaarde.

Is de als opschortende voorwaarde gestelde gebeurtenis uitgebleven binnen de bepaalde periode, dan is de voorwaarde vervuld. Ze kan zelfs vroeger vervuld zijn, indien vóór het verstrijken van de termijn komt vast te staan dat de gebeurtenis zich niet zal voordoen. Zo is de voorwaarde ‘als het schip “Mathilde” dit jaar niet aanmeert in de haven van Antwerpen’, vervuld op het einde van het jaar, wanneer ‘Mathilde’ inderdaad niet is komen aanmeren, of zelfs vroeger, indien ‘Mathilde’ in november door een noordwesterstorm in de nabijheid van IJsland vergaat.

Werd geen tijdsspanne bepaald, dan is de voorwaarde pas vervuld, als vaststaat dat ze niet (meer) zal plaatshebben. Correlatief houdt dit in dat de voorwaarde niet vervuld is, zolang de gebeurtenis zich kan voordoen (art. 1177 B.W.). Zo blijft de voor-

(*1) J.D.A. DEN TONKELAAR, *Opschortende en ontbindende voorwaarden volgens BW en NBW*, in *Studiepockets Privaatrecht*, nr. 31, Zwolle, 1983, 66.

(*2) Vgl. Rb. Luik 13 juni 1994, *Rec. gén. enr. not.* 1996, 199.

waarde ‘als “Mathilde” in Antwerpen niet aanmeert’, onvervuld, zolang het schip de zeeën trotseert of gewoon ergens anders (behalve in Antwerpen) aangemeerd ligt. Of denk aan de voorwaarde ‘indien u niet trouwt’. Men moet het overlijden van de betrokkene afwachten om te kunnen uitmaken of de voorwaarde al dan niet vervuld is. (*1)

143 Als we het bovenstaande systematisch expliciteren, en bovendien het onderscheid tussen positieve en negatieve voorwaarden combineren met dit tussen opschortende en ontbindende voorwaarden, kan het volgend schematisch overzicht worden gegeven. (*2)

Een opschortende positieve voorwaarde die zich binnen een bepaalde tijdsspanne moet voordoen, is vervuld, als de gebeurtenis binnen de overeengekomen periode plaatsgrijpt. A verkoopt aan B zijn huis in Brussel, op voorwaarde dat B er, vóór 31 december 2005, tot rechter wordt benoemd. Deze voorwaarde is niet vervuld, als B tijdens de bedoelde periode niet tot rechter wordt benoemd, d.w.z. als er geen enkele datum aan te wijzen valt waarop B tot rechter werd benoemd.

Een opschortende positieve voorwaarde waarbij geen termijn werd bepaald waarbinnen ze zich moet voordoen, is vervuld, als de gebeurtenis (binnen een redelijke termijn) plaatsheeft. B wordt uiteindelijk tot rechter benoemd. Ze wordt niet vervuld, als B (na verloop van een redelijke tijdsspanne) nog steeds niet tot rechter werd benoemd, of zodra vaststaat dat hij nooit tot rechter zal worden benoemd: de benoemingsvoorwaarden zijn intussen b.v. gewijzigd, zodat B niet meer voor benoeming in aanmerking komt.

Een opschortende negatieve voorwaarde die zich binnen een bepaald tijdsbestek moet voordoen, is vervuld, als de positief geformuleerde gebeurtenis tijdens het bedoelde tijdsbestek is uitgebleven. A verkoopt zijn huis aan B, onder de opschortende voorwaarde dat hij (A) niet huwt vóór het einde van 2005 (positief geformuleerd: dat hij tot eind 2005 vrijgezel blijft). Deze voorwaarde is uitgebleven, indien A vóór het jaareinde trouwt.

Een opschortende negatieve voorwaarde die niet binnen een bepaalde tijdsspanne moet plaatsgrijpen, is vervuld, als A (binnen een redelijke termijn, en alleszins voor zijn overlijden) nog steeds niet getrouwd is. Ze is eveneens vervuld, als reeds vroeger vaststaat dat A, wegens dementie b.v., niet zal trouwen. Dezelfde voorwaarde is niet vervuld, zodra A (binnen een redelijke termijn) in het huwelijksbootje stapt.

Een ontbindende positieve voorwaarde die zich binnen een bepaalde termijn moet voordoen, is vervuld (en de verbintenis vervalt dus), als de gebeurtenis binnen de ge-

(*1) Vgl. *Jur. civ.*, art. 1175 à 1180, nr. 51.

(*2) Dit vormt een explicatie van L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen-Groningen, 2000, 196-198, nrs. 162.3 en 163.

stelde termijn plaatsheeft: A schenkt zijn huis aan B, tenzij hij (A) binnen het jaar trouwt. Deze voorwaarde is niet vervuld (en de verbintenis wordt definitief), als A, op het einde van de periode, nog steeds niet getrouwd is.

Een ontbindende positieve voorwaarde die zich op een niet nader bepaald tijdstip kan voordoen, is vervuld (en de verbintenis vervalt dus), als A (binnen een redelijke termijn en uiterlijk op het ogenblik van zijn overlijden) trouwt. Deze voorwaarde is niet vervuld (en de verbintenis blijft overeind), als A, uiterlijk bij zijn dood, niet getrouwd is, of reeds vroeger, zodra vaststaat dat A inmiddels b.v. dement is geworden.

Een ontbindende negatieve voorwaarde die zich binnen een bepaald tijdsbestek moet voordoen, is vervuld, indien de (positief geformuleerde) gebeurtenis binnen de gestelde termijn uitblijft. A schenkt zijn huis aan B, tenzij B niet trouwt voor het einde van het jaar (nog vrijgezel is op het einde van het jaar). De voorwaarde is niet vervuld (en de schenking blijft bestaan), als de gebeurtenis binnen de gestelde termijn plaatsgrijpt: B trouwt voor het einde van het jaar. (*1)

Een ontbindende negatieve voorwaarde die zich op een willekeurig tijdstip kan voordoen, is vervuld, wanneer de (positief geformuleerde) gebeurtenis, binnen een redelijke termijn en uiterlijk bij B's overlijden, uitblijft, of zodra vaststaat dat B niet meer kan trouwen. A schenkt zijn huis aan B, tenzij B niet trouwt (vrijgezel blijft). Deze voorwaarde is niet vervuld (en de verbintenis blijft derhalve bestaan), als B op enig ogenblik toch in het huwelijksbootje stapt.

144 Zonder tijdsbepaling waarbinnen de voorwaarde zich moet voordoen of moet uitblijven, kan men derhalve, zoals betoogd, worden geconfronteerd met een lange wachttijd, die zelfs niet eindigt bij het overlijden van de voorwaardelijke schuldenaar of schuldeiser. Deze lange periode van onzekerheid bemoeilijkt het rechtsverkeer.

De rechtspraak is daarom weleens geneigd om zelf een tijdsspanne te bepalen, na verloop waarvan de voorwaarde geacht wordt niet te zijn vervuld. Ze houdt daarbij rekening met wat de partijen vermoedelijk zouden hebben gewild en met de concrete gegevens van de zaak. Zo zag het Franse Hof van Cassatie (*2) geen graten in een beslissing van de feitenrechter, volgens wie de opschortende voorwaarde bij een verkoop niet meer in vervulling kon gaan, zes jaar na de ondertekening van de akte, daar de verkoopakte geen indexeringsbeding bevatte noch een revalorisatiecoëfficiënt van de koopsom.

Vaak zal men overigens in de overeenkomst een *impliciete uiterste tijdsbepaling* vinden waarbinnen de voorwaarde moet worden vervuld. Men neme het eerder gegeven voorbeeld, waarin ik mijn buurvrouw 36 rode rozen beloof, indien zij een hoge boom die mijn zicht belemmert, in haar tuin omhakt. Deze voorwaarde impliceert een impliciete tijdsbepaling. Ik ben er immers weinig mee gebaat, als mijn buurvrouw

(*1) De vraag of dergelijke voorwaarde geoorloofd is, wordt hier buiten beschouwing gelaten.

(*2) Cass. fr. 3 februari 1982, *Bull. civ.* 1982, III, nr. 37, *Rev. trim. dr. civ.* 1983, 131, met opm. F. CHABAS.

twintig jaar wacht om de boom te vellen. (*1) Of: als ik mijn buurmeisje een bezoek aan de opera beloof, indien ze erin slaagt de honderd meter in 12 seconden af te leggen, zal deze voorwaarde voor onvervulbaar moeten worden gehouden, als ze een bepaalde leeftijd heeft bereikt, waarop zelfs de snelste gazelle de honderd meter niet meer in die afstand kan lopen. (*2)

Wanneer de voorwaarde overigens in een beslissing of handeling van de wederpartij bestaat – bij het verlenen van een aankoopoptie b.v. (die echter geen eigenlijk voorwaardelijk recht verleent, zie *supra*, nr. 34) – en geen termijn is bepaald waarbinnen de rechtshandeling moet plaatsgrijpen, kan de partij die aan de onzekerheid een einde wil maken, aan haar wederpartij een redelijke termijn stellen. (*3) De schuldeiser kan immers zijn schuldenaar niet ten eeuwigden dage in het ongewisse laten. Wie voor eigenrichting vreest, zal in dit verband voorstellen dat de partij de rechter vraagt een redelijke termijn te bepalen. (*4)

Een andere oplossing kan erin bestaan misbruik van recht in te roepen, wanneer een van de betrokken partijen al te lang wacht om de ‘voorwaarde’ in vervulling te laten gaan. Zo pleegde de Belgische Staat (opgevolgd door de Vlaamse Gemeenschap) misbruik van recht door een principiële onteigend perceel grond slechts na verloop van meer dan dertig jaar effectief in gebruik te nemen. De dertig jaar geleden overeengekomen onteigeningsvergoeding, die slechts moest worden betaald na de effectieve ingebruikneming door de Staat, *c.q.* de Vlaamse Gemeenschap, bracht immers geen intresten op, en er was evenmin een vergoeding wegens muntontwaarding bedongen. (*5)

3. Verhinderen of teweegbrengen van de voorwaarde

a. De regel van artikel 1178 B.W.

145 Luidens artikel 1178 B.W. wordt de voorwaarde geacht vervuld te zijn, wanneer de schuldenaar die zich onder die voorwaarde verbonden heeft, zelf de vervulling ervan verhindert.

Deze bepaling is ingegeven door de overweging dat de contractpartijen die het lot van hun rechten en verplichtingen laten afhangen van een voorwaarde, dit lot *loyaal* moeten laten bepalen door de normale loop der dingen, en door het toevalselement dat in elke voorwaarde besloten ligt. (*6) Wanneer een van de partijen die er belang bij heeft dat de voorwaarde niet in vervulling gaat, het toeval dan een handje komt

(*1) Vgl. Y. HANNEQUART, v^o Condition, in *Nov., Dr. civ.*, IV-2, Brussel, 1958, nr. 232.

(*2) Vgl. J.D.A. DEN TONKELAAR, *o.c.*, 66.

(*3) *Jur. civ.*, art. 1175 à 1180, nr. 53.

(*4) J. ROODHOOFD e.a., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, III, 1-6, nr. 2515; Ph. MALAURIE en L. AYNES, *Cours de droit civil. VI. Les obligations*, Parijs, 1993-1994, nr. 1123; vgl. Rb. Charleroi 24 september 1958, *J.T.* 1959, 170.

(*5) Antwerpen 26 maart 2001, *R.W.* 2002-03, 425 (427).

(*6) Vgl. ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, IV-1, 132, nr. 173.

toesteken, of, beter gezegd, komt dwarsbomen, zodat de als voorwaarde gestelde toekomstige en onzekere gebeurtenis zich inderdaad niet voordoet, speelt zij vals en laat ze de zaken niet op hun beloop. Het is tegen zulke valsspelers dat artikel 1178 B.W. optreedt.

Meteen is ook duidelijk dat artikel 1178 B.W. slechts een uitvloeisel is van de plicht om de gesloten overeenkomsten *te goeder trouw uit te voeren*. Door het inlassen van de voorwaarde hebben de partijen hun lot toevertrouwd aan het toeval en aan het normaal verloop der gebeurtenissen. Het is dan ook slechts redelijk en correct als ze die normale loop der dingen eerbiedigen, en de dingen niet naar hun hand zetten.

In die zin vult artikel 1178 B.W. artikel 1174 B.W. aan. Dit laatste artikel 1174 vermijdt dat de schuldeiser volledig aan de willekeur van de schuldenaar zou overgeleverd zijn. Artikel 1178 B.W. verzekert van zijn kant dat de rechten en de plichten van de partijen werkelijk van het toeval afhangen en niet van kunstmatig door de schuldenaar opgezette situaties, waarin de voorwaarde die normalerwijze zou intreden, juist uitblijft door het toedoen van de voorwaardelijk verbondene. 'Le contrôle de l'exécution de la condition (art. 1178) prend ainsi le relais de celui de sa licéité originaire (art. 1174): plutôt que d'annuler l'obligation sous condition potestative, les tribunaux préfèrent souvent contrôler le comportement du débiteur dans la mise en oeuvre de cette condition. Un mouvement général pousse à délaisser la nullité, au profit de la responsabilité dans l'exécution'. (*1) Wellicht kan deze evolutie inderdaad hierdoor worden verklaard dat toepassing van artikel 1178 B.W. tot de nakoming van de verbintenis leidt, terwijl artikel 1174 B.W. daarentegen tot haar nietigheid leidt.

146 Een overheidsbedrijf schakelt b.v. een headhuntersbureau in omdat het dringend behoefte heeft aan gekwalificeerde juristen. Er wordt afgesproken dat het bureau aanspraak kan maken op een vergoeding of commissie, wanneer een gerekruteerde kandidaat met succes een stage in de onderneming doorloopt. Het headhuntersbureau stelt ene X voor, maar die krijgt niet eens de kans om haar deskundigheid te bewijzen, omdat ze zelfs niet tot de stage wordt toegelaten. De onderneming, schuldenaar van de rekruteringscommissie, heeft zelf de vervulling van de voorwaarde verhinderd. Deze voorwaarde wordt derhalve geacht te zijn vervuld. (*2)

(*1) Ph. MALAURIE en L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, VI, *Les obligations*, vol. 3, *Le régime général*, Parijs, 2001, 135, nr. 188.

(*2) Voorbeeld, geïnspireerd door Versailles 3 maart 1988, *J.C.P.* 1988, II, 21132, met noot ESTOUP; vgl. Brussel 12 juli 1905, *Pas.* 1906, II, 76.

Zie ook Rb. Charleroi 24 september 1958, *J.T.* 1959, 170: A verkoopt aan B een pikdorsmachine voor 100.000 BEF, waarvan 75.000 onmiddellijk wordt betaald en het saldo of 25.000 BEF, betaalbaar werd gesteld bij de doorverkoop van de machine. Na verloop van vijf jaar heeft B de machine echter nog steeds niet doorverkocht. De rechtbank veroordeelt hem niettemin tot betaling van het saldo. In werkelijkheid kwalificeert de rechtbank de voorwaarde als een onbepaalde tijdsbepaling, die de schuldenaar, B, binnen een redelijke termijn moest doen plaatsvinden.

Vele Belgische auteurs citeren in dit verband ook Cass. 5 mei 1955, *Pas.* 1955, I, 967. In het derde cassatiemiddel wordt deze stelling weliswaar geformuleerd, maar het Hof verwerpt het middel omdat het nieuw en derhalve onontvankelijk is en kiest dus geen standpunt over de juridische waarde van de stelling. Wel wordt de regel van art. 1178 B.W. uitdrukkelijk bevestigd in Cass. 18 mei 1998, *Arr. Cass.* 1998, 574.

– *De verhindering van de vervulling van de voorwaarde*

147 Artikel 1178 B.W. stelt een aantal toepassingsvoorwaarden, waarvan sommige toch enige toelichting verdienen. Zo moet de voorwaardelijke schuldenaar vooreerst de vervulling van de voorwaarde *verhinderen*.

Men geeft er zich misschien onvoldoende rekenschap van dat dit begrip een duidelijke causale dimensie heeft. De schuldenaar verhindert slechts de vervulling van een voorwaarde, indien deze voorwaarde zich normalerwijze, d.w.z. zonder de tussenkomst van de schuldenaar, wel zou hebben voorgedaan. Indien X, in het voorbeeld van zo-even, de stage in geen geval met succes had doorlopen, kan men bezwaarlijk beweren dat het overheidsbedrijf dat haar niet eens tot de stage toeliet, verhinderde dat ze die met succes zou doorlopen. De bewering dat de schuldenaar de vervulling van de voorwaarde verhinderde, houdt dus een hypothetische reconstructie in van het feitenrelaas, waarin het toedoen van de schuldenaar wordt vervangen door diens passiviteit of diens niet-handelen, en dat uitmondt in de verwezenlijking van de als voorwaarde gestelde gebeurtenis.

– *De fout van de schuldenaar*

148 Bovendien is vereist dat de schuldenaar foutief optrad; door de vervulling van de voorwaarde te verhinderen, beging de schuldenaar een fout. (*1) Over de ernst van die fout lopen de meningen uiteen. In België wordt geleerd dat een niet-opzettelijke fout volstaat en dat niet vereist is dat de schuldenaar handelde (of passief bleef) om zich aan zijn verbintenis te onttrekken. Lichtzinnigheid, roekeloosheid of nalatigheid zijn voldoende. (*2) Van een loutere onvoorzichtigheid of onoplettendheid wordt echter gezegd “qu’elle cadre mal avec l’esprit du texte qui entend réprimer un acte déloyal, une tricherie ou, à tout le moins, un ‘manque de diligence délibéré’ ”. (*3)

149 De schuldenaar treedt niet foutief op, wanneer hij een recht uitoefent.

Zo schakelde een kandidaat-verkoper een makelaar in om een koper voor zijn eigendom te vinden. De makelaar vindt een kandidaat-koper, die weliswaar de onderhandse verkoopakte ondertekent, maar niet de notariële akte, terwijl de koopsom juist moest worden betaald bij de ondertekening van deze notariële akte. De verkoper dagvaardde daarop de koper in ontbinding van de overeenkomst. De makelaar kon niet opwerpen dat hij (de verkoper) aldus de vervulling van de voorwaarde zou hebben

(*1) Cass. 8 september 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 24.

(*2) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 163; J. ROODHOOFD e.a., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, III, 1-6, nr. 2516; Brussel 27 september 1990, *J.T.* 1991, 148.

(*3) *Jur. civ.*, art. 1175-1180, nr. 60; ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, 133, nr. 173 betogen dat in deze geen algemene regel te geven is: ‘Beslissend is telkens de vraag of de schuldenaar zich, in verband met doel en strekking der overeenkomst, volgens de eisen der redelijkheid en billijkheid, van zijn de vervulling verhinderende handeling had dienen te onthouden’.

verhinderd en dat hij (de makelaar) daardoor zijn makelaarscommissie verloor. Weliswaar kon de verkoper de koper ook hebben gedagvaard in gedwongen uitvoering, maar door te kiezen voor de ontbinding van de verkoop beging hij geen fout, maar oefende hij gewoon zijn recht uit. Derhalve was artikel 1178 B.W. niet van toepassing. (*1)

Er worden echter tal van contractuele erfstellingen toegestaan door de eerststervende aan de langstlevende echtgenoot, mits deze laatste niet van tafel en bed noch uit de echt gescheiden is (zie *supra*, nr. 126). Als de ‘onschuldige’ echtgenoot een vordering tot echtscheiding instelt en de echtscheiding in zijn voordeel wordt uitgesproken, heeft hij weleens de neiging om, gewapend met artikel 1178 B.W., alsnog op de contractuele erfstelling aanspraak te maken. Hij betoogt dan dat de voorwaarde waaronder hij op de nalatenschap van de schuldige echtgenoot aanspraak had kunnen maken, door diens foutieve gedraging werd verhinderd. Deze voorwaarde moet dan ook worden geacht te zijn vervuld. (*2)

Dit zeer onwenselijke resultaat kan echter worden vermeden door de voorwaarde *in casu* als ‘oorzaak’ van de gift te beschouwen; men kan dan de gift vervallen verklaren door de verdwijning van haar oorzaak. Men verlieze echter niet uit het oog dat artikel 1178 B.W. niet ‘blind’ mag worden toegepast, maar met inachtneming van de vereisten van de redelijkheid en billijkheid. (*3)

Het feit dat de toepassing van artikel 1178 B.W. een fout van de voorwaardelijke schuldenaar onderstelt, stond centraal in een aantal arbeidsrechtelijke geschillen. (*4) Een werknemer kan meestal slechts aanspraak maken (eventueel op een evenredig deel, *pro rato laboris*) op een eindejaarspremie of op andere analoge contractuele voordelen, voorzover hij nog in dienst is op het ogenblik waarop deze voordelen worden uitgekeerd. Wanneer de werkgever deze premies en andere analoge voordelen niet uitkeert aan inmiddels ontslagen werknemers, wierpen dezen nogal eens op dat het niet vervuld zijn van de voorwaarde waaronder zij op de premie gerechtigd waren, te wijten was aan de werkgever, en dat artikel 1178 B.W. derhalve moest worden toegepast.

Wanneer de opzegging van de arbeidsovereenkomst echter conform de wettelijke en conventionele voorschriften geschiedt, is er in beginsel geen fout van de werkge-

(*1) Cass. 8 september 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 22; vgl. Bergen 10 september 1992, *Rev. not. b.* 1993, 384.

(*2) Zie o.m. Brussel 30 juni 1971, *Rev. not. b.* 1972, 197, *Rec. gén. enr. not.* 1972, 373.

(*3) Voor meer details, zie M. VAN QUICKENBORNE, *Contractuele erfstelling*, in *A.P.R.*, Gent, 1993, 291-295, nrs. 602-608; vgl. H.R. 11 december 1942, *N.J.* 1943, nr. 36. Omdat de regel van art. 1178 B.W. een toepassing vormt van het criterium van goede trouw, is men in Nederland inderdaad van oordeel dat geen fout is vereist, maar dat het volstaat dat de schuldenaar zich, naar rede en billijkheid, niet op het ontbreken van de voorwaarde kan beroepen (J.D.A. DEN TONKELAAR, *o.c.*, 73).

(*4) Zie hierover, erg gedetailleerd en uitvoerig, M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2001, 913-962, nr. 573-605. Volgens deze auteur is art. 1178 B.W. echter niet van toepassing op eventuele rechten, en betreft het hier juist een eventueel recht (in dezelfde zin, maar in een andere context, M. DAMBRE, ‘Zonder krediet, geen koop’, *D.C.C.R.* 1997, 234, nr. 8). Zie ook E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, ‘Kroniek van het Verbintenissenrecht’, *R.W.* 1992-93, 1256-1257, nr. 86; R. BOES, ‘De werking van enkele aspecten van de loonbescherming op de arbeidsrechtelijke verhouding tussen werkgever en werknemer’, in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, 1984, 366, nr. 529.

ver; die maakt gewoon gebruik van een recht (behoudens willekeurig ontslag of misbruik van het ontslagrecht). Een ontslag met vervangende of aanvullende opzeggingsvergoeding of een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met vrijstelling van het leveren van arbeidsprestaties tijdens de opzeggingstermijn, maken wel een fout uit. En dan zou wel ruimte zijn voor de toepassing van artikel 1178 B.W. (*1) Het zou ons echter te ver leiden om dieper op deze typisch arbeidsrechtelijke problematiek in te gaan.

150 Vaak bestaat de voorwaarde in gevallen als deze in de beslissing van een derde. De schuldenaar, in wiens voordeel de voorwaarde werd bedongen, moet dan de nodige stappen zetten die het de derde effectief mogelijk maken om een beslissing in een bepaalde zin te nemen.

Men denke hier aan het in de rechtspraak vaak voorkomende geval, waarin een verkoop wordt gesloten onder de opschortende voorwaarde dat de koper, binnen een bepaalde tijdsspane, een (bepaald type van) lening verkrijgt. Als de voorwaardelijke koper, na enig onderhandelen met een bank, van laatstgenoemde een leningsvoorstel in de door hem gewenste zin krijgt, maar dit voorstel afwijst, is het duidelijk dat hij de vervulling van de voorwaarde verhindert. (*2) Hetzelfde wordt aangenomen, indien hij een financiële instelling contacteert, maar nalaat de formulieren in te vullen op basis waarvan de instelling beslist over het al dan niet toekennen van de lening.

Men gaat zelfs nog verder, en legt aan de schuldenaar een *inspanningsverbintenis* op om een lening te verkrijgen. (*3) Hij moet alle redelijke inspanningen leveren om het nodige krediet te krijgen. (*4) Hij moet loyaal en naar best vermogen optreden om de nodige financiering te verkrijgen. (*5) Als een aangezochte bank het krediet weigert, moet hij zich tot een tweede bank wenden en de door deze bank gevraagde waarborgen leveren, voor zover ze binnen zijn redelijke mogelijkheden liggen. (*6) Op hem rust echter geen resultaatverbintenis; hem kan niets worden verweten, als hij alle stappen heeft gezet die normalerwijze vereist zijn om de verhoopte lening te verkrijgen. (*7)

(*1) Cass. 18 mei 1998, *Arr. Cass.* 1998, 574.

(*2) Voor deze problematiek, zie S. BEYAERT, 'Koop onder opschortende voorwaarde', *Not. Fisc. M.*, 2004, 166-67, nrs. 24-27 en art. 7b)bis Woningbouwwet; Gent 23 november 1994, *A.J.T.* 1994-95, 404; Brussel 27 juni 1995, *A.J.T.* 1995-96, 159; Cass. fr. 31 januari 1989, *J.C.P.* 1989, II, 21382, met noot DAGORME-LABBÉ.

(*3) Cass. 15 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1248; vgl. H.R. 27 februari 1953, *N.J.* 1953, nr. 586, met noot Ph. A. N. H.

(*4) Kh. Kortrijk 6 november 1987, *T.B.H.* 1988, 810.

(*5) Gent 28 juni 1984, *T.B.H.* 1985, 209; Kh. Kortrijk 26 november 1987, *T.B.H.* 1988, 811; Luik 30 januari 1990, *J.L.M.B.* 1990, 1234; Brussel 27 september 1990, *J.T.* 1991, 148; Rb. Charleroi 8 januari 1991, *Rev. Rég. Dr.* 1991, 272; Bergen 12 november 1991, *D.C.C.R.* 1992-93, met noot I. DEMUYNCK; Kh. Bergen 12 juni 1997, *T.B.H.* 1998, 456; Bergen 18 november 1998, *J.T.* 1999, 194.

(*6) Rb. Turnhout 26 maart 1991, *Turnh. Rechtsl.* 1994-95, 25; Kh. Hasselt 30 april 1996, *R.W.* 1996-97, 1203; Bergen 26 februari 1997, *Rev. not. b.* 1998, 155. Hij mag zich echter beperken tot de bank die *nominatim* in het voorwaardelijk beding werd vermeld; Rb. Charleroi 14 november 1996, *D.C.C.R.* 1997, 225 met noot M. DAMBRE; vgl. Brussel 22 januari 1988, *Res iura imm.* 1988, 225, *Rec. gén. enr. not.* 1992, 117; Rb. Hasselt 18 december 2000, *R.W.* 2002-2003, 1308; H.R. 21 oktober 1988, *N.J.* 1989, 80; 21 juni 1996, *N.J.* 1996, 698.

(*7) B.v. Antwerpen 30 juni 1998, *A.J.T.* 2000-01, 211.

Om alle betwistingen dienaangaande te vermijden, kunnen de partijen overigens contractueel preciseren welke stappen de voorwaardelijke koper en kandidaat-kredietnemer moet ondernemen. Het is ook nuttig om te verduidelijken dat hij de verkoper binnen een bepaalde termijn op de hoogte moet brengen van het resultaat van zijn inspanningen. (*1)

151 De voorwaarde van het verkrijgen van een lening, resp. van het verkrijgen van een bouw- of exploitatievergunning (*2), e.d.m. legt derhalve aan de schuldenaar een positieve plicht op. In het tegenovergestelde geval zouden alle soortgelijke voorwaarden overigens ontaarden in nietige, louter potestatieve voorwaarden die enkel van de wil van de schuldenaar afhangen. Het volstaat immers dat die niet eens een lening of financiering aanvraagt, opdat de voorwaarde zou uitblijven (zie *supra*, nrs. 96).

De positieve verplichting die aldus op de voorwaardelijke schuldenaar wordt gelegd, is gebaseerd op de goede trouw en op de loyaliteit waarmee alle overeenkomsten moeten worden uitgevoerd. Bij onderstelling is de voorwaarde bedongen ten voordele van de schuldenaar. De schuldeiser is bereid onmiddellijk te verkopen, maar de schuldenaar is slechts bereid (en in staat) om te kopen, indien hij een geldschietter vindt die de verrichting wil financieren. De schuldenaar moet oog hebben voor de belangen van de schuldeiser, en die stappen ondernemen die, in redelijkheid en billijkheid, nodig zijn om de lening te verkrijgen. Anders saboteert hij de voorwaarde op dezelfde manier als de schuldenaar die een leningsvoorstel dat geheel aan zijn desiderata beantwoordt, weigert. De schuldenaar die door laakbare passiviteit geen lening heeft verkregen, mag zich niet op de niet-ervulling van de voorwaarde beroepen. Anders zou hij al te gemakkelijk op zijn gegeven woord kunnen terugkomen.

152 De vorige bedenkingen maken het mogelijk het volgende aan ASSER ontleende voorbeeld op te lossen. (*3) Als ik u een som geld beloof voor het geval ik me eens mocht bedrinken, vindt artikel 1178 B.W. geen toepassing, wanneer ik de vervulling van die voorwaarde verhinder door mezelf van alcoholische dranken te onthouden. Anders zou een zodanige verbintenis altijd door mezelf moeten worden nagekomen. Of ik bedrink me immers en dan is de voorwaarde vervuld, of ik bedrink me niet, maar dan zou de voorwaarde voor vervuld moeten worden gehouden. Maar mijn gedraging, namelijk mijn onthouding van alcoholische dranken, is zeker niet ongeoorloofd; ze is daarentegen volledig in overeenstemming met de strekking van onze overeenkomst, waarin de som geld als een soort straf of boete fungeert waartoe ik

(*1) Rb. Luik 13 juni 1994, *Pas.* 1994, III, 8; Rb. Aarlen 17 januari 2002, *Rev. not. b.* 2003, 105.

(*2) Als een koopovereenkomst wordt gesloten onder de opschortende voorwaarde dat de koper voor een bepaalde datum de vereiste exploitatievergunning verkrijgt, wordt de voorwaarde geacht te zijn vervuld, indien uit geen enkel stuk blijkt dat de koper ook maar enige inspanning heeft gedaan om de vergunning te verkrijgen (Antwerpen 3 maart 2003, *T.B.B.R.* 2004, 196).

(*3) ASSER-HARTHAMP, *o.c.*, 133, nr. 174.

mezelf verbind als ik me bedrink, zonder dat u erop speculeert dat ik aan de verleiding niet zal kunnen weerstaan.

– De bewijslast

153 Het staat aan de voorwaardelijke schuldeiser die beweert dat de schuldenaar op kunstmatige en foutieve wijze de vervulling van de voorwaarde heeft verhinderd, diens fout te bewijzen. (*1) Hij moet echter niet bijkomend bewijzen dat deze fout daadwerkelijk de vervulling van de voorwaarde belette.

In combinatie met het eerder betoogde (zie nr. 147), leidt dit er dus toe dat de schuldeiser ermee kan volstaan de fout van de schuldenaar aan te tonen, zonder tevens het oorzakelijk verband tussen fout en schade – in dit geval het uitblijven van de voorwaarde – te moeten bewijzen, wat toch niet vanzelfsprekend is.

Uiteraard kan de schuldenaar repliceren dat de voorwaarde, ook zonder zijn fout, zou zijn uitgebleven. (*2) Wel moet hij daarvan het bewijs leveren.

Indien de voorwaarde juridisch onmogelijk is, en b.v. indruist tegen stedenbouwkundige voorschriften, kan de schuldenaar ermee volstaan hierop te wijzen. Een juridisch onmogelijke voorwaarde kan niet worden vervuld, hoe diligent de schuldenaar zich ook opstelt. (*3) De schuldeiser heeft overigens geen rechtmatig belang bij de vervulling van een zodanige voorwaarde.

De rechtspraak belast zelfs weleens de schuldenaar met het bewijs dat hij geen fout beging. (*4) Dit valt allicht hierdoor te verklaren dat de schuldeiser, wanneer de voorwaarde bestaat in de beslissing van een (relatief onbepaalde) derde, een bank b.v. die al dan niet aan de kandidaat-koper een lening zal toestaan, een negatief feit moet bewijzen: de voorwaardelijke schuldenaar heeft noch bij bank₁, noch bij bank₂,... noch bij ...bank_n om een lening gevraagd. Men gaat als het ware vermoeden dat de schuldenaar die geen lening verkreeg, dit aan zijn eigen passiviteit te wijten heeft en legt hem het tegenbewijs van dit feitelijk vermoeden op. Men realiseert zich eveneens dat de fout van de schuldenaar in gevallen als deze bestaat in een omissie, een nalaten. Het moet dus vaststaan dat de voorwaarde, *in casu* de gewenste lening, zich zou hebben voorgedaan, indien de schuldenaar daartoe de nodige ijver aan de dag had gelegd.

Een en ander mag echter niet doen vergeten dat de bewijslast principieel bij de schuldeiser ligt, die bovendien reeds, op het vlak van het bewijs, wordt bevrijd van het bewijsrisico nopens het causaal verband tussen de fout van de schuldenaar en het uitblijven van de voorwaarde.

(*1) B.v. Bergen 10 september 1992, *Rev. not. b.* 1993, 384.

(*2) ASSER-HARTHAMP, *o.c.*, 134, nr. 174; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Dr. civ.* II-1, *Les obligations*, Parijs, 1962, nr. 81; Brussel 12 juli 1905, *Pas.* 1906, II, 76; Antwerpen 30 juni 1998, *A.J.T.* 2000-2001, 211.

(*3) Antwerpen 30 juni 1998, *A.J.T.* 2000-01, 211.

(*4) Zie b.v. Kh. Bergen 12 juni 1997, *T.B.H.* 1998, 457: 'Qu'ainsi le débiteur doit établir qu'il a accompli des diligences normales ou justifier les raisons pour lesquelles il n'a pu surmonter les obstacles mis à la réalisation de la condition'; Bergen 12 november 1991, *D.C.C.R.* 1992-93, 58 (59), met noot I. DEMUYNCK; Rb. Luik 15 november 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1495.

De schuldeiser(-verkoper) moet echter geen fout van de schuldenaar(-koper) bewijzen, wanneer werd bedongen dat de voorwaarde van het verkrijgen van een lening (ten belope van een bepaald bedrag en tegen een bepaalde interest) geacht zal worden te zijn vervuld, wanneer de koper, binnen een bepaalde tijdsspanne, nalaat ten opzichte van de verkoper te bewijzen dat de lening hem werd geweigerd en dit met voorlegging van een attest in die zin van de aangeduide bank (of banken). Een analoog resultaat kan worden verkregen door het inlassen van een negatief geformuleerde voorwaarde: 'de verkoop wordt gesloten onder de opschortende voorwaarde dat geen enkele schriftelijke en gemotiveerde weigering door de (een) bankier wordt meegegeed binnen een termijn van...'. (*1) Een zodanig beding brengt mee dat de verkoop niet langer afhangt van de voorwaarde van het bekomen van een lening door de koper, maar van diens mededeling binnen een bepaalde termijn dat hij geen lening heeft kunnen bekomen. (*2)

– *De sanctie*

154 Eerder werd betoogd dat de voorwaarde de partij(en) in staat stelt om op een niet-speculatieve manier met de onzekere toekomst om te gaan. Werd een opschortende voorwaarde in het voordeel van de schuldenaar bedongen, dan blijft diens verbintenis zonder uitwerking, zo de opschortende voorwaarde niet wordt vervuld. De niet-ervulling van de opschortende voorwaarde heeft derhalve normalerwijze tot gevolg dat de onzekerheid in die zin wordt opgeheven dat de verbintenis onder opschortende voorwaarde zonder uitwerking blijft. Indien de voorwaardelijke schuldenaar echter op foutieve wijze de vervulling van de voorwaarde verhindert, dan wordt deze voorwaarde, aldus artikel 1178 B.W., geacht te zijn vervuld. De onzekerheid wordt dan met andere woorden in die zin opgeheven dat de voorwaardelijke verbintenis effectief wordt en haar volle uitwerking heeft. De voorwaardelijke schuldenaar die, door het verhinderen van de vervulling van de voorwaarde, wilde vermijden effectief verbonden te worden, wordt effectief verbonden en bereikt net het omgekeerde van wat hij bedoelde. (*3)

(*1) G. RASSON, 'De opschortende voorwaarde van toekenning van een hypothecaire lening of krediet in de voorlopige verkoopovereenkomst', *Notarius* 1991, 127 (kol. 1).

Dit beding kan de verkoper echter zuur opbreken, wanneer de verkoop wordt gesloten door zijn lasthebber (-makelaar), en de koper achteraf geen gevolg geeft aan de overeenkomst. De verkoper moet dan immers het loon van de makelaar betalen, terwijl het goed niet verkocht geraakt. Wel kan hij het makelaarsloon terugvorderen van de onwillige koper (Rb. Luik 13 juni 1994, *Rec. gén. enr. not.* 1996, 198); voor de fiscale incidenties ervan, zie Rb. Brussel 23 april 2004, *Rec. gén. enr. not.* 2004, 397, nr. 25.463.

(*2) Rb. Aarlen 17 januari 2002, *Rev. not. b.* 2003, 104.

(*3) Voorzover hij iets dergelijks bedoelde. Men zal zich immers herinneren (zie nr. 148) dat ook een nalatigheid volstaat.

Vanuit een andere invalshoek bekeken, kan men beweren dat de schuldenaar die zich slechts schijnbaar wou verbinden, via het mechanisme van art. 1178 B.W., wellicht tegen zijn wil in, verbonden wordt, via de verplichting redelijke stappen te ondernemen om de voorwaarde te doen intreden. 'Tous les calculs du débiteur qui croyait pouvoir échapper à l'exécution de son obligation, se trouvent de la sorte déjoués, et ce dernier se trouve pris à son propre piège; il devra s'exécuter' (O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux* (B.D.P., 286), Parijs, 2001, 56, nr. 172).

Volgens de tekst zelf van artikel 1178 B.W. moet de foutieve schuldenaar derhalve niet zozeer de uit zijn fout voortvloeiende schade vergoeden, maar moet hij zijn verbintenis gewoon nakomen. De schuldeiser moet geen vrede nemen met een schadevergoeding voor het verlies van de kans dat de voorwaarde in vervulling zou zijn gegaan. Hij mag de nakoming van de verbintenis eisen. De schuldenaar wordt immers met het bewijsrisico belast: hij moet aantonen dat de voorwaarde ook, zonder zijn fout(ieve nalatigheid), niet vervuld zou zijn geweest. Wordt dit bewijs niet geleverd, dan wordt het uitblijven van de voorwaarde geacht aan de fout van de voorwaardelijke schuldenaar te wijten te zijn. In die zin kan men stellen dat artikel 1178 B.W. vermijdt dat schade ontstaat. (*1)

Een letterlijke interpretatie van artikel 1178 B.W. zou er kunnen toe leiden dat de schuldeiser meer verkrijgt dan wanneer zijn schuldenaar zich loyaal had gedragen en de voorwaarde ongestoord haar gang had laten gaan. Men denke aan de volgende casus. (*2)

Een fiscaal bureau treedt op als lasthebber (en verhuurder van diensten) van een cliënt, teneinde diens niet-onderwerping aan een bepaalde belasting te verkrijgen. In de overeenkomst wordt een bijkomend ereloon bedongen, indien de tussenkomst van het bureau tot succes zou leiden. Tijdens de procedure wendt de cliënt zich echter tot een ander fiscalist, die de begonnen procedure, zonder succes, verderzet. Het fiscaal bureau vordert, met toepassing van artikel 1178 B.W., integrale betaling van het bedongen ereloon-surplus. De rechter oordeelt dat het bureau niet moet aantonen dat zijn tussenkomst tot succes zou hebben geleid, maar vermindert het ereloon-surplus met de kosten die de voortzetting van de procedure zou hebben meegebracht en met de waarde van het werk dat deze voortzetting zou hebben vereist. Deze laatste correctie is geheel terecht. Anders zou de schuldeiser er baat bij hebben dat zijn schuldenaar de vervulling van de voorwaarde verhindert. Bovendien zou een zodanig resultaat bezwaarlijk stroken met de vereisten van de goede trouw.

155 In bepaalde gevallen is de voorwaardelijke schuldeiser echter weinig gebaat met de energieke sanctie van artikel 1178 B.W. Men denke aan een verkoop onder de opschortende voorwaarde dat de kandidaat-koper een lening verkrijgt. De schuldeiser is wellicht weinig gediend met een onwillige koper, die geen lening heeft bekomen en dus vermoedelijk de koopsom niet kan betalen. Maar als het ontbreken van een lening aan de passiviteit van de koper is te wijten, kan deze laatste, bij onderstelling, indien hij daartoe de nodige stappen zet, wel degelijk een lening verkregen om de – tegen zijn wil in – verschuldigde koopsom te betalen.

(*1) M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2001, 925, nr. 579.

(*2) Parijs 13 maart 1962, *D.* 1962, 458, gecit. in *Jur. civ.*, art. 1175-1180, nr. 65, en aldaar, m.i. ten onrechte, bekritiseerd.

Toch is het vaak inopportuun om de verkoop in dergelijke omstandigheden te laten plaatshebben. Men neemt dan ook aan dat de voorwaardelijke verkoper de ontbinding van de verkoop kan vorderen ten nadele van de in gebreke blijvende koper. (*1)

De gefrustreerde schuldeiser kan zich ook beperken tot het vorderen van schade-loosstelling (of hij kan bijkomende schadevergoeding eisen) (*2) of hij kan het door de voorwaardelijke koper betaalde handgeld behouden. (*3)

– *Toepasselijkheid op giften?*

156 Het in artikel 1178 B.W. neergelegde beginsel is ook van toepassing op giften. Zo kan de schenker die de schenking afhankelijk maakte van een opschortende voorwaarde, achteraf niet onrechtstreeks op de schenking terugkomen door het vervullen van deze voorwaarde te verhinderen. Dit zou overigens strijdig zijn met de versterkte onherroepelijkheid van schenkingen. (*4)

Logischerwijze zal artikel 1178 B.W. echter niet van toepassing zijn op schenkingen die min of meer herroepelijk zijn (schenkingen tussen echtgenoten b.v.).

Inzake legaten is artikel 1178 B.W. niet van toepassing, niet zozeer omdat de testator nooit een schuldenaar is (*5), maar omdat een legaat onder (zuiver) potestatieve voorwaarde geldig is. (*6) Als echter de erfgenaam of de algemene legataris, schuldenaar van het legaat, de vervulling van de voorwaarde verhinderen, is artikel 1178 B.W. vanzelfsprekend wél toepasselijk. (*7)

Als de opschortende voorwaarde door toeval of door het feit van een derde uitblijft, heeft de gift geen gevolgen, tenzij haar strekking een andere oplossing zou opleggen. Men denke aan een legaat ten voordele van een dienstbode, op voorwaarde dat zij bij het overlijden van de testator nog in diens dienst is. Als zij korte tijd voordien ernstig ziek wordt en in een verzorgingstehuis moet worden opgenomen, is het redelijk haar niettemin het legaat te gunnen. (*8)

(*1) Cass. 15 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1248; Gent 28 juni 1984, *T.B.H.* 1985, 209; Rb. Charleroi 8 januari 1991, *Rev. Rég. Dr.* 1991, 272.

Deze oplossing komt eigenlijk hierop neer dat men de voorwaarde voor één enkel ogenblik vervuld acht en de overeenkomst als volledig gesloten beschouwt, om ze onmiddellijk daarna te ontbinden (*Jur. civ.*, art. 1175-1180, nr. 70).

(*2) Brussel 12 juli 1905, *Pas.* 1906, II, 76; Luik 30 januari 1990, *J.L.M.B.* 1990, 1234; Gent 23 november 1994, *A.J.T.* 1994-95, 404, met noot I. DEMUYNCK; Gent 1 december 1994, *A.J.T.* 1994-95, 402; Kh. Bergen 12 juni 1997, *T.B.H.* 1998, 456; Bergen 18 november 1998, *J.T.* 1999, 194.

(*3) Brussel 27 september 1990, *J.T.* 1991, 148; zie over art. 1590, H. DE PAGE, *o.c.*, IV, uitg. 1972, nrs. 270-274.

(*4) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 290, B, 1°, a.

(*5) Cass. 28 mei 1942, *Pas.* 1942, I, 136.

(*6) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 290, B, 1°, b; R. DILLEMANS, *Testamenten*, 1977, Antwerpen, 1977, 271, nr. 138.

(*7) Luik 27 juni 1935, *J.L.* 1935, 241; wanneer de wettelijke erfgenaam de vervulling van de voorwaarde verhindert die te zijnen voordele was bedongen, maar aan de vervulling waarvan een legaat was verbonden, heeft de legataris recht op dit legaat (van enige fout van de erfgenaam is geen sprake; vgl. H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 290, B, 2°).

(*8) H. DE PAGE, *o.c.*, VIII, nr. 290, B, 2°; R. DILLEMANS, *o.c.*, 273, nr. 138.

b. Veralgemening van het in artikel 1178 B.W. neergelegde beginsel

157 Letterlijk geïnterpreteerd, is artikel 1178 B.W. enkel van toepassing op de schuldenaar die de vervulling van de voorwaarde heeft verhinderd. Zoals reeds gezegd, is deze bepaling echter een toepassing van de meer algemene regel dat de partijen loyaal moeten samenwerken bij de opheffing van de aan de voorwaarde inherent verbonden onzekerheid. Deze algemene regel wordt fraai verwoord in artikel 6:23 N.B.W.: ‘1. Wanneer de partij die bij de niet-vervulling belang had, de vervulling heeft belet, geldt de voorwaarde als vervuld, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen. 2. Wanneer de partij die bij de vervulling belang had, deze heeft teweeggebracht, geldt de voorwaarde als niet vervuld, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen’. Deze regels die slechts het gezond verstand vertolken en overigens ook in Nederland niet als ‘nieuw’ worden beschouwd, gelden ook in ons recht.

Ook de schuldeiser onder opschortende voorwaarde die belang heeft bij haar vervulling, mag deze vervulling niet op foutieve manier bewerkstelligen. Een kras voorbeeld uit de gezinssfeer vindt men in een contractuele erfstelling tussen echtgenoten. Ofschoon de ingestelde erfgenaam geen eigenlijke schuldeiser is, is zijn recht essentieel (strikt beschouwd betreft het dus geen voorwaarde) afhankelijk van het vooroverlijden van zijn partner. Het zou de haren ten berge doen rijzen, indien hij zijn slag thuis zou halen door zijn echtgenoot te vermoorden en aldus de ‘voorwaarde’ te verwezenlijken. In deze gewelddadige hypothese zal hij zijn recht als contractueel ingestelde erfgenaam dus niet kunnen uitoefenen. Meer nog, bij een wederkerige contractuele erfstelling tussen echtgenoten zullen de erfgenamen van de vermoorde echtgenoot, bij het overlijden van de moordenaar, de rechten van hun rechtsvoorganger op de nalatenschap van de moordenaar kunnen uitoefenen. De vermoorde echtgenoot zal immers geacht worden zijn moordenaar te hebben overleefd. (*1)

Bij de ontbindende voorwaarde waarvan de vervulling in het voordeel van de schuldenaar werkt, geldt de voorwaarde als niet vervuld, wanneer de schuldenaar de vervulling ervan (in strijd met de redelijkheid en billijkheid) heeft teweeggebracht. (*2) Als A zijn juridische bibliotheek aan B belooft, onder de ontbindende voorwaarde dat Saskia, het petekind van A, rechten zou gaan studeren, wordt Saskia geacht wiskunde (of theologie, of...) te hebben gestudeerd, indien ze, daartoe onder druk gezet door A, de rechtenstudie aanvat.

Wanneer het de schuldeiser is die de vervulling van de ontbindende voorwaarde verhindert, wordt die voor vervuld gehouden. Dit zal, in het voorbeeld van zo-even, het geval zijn, als B Saskia, met gebruik van allerlei verleidingstechnieken, ertoe

(*1) Rb. Brussel 17 november 1926, *Rev. prat. not.* 1927, 117; Gent 15 februari 1973, *R.W.* 1973-74, 430; M. VAN QUICKENBORNE, *Contractuele erfstelling*, 1991, 203, nrs. 396-397; voor een voorbeeld inzake arbeidsovereenkomsten en een scholingsbeding, zie *Arbrb.* Brussel 5 januari 1987, *Soc. Kron.* 1987, 134, met noot J. JACQMAIN, waar het probleem echter uitsluitend wordt benaderd op basis van art. 1178 B.W.

(*2) Vgl. Kh. Gent 26 september 1991, *T.G.R.* 1991, 158; H.R. 21 oktober 1988, *N.J.* 1989, nr. 80.

overhaalt haar oorspronkelijk plan om rechten te gaan studeren, opgeeft, en in plaats daarvan de wiskunde omhelst.

158 Om misverstanden te voorkomen, zij echter aangestipt dat het onjuist zou zijn om te denken dat het, bij een opschortende voorwaarde, steeds de schuldenaar is die belang heeft bij haar niet-ervulling, resp. dat het steeds de schuldeiser is die bij haar vervulling belang heeft. Evenmin geldt bij ontbindende voorwaarde steeds het omgekeerde. Bij wederkerige overeenkomsten – en daarmee gelijk te stellen rechtsverhoudingen – correspondeert immers met elke schuldenaar een schuldeiser. Wie belang heeft bij de vervulling of de verhindering van de voorwaarde kan niet *a priori* worden uitgemaakt.

Men (*1) denke aan een legaat van een huis tegen inbreng van 150.000 euro, waarbij de verplichting van de erfgenaam om het legaat uit te keren, onderworpen is aan een ontbindende voorwaarde. De legataris aanvaardt het legaat omdat het in te brengen bedrag met de waarde van het huis overeenstemt. Indien de waardeverhouding tussen de prestaties zich nadien echter ten gunste van de erfgenaam wijzigt (het huis daalt b.v. in waarde), is de vervulling van de voorwaarde niet in het belang van de legataris, maar van de erfgenaam. Dan zal de voorwaarde als vervuld gelden, wanneer de erfgenaam (schuldenaar van de voorwaardelijke verbintenis) haar vervulling belet. Hij heeft er immers belang bij dat de voorwaarde niet in vervulling gaat; als hij haar vervulling verhindert, geldt de voorwaarde (b.v. Saskia oefent in het huis een advocatenpraktijk uit) als vervuld.

II. De gevolgen van de opschortende voorwaarde

159 Herhaaldelijk werd reeds aangestipt dat bij een opschortende voorwaarde de werking van de verbintenis afhangt van het plaatsvinden van een toekomstige en onzekere gebeurtenis. Daarom moet men, bij de bespreking van de gevolgen van de opschortende voorwaarde, een duidelijk onderscheid maken tussen de periode van onzekerheid, de wachttijd tijdens welke men niet weet of de voorwaarde in vervulling zal gaan, en de periode die volgt op het opheffen van de onzekerheid doordat de voorwaarde al dan niet in vervulling gaat. Traditioneel bestudeert men dan ook de gevolgen van de opschortende voorwaarde in drie mogelijke hypothesen: zolang de voorwaarde hangende is (*pendente conditione*), zodra de voorwaarde is vervuld (*eveniente conditione*), en zodra de voorwaarde niet is vervuld (*deficiente conditione*).

(*1) ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, 133, nr. 173.

A. DE GEVOLGEN VAN DE OPSCHORTENDE VOORWAARDE TIJDENS DE WACHTTIJD

160 Logischerwijze gesproken, kan de schuldeiser zijn voorwaardelijk recht niet uitoefenen tijdens de wachttijd; de schuldenaar is immers slechts voorwaardelijk jegens hem verbonden. Het zou echter te ver gaan om het bestaan van de voorwaardelijke verbintenis tijdens de wachttijd volkomen te negeren. De voorwaarde kan immers worden vervuld en de rechten van de schuldeiser moeten worden gevrijwaard met het oog op deze hypothese. Dit lijkt te impliceren dat de schuldenaar, zolang de voorwaarde hangende is, toch enigszins rekening zal moeten houden met de mogelijkheid dat ze in vervulling gaat en dat de schuldeiser niet geheel passief moet toezien als zich feiten voordoen die de uitoefening van zijn recht in het gedrang zouden brengen. Tijdens de wachttijd zal men dus de rechten van de schuldeiser en van de schuldenaar op een harmonieuze manier met elkaar moeten verzoenen. (*1)

1. De rechten verbonden aan een onvoorwaardelijke rechtshandeling kunnen nog niet worden uitgeoefend

161 Als een rechtshandeling wordt gesloten waarbij sommige verbintenissen van een opschortende voorwaarde afhankelijk worden gesteld, kan de schuldeiser het voorwaardelijk karakter van zijn rechten uiteraard niet negeren en optreden alsof deze verbintenis(sen) onvoorwaardelijk en actueel werd(en) aangegaan.

Zolang de voorwaarde hangt, kan de schuldeiser de schuldenaar dan ook niet tot nakoming dwingen. Hij kan noch bewarend noch uitvoerend beslag leggen. (*2) Bij analogische uitbreiding van artikel 1415, tweede lid Ger. W. wordt evenwel geleerd dat bewarend beslag kan worden gelegd voor een voorwaardelijke vordering, wanneer de nakoming van de schuld in de toekomst gevaar loopt. (*3)

De schuldeiser kan evenmin de zijdelingse vordering uitoefenen (*4); die gaat immers verder dan het louter veilig stellen van zijn belangen. Door het instellen van de zijdelingse vordering bemoeit de schuldeiser zich met de zaken van zijn schuldenaar op een rechtstreekse, positieve manier. ‘Elle est, en ce sens, agressive, en non pas simplement expectative, conservatoire’. (*5)

Men leert ook dat de voorwaardelijke schuldeiser, tijdens de wachttijd, de paulaanse vordering niet mag instellen. De rechtshandeling waaruit zijn voorwaardelijke vordering voortvloeit, moge weliswaar de bedrieglijke verarming van de schuldenaar chronologisch voorafgaan, maar zolang de onzekerheid duurt, heeft zijn schuldvorde-

(*1) Vgl. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 1962, nr. 156; Y. HANNEQUART, in *Nov., Dr. Civ.*, IV-2, Brussel, 1958, v° *Condition*, nr. 209.

(*2) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 159, 1°; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, 1996, 766, nr. 6.

(*3) E. DIRIX EN K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, Antwerpen, 2001, 277, nr. 436; Cass. 10 mei 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 906, *R.W.* 1991-92, 405, met noot E. DIRIX.

(*4) H. DE PAGE, *ibid.*; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 766, nr. 3.

(*5) Vgl. H. DE PAGE *o.c.*, III, nr. 183, A en B en nr. 191, C; Y. HANNEQUART, *o.c.*, nr. 217.

ring nog geen uitwerking. (*1) Toch zou eventueel kunnen worden overwogen om aan de voorwaardelijke schuldeiser het voordeel van de *Pauliana* toe te kennen, indien hij aantoonbaar dat de gewraakte handeling, ofschoon verricht vóór de vervulling van de voorwaarde, werd gesteld om de inning van de toekomstige schuld te bemoeilijken of onmogelijk te maken. (*2) Het probleem heeft overigens weinig praktisch belang. Als de voorwaarde in vervulling gaat, brengt de terugwerkende kracht daarvan immers mee dat de schuldeiser alle bedrieglijke handelingen die zijn schuldenaar tijdens de periode van onzekerheid stelde, met de *Pauliana* kan aanvechten (*3) (zie verder, nr. 181).

Tussen de voorwaardelijke schuldvordering van de schuldeiser en een actuele schuldvordering van de schuldenaar is geen wettelijke (*4) compensatie mogelijk; de schuldvordering van de schuldeiser is immers niet eens opeisbaar. (*5) En zolang de voorwaarde niet vervuld is, loopt de bevrijdende verjaring niet met betrekking tot een voorwaardelijke schuldvordering; tijdens de wachttijd kan de schuldeiser immers geen betaling vorderen (art. 2257 B.W.). (*6)

162 Correlatief kan de schuldenaar de schuldeiser, tijdens de periode van onzekerheid, niet dwingen zijn betaling te aanvaarden. En wanneer de schuldenaar de schuldeiser, vóór de vervulling van de voorwaarde, zou betalen in de onwetendheid van de voorwaarde zelf of in de waan verkerend dat ze reeds vervuld is, heeft men te maken met een onverschuldigde betaling. De dwalende schuldenaar mag het onverschuldigd betaalde terugvorderen. (*7)

(*1) H. DE PAGE, *o.c.*, III, nr. 229-230; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VII, 2e uitg., door P. ESMEIN, J. RADOUANT en G. GABOLDE, Parijs, 1954, nr. 995; J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, II, *Les obligations, Les effets du contrat*, Parijs, 1992, nr. 692; vgl. Rb. Dendermonde 4 december 1931, *Pas.* 1933, III, 19.

(*2) R. KRUTHOF, H. BOCKEN e.a., 'Overzicht van rechtspraak. De Verbintenissen', *T.P.R.* 1994, 689, nr. 363; Cass. 19 maart 1998, *T.B.H.* 1998, 531, met noot C. VERBRUGGEN, *R.W.* 1998-99, 1177, met noot K. VAN RAEMDOCK.

(*3) G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XIII, door G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, Parijs, 1907, nr. 813.

(*4) Wel is een conventionele compensatie mogelijk; partijen kunnen afspreken dat ook voorwaardelijke schulden zullen worden gecompenseerd, mits zij daardoor geen afbreuk doen aan de verworven rechten van derden (A. VERBEKE en I. VERVOORT, 'Contracten onder voorwaarde', in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten Kanscontracten*, Schoten, 2004, 166 e.v., nr. 37).

(*5) H. DE PAGE, *o.c.*, III, nr. 637; J. ROODHOOFT e.a., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, v^o Verbintenissen onder voorwaarde (door B. CLAESSENS), Antwerpen, losbl., III.1-5 - III.1-8, nr. 2527; Cass. 15 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 41, *Pas.* 1984, I, 42, met concl. Adv. Gen. E. LIEKENDAEL (vooral nrs. 9-11), *R.W.* 1983-84, 2887, *J.T.* 1985, 185.

(*6) Bergen 27 april 1993, *R.G.A.R.* 1995, 12407; PLANIOL en RIPERT, *o.c.*, VII, nr. 130; vgl. ASSER-HARTKAMP, *Verbintenissenrecht*, I, *De verbintenis in het algemeen*, Deventer, 2004, nr. 644; art. 3:313 N.B.W.

In feite kan hij dit wel, omdat hij bewarende maatregelen kan treffen (zie verder, nr. 166). De wetgever wilde de schuldeiser echter niet verplichten om de kosten te maken van een stuiting van de verjaring, nu de schuldenaar goed weet dat hij (de schuldeiser) hem niet kan vervolgen (H. DE PAGE, *o.c.*, VII, nr. 114, A; Y. HANNEQUART, *o.c.*, v^o Condition, nrs. 319-322).

(*7) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 159,2^o; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 766; Y. HANNEQUART, *o.c.*, nr. 270; Cass. 7 oktober 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 215, *Res iura imm.* 1983, 95.

163 Wat zo-even werd uiteengezet in verband met een voorwaardelijke schuldeiser en schuldenaar, is van overeenkomstige toepassing op de voorwaardelijke vervreemder en verkrijger van een zakelijk recht. De voorwaardelijke overdracht van een zakelijk recht brengt de voorwaardelijke vervreemder in contact met een voorwaardelijke verkrijger van datzelfde recht. Als A zijn eigendomsrecht op een huis onder opschortende voorwaarde verkoopt aan B, wordt B eigenaar van het huis onder opschortende voorwaarde en A eigenaar van datzelfde huis onder ontbindende voorwaarde. '[...] Dans les transferts de droits réels, la condition, quelle qu'elle soit, ne peut attribuer le droit à l'une des parties sans en même temps le retirer à l'autre; et, par voie de conséquence, la partie qui acquiert le droit, le reçoit nécessairement au moment même où l'autre le perd'. (*1)

Tijdens de wachttijd behoudt de voorwaardelijke vervreemder (verkoper, schenker,...) alle attributen van het eigendomsrecht; hij behoudt het bezit en het genot van de zaak. Met betrekking tot de vervreemde zaak kan hij rechtsgeldig daden van bewaring, van beheer en zelfs van beschikking stellen. Zulke daden maken geen daden uit *a non domino*. Hij heeft de vereiste hoedanigheid om eigendoms- en bezitsvorderingen in te stellen met betrekking tot het vervreemde goed. De rechtsgeldigheid en effectiviteit ervan worden echter bedreigd door het in vervulling gaan van de voorwaarde.

Zijn schuldeisers kunnen op het voorwaardelijk vervreemde goed, tijdens de wachttijd, beslag leggen (nog steeds onder voorbehoud van de vervulling van de voorwaarde (*2)). Als de vervreemder houder is van het vervreemde goed, kan hijzelf tot de hypotheaire zuivering overgaan. (*3) Na de vervulling van de voorwaarde zal de zuivering echter ten goede komen aan de verkrijger. (*4)

Heeft de vervreemding op een aandeel in een onverdeeld goed betrekking, dan kan de verkoper onder opschortende voorwaarde de verdeling uitlokken of verweer voeren tegen een vordering tot verdeling. Een tijdens de wachttijd totstandgekomen verdeling zal, na het in vervulling gaan van de voorwaarde, aan de verkrijger onder opschortende voorwaarde tegenwerpelijk zijn. Wel kan deze laatste in de verdeling tussenkomen om zijn rechten te vrijwaren (art. 882 en 1180 B.W.). De verdeling kan in der minne geschieden, en moet dus niet gerechtelijk gebeuren. Men overwege in dit verband dat de verdeling, in ons recht, geen daad van beschikking uitmaakt en enkel een privaatief deel in de plaats stelt van een onverdeeld aandeel. De verdeling is

(*1) J.J. TAISNE, in *Jur. civ.*, art. 1181-1182, fasc. 47, nr. 3; vgl. eerder, nr. 58.

(*2) 'Les créanciers du vendeur ou du donateur sous condition suspensive sont autorisés à saisir la chose vendue ou donnée, tout comme les autres biens de leur débiteur. Seulement, s'il s'agissait d'une saisie immobilière, poursuivie par un simple créancier chirographaire ou par un créancier hypothécaire, postérieur à la transcription de l'acte d'aliénation, et qu'il n'existât pas de créanciers hypothécaires antérieurs, le jugement d'adjudication ne pourrait, après l'accomplissement de la condition, être opposée à l'acquéreur ou au donataire' (AUBRY en RAU, *Cours de droit civil français*, IV, 6e uitg., door E. BARTIN, Parijs, 1964, § 302, blz. 102, en noot 48).

(*3) BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, nr. 834.

(*4) Leidt de zuivering tot een hoger bod, dan is de toewijzing tegenstelbaar aan de verkrijger (AUBRY en RAU, *Cours de droit civil français*, IV, *o.c.*, § 302, blz. 103).

overigens een noodzakelijke rechtshandeling, die ook door de deelgenoten van de vervreemder kan worden gevorderd. (*1)

164 De voorwaardelijke koper van zijn kant heeft (nog) niet het genot en het gebruik van de zaak. Dit verklaart waarom de door artikel 1641 B.W. bedoelde ‘korte termijn’, behoudens andersluidend beding, niet begint te lopen vanaf het ogenblik van de verkoop. (*2)

De termijn om de nietigheid van de verkoop wegens benadeling te vorderen, begint pas te lopen, na de vervulling van de voorwaarde. Anders zou men tot het paradoxale resultaat kunnen komen dat de vordering reeds verjaard is, vooraleer de verkoop, door het in vervulling gaan van de voorwaarde, effectief is. (*3) De in aanmerking te nemen waarde is echter, in de regel, die ten tijde van de rechtshandeling, en niet die ten tijde van het in vervulling gaan van de voorwaarde. (*4)

Krachtens artikel 12 van de Handelshuurwet mag de verkrijger van het verhuurde pand de huurder onder bepaalde voorwaarden uitzetten. Hij dient van dit recht gebruik te maken binnen drie maanden na de verkrijging. Wanneer de verkoop wordt gesloten onder een opschortende voorwaarde, kan de verkrijger dit recht slechts uitoefenen na het in vervulling gaan van de voorwaarde. (*5)

Hij kan evenmin daden van beheer stellen in verband met het voorwaardelijk aangekochte goed. Wanneer dit door hypotheek is bezwaard, kan hij niet tot de zuivering overgaan.

2. Juridische bescherming van de verwachting van de voorwaardelijke schuldeiser

165 Tijdens de wachttijd is de voorwaardelijke schuldeiser niet helemaal weerloos. Hij is niet overgeleverd aan de willekeur van de schuldenaar; zijn hoop dat de voorwaarde in vervulling zal gaan, wordt in een bepaalde mate juridisch beschermd.

De meest in het oog springende toepassing van deze idee troffen we trouwens reeds aan bij de bespreking van artikel 1178 B.W. Daar bleek dat de voorwaardelijke schuldeiser er recht op heeft dat de voorwaarde in vervulling zal gaan, indien deze vervulling met de normale gang van zaken strookt; de schuldenaar mag het in vervulling gaan niet dwarsbomen. Doet hij dit toch, dan wordt de voorwaarde voor vervuld gehouden.

(*1) BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, 74-77, nrs. 867-873.

(*2) *Jur. civ.*, art. 1181-1182, nr. 14.

(*3) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XXIV, nr. 444; H. DE PAGE, *o.c.*, IV, uitg. 1972, nr. 351; B. TILLEMANN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, X, *Overeenkomsten*, deel 2, *Bijzondere overeenkomsten*. A. *Verkoop*, Antwerpen, 2001, 583-584, nr. 149.

(*4) H. DE PAGE, *o.c.*, IV, nr. 355, 3^o; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, Brussel-Parijs, 1960, nr. 583; Rb. Brussel 20 juli 1951, *Pas.* 1952, III, 82 (behoudens andersluidend beding).

(*5) Cass. 21 januari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 166, *J.L.M.B.* 2000, 1324; vgl. Brussel 3 december 1986, *T.B.H.* 1988, 25.

De partijen kunnen overigens de rechten van de voorwaardelijke schuldeiser tijdens de periode van onzekerheid ook conventioneel nader bepalen.

166 Volgens artikel 1180 B.W. kan de voorwaardelijke schuldeiser tijdens de periode van onzekerheid alle handelingen tot bewaring van zijn recht stellen. (*1) Artikel 1180 B.W. verruimt aldus de bescherming die artikel 1178 B.W. aan de schuldeiser verleent. De schuldeiser wordt niet alleen beschermd tegen handelingen van de schuldenaar die ertoe strekken het in vervulling gaan van de voorwaarde te verhinderen. Artikel 1180 B.W. beschermt hem bovendien tegen handelingen van de schuldenaar die de nakoming van de verbintenis in het gedrang zouden kunnen brengen, nadat de voorwaarde in vervulling is gegaan.

Zo kunnen zekerheden worden gesteld tot waarborg van de schuldvordering die volwaardig zal ontstaan, eens dat de voorwaarde is vervuld: borgtocht, pand en hypotheek. (*2) Hij kan een onderzoek vorderen naar de echtheid van een geschrift of van een handtekening. (*3) Indien zijn voorwaardelijk recht zou worden betwist, mag hij door de rechtbank laten uitmaken dat het bestaat. (*4)

Hij kan deelnemen aan alle procedures van rangregeling of evenredige verdeling waartoe de vervolging van de schuldenaar door andere schuldeisers aanleiding kan geven. Hij kan vragen dat daarbij rekening zou worden gehouden met zijn voorwaardelijk recht. (*5) Bij faillissement van zijn schuldenaar kan hij, als bewarende maatregel, aangifte doen van zijn voorwaardelijke schuldvordering. (*6) Hij kan de verzegeling van de goederen van de schuldenaar vorderen of eisen dat tot een boedelbeschrijving zou worden overgegaan.

167 De verkrijger onder opschortende voorwaarde kan tegen de derde bezitter van een onroerend goed een vordering tot erkenning van zijn recht instellen waardoor de tegen hem lopende verjaring kan worden gestuit. (*7) Hij kan alle overschrijvingen en inschrijvingen vorderen die noodzakelijk zijn voor het behoud van zijn recht. De rang van de hypotheek wordt bepaald door de datum van haar inschrijving en niet door die van de vervulling van de voorwaarde.

(*1) Vgl. H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 160; J. ROODHOOFT e.a., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, nr. 2526; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 766; Rb. Dendermonde 4 december 1931, *Pas.* 1933, III, 19.

(*2) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Brussel-Parijs, XVII, 108-109, nr. 89; G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, XIII, 59-60, nr. 840; H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 160 en VII, nr. 474.

De voorwaardelijke schuldeiser – de koper onder opschortende voorwaarde b.v. – kan ook ten voordele van zijn eigen schuldeisers een – preciaire – hypotheek vestigen op zijn voorwaardelijk recht (art. 74 Hyp. W.; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, 1999, 422, nr. 614; *Jur. civ.*, art. 1181-1182, fasc. 47, nr. 32).

(*3) Art. 1324 B.W.; H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 160.

(*4) R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Brussel, 1077, 148; vgl. art. 3: 296, lid 2 N.B.W.: ‘Hij die onder een voorwaarde of een tijdsbepaling tot iets gehouden is, kan onder die voorwaarde of die tijdsbepaling worden veroordeeld’.

(*5) H. DE PAGE, *ibid.*

(*6) H. DE PAGE, *ibid.* A. CLOQUET, *Les concordats et la faillite*, in *Nov., Droit commercial*, IV, Brussel, 1985, nr. 2293.

(*7) Hij kan bovendien de verjaring stuiten die tegen zijn rechtsvoorganger, de vervreemder onder opschortende voorwaarde, zou lopen en die tegen hem zou kunnen worden ingeroepen na de vervulling van de voorwaarde (AUBRY en RAU, *Cours de droit civil français*, IV, 6e uitg., door E. BARTIN, Parijs, 1964, § 302, 105).

Deze regel is in de praktijk erg belangrijk. De bankier die aan een klant een kredietopening toestaat en die, zolang laatstgenoemde van het hem ter beschikking gestelde krediet geen gebruik heeft gemaakt, slechts een eventuele schuldeiser is (zie *supra*, nr. 38), kan niettemin onmiddellijk zijn schuldvordering door zekerheden laten beveiligen. (*1) En de voorwaardelijke eigenaar kan zijn eigendomstitel onmiddellijk laten overschrijven om zijn recht, bij het in vervulling gaan van de voorwaarde, tegen een latere overdracht te laten gelden. (*2)

Hij kan eveneens materiële handelingen stellen om het hem voorwaardelijk verschuldigde goed te bewaren: hij mag dringende herstellingen laten uitvoeren, het goed verzekeren, e.d.m.

168 De vraag of de schuldenaar bekwaam was om de voorwaardelijke verbintenis aan te gaan, wordt beoordeeld in functie van de dag waarop de rechtshandeling werd gesloten, en niet van de dag waarop de voorwaarde in vervulling gaat. (*3) En als een nieuwe wet, tijdens de wachttijd, de geldigheidsvereisten komt wijzigen van de rechtshandeling waaruit de voorwaardelijke verbintenis is voortgevloeid, blijft de oude wet van toepassing op deze rechtshandeling, behoudens als de nieuwe wet terugwerkende kracht heeft. (*4)

Dat het recht van de voorwaardelijke schuldeiser tijdens de wachperiode meer is dan een louter psychologische verwachting, blijkt zeer duidelijk uit het feit dat zijn recht overgaat op zijn erfgenamen (art. 1179, tweede zin B.W.). Het aldaar neergelegde beginsel geldt overigens ook bij het overlijden van de schuldenaar. (*5)

Het geldt echter niet voor de legatarissen (art. 1040 B.W.), noch voor de voorwaarde die enkel door de persoon van de schuldeiser kon worden vervuld (het maken van een schilderij b.v.).

Het voorwaardelijk recht van de schuldeiser kan ook onder de levenden worden gecedeerd. Dit blijkt uit artikel 74 Hyp.W., dat analogisch mag worden uitgebreid. (*6)

(*1) A. KLUYSKENS, *Beginselen van Belgisch burgerlijk recht*, I, *De verbintenis*, Antwerpen, 1948, 126, nr. 104.

(*2) H. DE PAGE (en R. DEKKERS), *o.c.*, VII, 868, nr. 968.

(*3) P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 766, nr. 8; Luik 30 november 1876, *Pas.* 1877, II, 54.

(*4) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 166, 1° die dit feit verklaart door de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde; J. HERBOTS, 'Contrat sous une condition suspensive', noot onder Cass. 5 mei 1981, *R.C.J.B.* 1983, 212, nr. 9; P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, in *A.P.R.*, Gent, 1999, 52, nr. 79.

(*5) Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2e uitg., door R. BEUDANT en P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, VIII, *Les Contrats et les Obligations*, door G. LAGARDE, Parijs, 1936, nr. 749, a.

(*6) H. DE PAGE, *o.c.*, VII, nrs. 472-473; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 766, nr. 7; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Dr. civ.*, II-1, *Les obligations*, Parijs, 1962, 764, nr. 754, c.

3. *Epiloog: bestaat het voorwaardelijk recht (resp. verbintenis) tijdens de wachttijd?*

169 In het reeds vermelde arrest van 9 februari 1933 (*1) overwoog het Hof van Cassatie ‘que la condition suspensive est un événement futur de réalisation incertaine qui suspend la naissance de l’obligation; qu’il s’ensuit qu’aussi longtemps que la condition est pendante, le contrat n’existe pas et ne peut produire aucun effet’.

170 Men kan zich hierbij echter allereerst de vraag stellen naar de betekenis van een uitdrukking als ‘een verbintenis bestaat’ en ‘een overeenkomst bestaat’. Een verbintenis bestaat alleszins niet in dezelfde zin als waarin gezegd wordt dat God (al dan niet) bestaat of dat kabouters, spoken of het monster van Loch Ness bestaan. Een verbintenis lijkt me te bestaan als ze rechtsgevolgen afwerpt (*2) of meebrengt: een verbintenis zonder rechtsgevolgen is juridisch immers onbestaande. Een overeenkomst kan echter bestaan in een historisch feit: op 1 mei 2005 zijn A en B het eens geworden over de verkoop van A’s kasteel aan B tegen de prijs van 1 miljoen euro. Men kan echter ook zeggen dat een overeenkomst bestaat in de mate waarin de eruit voortvloeiende rechten en plichten bestaan.

171 Bij de lectuur van het cassatiearrest van 9 februari 1933 valt op dat dit arrest ten onrechte het bestaan van de overeenkomst verwart met het bestaan van de verbintenis. De voorwaarde schort immers, zo wordt gezegd, het bestaan van de *verbintenis* op, en daaruit wordt afgeleid dat de *overeenkomst*, tijdens de wachttijd, niet bestaat en geen enkel rechtsgevolg kan hebben. Het hoeft niet veel betoog dat men hier met een duidelijk *non sequitur* te maken heeft of minstens met een erg verwarrend taalgebruik.

Indien de overeenkomst als historisch feit wordt beschouwd, bestaat ze duidelijk onvoorwaardelijk, ongeacht de vraag of de eruit voortvloeiende rechten en verbintenissen een voorwaardelijk karakter hebben (en zelfs als alle eruit voortvloeiende verbintenissen voorwaardelijk zijn). Daarom betoogt DE PAGE (*3) terecht: ‘Dans ce qu’on appelle le ‘contrat conditionnel’, ce n’est pas le contrat qui est affecté dans sa naissance, dans son existence. Le contract existe dès l’instant où il est conclu. Ce n’est que son *exécution* (obligations qui en naissent) qui subit l’influence de la condition, qui ne pourra être poursuivie que si la condition (que nous supposons suspensive) se réalise. Le contrat lui-même existe, répétons-le. [...] On voit par ce qui précède combien il est erroné de dire, comme l’a pourtant fait la cour de cassation, que le contrat

(*1) Cass. 9 februari 1933, *Pas.* 1933, I, 203, met concl. Proc. Gen. P. LECLERCQ, zie vooral de blz. 108-109 en 124.

(*2) Volgens het *Groot Woordenboek der Nederlandse Taal* (Van Dale) betekent ‘bestaan’ o.m. ‘in wezen zijn’: God bestaat. En de uitdrukking ‘deze wet bestaat nog’ betekent ‘is nog van kracht’.

(*3) H. DE PAGE, *o.c.*, I, 226, nr. 153bis; vgl. reeds F. LAURENT, *o.c.*, XVII, 122, nrs. 102-103; zie ook J.D.A. DEN TONKELAAR (*Opschortende en ontbindende voorwaarden volgens BW en NBW*, in *Studiepockets Privaatrecht*, nr. 31, Zwolle, 1983, 11): ‘Naar mijn overtuiging kan een rechtshandeling zelf niet voorwaardelijk zijn’.

sous condition suspensive n'existe pas tant que la condition n'est pas réalisée. Le contrat existe parfaitement. Ce n'est que son exécution (obligations qui en découlent) qui est tenue en suspens, différée, incertaine. Le contrat lui-même n'est pas affecté dans son existence. [...] En allant au fond des choses, on ne peut même pas dire que ce sont les obligations nées du contrat qui n'existent pas. Ces obligations existent; ne n'est que leur exécution qui est suspendue'.

Hoogstens zou een overeenkomst voorwaardelijk kunnen worden genoemd, indien *alle* eruit voortvloeiende verbintenissen en rechten voorwaardelijk zijn.

172 De vraag daarentegen of de voorwaardelijke verbintenis tijdens de wachttijd bestaat, peilt naar de rechtsgevolgen van de voorwaardelijke verbintenis tijdens deze wachttijd. De meerderheid van de auteurs leerde dat de voorwaardelijke verbintenis niet bestaat, zolang de voorwaarde niet is vervuld. (*1)

Zich hoofdzakelijk baserend op de leer van DE PAGE, zoals vervat in het randnummer 153*bis* van het eerste deel van zijn *Traité*, en geheel in overeenstemming met de conclusie van zijn toenmalig advocaat-generaal H. LENAERTS, overwoog het Hof van Cassatie in een arrest van 5 juni 1981 (*2): 'Wanneer bij overeenkomst een verbintenis onder opschortende voorwaarde wordt aangegaan, bestaat de overeenkomst hangende de voorwaarde, ook al is de uitvoering van de verbintenis geschorst; deze overeenkomst doet derhalve rechten en plichten voor de partijen ontstaan, en de partij die haar verplichtingen niet nakomt, kan schadeplichtig zijn'. In latere arresten herhaalt het Hof deze doctrine. (*3)

Ofschoon het bestaan van de voorwaardelijke overeenkomst in dit arrest duidelijk wordt bevestigd, spreekt het zich eigenlijk niet uit over het bestaan van de voorwaardelijke verbintenis tijdens de wachttijd. Het zegt enkel dat de uitvoering van de voorwaardelijke verbintenis hangende de voorwaarde wordt geschorst. In die zin is de for-

(*1) Men consulere de indrukwekkende lijst met verwijzingen bij Ph. GERARD, 'Vers une définition nouvelle de l'obligation sous condition suspensive', *R.C.J.B.* 1990, 111, noot 6.

Zie ook W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, I, *Algemeen Deel*, Antwerpen-Utrecht, 1969, 104, nr. 37; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Brussel, 1977, 148; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Dr. civ.*, I, *Introduction générale à l'étude du droit*, Parijs, 1972, 295, nr. 164: 'La condition est un événement futur mais de réalisation incertaine dont on fait dépendre l'existence ou la résolution du droit'; O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, (B.D.P., t. 286), Parijs, 2001, 66, nrs. 192-194; A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Deventer, 2002, o.m. blz. 272 en 308.

Soms drukken deze auteurs zich echter onnauwkeurig uit. Zo bepaalt H. DE PAGE (*o.c.*, I, nrs. 152 en 159) de voorwaarde als 'un événement futur et incertain dont dépend la naissance ou l'extinction du droit (art. 1168).[...] L'incertitude de la condition (tout ou moins suspensive) empêche réellement le droit de naître'. Maar even verder (*o.c.*, I, nr. 153*bis*) betoogt de eminente auteur, zoals reeds gezegd, dat de verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien, reël bestaan, maar dat enkel hun uitvoering wordt opgeschort.

(*2) *Arr. Cass.* 1980-81, 1157, *R.W.* 1981-82, 246, met concl. Adv. Gen. H. LENAERTS, *Pas.* 1981, I, 1149, *T. Aann.* 1981, 297, met noot M.A. FLAMME, *T.B.P. (Trim.)* 1984, 145, met noot X. DIEUX, *R.C.J.B.* 1983, 199, met gecit. noot J. HERBOTS; *Rb. Brugge* 2 oktober 1985, *Rec. gén. enr. not.* 1986, 380, met noot A.C.; *Brussel* 3 december 1986, *T.B.H.* 1988, 25.

(*3) *Cass.* 15 mei 1986, *R.C.J.B.* 1990, 106, met gecit. noot Ph. GERARD; 21 januari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 166; *Rb. Brugge* 2 oktober 1985, *Rec. gén. enr. not.* 1986, 381, met noot A.C.

mulering van het Hof niet van dubbelzinnigheid gespeend, omdat ze de voorwaardelijke verbintenis op dezelfde voet lijkt te stellen als de verbintenis onder tijdsbepaling. (*1)

Allicht mag men er echter van uitgaan dat het Hof ook wil zeggen dat de voorwaardelijke verbintenis tijdens de wachttijd bestaat (*2), maar dat haar uitvoering is geschorst.

Dit blijkt uit de conclusie van advocaat-generaal LENAERTS, die zich, zoals gezegd, hoofdzakelijk, zo niet uitsluitend baseert op de leer van DE PAGE. Hij citeert met name letterlijk de laatste zin van diens hierboven aangehaalde citaat ('En allant au fond des choses, on ne peut même pas dire que ce sont les obligations nées du contrat qui n'existent pas. Ces obligations existent; ce n'est que leur exécution qui est suspendue'). Advocaat-generaal LENAERTS voegt hier overigens oordeelkundig nog aan toe: 'Na het antwoord op de concrete vraag die onderhavige voorziening doet rijzen – met name of er plaats is voor een vordering tot schadevergoeding – lijkt het me niet zo belangrijk of de verbintenis bestaat dan wel of de uitvoering ervan opgeschort is'. (*3) Toch drukt hij even later de mening uit dat de voorwaardelijke verbintenis tijdens de wachttijd bestaat, al is het antwoord op deze 'bestaansvraag' z.i. minder belangrijk.

173 Het arrest van 5 juni 1981 leert dan ook hoofdzakelijk – wat eigenlijk bijna vanzelfsprekend is – dat de overeenkomst die aanleiding geeft tot een voorwaardelijke verbintenis, wel degelijk bestaat. Deze overeenkomst roept een aantal rechten en plichten in het leven, waarvan sommige voorwaardelijk zijn, maar waarvan andere actueel zijn en onmiddellijk gelden.

A sluit b.v. (*4) met B een overeenkomst, onder de opschortende voorwaarde van de goedkeuring door een derde C. Er wordt bovendien bedongen dat de overeenkomst geheim moet worden gehouden tijdens de wachttijd (of dat A intussen geen overeenkomst met D mag sluiten [waarbij de overeenkomst A-D afhangt van de ontbindende voorwaarde van de goedkeuring door C van de overeenkomst tussen A en B]). Op A rust dan de actuele plicht tot geheimhouding, resp. mag A *hic et nunc* niet met D contracteren.

De goede trouw en de redelijkheid kunnen ook meebrengen dat A zijn wederpartij op de hoogte brengt van de niet-ervulling van de voorwaarde. (*5)

(*1) Sommige rechtsleer en rechtspraak getuigen overigens van deze dubbelzinnigheid; zie b.v. Antwerpen 20 mei 1996, R.W. 1999-2000, 1068.

(*2) In Cass. 5 april 1993, R.W. 1993-94, 465 bevestigt het Hof expliciet het bestaan van een voorwaardelijk recht tijdens de wachttijd ('De duur van de maximale proeftijd in een arbeidsovereenkomst hangt af van het loon. Dit 'loon' omvat niet alleen de bezoldigingen, maar ook alle voordelen die krachtens de arbeidsovereenkomst zijn verkregen. Het omvat met name ook het voorwaardelijk recht op een dertiende maand. Dit voorwaardelijk recht op een dertiende maand bestaat immers hangende de voorwaarde, ook al is de uitvoering van de verbintenis opgeschort').

(*3) R.W. 1981-82, 246.

(*4) Vgl. J. HERBOTS, *o.c.*, 219, nr. 16.

(*5) Vgl. conclusie Adv. Gen. LENAERTS, voor Cass. 5 juni 1981, R.W. 1981-82, 245 (249).

Voorts zij er andermaal aan herinnerd dat de voorwaardelijke schuldenaar wiens verbintenis afhankelijk is van het verkrijgen van een lening of van een vergunning, de nodige stappen moet ondernemen om deze lening of deze vergunning daadwerkelijk te verkrijgen. Blijft hij volledig passief, dan begaat hij een contractuele fout.

174 Niettemin lijkt het onloochenbaar dat de voorwaardelijke verbintenis tijdens de wachttijd nog niet bestaat. (*1) Zolang de voorwaarde niet vervuld is, heeft de verbintenis nog geen rechtsgevolgen en kan haar nakoming niet worden gevorderd. Het – sobere – artikel 6:22 van het Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek is in dit opzicht zeer leerzaam: ‘Een opschortende voorwaarde doet de werking van een verbintenis eerst met het plaatsvinden van de voorwaarde aanvangen’.

Wel beschikt de schuldeiser, in de periode van onzekerheid, reeds over een juridisch beschermde verwachting. De schuldenaar mag de verwezenlijking van de voorwaarde niet verhinderen of bemoeilijken; in voorkomend geval moet hij zelfs meewerken aan haar totstandkoming; de uitvoering van de verbintenis mag niet onmogelijk worden gemaakt en het voorwerp ervan moet ongewijzigd blijven. (*2)

Dit recht op een loyale en normale (niet-kunstmatig veroorzaakte of verhinderde) vervulling van de voorwaarde lijkt me een typisch voorbeeld te zijn van een *eventueel* recht (*3), een actueel recht op de loyale en normale vervulling van de voorwaarde en op het nemen van bewarende maatregelen met het oog op de hypothese dat de voorwaarde in vervulling gaat, een recht derhalve dat de kansen op de vervulling van de voorwaarde intact laat en dat ervoor zorgt dat de schuldeiser, eens de voorwaarde vervuld, nog nuttig zijn alsdan onvoorwaardelijk geworden recht zal kunnen uitoefenen.

Dit voorbereidend eventueel recht dat onmiddellijk ontstaat, zodra de voorwaardelijke rechtshandeling gesloten is, verschafft aan de houder van een voorwaardelijk recht een reële waarde, een reëel voordeel. Daarom kan dit recht aan derden worden geceedeerd en gaat het op zijn erfgenamen over. Dit eventueel recht mag echter niet worden verward met het actueel recht dat zal ontstaan, zodra de voorwaarde in vervulling gaat. De rechtshandeling die aan de oorsprong ligt van het voorwaardelijk recht (en

(*1) ‘Ainsi, la condition a-t-elle, à la différence du terme, une incidence non seulement sur l’exigibilité, mais sur l’existence de l’obligation;... Il existe deux catégories différentes de conditions: L’une suspend, en même temps que l’exécution, la naissance de l’obligation; c’est la condition suspensive’ (H. L. en J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, II-1, *Obligations*, 9de uitg. door F. CHABAS, Parijs, 1085-1086, nr. 1027). Anders: ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen*, 5e druk, Zwolle, 1978, die, onder het oud Nederlands Burgerlijk Wetboek, leerde: ‘Natuurlijker is de opvatting dat de verbintenis reeds hangende de opschortende voorwaarde, bestaat, zij het zonder volledige werking’ (p. 138).

(*2) Vgl. de gecit. concl. van Adv. Gen. LENAERTS, *R.W.* 1981-82, 247.

(*3) Vgl. J. M. VERDIER, *Les droits éventuels*, Parijs, 1955: ‘Le droit immédiatement engendré par le contrat est un droit à l’acquisition du droit futur, lorsque la situation de fait sera achevée par la survenance de la condition’ (286, nr. 359; vgl. 319, nr. 396); A. COLIN, H. CAPITANT en L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, II, Parijs, 1959, 937, nr. 1691: ‘Le futur créancier a d’ores et déjà un droit; ce n’est pas encore le droit de créance puisque celui-ci ne naîtra que si la condition se réalise, mais c’est le droit à être considéré alors comme créancier’; H., L. en J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, II-1, Parijs, 1991, 9e uitg., door F. CHABAS, nrs. 1031 en 1032: ‘Le droit éventuel est un droit moins efficace que le droit ordinaire dont il prépare la naissance éventuelle’ (nr. 1032); J. HERBOTS, *l.c.*, 212, nr. 9.

van het daarmee gepaard gaand eventueel recht op vervulling van de voorwaarde), kan overigens, zoals betoogd, onmiddellijk aanleiding geven tot actuele rechten en plichten.

175 Meteen moge gebleken zijn dat de stelling dat de voorwaardelijke verbintenis tijdens de periode van onzekerheid al dan niet bestaat, vrij, zo niet volledig irrelevant is. (*1) De *reële vraag* is in welke mate de voorwaardelijke schuldeiser, zolang de voorwaarde hangt, zijn verwachting mag beveiligen. Het antwoord op deze cruciale vraag hangt helemaal niet af van de bewering dat de voorwaardelijke verbintenis (niet) bestaat, noch van de bewering dat de overeenkomst bestaat, al is de uitvoering van de verbintenis geschorst. Beide concurrerende theorieën hebben geen enkele verklarende waarde.

176 Toch moge herinnerd worden aan de artikelen 16, eerste lid en 17 W. Reg. Een rechtshandeling waarbij een onroerend goed wordt vervreemd onder opschortende voorwaarde, wordt geregistreerd tegen het algemeen vast recht, zolang de voorwaarde niet in vervulling is gegaan. Bij de vervulling van de voorwaarde wordt het specifiek of evenredig recht eisbaar, mits toerekening evenwel van het reeds geheven recht (art. 16, tweede lid W. Reg.). Het verschuldigd evenredig recht wordt berekend 1° naar het tarief dat van kracht was op de datum waarop het recht aan de Staat zou verworven zijn geweest, indien de handeling onvoorwaardelijk was geweest, en 2° op de belastbare grondslag op de dag van de vervulling van de voorwaarde.

De fiscale wetgever sluit aldus meer aan bij het cassatiearrest van 9 februari 1933. (*2)

B. DE GEVOLGEN VAN DE VERVULDE OPSCHORTENDE VOORWAARDE

177 Allereerst, en volledigheidshalve, zij aangestipt dat deze gevolgen van rechtswege intreden. Het is dus niet vereist dat de schuldeiser de schuldenaar in gebreke zou stellen of dat hij aan de rechter zou vragen om deze gevolgen te doen intreden.

(*1) Vgl. R. KRUIHOF, H. BOCKEN, e.a., 'Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen', *T.P.R.* 1994, 212, nr. 25: 'Uit het voorgaande volgt dat voor beide zienswijzen [het al dan niet bestaan van de voorwaardelijke verbintenis] iets te zeggen valt. Het gezichtspunt waaruit men het probleem benadert is verschillend, maar het uiteindelijk resultaat is nagenoeg hetzelfde. Het gaat dus grotendeels om een discussie over de vraag of het glas half vol dan wel half leeg is'.

(*2) Vgl. J. VAN HOUTTE, *Beginselen van het Belgisch Belastingrecht*, Gent, 1966, I, 416, nr. 401: 'De [voorwaardelijke] rechtshandeling is immers geldig gesloten, maar bestaat nog niet actueel'; F. WERDEFROY (*Registratierechten*, 2e uitg., Antwerpen, 2002, I, 495-496, nr. 554) poogt meer aansluiting te vinden bij het arrest van 5 juni 1981; hij schrijft dan ook: 'Hoe dan ook, vóór de verwezenlijking van de voorwaarde is er in de opvatting van de fiscale wetgever nog geen 'volgroeide' verbintenis aanwezig'; F. DEMERÉ, 'Vente parfaite ou sous condition. Résolution d'une vente sous seing privé. Aspects civils ou fiscaux', *Rec. gén. enr. not.* 2000, 116-117, nr. 11.1; zie ook inzake schenkingen S. LUST, 'Schenkingen/Opschortende en ontbindende voorwaarde: fiscale aspecten', in A. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE, *Schenking (Handboek Estate Planning 2)*, Brussel, 2005, 415-419, waar een interessant arrest van het Hof van Cassatie van 5 februari 2004 wordt vermeld (www.cass.be).

178 Zoals reeds gezegd en zoals uitdrukkelijk bepaald in artikel 1179 B.W., werkt de vervulde voorwaarde terug tot op de dag waarop de verbintenis is aangegaan. Indien A derhalve zijn huis te Brussel aan B verkoopt op 1 januari 2005, onder de opschortende voorwaarde dat B aldaar tot rechter wordt benoemd, en wanneer deze voorwaarde op 30 april 2005 in vervulling gaat (doordat B, met ingang van die datum, effectief tot rechter in Brussel wordt benoemd), dan wordt de overeenkomst geacht op 1 januari 2005 onvoorwaardelijk te zijn aangegaan en wordt B vanaf die datum als eigenaar van het huis beschouwd. De wachttijd wordt uitgewist en alles wordt geregeld alsof B vanaf 1 januari 2005 eigenaar was.

179 Vooraleer in te gaan op de terugwerkende kracht van de voorwaarde, past het vooraf de juridische regeling te schetsen, zoals die er, na de vervulling van de opschortende voorwaarde, uitziet. Gemakshalve, maar ook gelet op artikel 1179 B.W. dat met zoveel woorden de terugwerkende kracht voorschrijft, zullen deze rechtsgevolgen van de vervulling van de voorwaarde worden voorgesteld ofwel als een toepassing van de retroactiviteit ofwel als een uitzondering erop.

1. De terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde

180 Vermelden we allereerst enkele regels die we reeds ontmoetten bij de bespreking van het recht van de voorwaardelijke schuldeiser op de normale vervulling van de voorwaarde en die dus evengoed, zo niet beter kunnen worden verklaard door diens actueel recht op de ‘natuurlijke’ vervulling van de voorwaarde.

Men herinnere zich immers hoe de schuldeiser zijn eventueel recht aan derden kan overdragen en hoe het op zijn erfgenamen overgaat. Men herinnere zich eveneens hoe het recht van de schuldeiser tijdens de wachttijd reeds kan worden beschermd door een hypotheek die rang inneemt op de dag van haar inschrijving (en dus niet op de dag waarop de voorwaarde in vervulling gaat). Men herinnere zich ten slotte dat, bij een wetwijziging tijdens de wachttijd, de voorwaardelijke rechtshandeling wordt beheerst door de wet ten tijde van het stellen van de rechtshandeling, tenzij de nieuwe wet terugwerkende kracht heeft. (*1)

181 Anderzijds maakt de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde het mogelijk uit te leggen dat de uitvoeringshandelingen, waartoe de voorwaardelijke schuldeiser vóór het in vervulling gaan van de voorwaarde overging, na haar vervulling gevalideerd worden. Dit is, zo zal men zich herinneren (nr. 161), het geval voor de pauliaanse rechtsvordering: zelfs indien men de mening is toegedaan dat de voorwaardelijke schuldeiser die niet kan instellen tijdens de wachttijd, staat niets haar gel-

(*1) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 166, 1^o en 3^o beschouwt de tweede en derde van deze regels nochtans als een toepassing van de terugwerkende kracht. En POTHIER (*Traité des Obligations*, éd. BUGNET, II, 105, nr. 220-21), die de opstellers van de *Code* inspireerde bij de redactie van art. 1179, verklaarde aldus de overdraagbaarheid van het voorwaardelijk recht.

digheid in de weg na het in vervulling gaan van de voorwaarde. De terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde brengt immers met zich mee dat de verarming van de schuldenaar die zich, bij onderstelling, tijdens de wachttijd voordeed, plaatsvond na de rechtshandeling waaruit de voorwaardelijke schuldvordering voortvloeit. (*1)

En de schuldenaar die de schuldeiser betaalt vóór het in vervulling gaan van de voorwaarde, kan het betaalde, na haar vervulling, niet als onverschuldigd terugvorderen. De schuld wordt immers geacht te hebben bestaan op het tijdstip van de betaling. (*2)

182 Vooral echter bij de overdracht van zakelijke rechten laat de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde zich het meest voelen. Gemaks- en duidelijkheids halve noemen we de voorwaardelijke vervreemder de ‘oude’ (of de ‘voorlopige’) eigenaar en de voorwaardelijke verkrijger de ‘nieuwe’ (of de ‘definitieve’) eigenaar.

Omdat de eigendomsoverdracht, ten gevolge van de terugwerkende kracht, plaatsheeft op het ogenblik van het sluiten van de voorwaardelijke rechtshandeling, moet de oude eigenaar de zaak leveren, met alles wat er door natrekking is bijgekomen (art. 551-577 B.W.). Wordt tijdens de wachttijd in het goed een schat ontdekt, dan krijgt de nieuwe eigenaar de aan de oude eigenaar toekomende helft ervan. (*3)

183 Alle handelingen die de nieuwe eigenaar tijdens de wachtperiode stelde met betrekking tot het voorwaardelijk vervreemde goed, worden gevalideerd en geconsolideerd en kunnen door niemand nog worden betwist. ‘Tous les actes de disposition ou constitution de droits réels illégitimement accomplis par le propriétaire sous condition suspensive sont rétroactivement validés, consolidés, puisque, par l’effet de la réalisation de la condition, l’acquéreur [est] censé avoir été nanti de son droit dès la conclusion de l’acte conditionnel’. (*4)

Omgekeerd worden alle rechtshandelingen, en met name de gehele of gedeeltelijke vervreemdingen die de oude eigenaar zou hebben gesloten met betrekking tot het goed, ongedaan gemaakt. De nieuwe eigenaar moet geen rekening houden met rechtshandelingen waardoor de oude eigenaar het goed aan derden zou hebben vervreemd. Indien de schuldeisers van de oude eigenaar tijdens de wachttijd beslag op het goed zouden hebben gelegd, is dit aan de nieuwe eigenaar niet tegenwerpelijk. ‘C’est-à-dire que l’acheteur sous condition suspensive est censé avoir été propriétaire dès l’origine du contrat. [...] Il en résulte un renversement complet des principes posés pour la période d’attente. Tous les actes que le vendeur conditionnel avait légitime-

(*1) G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XIII, door G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, Parijs, 1907, nr. 813.

(*2) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 166, 4°; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VII, 2e uitg., door P. ESMEIN, J. RADOUANT en G. GABOLDE, Parijs, 1954, 393, nr. 1040, 4°.

(*3) Cass. fr. 3 oktober 1968, *D.* 1969, 81; *Jur. civ.*, art. 1181-1182, fasc. 47, nr. 64.

(*4) H. DE PAGE, *o.c.*, I, 242, nr. 164, *in fine*.

ment accomplis (constitution d'hypothèque par exemple) tombent comme faits par quelqu'un qui n'était pas le *verus dominus*'. (*1)

184 Sommige auteurs leren (*2) dat de vervulde voorwaarde niet terugwerkt als de opschortende voorwaarde potestatief is. Wanneer A aan B een goed verkoopt onder een potestatieve voorwaarde [Als A naar Parijs gaat] en hetzelfde goed daarna onvoorwaardelijk verkoopt aan C, zou de vervulling van de opschortende voorwaarde diens recht onverlet laten. Wel zou de verkrijger onder opschortende voorwaarde de vervreemder in schadeloosstelling kunnen aanspreken. De vervreemder kan immers de actuele verkoop aan C niet tenietdoen door de potestatieve voorwaarde waarvan de voorwaardelijke verkoop aan B afhangt, te vervullen.

LAURENT (*3) weerlegt deze opvatting in zijn eigen enigszins hautaine stijl als volgt: 'On oppose l'intérêt des tiers, l'intérêt du second acquéreur. Le vendeur peut-il lui enlever son droit en accomplissant, après la vente, une condition qui dépend de sa seule volonté? La réponse à l'objection est très facile et elle est péremptoire. Avant d'invoquer le droit du second acquéreur, il faudrait voir s'il a un droit: or, au moment où il a traité avec le vendeur, il y avait déjà une première vente, conditionnelle il est vrai, mais pouvant devenir pure et simple par l'accomplissement de la condition. Il suit de là que le second acquéreur traite lui-même sous condition, c'est-à-dire qu'il ne peut acheter valablement que si la première vente ne s'accomplit pas, c'est comme si'il disait: 'J'achète, si vous n'allez pas à Paris'. Tout ce que le législateur doit faire pour sauvegarder les intérêts des tiers, c'est de prescrire la publicité des transactions immobilières; c'est ce qui a été fait en Belgique et en France'.

In feite berust de door LAURENT bestreden opvatting overigens op een verwar- ring tussen de eenvoudige en de louter potestatieve voorwaarde.

185 Wanneer de nieuwe eigenaar gehuwd is onder het (wettelijk) stelsel van gemeenschap van aanwinsten en de voorwaarde vervuld wordt na de huwelijksluiting (of na de akte houdende wijziging van het huwelijksvermogensstelsel (art. 1395 B.W.)), blijft het door hem voorwaardelijk aangekochte goed eigen en valt het niet in het gemeenschappelijk vermogen. (*4)

(*1) H. DE PAGE, *ibid.*

(*2) AUBRY en RAU, *Cours de droit civil français*, IV, 6e uitg., door E. BARTIN, Parijs, § 302, blz. 109-110, en noot 66.

(*3) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, 4e uitg., Brussel-Parijs, 1887, 105-106, nr. 86; in dezelfde zin: BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, nr. 825; PLANIOL en RIPERT, *o.c.*, VII, nr. 1038.

(*4) H. DE PAGE (en R. DEKKERS), *o.c.*, X-1, 325, nr. 266, a.

2. Uitzonderingen op de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde

186 De vervulde voorwaarde brengt een groot aantal rechtsgevolgen met zich mee die bezwaarlijk kunnen worden beschouwd als een toepassing van de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde en die dus blijkbaar als uitzonderingen op deze terugwerkende kracht moeten worden beschouwd.

Allereerst zij overigens aangestipt dat artikel 1179 B.W. van aanvullend recht is en dat de partijen er derhalve bij overeenkomst (impliciet) kunnen van afwijken. Artikel 1179 B.W. strekt immers enkel tot bescherming van de voorwaardelijke schuldeiser en biedt hem een versterkte rechtspositie. Partijen kunnen dan ook bedingen dat de voorwaarde niet zal terugwerken of slechts gedeeltelijk zal terugwerken. (*1)

Vervolgens zij er aan herinnerd dat de retroactiviteit van de vervulde voorwaarde in beginsel van toepassing is op alle voorwaarden en dus ook op potestatieve voorwaarden, voor zover die geldig zijn. De potestativiteit van de voorwaarde vormt dus geen uitzondering op haar terugwerkende kracht. (*2)

a. Bewarende handelingen en daden van beheer

187 De koper (of cessionaris van enig zakelijk recht) moet zich de normale daden van beheer laten welgevallen die de voorwaardelijke verkoper met betrekking tot de verkochte zaak heeft verricht. Ook een volwaardige eigenaar zou deze daden immers hebben gesteld, want ze strekken ertoe de zaak te behouden en er, op een normale manier, de vruchten van te plukken. Deze normale daden van beheer kunnen overigens het best worden gesteld door de bezitter, de voorlopige eigenaar.

Een aantal auteurs leert (*3) dat de voorwaardelijke verkoper het verkochte huis niet mag verhuren. Indien de voorwaarde in vervulling gaat, mag de koper niet worden geconfronteerd met een huurder wiens rechten zouden beletten dat hij (de koper) zijn eigendomsrecht zou uitoefenen.

Dit is echter nogal strikt geredeneerd. Weliswaar duurt elke huurovereenkomst met betrekking tot een woning die de huurder tot hoofdverblijfplaats dient, in beginsel negen jaar (art. 3, § 1 Woninghuurwet). Maar, met inachtneming van een opzegtermijn van zes maanden, kan de verhuurder de huurovereenkomst te allen tijde beëindigen, indien hij voornemens is het goed persoonlijk en werkelijk te betrekken of te laten betrekken door zijn 'bevoorrechte' verwanten (art. 3, § 2 Woninghuurwet). Bovendien kan een huurovereenkomst schriftelijk worden gesloten voor een duur die korter

(*1) Cass. 9 november 1956, *Arr. Cass.* 1957, 167; Brussel 8 juli 1998, *T.R.V.* 1998, 340 (346-347); H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 168.

(*2) F. LAURENT, *o.c.*, XVII, 104-106, nr. 86; zie hoger, nr. 184.

(*3) F. LAURENT, *o.c.*, XVII, nrs. 82-83; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, Ussel (Frankrijk), 1922, 162-170, nrs. 219-230; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XIII, door G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, nr. 823; A. KLUYSKENS, *o.c.*, 129, nr. 107; anders: P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, 1996, 768, 3, b°.

is dan of gelijk aan drie jaar. De nieuwe eigenaar zal derhalve een huur moeten erkennen, die slechts voor een beperkte duur is aangegaan en tegen normale voorwaarden.

Men kan deze oplossing bij analogie afleiden uit artikel 1673 B.W., volgens welk wie een zaak wederinkoopt, de door de tegenpartij normaal ('zonder bedrog') toegestane huurcontracten moet naleven. (*1)

Wel kan worden betoogd dat een *handelshuur* en een *landpacht* aan de voorwaardelijke verkrijger niet kunnen worden tegengeworpen.

De huur is voorts in elk geval niet tegenwerpelijk aan de nieuwe eigenaar, indien hij geen vaste datum heeft. Moet hij echter dateren van vóór de voorwaardelijke verkoop of van vóór de vervulling van de voorwaarde? Als men de huurovereenkomst opvat als een daad van beschikking, dan zal de vaste datum van de huurovereenkomst die van de voorwaardelijke verkoop moeten voorafgaan. Ziet men er een daad van beheer in, dan volstaat het dat de huurovereenkomst vaste datum kreeg vóór de vervulling van de voorwaarde. (*2)

Om alle moeilijkheden en betwistingen te voorkomen, is het opportuun dat de verhuurder, bij het sluiten van de huur, de toestemming of het akkoord vraagt van de eigenaar onder opschortende voorwaarde.

188 Bewarende maatregelen strekken tot de materiële bewaring of tot behoud van de voorwaardelijk vervreemde zaak. Ze gaan meestal, zo niet altijd, uit van diegene die de zaak in zijn bezit heeft, de voorlopige eigenaar dus.

Wanneer deze rechtshandelingen heeft gesteld met het oog op het behoud van de zaak, zoals herstellings- of onderhoudskosten – hij sloot b.v. een aannemingsovereenkomst met een ambachtsman om de zaak in stand te houden of om haar te herstellen – zal de definitieve eigenaar deze rechtshandelingen moeten respecteren. Worden de onderhouds- of herstellingskosten betaald door de voorlopige eigenaar, dan zal de definitieve eigenaar hem voor deze kosten moeten vergoeden. Men kan hierin andermaal een uitzondering zien op de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde. In feite kan deze regeling nochtans worden verklaard door het algemeen rechtsbeginsel dat niemand zich zonder geldige reden ten koste van een ander mag verrijken, of door de beginselen inzake zaakwaarneming. (*3) In overeenstemming met deze beginselen zal de definitieve eigenaar de voorlopige eigenaar moeten vergoeden voor de gedane noodzakelijke uitgaven – met als maximum de waarde van de zaak – en voor de nuttige uitgaven, met als maximum de aan de zaak bezorgde meerwaarde (te waarderen op het ogenblik dat de voorwaarde in vervulling gaat (*4)). Luxe-uitgaven zal hij daarentegen niet moeten vergoeden.

(*1) R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Brussel, 1977, 151.

(*2) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 167,1° en IV, uitg. 1972, nr. 508.

(*3) H. DE PAGE, *o.c.*, I, 251, nr. 167,7°; H. EYGOUT, *o.c.*, 249-254, nrs. 356-364.

(*4) F. DELMERÉ, 'Vente parfaite ou sous condition. Résolution d'une vente sous seing privé. Aspects civils et fiscaux', *Rec. gén. enr. not.* 2000, 77.

189 Een verzekeringscontract, door de voorlopige eigenaar gesloten, strekt tot behoud van de waarde van de zaak en is eveneens een bewarende maatregel. In toepassing van het zo-even betoogde, is men dan ook geneigd om de definitieve eigenaar te verplichten om de voorlopige eigenaar te vergoeden voor de door hem betaalde verzekeringspremies. Er zal echter blijken dat het risico van het tenietgaan van de voorwaardelijk vervreemde zaak bij de voorlopige eigenaar berust. De definitieve eigenaar verplichten om de voorlopige te vergoeden voor de door deze laatste betaalde premies, zou in strijd zijn met deze wettelijke risicoregeling. 'Ce serait permettre au débiteur de rejeter en partie la charge des risques sur le créancier que d'obliger ce dernier à lui rembourser le montant des primes. Il serait contradictoire d'indemniser le propriétaire résolu des dépenses qu'il a faites pour éviter un risque que la loi met à sa charge'. (*1)

b. Innen van de vruchten

190 De vervreemder wiens zakelijke rechten door het in vervulling gaan van de voorwaarde worden ontbonden, behoudt niettemin de rechtmatige en normale vruchten van het goed. In strijd met de retroactieve werking van de vervulde voorwaarde, komen die niet toe aan de voorwaardelijke verkrijger.

Men (*2) ziet hierin een algemeen beginsel dat men o.m. terugvindt in de artikelen 856, 928, 958, 962 (opgeheven bij art. 77 Wet van 31 maart 1987), en 1682, derde lid B.W. Volgens artikel 549 B.W. behoudt hij die enkel het bezit heeft van een zaak, overigens de vruchten, indien hij te goeder trouw was. (*3) Dat de voorwaardelijke vervreemder de vruchten blijft innen tijdens de wachttijd, brengt trouwens de rechten van de voorwaardelijke verkrijger niet in het gedrang. 'Het is klaarblijkelijk dat het genot der zaak en de inning der vruchten geenszins strijdig is met de verplichting die [de verkoper] op zich genomen heeft en binnen de kring van zijn bevoegdheid ligt. De voorwaardelijke schuldenaar is volkomen gerechtigd om nog van de zaak, hangende de voorwaarde, te genieten, en er derhalve vrij en onbeperkt de vruchten van te innen'. (*4)

Een en ander geldt echter enkel voor de vruchten die afgescheiden zijn vóór het in vervulling gaan van de voorwaarde. Na de vervulling van de voorwaarde beschikt de voorwaardelijke schuldeiser over een actueel recht, dat tevens het recht inhoudt op alle vanaf dat ogenblik te vervallen vruchten. Dit geldt zelfs voor de vruchten, vervallen na het in vervulling gaan van de voorwaarde, maar die (geheel of gedeeltelijk)

(*1) H. EYGOUT, *o.c.*, 255, nr. 365; zie verder nr. 192.

(*2) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 167, 2°.

(*3) A. KLUYSKENS, *o.c.*, 127, nr. 108 (vgl. M. PLANIOL en G. RIPERT, *o.c.*, VII, 2e uitg., 396-398, nr. 1042) merkt in dit verband, m.i. terecht, op dat de art. 549 en 550 B.W. hier niet te pas komen. De vervreemder onder opschortende voorwaarde is enkel voorwaardelijk eigenaar en dit is hem niet onbekend. Hij is dus geen bezitter te goeder trouw, in de zin van de art. 549 en 550 B.W.

(*4) A. KLUYSKENS, *o.c.*, 128, nr. 106.

betrekking hebben op de wachttijd. (*1) Zo komen dividenden die betrekking hebben op het boekjaar dat in de wachttijd viel, maar die na de vervulling van de voorwaarde betaalbaar werden gesteld, aan de nieuwe eigenaar toe. In beginsel worden de vruchten immers verworven door ze effectief van de zaak te scheiden. Artikel 586 B.W. maakt daarop een uitzondering inzake vruchtgebruik, maar deze uitzondering mag niet analogisch worden uitgebreid.

191 Zo ook kan een onder opschortende voorwaarde toegezegde periodieke uitkering niet na het in vervulling gaan van de voorwaarde alsnog over de periode vóór de vervulling worden gevorderd. Zou iemand die aan een ander een maandelijkse uitkering beloofde voor het geval deze werkloos zou worden, na het plaatsvinden van die gebeurtenis nu ook verplicht zijn om de beloofde uitkering te doen tijdens de maanden gelegen tussen zijn toezegging en het ontstaan der werkloosheid? Een positief antwoord is absurd. (*2)

c. De risictheorie

192 Artikel 1138 B.W. zet, inzake wederkerige overeenkomsten die de eigendoms-overdracht van een bepaalde zaak tot voorwerp hebben, de risicoregeling eigenlijk buiten spel. De overeenkomst waarvan het voorwerp tenietgaat, wordt niet ontbonden, maar de schuldenaar van de onmogelijk geworden levering wordt bevrijd, terwijl de koper de koopsom verschuldigd blijft. In die zin is het risico voor de koper, die, door het enkele feit van de overeenkomst, eigenaar is geworden. (*3) Bij een voorwaardelijke eigendomsoverdracht wijkt artikel 1182 B.W. echter af van de regeling van artikel 1138 B.W. De regeling is er dus net andersom en het risico blijft bij de oorspronkelijke eigenaar. De eigendomsoverdracht vindt nog niet plaats en de schuldenaar van de leveringsplicht – de verkoper b.v. – blijft, als eigenaar, het risico dragen. Gaat de zaak teniet, dan verliest de voorwaardelijke verkoper elk recht op de koopsom. (*4)

Wel wordt ondersteld dat de zaak tenietgaat vóór het in vervulling gaan van de voorwaarde. Als de zaak immers tenietgaat na haar vervulling, staat het vast dat de definitieve eigenaar het risico moet dragen (art. 1138 B.W.). (*5)

Men kan in de regeling van artikel 1182, eerste lid B.W. andermaal een uitzondering zien op de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde.

De koper wordt, met toepassing van de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde, geacht eigenaar te zijn geweest vanaf de dag van de verkoop, dus vóór het tenietgaan van de zaak. Niettemin ligt het risico bij de verkoper onder opschor-

(*1) H. DE PAGE, *ibid.*

(*2) ASSER-HARTKAMP, *Verbintenissenrecht*, I, *De verbintenis in het algemeen*, Deventer, 2004, 2004, 135, nr. 175.

(*3) H. DE PAGE, *o.c.*, II, 817-819, nr. 851.

(*4) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 167, 3°.

(*5) BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, XIII, 65, nr. 853; *Jur. civ.*, art. 1181-1182, nr. 71, 1°.

tende voorwaarde, die geen aanspraak kan maken op de koopsom. Een en ander geldt zelfs in de eerder onwaarschijnlijke hypothese, waarin de zaak reeds werd geleverd vooraleer de voorwaarde in vervulling is gegaan. (*1) Bij een overeenkomst om niet – een schenking b.v. – draagt de begiftigde het risico.

193 Het ter zijde stellen van de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde wordt in de doctrine op verschillende manieren uitgelegd. POTHIER, die de opstellers van de *Code* in dit opzicht erg inspireerde, leerde: ‘Si la chose qui faisait l’objet de l’obligation conditionnelle périt entièrement avant l’accomplissement de la condition, inutilement la condition s’accomplit par la suite; car l’accomplissement de la condition ne peut pas confirmer l’obligation de ce qui n’existe plus, ne pouvant pas y avoir d’obligation sans une chose qui en soit l’objet’. (*2) Ondanks de vervulling van de voorwaarde is de verbintenis, bij gebrek aan voorwerp, niet tot leven gekomen.

Volgens anderen (*3) is artikel 1182, eerste lid B.W. gebaseerd op de vermoede wil van de partijen: de koper zou nooit aanvaarden om voorwaardelijk te contracteren, als het verlies voor hem zou zijn, zeker nu de zaak meestal in het bezit van de verkoper blijft. Deze zienswijze maakt het mogelijk ook de regeling bij gedeeltelijk verlies van de zaak (waarover onmiddellijk hierna) te verklaren.

Ten slotte wordt de regeling van artikel 1182, eerste lid B.W. ook uitgelegd door de theorie van het rechtmatig vertrouwen. ‘Le vendeur, qui a aliéné sous condition suspensive, garde les apparences du droit vis-à-vis des tiers. Il en conserve les risques comme un véritable propriétaire’. (*4) Men voegt daaraan nog toe dat de voorlopige eigenaar de zaak in zijn bezit heeft en er het beheer van heeft, terwijl de eigenaar onder opschortende voorwaarde de zaak niet kan opeisen. (*5)

(*1) *Jur. civ.*, art. 1181-1182, fasc. 47, nr. 72.

(*2) R. POTHIER, *Traité des obligations*, gecit., nr. 219.

A. KLUYSKENS (*o.c.*, 130, nr. 108, 1^o) vindt dit echter een ‘flauwe verklaring’. Volgens hem verandert het voorwaardelijk karakter van de verbintenis niets aan het feit dat de overeenkomst gesloten is en dat de partijen verbonden zijn. Daarom heeft het tenietgaan van de verschuldigde zaak volgens hem dezelfde gevolgen als bij een onvoorwaardelijk contract: de verkoper moet niet leveren, maar de koper moet betalen. ‘Er is hier niet de minste reden om niet aan te nemen dat de schuldeiser, die het voordeel der aanwassen en der waardevermeerderingen hangende de voorwaarde geniet, ook niet het verlies lijden moet’; volgens hem rechtvaardigt het voorwaardelijk karakter van de verbintenis derhalve in geen enkel opzicht een afwijkende regeling inzake risicotheorie. In dezelfde zin: H. EYGOUT, *De l’effet rétroactif de la condition accomplie*, Ussel (Frankrijk), 1922, 257-258, nr. 371: ‘Sans doute la rétroactivité de la condition ne peut pas faire que l’objet n’ait pas péri, mais rien n’empêche de se reporter au jour où le contrat a été conclu pour régler à ce moment la situation respective des parties, et dire, par exemple, que l’acheteur doit quand même son prix. [...] On doit donc, en cas de perte de la chose, déterminer la situation respective du vendeur et de l’acheteur en se plaçant au moment où il y avait encore objet, c’est-à-dire décider que l’acheteur doit payer son prix, le vendeur étant, de son côté, et par la force des choses, dispensé d’exécuter son obligation’.

(*3) C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXV, nr. 426.

(*4) H. DE PAGE, *o.c.*, I, 250, nr. 167, 3^o; vgl. M. PLANIOL en G. RIPERT, *o.c.*, VII, 2e uitg., nr. 1043; H. EYGOUT, *o.c.*, 260, nr. 376.

(*5) H., L. en J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, II-2, *Biens*, 7e uitg., door F. CHABAS, Parijs, 1989, 157, nrs. 1396 en 1397.

194 Bij *gedeeltelijk tenietgaan* van de zaak buiten de schuld van de schuldenaar, laat artikel 1182, derde lid B.W. aan de schuldeiser de keuze. Hij kan de verbintenis ofwel teniet doen, ofwel de zaak eisen in de staat waarin ze zich bevindt, evenwel zonder prijsvermindering. Toepassing van de retroactieve werking van de vervulde voorwaarde zou ertoe leiden dat de koper de aan de zaak berokkende beschadigingen voor lief moet nemen.

Bijna altijd zal de koper voor de ontbinding kiezen, tenzij de verkochte zaak intussen in die mate in waarde zou zijn gestegen dat de waardestijging hoger uitvalt dan de waardedaling, voortvloeiend uit de beschadiging. Kiest de koper voor het behoud van de overeenkomst, dan is hij de volledige koopsom verschuldigd. De regeling van artikel 1182, derde lid B.W. legt het risico derhalve, in feite, bij de verkoper. (*1)

De regel van artikel 1182, derde lid B.W. werd door de doctrine betwist. Omdat de verschuldigde zaak nog bestaat, zij het in beschadigde vorm, heeft de verbintenis tot levering nog een voorwerp. Logischerwijze moet de vervulling van de voorwaarde tot gevolg hebben dat de zaak moet worden geleverd in de staat waarin ze zich bevindt en dat het risico wordt gedragen door de voorwaardelijke verkrijger. 'De beschadiging der zaak neemt het voorwerp van het contract niet weg, en men kan derhalve niet beweren dat bij gemis aan dit voorwerp, de overeenkomst niet tot stand kon komen. Daarenboven geniet de voorwaardelijke schuldeiser hier al de goede kansen van waardevermeerderingen en aanwas, zonder enigszins de kwade kansen der beschadiging te moeten dragen'. (*2)

195 Als de zaak ten slotte tijdens de wachttijd deels tenietgaat door de fout van de vervreemder, is hij aansprakelijk voor het veroorzaakte verlies. De schuldeiser, de voorwaardelijke verkrijger, heeft dan het recht om ofwel de verbintenis teniet te doen, ofwel om de zaak te eisen in de staat waarin ze zich bevindt. In *beide* gevallen kan hij echter nog bijkomende schadeloosstelling vorderen. Kiest hij voor het behoud van de overeenkomst, dan neemt de bijkomende schadeloosstelling de vorm aan van een prijsvermindering. Artikel 1182, vierde lid B.W. vormt overigens slechts een toepassing van artikel 1184 B.W. (*3)

d. Verjaring van voorwaardelijke rechten

196 Er werd reeds betoogd dat de verjaring tegen de voorwaardelijke schuldeiser pas begint te lopen vanaf het in vervulling gaan van de voorwaarde (art. 2257 B.W.).

(*1) G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, *o.c.*, 67, nr. 854; M. PLANIOL en G. RIPERT, *o.c.*, VII, 2e uitg., 399, nr. 1043.

(*2) A. KLUYSKENS, *o.c.*, 130, nr. 108,2°; vgl. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, *o.c.*, 67-69, nr. 854; AUBRY en RAU, *o.c.*, IV, 6e uitg., § 302, blz. 108-109.

Anderen zijn van mening dat het logischer ware geweest de overeenkomst te behouden, maar de koopsom evenredig te verminderen (H. EYGOUT, *o.c.*, 262, nr. 380; ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle, 1978, 141).

(*3) A. KLUYSKENS, *o.c.*, 131, nr. 108,3°; G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, *o.c.*, 71, nr. 860.

Weliswaar kan deze schuldeiser ten bewarende titel optreden tegen zijn schuldenaar, door met name een erkenning van zijn schuldvordering uit te lokken. (*1) Men wilde de schuldeiser echter vrijstellen van deze nutteloze stuitingsformaliteit: de schuldenaar moet immers normalerwijze het voorwaardelijk karakter van zijn schuld kennen en weet dus waarom de schuldeiser vooralsnog, zolang de voorwaarde hangt, niet tegen hem optreedt. (*2)

Toch kan men de regel van artikel 2257 B.W. opvatten als een uitzondering op de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde.

Artikel 2257 B.W. bepaalt immers enkel dat de verjaring niet loopt zolang de voorwaarde niet in vervulling is gegaan. Dit houdt niet in dat de verjaring geacht wordt niet te hebben gelopen eens de voorwaarde is vervuld. 'Les règles de la condition suspensive veulent, sans doute, que l'obligation qui en dépend ne soit pas exécutée tant que la condition est en suspens, mais elles ne défendent nullement, elles commandent même, qu'une fois la condition accomplie, l'obligation soit réputée avoir été exécutée dès le jour du contrat. L'application de la rétroactivité voudrait donc [...] que la prescription, qui n'a pas couru tant que la condition était en suspens, fût réputée avoir couru, une fois la condition arrivée'. (*3) De geest van artikel 2257 B.W. verzet zich echter tegen een dermate strikte toepassing van de retroactiviteit, die erop neerkomt 'qu'une fois la prescription rendue possible, elle rétroagit en ce sens que le bénéfice en serait acquis au débiteur. [...] Ce serait exposer [le créancier] à voir son droit anéanti au moment même où il pourrait l'exercer. [...] Il est donc impossible d'admettre que la volonté du législateur, en écrivant l'art. 2257, ait été de permettre ainsi, par le jeu de la rétroactivité, un véritable dépouillement du créancier'. (*4)

197 In de doctrine is men het erover eens dat de verkrijgende verjaring van *zakelijke rechten* onmiddellijk begint te lopen tegen de voorwaardelijke eigenaar, zodra het bezit van de derde een aanvang neemt, en niet vanaf het in vervulling gaan van de voorwaarde waarvan het recht van de voorwaardelijke verkrijger afhankelijk is. Artikel 2257 B.W. is dus niet van toepassing op zakelijke rechten, maar enkel op schuld-

(*1) Art. 2248 B.W.; H. DE PAGE (en R. DEKKERS), *o.c.*, VII, 1074-1080, nrs. 1191-1197.

(*2) G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XXVIII, *De la prescription*, door G. BAUDRY-LACANTINERIE en A. TISSIER, Parijs, 4e uitg., 1924, 311, nrs. 388-389; H. DE PAGE, *o.c.*, VII, nr. 1149, A.

(*3) H. EYGOUT, *o.c.*, 214-215, nr. 301.

(*4) H. EYGOUT, *o.c.*, 215-216, nrs. 302 en 303.

vorderingen. (*1) De voorwaardelijke verkrijger kan overigens tegen de derde-bezitter ten bewarende titel een vordering instellen tot erkenning van zijn recht en aldus de lopende verkrijgende verjaring stuiten. Men overwege bovendien dat de derde-bezitter, in tegenstelling tot de schuldenaar van een voorwaardelijke schuld, niet op de hoogte hoeft te zijn van voorwaardelijk toegekende rechten op het goed dat hij bezit.

Men kan zich echter afvragen tegen wie van de ‘twee potentiële eigenaars’, de voorlopige of de definitieve, de derde bezitter heeft verjaard, wanneer de verjarings-termijn ten opzichte van één van hen, door minderjarigheid b.v., geschorst is. Wie de terugwerkende kracht van de voorwaarde consequent toepast (zie daarover verder, nrs. 233 e.v.), komt tot de bevinding dat de definitieve eigenaar, de eigenaar onder opschortende voorwaarde in ons geval, geacht wordt van meetaf eigenaar te zijn geweest, zodat de verjaring geacht wordt tegen hem te hebben gelopen. ‘La rétroactivité de la condition est un principe absolu qui doit recevoir son application à tous les cas qui peuvent se présenter. Si donc l’acquéreur conditionnel est mineur et que la condition se réalise, l’acquéreur étant censé avoir possédé depuis le contrat, c’est contre lui que la prescription aura couru; par conséquent elle aura été suspendue pendant le cours de sa minorité’. (*2)

Andere auteurs beoordelen deze vraag op haar eigen merites en vinden dat de verjaring moet worden beoordeeld ten opzichte van de eigenaar wiens recht werd ont-

(*1) F. LAURENT, *o.c.*, XXXII, 38-45, nrs. 25-32; BAUDRY-LACANTINERIE en TISSIER, *o.c.*, XXVIII, 316-320, nrs. 396-397; H. DE PAGE, *o.c.*, VII, 1051, nr. 1154; *Juriscl. civ.*, art. 2251-1159 (door J.J. TAISNE), nr. 79; anders: Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, IV, *Les biens*, 2e uitg., Parijs, 1938, 855, nr. 771; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2e uitg., III, *Les biens*, door M. RICARD, Parijs, 1952, 705, nr. 696; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Dr. Civ., Les biens*, 2e uitg., Parijs, 1980, nr. 192.

De Franse rechtspraak opteert meestal voor de toepassing van art. 2257 B.W. op de verkrijgende verjaring (ofschoon het motief dat de verjaring van zakelijke rechten pas begint te lopen vanaf de vervulling van de voorwaarde, vaak ten overvloede wordt gegeven, zodat deze rechtspraak m.i. niet zo decisief is): Cass. fr. 12 januari 1988, *Bull. civ.* 1988, III, nr. 6, met noot H. SOULEAU in *Rép. Defrénois*, 1988, 1149, nr. 118; 4 juli 1984, *D.* 1985, 214 met noot A.B. (in verband met de verjaring tegen een reservataire erfgenaam); 25 oktober 1968, *Bull. civ.* 1968, III, nr. 417; Parijs 16 maart 1949, *J.C.P.* 1949, II, 4960, met noot E. BECQUÉ (in verband met de verjaring tegen een reservataire erfgenaam); Bordeaux 16 juni 1936, *D.* 1936, 2, 500 (inzake vruchtgebruik) Cass. fr. 26 oktober 1915, *D.* 1921, 39, S. 1920, 1, 6; 8 januari 1900, *D.* 1900, 103 (in verband met de verjaring van een hypotheek); Pau 26 juni 1888, *D.* 1889, 2, 119; Bordeaux 12 mei 1879, *D.* 1888, 2, 6 (in verband met hypotheek).

Voor de Belgische rechtspraak citeert men Cass. 23 april 1847, *Pas.* 1847, I, 268 en Luik 27 juni 1935, *J.L.* 1935, 241, die echter slechts zijdelings verband houden met het probleem.

(*2) F. LAURENT, *o.c.*, XVII, 113, nr. 95; vgl. BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, XIII, 47, nr. 821: ‘La prescription, quand l’événement prévu s’est réalisé, doit être apprécié au regard du contractant au profit duquel la condition s’est accomplie’; BAUDRY-LACANTINERIE en TISSIER, *o.c.*, XXVIII, nrs. 403 en 461; H. DE PAGE, *o.c.*, VII, nrs. 1154 en 1156; anders: Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2e uitg., door R. BEUDANT en P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, VIII, *Les Contrats et les obligations*, door G. LAGARDE, Parijs, 1936, nr. 740; *Jur. civ.*, art. 1181 en 1182, nr. 25. Zie over het probleem, zeer uitvoerig, maar niet erg helder, Y. HANNEQUART, in *Nov., Dr. civ.*, IV-2, v^o condition, nrs. 323-339.

bonden. Die bezat de zaak immers en is dus het best geplaatst om te reageren tegen een bezitstoornis. (*1)

198 Als iemand anderzijds onder opschortende voorwaarde een onroerend goed aankoopt van een vermeende eigenaar, kan hij weliswaar verjaren tegen de ware eigenaar, maar zijn voorwaardelijke aankoopakte vormt geen wettige titel voor de verkorte verjaringstermijn van tien of twintig jaar (art. 2265 B.W.). Zolang de voorwaarde hangende is, draagt een voorwaardelijke vervreemdingsakte de eigendom niet over. Ondanks het feit dat de titel geacht wordt van meetaf eigendomsoverdragend te zijn geweest, als de voorwaarde wordt vervuld, begint de – verkorte – verjaring pas te lopen vanaf het in vervulling gaan van de voorwaarde. (*2)

C. GEVOLGEN VAN DE VOORWAARDELIJKE VERBINTENIS, INDIEN DE VOORWAARDE UITBLIJFT (BIJ NIET-VERVULLING VAN DE VOORWAARDE)

199 De onzekerheid kan worden opgeheven doordat de voorwaarde in vervulling gaat. Maar ze kan natuurlijk evengoed worden opgeheven doordat de voorwaarde niet binnen de gestelde termijn in vervulling gaat of zodra het zeker is geworden dat ze niet in vervulling zal gaan.

Vóór het cassatiearrest van 5 juni 1981 (*3) leerde men dat de verbintenis in die onderstelling niet ontstond, en evenzeer dat de rechtshandeling waaruit ze voortvloeide, geacht werd nooit te hebben bestaan. ‘Les effets de la défaillance de la con-

(*1) H., L. en J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, II-2, *Biens*, 7e uitg., door F. CHABAS, Parijs, 1989, 158, nr. 1400 en 225, nr. 1494; AUBRY en RAU, *Cours de droit civil français*, IV, 6de uitg. door E. BARTIN, Parijs, 1964, § 302, 103 en noot 50: ‘On ne comprendrait pas que [la rétroactivité] pût, au détriment d’un tiers complètement étranger aux parties, modifier les conditions et les effets d’une prescription qui a régulièrement couru contre l’ancien propriétaire’ (wiens argumentatie echter wordt bestreden door BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, XIII, 47-48, nr. 822); H. EYGOUT, *o.c.*, 221, nr. 314.

(*2) ‘La condition rétroagit sans doute, en ce sens que la propriété est transférée dès le jour du contrat, si l’auteur est propriétaire; mais, dans notre espèce, l’auteur ne l’est point, la question est donc de savoir si l’acheteur qui est mis en possession pendant que la condition reste en suspens possède comme propriétaire en vertu d’un titre. Il possède, à la vérité, mais c’est malgré le titre; car le titre ne lui donne pas droit à la possession actuelle; [...] c’est plutôt un titre précaire’ (F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XXXII, Brussel-Parijs, 1887, 422, nr. 398; vgl. L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, I, Brussel, 1862, art. 1181, nr. 4; H. DE PAGE, *o.c.*, VII, nr. 1294, a; M. PLANIOL en G. RIPERT, *o.c.*, III, 2e uitg., door M. PICARD, nr. 705.

Vgl. H., L. en J. MAZEAUD, II-2, *o.c.*, 238-239, nr. 1506: ‘La rétroactivité de la condition conduirait à décider que le possesseur avait juste titre dès le jour où l’acte a été passé, que le délai d’usucapion court dès lors dès ce jour et pas seulement le jour de l’arrivée de la condition.

S’il s’agit d’une condition résolutoire, l’arrivée de la condition anéantit l’acte rétroactivement. Peut-on se fonder sur cette rétroactivité pour décider que le titre n’a pas eu d’existence et, par suite, n’a pu conduire à l’usucapion décennale?

On peut hésiter, dans l’un et l’autre cas, à pousser aussi loin les effets d’une fiction’.

(*3) *Arr. Cass.* 1980-81, 1157, *R.W.* 1981-82, 246, met concl. Adv. Gen. H. LENAERTS, *Pas.* 1981, I, 1149, *T. Aann.* 1981, 297, met noot M.A. FLAMME, *T.B.P.* (Trim.) 1984, 145, met noot X. DIEUX, *R.C.J.B.* 1983, 199, met noot J. HERBOTS.

dition sont extrêmement simples. S'il s'agit d'une condition suspensive, l'obligation ne prend pas naissance. Les parties sont dans la même situation que si elles n'avaient pas contracté'. (*1)

Het arrest van 5 juni 1981 is terzake niet zeer duidelijk. Het overweegt immers: 'Wanneer de voorwaarde ontbreekt, houdt de overeenkomst weliswaar op te bestaan en de voorwaardelijk aangegane verbintenis krijgt nooit uitvoering. Dit belet echter niet dat de niet-nakoming van verplichtingen tot schadeloosstelling aanleiding kan geven, [...], hoewel de overeenkomst intussen teniet is gegaan'. Deze formulering laat m.i. onvoldoende blijken dat de overeenkomst, naast voorwaardelijke, ook actuele rechten en plichten in het leven kan roepen. Niet-nakoming van deze actuele verbintenissen kan aanleiding geven tot de gemeenrechtelijke sancties bij wanprestatie. De voorwaardelijke verbintenissen bestaan dus definitief niet; de actuele verbintenissen en de rechtshandeling bestaan wel degelijk. De overeenkomst heeft zich als feit voorgedaan en het ontbreken van de voorwaarde kan dit feit niet ongedaan maken. Als echter alle rechtsgevolgen van de overeenkomst, en met name ook haar actuele rechtsgevolgen, hun beslag hebben gekregen, zou men eventueel ook kunnen zeggen dat de overeenkomst is tenietgegaan.

200 Het niet in vervulling gaan van de voorwaarde kan echter tot gevolg hebben dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen de fout van de voorwaardelijke schuldenaar en de schade. Onderstel dat A aan B een computer verkoopt onder de opschortende voorwaarde dat A tot ambtenaar wordt benoemd op het Ministerie van Financiën. Tijdens de wachttijd blijft A de computer gebruiken en maakt hem stuk; op de geplande datum wordt hij echter niet benoemd tot ambtenaar. Omdat de voorwaarde uitblijft, kan B geen aanspraak maken op de computer (*2); omdat die computer nooit moet worden geleverd, doet de risicovraag zich niet voor.

Als de voorwaarde uitblijft, kan de schuldeiser derhalve geen schadevergoeding eisen wegens de niet-nakoming van de voorwaardelijke verbintenis. Hij kan echter wel schadevergoeding vorderen wegens de eventuele niet-nakoming van de actuele verbintenissen die uit de rechtshandeling voortvloeien en de aansprakelijkheid van zijn wederpartij is contractueel en niet (quasi-)delictueel. (*3)

Zo werd, in het geval dat aanleiding gaf tot het cassatiearrest van 5 juni 1981, betoogd dat de gemeente die met een aannemer een overeenkomst van aanneming van werk had gesloten, deze aannemer ervan diende op de hoogte te brengen dat de gunning van de opdracht door de toezichthoudende overheid niet was goedgekeurd. De omstandigheid dat de aannemer hiervan niet tijdig op de hoogte werd gebracht, kan

(*1) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 169; vgl. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Presses Univ. Bruxelles, 1986-1996, 769, b.

(*2) P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 770, d, 3; gecit. concl. Adv. Gen. H. LENAERTS, 248. Wanneer de voorwaarde wel in vervulling gaat, is art. 1183 B.W. toepasselijk.

(*3) Ph. GERARD, 'Vers une définition nouvelle de l'obligation sous condition suspensive', *R.C.J.B.* 1990, 108-128, nr. 18; voorzichtiger en minder affirmatief: J. HERBOTS, gecit. noot, 219, nr. 17.

hem in zijn normale verwachtingen hebben bedrogen. Was hij tijdig en correct geïnformeerd, dan had hij wellicht zijn werkzaamheden daarnaar geregeld. De aannemer kan dus schade lijden, ook al is de ‘voorwaarde’ (de goedkeuring door de toezichthoudende overheid, zie *supra*, nr. 44) niet in vervulling gegaan en al zou het werk nooit uitgevoerd worden. (*1)

201 De voorwaardelijke schuldeiser kan zijn recht op de loyale vervulling van de voorwaarde veilig stellen (zie *supra*, nr. 165). Wanneer de voorwaarde echter uitblijft en ontbreekt, is er geen enkele reden meer waarom de voorwaardelijke schuldeiser bewarende handelingen zou stellen. Zodra vaststaat dat zijn voorwaardelijk recht niet zal ontstaan, mist hij elk belang en elke hoedanigheid om maatregelen te treffen ter beveiliging van een recht dat definitief niet zal ontstaan (dat nooit opeisbaar zal worden, in de terminologie van het Hof van Cassatie). Het recht van de schuldeiser op de loyale vervulling van de voorwaarde vervalst.

De borgens die de voorwaardelijke schuldeiser heeft geëist, worden bevrijd voor de toekomst, en de zakelijke zekerheden vervallen. Men kan overgaan tot de doorhaling van de tot waarborg van de voorwaardelijke schuldvordering gevestigde hypotheek. (*2) Het voor de schuldeiser gereserveerde aandeel in de opbrengst van een procedure tot rangregeling of evenredige verdeling mag worden toebedeeld aan de overige schuldeisers. (*3)

202 Wanneer de partijen tijdens de wachttijd in gemeenschappelijk akkoord aan de overeenkomst (of, exacter uitgedrukt, aan haar voorwaardelijke verbintenissen) toch enig gevolg hebben gegeven, alsof de overeenkomst onvoorwaardelijk was gesloten, zullen de (over en weer) geleverde prestaties teruggegeven moeten worden en ongedaan moeten worden gemaakt.

Zo zal de koper die intussen de vruchten inde, deze aan de voorwaardelijke verkoper moeten teruggeven, indien de voorwaarde uitblijft. En de voorwaardelijke verkoper zal aan de koper het eventueel reeds ontvangen voorschot moeten terugbetalen. Beide verplichtingen ontstaan van rechtswege, door het louter uitblijven van de voorwaarde, op basis van artikel 1376 B.W. (onverschuldigde betaling).

In een geval waarin de opdrachtgever en de aannemer, in gemeenschappelijk akkoord, begonnen waren met het bouwen van een huis, zonder de bouwvergunning af

(*1) Gecit. concl. Adv. Gen. LENAERTS, 249; vgl. Cass. 15 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1248: een verkoopovereenkomst wordt gesloten onder de opschortende voorwaarde dat de koper een lening verkrijgt. Ten gevolge van zijn passiviteit verkreeg hij de lening niet. De verkoper kan geen schadevergoeding vragen wegens de niet-betaling van de koopsom, want die is nooit verschuldigd geweest. Maar de rechter kan de verkoop ten nadele van de koper ontbinden, omdat die naliet stappen te zetten waardoor hij de in het vooruitzicht gestelde lening zou hebben verkregen. De verkoper had echter ook kunnen vorderen dat de voorwaarde als vervuld zou worden beschouwd (P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 771, e; Cass. 18 februari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 202; Antwerpen 30 juni 1998, *A.J.T.* 2000-01, 211).

(*2) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, 4e uitg., Brussel-Parijs, 1887, 109, nr. 89.

(*3) J.J. TAISNE, in *Jur. civ.*, art. 1181-1182, fasc. 47, nr. 38.

te wachten, was het Hof van Beroep te Brussel (*1) van oordeel dat beiden de helft van de gemaakte en de nog te maken kosten moesten dragen. Wie in soortgelijke gevallen het risico van het ontbreken van de voorwaarde moet dragen, moet worden uitgemaakt op basis van alle relevante feitelijke gegevens, waaronder de bedoeling van de partijen. Om discussies te vermijden, verdient het natuurlijk aanbeveling dat dezen daarover een akkoord sluiten.

203 Als de voorwaarde uitblijft, staat het overigens aan de partij in wier voordeel ze werd bedongen, vrij om afstand te doen van de voorwaardelijkheid van haar rechten en verplichtingen. Het kan immers voorvallen dat de overeenkomst haar toch goed uitkomt, zelfs indien de voorwaarde uitblijft. Wel moet haar wederpartij met deze afstand akkoord gaan (art. 1134 B.W.).

De partijen kunnen eveneens van tevoren aan een van hen de mogelijkheid verlenen om af te zien van de voorwaarde. ‘Le mécanisme conditionnel s’analyse alors de façon plus complexe, puisqu’il se décompose en deux conditions; l’une casuelle – l’événement survient ou non –, l’autre, dans l’hypothèse où l’événement ne survient pas, purement potestative, les bénéficiaires de cette condition pouvant décider ou non de se prévaloir de cette défaillance’. (*2)

In die zin kan het in verkoopsovereenkomsten van onroerende goederen vrij frequent voorkomend beding worden geïnterpreteerd, waarbij de koper van de aankoop *kan* afzien, indien hij binnen een bepaalde termijn geen lening of bouwvergunning verkrijgt. Op het eerste gezicht komt een dergelijke verkoop neer op een eenzijdige verkoopbelofte, omdat de koper niet verbonden lijkt. Hij kan immers passief blijven, wanneer hij de verkoop niet wil realiseren, maar hij kan ook eigenaar worden, zelfs indien hij de gewenste lening of vergunning niet verkrijgt. Het ligt echter meer voor de hand het beding aldus te interpreteren dat het aan de koper de mogelijkheid biedt om van de voorwaarde af te zien. In werkelijkheid zijn er dan, in die optiek, drie mogelijkheden. (i) Ofwel vraagt de koper een lening aan en verkrijgt hij die; de verkoop is dan volwaardig. (ii) Ofwel vraagt de koper een lening aan, maar wordt die hem geweigerd. Dan heeft de koper de keuze ofwel van de verkoop af te zien ofwel van de voorwaarde, en de verkoop niettemin als onvoorwaardelijk te beschouwen. (iii) Ofwel blijft de koper passief, en vraagt hij geen lening (of vergunning) aan. ‘En décidant de ne pas entamer le processus qui fait courir les chances de réalisation ou de défaillance de la condition, il choisit, comme le lui permet le contrat, de passer d’une

(*1) Brussel 21 november 1979, *J.T.* 1980, 296; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 771, f; vgl. Gent 5 april 1979, *R.W.* 1979-80, 2721.

Volgens ASSER-HARTKAMP (*o.c.*, IV-1, 139, nr. 180) komt dit in de regel hierop neer dat prestatie wordt verricht onder de ontbindende voorwaarde dat de opschortende voorwaarde uitblijft. Men kan zich immers weliswaar *verbinden* onder opschortende voorwaarde, maar men kan de toegezegde prestatie niet onder opschortende voorwaarde *verrichten*. Men verricht de prestatie of men verricht ze niet.

(*2) Vgl. Cass. fr. 13 oktober 1999, *J.C.P.* 2000, I, 237, met noot J. ROCHFELD.

vente conditionnelle à une vente pure et simple'. (*1) Immers, 'une chose est de constater l'échec quand le mécanisme a fonctionné; autre chose est de laisser de côté le mécanisme lui-même'. (*2)

204 Het lot van het betaalde handgeld hangt af van zijn concrete functie. (*3)

Dient het als voorschot, dan moet het worden teruggegeven, omdat de verbintenis nooit uitwerking zal krijgen. Fungeert het als rouwgeld, dan moet het eveneens worden teruggegeven, omdat de eigendom niet is overgegaan.

Het handgeld kan echter de prijs uitmaken waarmee de voorwaarde 'gekocht' werd. De verkoper wil normalerwijze onvoorwaardelijk verkopen, maar hij aanvaardt zijn rechten (en plichten) afhankelijk te maken van een toekomstige en onzekere gebeurtenis die zijn wederpartij aangaat. Zolang de onzekerheid duurt, kan de voorwaardelijk verbonden verkoper het goed niet aan derden vervreemden. Als de voorwaarde niet in vervulling gaat, moet hij dus een nieuwe koper zoeken. Om de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden, mag de verkoper het handgeld houden, behoudens andersluidend beding.

205 Het aangaan van een voorwaardelijke overeenkomst kan een aantal uitgaven en kosten meebrengen: notarisrelonen, registratie- en hypotheekrechten, studies die aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaan, immobilisatie van het materieel, e.d.m.

Indien de partijen hierover niets hebben bedongen, kunnen deze kosten, waarvan de meeste, zo niet alle, niet terugvorderbaar zijn, ofwel ten laste worden gelegd van de partij die aandrang op het inlassen van de voorwaarde, ofwel tussen de partijen worden verdeeld. De eerste oplossing is niet evident, omdat de wederpartij heeft aanvaard de overeenkomst te 'conditionaliseren' en de voorwaarde derhalve in de contractuele sfeer is binnengedrongen.

Vorbereidende studies en onderhandelingskosten blijven evenwel in beginsel voor rekening van de partij die ze heeft gemaakt.

206 In tegenstelling tot de vervulde voorwaarde, heeft de *ontbrekende voorwaarde geen terugwerkende kracht*. Zodra vaststaat dat de voorwaarde zal uitblijven (art. 1176 B.W.), wordt de voorlopige situatie van tijdens de wachttijd definitief. Enkel wanneer de partijen tijdens de wachttijd tot een (gedeeltelijke) uitvoering van de overeenkomst zouden zijn overgegaan, zal er aanleiding bestaan om de klok terug te draaien.

Gaat de schuldenaar, hangende de voorwaarde, *op eigen houtje* reeds over tot de voorlopige uitvoering van de verbintenis en blijkt nadien dat de voorwaarde niet in vervulling is gegaan of nooit in vervulling zal gaan, dan kan hij het gepresteerde te-

(*1) G. GOUBEAUX, 'Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties', *Rép. Defrénois* 1979, art. 31987, 762, nr. 9.

(*2) G. GOUBEAUX, *ibid.*

(*3) Zie daarover H. DE PAGE, *o.c.*, IV, nrs. 265 e.v.; *Jur. civ.*, art. 1181-82, nrs. 40-43; Luik 13 december 1994, *J.T.* 1995, 452.

rugvorderen wegens onverschuldigde betaling. (*1) Tijdens de wachttijd had de betaling geen rechtsgrond en na het verstrijken van de wachttijd, doordat de voorwaarde niet in vervulling is gegaan (of doordat is komen vast te staan dat ze niet in vervulling zal gaan), blijft ze zonder rechtsgrond.

Als de voorlopige eigenaar het goed echter tijdens de wachttijd vervreemdt aan een derde C, en de opschortende voorwaarde blijft uit, dan behoort het goed definitief aan C toe. Het uitblijven van de voorwaarde heeft immers tot gevolg dat het eigendomsrecht van A, de voorlopige eigenaar, niet door dit van B, de voorwaardelijke verkrijger, in het gedrang wordt gebracht. A heeft aan C een zakelijk recht overgedragen dat weliswaar, en met terugwerkende kracht, zou moeten wijken voor het recht van B. Maar, nu de voorwaarde niet in vervulling gaat, is A's zakelijk recht definitief buiten schot en is de eigendomsoverdracht van A naar C even definitief. (*2)

Wie, wegens het uitblijven van de opschortende voorwaarde, definitief eigenaar is van de voorwaardelijk vervreemde zaak, draagt het risico van haar tenietgaan. Gaat de vervreemde zaak tijdens de wachttijd teniet, terwijl nadien komt vast te staan dat de voorwaarde zal uitblijven (art. 1176 B.W.), dan blijft het verlies voor rekening van de definitieve eigenaar (die overigens ook de voorlopige eigenaar was).

207 Correlatief zal de vervreemding tijdens de wachttijd door B, voorwaardelijke verkrijger, aan een derde C, geen enkel gevolg hebben, wanneer de opschortende voorwaarde uitblijft. C, de rechthebbende van B, zal het eigendomsrecht slechts verwerven, als de voorwaarde in vervulling gaat. Blijft ze uit, dan blijft alles bij het oude. 'La cession [...] d'une propriété conditionnelle s'analyse en réalité en un contrat ferme, mais aléatoire, comparable à la vente d'un coup de filet. L'acquéreur ne saurait donc prétendre que la défaillance de l'événement anéantit par contre-coup la cession dont il a bénéficié'. (*3)

III. De gevolgen van de ontbindende voorwaarde (*4)

208 De lezer weet ondertussen dat de ontbindende voorwaarde die toekomstige en onzekere gebeurtenis is, waarvan de verwezenlijking de werking van de verbintenis doet eindigen. Volgens de artikelen 1168 en 1183 B.W. doet de vervulling van de voorwaarde de verbintenis zelf teniet.

(*1) Cass. 7 oktober 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 215, *Res iura imm.* 1983, 95.

(*2) BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, XIII, 64, nr. 850.

(*3) *Jur. civ.*, art. 1181-82, nr. 38.

(*4) Zie daarover G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XIII, door G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, Parijs, 1907, 73-87, nrs. 864-899; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VII, 2e uitg., door P. ESMEIN, J. RADOUANT en G. GABOLDE, Parijs, 1954, 379-401, nrs. 1030-1046; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, I, *De verbintenis*, Antwerpen, 1948, 131-134, nrs. 109-112.

Geheel in overeenstemming hiermee leert de doctrine dat de ontbindende voorwaarde het tenietgaan, 'l'extinction' (*1), van de verbintenis teweegbrengt. Men herinnere zich nochtans hoe het Hof van Cassatie, in zijn beginselarrest van 5 juni 1981 (*2), besliste dat de opschortende voorwaarde de uitvoerbaarheid van de voorwaardelijke verbintenis opschort. Voor wie de formulering van dit arrest goedkeurt, zou het dan ook meer voor de hand liggen de ontbindende voorwaarde te omschrijven als diegene die aan de uitvoerbaarheid van de voorwaardelijke verbintenis een einde maakt. (*3)

209 Men zal verder vaststellen dat de behandeling van de gevolgen van de ontbindende voorwaarde beduidend korter is dan die van de gevolgen van de opschortende voorwaarde. Wat werd betoogd naar aanleiding van de opschortende voorwaarde is evenwel van overeenkomstige toepassing op de ontbindende voorwaarde. Dit hoeft niet te verbazen, als men zich herinnert dat de ontbindende voorwaarde, historisch en logisch beschouwd, een omgekeerde opschortende voorwaarde uitmaakt. (*4)

Als A aan B zijn huis verkoopt onder de ontbindende voorwaarde dat A's zus vóór 31 december 2005 met C trouwt, is B de voorlopige eigenaar, en A de definitieve eigenaar, wanneer de voorwaarde zich voordoet. En als B A's huis koopt onder de opschortende voorwaarde dat A's zus niet voor 31 december 2005 met C trouwt, is A de voorlopige eigenaar en B de definitieve, indien A's zus C vóór 31 december 2005 de bons geeft. Welnu, wat werd betoogd met betrekking tot de voorlopige eigenaar bij een opschortende voorwaarde, kan worden getransponeerd naar de voorlopige eigenaar bij een ontbindende voorwaarde.

A. DE RECHTSPOSITIE VAN DE PARTIJEN TIJDENS DE WACHTTIJD

210 De verbintenis onder ontbindende voorwaarde is een gewone, actuele verbintenis waarvan de uitdoving (resp. het ophouden van haar uitvoerbaarheid) afhankelijk is van een toekomstige en onzekere gebeurtenis. Zolang de voorwaarde niet in vervulling is gegaan, heeft de verbintenis dus alle kenmerken van een actuele verbinte-

(*1) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 1962, 228, nr. 155, A; A. VERBEKE en I. VERVOORT, 'Contracten onder voorwaarde', in B. TILLEMANN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten Kanscontracten*, Schoten, 2004, 166 e.v., nr. 4; Rb. Brugge 2 oktober 1985, *Rec. gén. enr. not.* 1986, 380, met noot A.C.

(*2) Cass. 5 juni 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 1157, *R.W.* 1981-82, 246, met concl. Adv. Gen. H. LENAERTS, *Pas.* 1981, I, 1149, *T. Aann.* 1981, 297, met noot M.A. FLAMME, *T.B.P. (Trim.)* 1984, 145, met noot X. DIEUX, *R.C.J.B.* 1983, 199, met noot J. HERBOTS.

(*3) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des Obligations*, Presses Univ. Bruxelles, 1986-96, 772, nr. 2 a, schrijft nochtans: 'L'obligation est théoriquement censée n'avoir jamais existé'; J. ROODHOOFT e.a., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, v° Verbintenissen onder voorwaarde, door B. CLAESSENS: 'Wanneer de voorwaarde tot stand komt, dan verdwijnt de verbintenis die afhangt van deze voorwaarde' (nr. 2537).

(*4) BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, 73, nr. 863: 'La condition suspensive prend le nom spécial de condition résolutoire quand elle tient en suspens non la naissance, mais la résolution d'une obligation'; zie ook *ibid.*, 80, nrs. 880-882, en 82, nrs. 888-889; zie hoger, nr. 57.

nis; wel moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat nadien zou blijken dat de schuldenaar onverplicht heeft gehandeld.

1. De voorwaardelijke verbintenis heeft volledige uitwerking

211 Tijdens de wachtperiode heeft de verbintenis onder ontbindende voorwaarde haar volledige uitwerking, alsof ze zuiver en onvoorwaardelijk was. (*1) De schuldeiser kan dus nakoming van de verbintenis vorderen en alle rechten en vorderingen uitoefenen die aan een volwaardig schuldeiser toekomen. Een verbintenis onder ontbindende voorwaarde verschaft aan de schuldeiser dezelfde rechten alsof ze zuiver en actueel was.

Betaling door de schuldenaar tijdens de wachttijd is geenszins onverschuldigd. Wanneer de schuldenaar in gebreke is om te betalen, kan de schuldeiser tot uitvoerend beslag overgaan. Hij kan zowel de Pauliaanse als de zijdelingse vordering instellen. Tot zekerheid van zijn schuldvordering kan de schuldeiser een hypothecaire inschrijving nemen, waarvan de rang bepaald zal worden door de datum van de inschrijving. Bij faillissement van de schuldenaar – of andere gevallen van collectieve vereffening van diens vermogen – kan de schuldeiser zijn schuldvordering in het passief indienen en deelnemen aan de uitbetaling van het dividend (onder voorbehoud van de vervulling van de voorwaarde).

De voorwaardelijke schuldeiser kan zijn recht overdragen onder de levenden of na zijn dood. Zijn rechtsverkrijger(s) verwerft (verwerven) echter niet meer rechten dan hijzelf had, *i.e.* een recht onder ontbindende voorwaarde.

212 Artikel 2257 B.W. is niet van toepassing. Uit de tekst van dit artikel volgt immers dat aldaar enkel schuldvorderingen onder een opschortende voorwaarde worden bedoeld. Schuldvorderingen, afhankelijk van een ontbindende voorwaarde, beginnen derhalve onmiddellijk te verjaren, zodra de rechtshandeling gesloten is. De schuldeiser onder ontbindende voorwaarde kan immers onmiddellijk nakoming van de verbintenis vorderen. (*2)

De vordering tot vernietiging wegens benadeling begint te lopen vanaf de rechtshandeling die de koper het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde bezorgde.

213 Analoge beginselen zijn van toepassing op een verbintenis onder ontbindende voorwaarde om te geven.

Zolang de voorwaarde hangende is, wordt de verkrijger onder ontbindende voorwaarde als een actuele eigenaar beschouwd. Als hij de zaak verkoopt zonder de koop-

(*1) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 158.

(*2) G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XXVIII, *De la prescription*, door G. BAUDRY-LACANTINERIE en A. TISSIER, 4e uitg., Parijs, 1924, 313, nr. 391; H. DE PAGE, *o.c.*, VII, 1047, nr. 1149, C.

som te hebben betaald, pleegt hij geen misbruik van vertrouwen. (*1) Als eigenaar kan hij de zaak aan derden vervreemden of er ten hunnen voordele beperkte zakelijke rechten op vestigen. Het recht van zijn rechtsverkrijgers zal echter, in dezelfde mate als het zijne, aan ontbinding onderhevig zijn.

Wanneer het goed dat de verkrijger onder ontbindende voorwaarde verkrijgt, met hypotheek bezwaard is, kan hij tot hypothecaire zuivering overgaan. (*2) Hij kan bezits- en eigendomsvorderingen instellen en heeft de vereiste hoedanigheid om er zich tegen te verweren.

Als hij een aandeel in een onverdeeld goed verkrijgt, kan hij, net zoals de vervreemder onder opschortende voorwaarde (zie *supra*, nr. 163), een vordering tot verdeling instellen of er zich tegen verweren. (*3)

2. *Recht van de schuldenaar op de loyale vervulling van de voorwaarde*

214 Anderzijds moet de rechtspositie van de schuldenaar onder ontbindende voorwaarde worden gevrijwaard, voor het geval de voorwaarde zich zou voordoen. Hij heeft immers recht op een normale en niet door de schuldeiser verhinderde vervulling van de voorwaarde, waardoor zijn schuld zal uitdoven. ‘Il entend se ménager une “porte de sortie” au cas où surviendrait l’événement’. (*4)

Dit recht op de ‘loyale vervulling van de voorwaarde’ gaat over op de erfgenamen van de schuldenaar onder ontbindende voorwaarde. Het kan worden overgedragen onder de levenden in de mate waarin de schuld kan worden overgedragen (wat normalerwijze de instemming van de schuldeiser onderstelt). De artikelen 1179 en 1180 B.W. zijn van overeenkomstige toepassing op de schuldenaar onder ontbindende voorwaarde.

Voorts bestaat er een parallellisme tussen de vervreemdingen toegestaan door de verkrijger onder opschortende voorwaarde en die van de vervreemder onder ontbindende voorwaarde. De eerste is nog geen eigenaar, maar hij hoopt het te worden; de tweede is geen eigenaar meer, maar hij kan het opnieuw worden. (*5) De rechtspositie van B, koper onder opschortende voorwaarde, is te vergelijken met die van A, verkoper onder ontbindende voorwaarde.

De verkoper onder ontbindende voorwaarde kan, als schuldeiser onder opschortende voorwaarde, waarborgen eisen tot zekerheid van zijn eigendomsrecht, net zoals de koper onder opschortende voorwaarde zekerheden kan eisen tot waarborg van zijn voorwaardelijk eigendomsrecht. (*6)

(*1) H. DE PAGE, *o.c.*, I, 251, nr. 167,8°; J.J. TAISNE, in *Jur. civ.*, art. 1183, nr. 12.

(*2) BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, nrs. 873-874.

(*3) BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, 76-77, nrs. 871-872.

(*4) *Jur. civ.*, art. 1183, nr. 19.

(*5) *Jur. civ.*, art. 1183, nr. 21.

(*6) BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, 80, nr. 880.

B. DE ONTBINDENDE VOORWAARDE GAAT NIET IN VERVULLING

215 Als de ontbindende voorwaarde zich niet (binnen de afgesproken termijn) voordoet, wordt de verbintenis van de voorwaardelijke schuldenaar definitief. De rechten van zijn schuldeiser zullen nooit worden ontbonden (resp. hun opeisbaarheid verliezen), en zijn definitief ‘buiten schot’. ‘L’obligation continue à produire ses effets, lesquels deviennent alors définitifs’. (*1)

De zakelijke rechten die de verkrijger onder ontbindende voorwaarde aan derden heeft toegestaan, worden definitief immuun voor ontbinding (zie *supra*, nr. 206). De rechten daarentegen die de vervreemder onder ontbindende voorwaarde heeft toegerekend, vervallen; door het uitblijven van de voorwaarde blijkt immers dat ze uitgingen van een beschikkingsonbevoegde. (*2)

Het recht op de loyale vervulling van de ontbindende voorwaarde vervalt echter, omdat het geen reden van bestaan meer heeft.

C. DE GEVOLGEN VAN DE VERVULLING VAN DE ONTBINDENDE VOORWAARDE

216 Volgens het Wetboek (art. 1179 en 1183 B.W.), heeft ook de vervulde ontbindende voorwaarde terugwerkende kracht. De zaken worden hersteld in dezelfde toestand alsof de van de voorwaarde afhankelijke verbintenis nooit had bestaan.

De gevolgen van de vervulde voorwaarde treden andermaal van rechtswege in, zonder dat de partijen zich daarop moeten beroepen of dat de rechter de ontbinding moet uitspreken. (*3)

1. De terugwerking van de vervulde ontbindende voorwaarde

217 Door de vervulling van de ontbindende voorwaarde wordt de verbintenis geacht nooit te hebben bestaan. Alles wat in uitvoering van de verbintenis betaald of

(*1) A. COLIN en H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, 9e uitg., Parijs, 1959, door L. JULLIOT de la MORANDIÈRE, II, nr. 1691.

(*2) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XXIV, nr. 444; H. DE PAGE, *o.c.*, IV, uitg. 1972, nr. 351; B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, X. Overeenkomsten*, deel 2, *Bijzondere overeenkomsten. A. Verkoop*, Antwerpen, 2001, 583-584, nr. 149; BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, 86-87, nr. 898.

(*3) Inzake schenkingen treft men wel eens het beding aan waarbij de schenker zich bij de vervulling van de ontbindende voorwaarde het recht voorbehoudt zich daarop al dan niet te beroepen; men denke aan een schenking, onderworpen aan de ontbindende voorwaarde dat de schenker de begiftigde overleeft. Wanneer de schenker voor zichzelf de mogelijkheid heeft voorzien zich, in dat geval, al dan niet op de ontbindende voorwaarde te beroepen, heeft men in werkelijkheid te maken met een samenstel van voorwaarden. Er is vooreerst de toevallige voorwaarde van het vooroverlijden van de begiftigde, en vervolgens, maar enkel in de hypothese dat deze toevallige voorwaarde in vervulling gaat, een beslissing van de schenker die louter van zijn wil afhangt. Volgens M. PUELINCKX-COENE ('Schenkingen onder potestatieve voorwaarde', in A. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE, *Schenkingen (Handboek Estate Planning 2)*, Brussel, 2005, 424, nr. 655), zou een dergelijk beding niet nietig zijn. Het is m.i. geoorloofd deze stellingname in twijfel te trekken, omdat elke potestativiteit inzake schenkingen uit den boze is; vgl. nr. 203.

gepresteerd werd, moet worden teruggegeven. Wat de voorwaardelijke schuldenaar aan de schuldeiser betaalde, kan hij van hem, na de vervulling van de voorwaarde, terugvorderen als onverschuldigd betaald.

Wordt een verkoop ontbonden, dan wordt de verkoper geacht steeds eigenaar te zijn gebleven. De (ex-)verkoper moet dus de koopsom terugbetalen, en de (ex-)koper moet het verkochte goed overdragen met al zijn aanwassen. Als hij daartoe niet meer in staat is (hij heeft b.v. het goed vervreemd aan een derde die niet meer verontrust kan worden, of het goed is door zijn fout tenietgegaan), dan is hij schadevergoeding verschuldigd, die eventueel gecompenseerd kan worden met de terug te betalen koopsom. (*1)

Alle zakelijke rechten die de verkrijger onder ontbindende voorwaarde aan derden toestond, vervallen. De verkrijger wordt immers geacht nooit eigenaar te zijn geweest, vermits zijn recht, door de vervulling van de ontbindende voorwaarde, ontbonden wordt en nooit heeft bestaan. Vooruitlopend op het betoog in het volgende hoofdstuk, kan men echter evengoed, zo niet beter zeggen dat het recht van de verkrijger onder ontbindende voorwaarde met ontbinding was bedreigd, en dat hij aan derden slechts een recht kon overdragen dat eveneens met ontbinding was bedreigd. *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet.* (*2)

Anderzijds worden de vervreemdingen die de verkoper onder ontbindende voorwaarde toestond, door de vervulling van de voorwaarde met terugwerkende kracht gevalideerd. Wegens de vervulling van de voorwaarde, wordt hij opnieuw eigenaar en hebben zijn rechtsverkrijgers niets meer te vrezen. De verkoper beschikte over geen recht, maar hij kon een recht verwerven op de vervreemde zaak. Het recht van zijn rechtsverkrijgers is even ‘sterk’ als het zijne. (*3)

De rang van de hypotheken die hij, tijdens de wachttijd, toestond, wordt bepaald door de datum van hun inschrijving. (*4)

2. Uitzonderingen op de terugwerkende kracht

218 Net zoals het geval was voor de opschortende voorwaarde, stellen we vast dat de vervulling van de ontbindende voorwaarde weliswaar principieel terugwerkt, maar dat deze terugwerking een groot aantal uitzonderingen telt.

Allereerst kunnen de partijen overeenkomen dat de vervulde ontbindende voorwaarde niet zal terugwerken. Zo kan de schenker die iemand begiftigde onder een ontbindende voorwaarde, de begiftigde niettemin de toelating geven het geschenken

(*1) ASSER-HARTKAMP, *Verbintenissenrecht*, I, *De verbintenis in het algemeen*, Deventer, 2004, 137, nr. 178.

(*2) BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, 45, nr. 817; A. KLUYSKENS, *De verbintenis*, *o.c.*, 132, nr. 109.

(*3) BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, nr. 818.

(*4) BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, 83, nr. 890.

goed te vervreemden of in te brengen in een huwgemeenschap en aldus de feitelijke onvervreemdbaarheid die het geschonken goed treft, opheffen. (*1)

Anderzijds moet de definitieve eigenaar de normale daden van bewaring en van beheer erkennen die de voorlopige eigenaar, de eigenaar onder ontbindende voorwaarde, heeft gesteld. De voorlopige eigenaar mag de vruchten houden die het goed tijdens de wachttijd opbracht en moet die niet teruggeven aan de definitieve eigenaar. (*2)

219 Als de zaak geheel tenietgaat, is artikel 1182 B.W. van overeenkomstige toepassing. De koper onder ontbindende voorwaarde draagt derhalve het risico, net zoals dit het geval was voor de verkoper onder opschortende voorwaarde. Hij moet de tenietgegane zaak niet teruggeven – wat overigens fysiek onmogelijk is – maar hij kan evenmin teruggave vragen van de betaalde koopsom. (*3)

Volgens een dissidente mening moet men daarentegen de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde consequent toepassen. Dit komt erop neer dat de zaak geacht wordt aan de verkoper toe te behoren toen ze tenietging. Die moet dus de koopsom terugbetalen, ook al kan hij de zaak niet terugkrijgen. (*4)

Als de zaak slechts gedeeltelijk tenietging, buiten de fout van de schuldenaar om, zal men, zoals het geval was bij de opschortende voorwaarde, het risico leggen bij de schuldenaar, d.w.z. de koper onder ontbindende voorwaarde. De verkoper kan immers, naar keuze, ofwel de verbintenis ontbinden, ofwel de zaak eisen in de staat waarin ze zich bevindt, zonder prijsvermindering.

220 De verkrijger onder ontbindende voorwaarde die handelde met een schijnbare eigenaar, kan de verkrijgende verjaring opwerpen tegen de *verus dominus*. Zijn titel is van aard om de eigendom onmiddellijk te doen overgaan, zodat hij het voordeel van de tien- of twintigjarige termijn kan invoeren. (*5)

221 Wanneer overeenkomsten met opeenvolgende of voortdurende prestaties van een ontbindende voorwaarde afhankelijk worden gemaakt, werkt de ontbinding enkel terug tot aan de vervulling van de voorwaarde. (*6)

Vooreerst zijn de verschuldigde prestaties – de verschaffing van het huurgenot b.v. of de geleverde arbeid – niet voor teruggave vatbaar. En vervolgens stemmen de tot

(*1) Vgl. M. PUELINCKX-COENE, 'Schenkingen onder ontbindende voorwaarde', in A. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE, *Schenkingen (Handboek Estate Planning 2)*, Brussel, 2005, 410-411, nrs. 633-636.

(*2) A. KLUYSKENS, *o.c.*, 132, nrs. 110-111.

(*3) BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, 892; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2e uitg., VIII, door R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE en G. LAGARDE, Parijs, 1938, 553-555, nr. 759; H. DE PAGE, *o.c.*, I, 250, nr. 167, 3°.

(*4) M. PLANIOL en G. RIPERT, *o.c.*, VII, 398, nr. 1043; *Jur. civ.*, art. 1183, nr. 39; ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht*, I, *De verbintenis in het Algemeen*, Zwolle, 1978, 147; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, Ussel (Fr.), 1922, 265-267, nrs. 384-389; H.R. 19 december 1879, *Sir.* 1888, 4, 23.

(*5) H. DE PAGE, *o.c.*, VII, 1155, nr. 1294, b.

(*6) H. DE PAGE, *o.c.*, I, 250, nr. 167, 4°.

aan de vervulling van de voorwaarde over en weer geleverde prestaties meestal, in de bedoeling van de partijen, met elkaar overeen. Was één van de partijen – de huurder b.v. – daarentegen achterstallige huur verschuldigd, dan zal hij de nog verschuldigde huur alsnog moeten betalen. (*1) Ook bij de ontbinding van een overeenkomst wegens wanprestatie wordt de ontbinding van opeenvolgende of voortdurende prestaties overigens meestal enkel voor de toekomst uitgesproken. (*2)

222 En wanneer de voorlopige eigenaar kosten heeft gedaan in verband met het voorwaardelijk verkochte goed, moet de definitieve eigenaar hem daarvoor, na de vervulling van de voorwaarde, vergoeden (zie *supra*, nr. 188).

223 Ten slotte zij eraan herinnerd dat de ontbindende voorwaarde in het fiscaal recht, en met name vanuit het oogpunt van de verschuldigdheid van de registratierechten, niet terugwerkt. In strijd met het beginsel, vervat in artikel 1183, eerste lid B.W., voorziet het W. Reg. (art. 208) geen terugbetaling van het specifiek of evenredig registratierecht bij de vervulling van de ontbindende voorwaarde. Wie derhalve een onroerend goed onder een ontbindende voorwaarde aankoopt, is onmiddellijk het evenredig of specifiek recht verschuldigd. De verbintenis onder ontbindende voorwaarde heeft immers voorlopig dezelfde gevolgen als een actuele en zuivere verbintenis. Gaat het recht van de verkrijger teniet, omdat de ontbindende voorwaarde in vervulling gaat, dan kan hij geen aanspraak maken op terugbetaling van het gegeven registratierecht. Wanneer het verschuldigd specifiek of evenredig recht echter nog niet was gegeven bij de vervulling van de ontbindende voorwaarde, kan het in beginsel niet meer worden gevorderd. (*3)

224 Na de beschouwingen van dit en van het vorige hoofdstuk, wordt het mogelijk enige rechtshandelingen te vermelden, waardoor de aan voorwaardelijke rechten inherente onzekerheid (zie eerder, nr. 6) kan worden opgeheven. (*4)

Vooreerst kan de voorwaardelijk gerechtigde zijn voorwaardelijk recht zelf vreemden. De eigenaar onder opschortende voorwaarde, A, verkoopt zijn voorwaardelijk, opgeschort recht aan een derde, Z, of de eigenaar onder ontbindende

(*1) M. PLANIOL en G. RIPERT, *o.c.*, VII, 392, nr. 1039; *Jur. civ.*, art. 1183, nr. 31; ASSER-RUTTEN, *o.c.*, 142; H. EYGOUT, *o.c.*, nrs. 333-337.

(*2) W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven-Leusden, 2001, 128-129; Antwerpen 20 december 1994, *T. Not.* 1996, 179, met noot D. MICHELS.

(*3) J. VAN HOUTTE, *Beginselen van het Belgisch Belastingrecht*, Gent, 1966, I, 417, nr. 402; F. DEMERÉ, 'Vente parfaite ou sous condition. Résolution d'une vente sous seing privé. Aspects civils ou fiscaux', *Rec. gén. enr. not.* 2000, 117, nr. 11.2, die deze regeling overigens betwist. Vooral wanneer de partijen het eens worden om een onderhandse verkoopovereenkomst ongedaan te maken, is de fiscale regeling erg hinderlijk (art. 209 W. Reg.).

De terugwerkende kracht van de ontbinding van een koopovereenkomst van een onroerend goed doet geen afbreuk aan het verschuldigd zijn van de reeds gevestigde aanslagen in de onroerende voorheffing. De fiscus moet geen rekening houden met de werking *ex tunc* van een ontbinding van de koopovereenkomst (art. 155, 158, 296 en 297, 360 e.v. W.I.B. 1964 (Gent 30 november 1999, *T.F.R.* 2000, 987)).

(*4) Zie hierover Ph. DEROUIN, 'Pour une analyse 'fonctionnelle' de la condition', *Rev. trim. dr. civ.* 1978, 30-41, nrs. 55-81.

voorwaarde, B, verkoopt zijn ontbindbaar recht aan Z, tegen een definitief bepaalde of verschuldigde prijs. In werkelijkheid verkopen zij dan de kans om eigenaar te worden of te blijven. Deze verkoop is niet voorwaardelijk, maar definitief; hij heeft de waarschijnlijkheid tot voorwerp dat de verkoper eigenaar zal worden of blijven. De koopsom zal dan ook lager zijn dan de venale waarde van het goed. Men heeft te maken met een aleatoire overeenkomst, 'puisque le cédant renonce à une chance de gain supérieure au bénéfice du cessionnaire, lequel prend le risque de perdre le prix qu'il a payé et qui reste définitivement acquis au cédant du droit conditionnel'. (*1)

Deze techniek waardoor de voorwaardelijk gerechtigde zijn voorwaardelijk recht op het verkochte goed aan een derde overdraagt, heft evenwel de onzekerheid niet op, maar verplaatst ze naar de koper, Z (of naar de beslaglegger).

225 De onzekerheid wordt daarentegen opgeheven, indien beide voorwaardelijk gerechtigden samen optreden. Dit samen optreden van de gerechtigde onder opschortende voorwaarde en van die onder ontbindende voorwaarde kan verschillende gedaanten aannemen.

Vooreerst kunnen de hoedanigheden van gerechtigde onder opschortende voorwaarde en van gerechtigde onder ontbindende voorwaarde in dezelfde persoon verenigd zijn. De begiftigde onder ontbindende (negatieve) voorwaarde wordt b.v. de erfgenaam van de schenker onder opschortende voorwaarde. Ofwel cedeert de ene voorwaardelijk gerechtigde zijn voorwaardelijk recht aan de andere voorwaardelijk gerechtigde. Zoals gezegd, komt dit niet neer op een kanscontract. Men merke op dat de voorwaardelijke rechten op het goed, ondanks deze cessie, blijven bestaan. 'Par suite les droits que les tiers ont acquis sur le droit conditionnel cédé subsistent, tout en restant subordonnés à la réalisation de la condition'. (*2)

Een tweede mogelijkheid bestaat erin dat de ene voorwaardelijk gerechtigde een abdicatieve afstand doet van zijn voorwaardelijk recht. Dit zou tot gevolg hebben dat het afgestane recht door aanwas toevloeit aan de gerechtigde op het complementair tegengesteld voorwaardelijk recht. Enkel de partij in wiens voordeel de voorwaarde werd bedongen, kan er echter afstand van doen. Abdicatieve afstand van een voorwaardelijk recht is derhalve niet mogelijk, indien de voorwaarde in het belang van beide partijen werd bedongen.

Vervolgens kunnen de beide voorwaardelijk gerechtigden aan een derde een zeker recht verschaffen, en aldus de feitelijke onverhandelbaarheid van voorwaardelijke rechten vermijden. Ofwel wordt de zaak door beiden voorwaardelijk gecedeerd aan de derde Z. B (de eigenaar onder opschortende voorwaarde) cedeert het goed onder opschortende voorwaarde aan Z, en A (de eigenaar onder ontbindende voorwaarde) cedeert het goed onder ontbindende voorwaarde. De koopsom is, in dit geval, inte-

(*1) Ph. DEROUIN, *l.c.*, 33, nr. 63.

(*2) Ph. DEROUIN, *l.c.*, 35, nr. 68. Theoretisch is het ook mogelijk dat A zijn voorwaardelijk eigendomsrecht op het goed onder bezwarende titel aan B cedeert, maar deze hypothese is erg theoretisch (DEROUIN, *l.c.*, 35, nr. 67).

graal verschuldigd aan A of B, al naargelang de voorwaarde wel of niet gerealiseerd wordt. (*1) De cessionaris, Z, zal aanvankelijk, bij het sluiten van de overeenkomst, een deel van de koopsom aan A en een ander deel aan B betalen. Maar als de voorwaarde vervuld wordt, moet hetzij A, hetzij B het door hem ontvangen deel ervan aan Z terugbetalen, die het op zijn beurt aan de definitief gerechtigde overmaakt, met alle insolventierisico's vandien.

Wegens deze insolventierisico's zullen de partijen wellicht de voorkeur geven aan een dubbele aleatoire overdracht, waarbij elke gerechtigde niet het goed zelf, maar zijn voorwaardelijk recht op dit goed aan de derde Z overdraagt. Ongeacht ten voordele van wie de voorwaarde dan wordt vervuld, zou de vervulling van de voorwaarde in dit geval met zich meebrengen dat Z onvoorwaardelijk eigenaar wordt van het vervreemde goed.

IV. De draagwijdte van de terugwerking van de vervulde voorwaarde

A. DE ROL VAN DE RETROACTIVITEIT VAN DE VERVULDE VOORWAARDE

226 Ofschoon de artikelen 1179 en 1183 B.W. aan de vervulde voorwaarde uitdrukkelijk terugwerkende kracht verlenen, moet men vaststellen dat deze terugwerkende kracht blijkbaar slechts sommige gevolgen van de vervulde voorwaarde vermag te verklaren, terwijl andere gevolgen – het recht op de vruchten, de daden van beheer, de risicoregeling – blijkbaar moeten worden opgevat als 'uitzonderingen' op deze terugwerkende kracht. Deze uitzonderingen vloeien ofwel voort uit de regeling zelf van de voorwaardelijke verbintenis – zoals de risicoregeling b.v., waar art. 1182 B.W. rechtstreeks art. 1179 B.W. tegenspreekt – ofwel uit beginselen, neergelegd in andere artikelen van het Burgerlijk Wetboek, zoals het recht op de vruchten, of uit opportuniteitsoverwegingen: is de voorlopige eigenaar b.v. gerechtigd om daden van beheer te verrichten? De retroactiviteit wordt enkel toegepast, 'voor zover dit redelijk en mogelijk is'. (*2)

Een en ander brengt mee dat de theorie van de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde *geen enkele verklarende, maar hoogstens beschrijvende waarde heeft*. 'L'idée de fiction légale n'explique rien par elle-même; il s'agit de dire pourquoi la loi a voulu le report en arrière des effets de la condition accomplie'. (*3)

(*1) Ph. DEROUIN, *l.c.*, 37, nr. 73.

(*2) ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht*, I, *De verbintenis in het algemeen*, Zwolle, 1978, 178.

(*3) M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VII, 2e uitg., door P. ESMEIN, J. RADOUANT en G. GABOLDE, Parijs, 1954, 388, nr. 1037. Anders: A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Deventer, 2003, 295-296, 405, die de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde 'het meest elegante verklaringsmechanisme noemt dat de rechtsgeschiedenis kent'. Men merke overigens op dat de retroactiviteit een algemeen verspreid juridisch fenomeen is, dat zich uitstrekt van de nietigheid van het huwelijk alover de retroactiviteit van de verdeling en van de gerechtelijke ontbinding tot aan de nietigheid van de vennootschappen; het ware interessant om een algemene theorie van de terugwerkende kracht uit te werken (zie, voor een eerste aanzet daartoe, R. JAMBU-MERLIN, 'Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques', *Rev. trim. dr. civ.* 1948, 271-299).

Wanneer men zich de vraag stelt naar de gevolgen van de vervulling van de voorwaarde, kan men dus niet uitgaan van het beginsel dat deze vervulling terugwerkt. Het is immers evengoed mogelijk dat de terugwerking niet speelt voor het kwestieuze rechtsgevolg. Of nog: men kan de terugwerking van de vervulde voorwaarde enkel als verklaring inroepen, indien reeds, op grond van overwegingen die niets te maken hebben met de terugwerkende kracht, uitgemaakt is dat de vervulde voorwaarde kan, resp. moet terugwerken. (*1)

227 De retroactiviteit van de vervulde voorwaarde is in het wetboek verzeild via POTHIER. (*2) Die gebruikte haar om welbepaalde rechtsgevolgen van de vervulde voorwaarde te ‘verklaren’ (zie evenwel *supra*, nr. 226). Allereerst legde hij aldus uit dat het voorwaardelijk recht op de erfgenamen van de voorwaardelijke schuldeiser overging, indien hij stierf vóór de vervulling van de voorwaarde. ‘Au moyen de l’effet rétroactif de la condition, le droit sera censé lui avoir été acquis dès le temps du contrat et, par conséquent, avoir été transmis à son héritier’. (*3) En hij vervolgt: ‘Si l’engagement conditionnel a été contracté par un acte qui donne l’hypothèque, l’hypothèque sera ainsi acquise du jour du contrat [of vanaf de dag van de inschrijving van de hypotheek], quoique la condition n’ait existé que longtemps après’.

Afgezien van het feit dat de verklarende kracht van de retroactiviteit in twijfel kan worden getrokken, kunnen beide rechtsgevolgen (beter) worden verklaard, als men inziet dat elk voorwaardelijk recht ten voordele van de schuldeiser (de schuldeiser onder opschortende voorwaarde en de schuldenaar onder ontbindende voorwaarde) een eventueel recht doet ontstaan op de loyale vervulling van de voorwaarde (zie *supra*, nrs. 165 en 214). Het is dit eventueel recht dat overgaat op de erfgenamen van de voorwaardelijke schuldeiser en dat kan worden gewaarborgd door een hypothecaire inschrijving. En dat recht ontstaat inderdaad, zodra de voorwaardelijke rechtshandeling is gesloten.

De opstellers van het Burgerlijk Wetboek namen de doctrine van POTHIER zonder veel commentaar over, zonder dat het in hun bedoeling lag om aan de terugwerkende kracht een algemene draagwijdte toe te kennen. (*4)

228 De terugwerkende kracht van de voorwaarde doet de voorwaarde terugwerken niet alleen tot op het ogenblik waarop ze zich voordoet, maar tot aan het aangaan van de voorwaardelijke rechtshandeling. De terugwerking van de vervulde voorwaarde is

(*1) Technischer uitgedrukt: het *explanans* heeft juist dezelfde betekenis als het *explanandum*, is dus in wezen tautologisch; daarom heeft het slechts beschrijvende en geen verklarende waarde. Normaal heeft het *explanans* een ruimere betekenis en draagwijdte dan het *explanandum*.

(*2) Vgl. A. COLIN, H. CAPITANT en L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, II, Parijs, 1959, 938-939, nr. 1694.

(*3) R. POTHIER, *Traité des Obligations*, éd. Bugnet, II, 105.

(*4) P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Parijs, 1826 (herdruk: O. Zeller, Osnabrück, 1968), XIII, 36; A. COLIN, H. CAPITANT en L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *o.c.*, II, 939, nr. 1694; anders: H. EYGOUT, *De l’effet rétroactif de la condition accomplie*, Ussel (Fr.), 1922, 104-108, nrs. 120-125.

dus een *ficte*, zoals nadrukkelijk door o.m. DE PAGE wordt beklemtoond. Dankzij deze fictie worden sommige (zij het erg belangrijke) rechtsgevolgen van de vervulde voorwaarde – dat de vervreemdingen van het goed door de voorlopige eigenaar aan de definitieve eigenaar niet kunnen worden tegengesteld en dat vervreemdingen, toegestaan door de definitieve eigenaar niet meer kunnen worden betwist na de vervulling van de voorwaarde – erg aannemelijk. ‘En réalité, cette théorie, qui consiste à considérer que tout doit se passer comme si la condition s’était réalisée le jour même du contrat, qui *feint* donc, contrairement à la réalité, que le contrat a toujours été pur et simple, [...] n’a d’autre utilité que de rendre plus saisissants et plus nets *certaines effets* du droit conditionnel’. (*1)

Men moet en mag derhalve de vervulde voorwaarde niet, in alle opzichten en op een coherente manier, beschouwen als ware ze reeds op het ogenblik van het aangaan van de rechtshandeling aanwezig (resp. afwezig). Men mag ze enkel beschouwen als terugwerkend, wanneer dit noodzakelijk is om enig nut en waarde te verlenen aan het voorwaardelijk recht van de definitieve schuldeiser. Aldus heeft het voorwaardelijk recht van de koper onder opschortende voorwaarde geen reële betekenis, wanneer de verkoper het goed vóór de vervulling van de voorwaarde aan derden mag vervreemden; evenmin heeft het voorwaardelijk recht van de verkoper onder ontbindende voorwaarde enige betekenis, wanneer de koper onder ontbindende voorwaarde het goed vóór de vervulling van de voorwaarde aan derden kan vervreemden.

229 De vaststelling dat de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde een fictie is, zonder verklarende waarde en die slechts geldt voor sommige rechtsgevolgen van de vervulling van de voorwaarde, doet de vraag rijzen naar het toepassingsgebied van de retroactiviteit.

Wie de nadruk legt op het fictieve karakter van de theorie zal geneigd zijn haar toepassingsgebied te beperken en haar slechts in die mate toe te passen, als vereist door de idee zelf van het voorwaardelijk recht. Welnu, de houder van een voorwaardelijk zakelijk recht wenst enkel vrij te kunnen beschikken over de zaak wanneer de voorwaarde in vervulling gaat. ‘La règle de la rétroactivité ne doit jamais être entendue dans un sens extensif. [...] Elle ne se justifie que dans la mesure où, par l’acquisition d’un droit conditionnel, le créancier a entendu se réserver, en cas

(*1) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 243, nr. 165, A; vgl. PLANIOL en RIPERT, *o.c.*, VII, 387, nr. 1037; ASSER-HARTKAMP, *Verbintenissenrecht*, I, *De algemene theorie van de verbintenis*, Deventer, 2004, 134-135, nr. 175: ‘Terugwerkende kracht is een fictie, d.w.z. een constructief hulpmiddel, waarmee men aanduidt dat voor het vervolg de rechtsgevolgen volkomen gelijk zijn als zij zouden zijn geweest, wanneer het betreffende feit op een vroeger tijdstip had plaatsgevonden, bij voorbeeld bij een opschortende voorwaarde gelijk als wanneer de handeling van meet af aan onvoorwaardelijk ware geweest, bij een ontbindende gelijk als wanneer de rechtshandeling van meet af aan ongeldig ware geweest’.

Anders: A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Deventer, 2003, 295-296, die betoogt dat de terugwerking van de vervulde voorwaarde volledig strookt met de bedoeling van de partijen.

d'éventualité heurieuse, la libre jouissance de la chose ou du droit, et diminuer en conséquence, dans cette même mesure, le droit dont l'exercice est laissé au débiteur'. (*1)

230 Men zou er ook kunnen aan denken elk vraagstuk op zijn eigen merites te beoordelen en zich af te vragen of het, voor het vraagstuk in kwestie, wenselijk is de voorwaarde te laten terugwerken.

Zo kan men zich afvragen wie het slachtoffer van de instorting van een gebouw moet aanspreken op basis van artikel 1386 B.W. (*2) Enerzijds wordt geleerd dat de aansprakelijkheid van artikel 1386 B.W. op de eigenaar rust, ook al heeft hij noch de bewaring noch het bezit van het gebouw en al heeft hij dit verhuurd of in erfpacht gegeven. Dat een derde het vruchtgebruik van het gebouw heeft, staat de aansprakelijkheid van de blote eigenaar niet in de weg. (*3) Maar wanneer een huurder anderzijds, tijdens de duur van de huurovereenkomst, gebouwen opricht op de grond die hij huurt, wordt de verhuurder weliswaar door natrekking eigenaar van deze gebouwen. Maar de natrekking doet zich pas bij het einde van het huurcontract voor. (*4) Als het door de huurder opgerichte gebouw derhalve instort vóór het einde van het huurcontract, moet het slachtoffer zich wenden tot de huurder. (*5) In de eerste reeks beschouwingen zou men een argument kunnen vinden om de definitieve eigenaar aansprakelijk te stellen. De regeling inzake de huurder die, tijdens de duur van de huur, eigenaar is van het gebouw, zou er daarentegen voor kunnen pleiten om de voorlopige eigenaar als aansprakelijk te beschouwen.

De meerderheid van de doctrine blijkt de definitieve eigenaar aansprakelijk te stellen en roept daartoe de terugwerkende kracht van de voorwaarde in. (*6)

Is het echter wel raadzaam om de retroactiviteit van de vervulde voorwaarde te hanteren als een 'blind hakmes' dat het eigendomsrecht van de definitieve eigenaar automatisch en in alle omstandigheden doet aanvangen vanaf de dag van de voorwaardelijke rechtshandeling? Men zou immers evengoed kunnen volhouden dat artikel 1386 B.W., voor de bepaling van de aansprakelijke eigenaar, een uitzondering vormt op de regel van de retroactiviteit. De waarheid is dat de terugwerkende kracht van de voorwaarde helemaal niet dient om bij de instorting van een gebouw het

(*1) H. DE PAGE, *o.c.*, I, 252, nr. 168, 2°.

(*2) Zie daarover H. DE PAGE, *o.c.*, II, uitg. 1964, nr. 998,3°; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, I, Brussel, 1967, 722, nr. 2278; H. en L. MAZEAUD en A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, II, 5e uitg., Parijs, 1958, 27, nr. 1033; L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgisch buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, I, *De onrechtmatige daad*, Antwerpen-Brussel, 1989, 657, nr. 410.

(*3) R.O. DALCQ, *o.c.*, nrs. 2268-2279; H. VANDENBERGHE e.a., 'Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad', *T.P.R.* 2000, 1784-1786, nr. 93.

(*4) H. DE PAGE, *o.c.*, IV, uitg. 1972, nr. 689; zie hoger, nr. 32, noot 2.

(*5) Vgl. Cass. 16 juni 1995, *Arr. Cass.* 1995, 621, met concl. Adv. Gen. BRESSELEERS, *R.W.* 1996-97, 1428.

(*6) Zie de in noot 2 geciteerde doctrine. DALCQ, *l. c.* leert dat de voorlopige eigenaar door het slachtoffer aansprakelijk kan worden gesteld, maar dat die desgevallend nadien een verhaal kan uitoefenen tegen de definitieve eigenaar, als blijkt dat de voorwaarde zich heeft voorgedaan. H. DE PAGE, *o.c.* II, uitg. 1962, 1034, nr. 999) merkt echter op: 'Cette solution est logique dans le système de la rétroactivité de la condition; c'est ce système lui-même qui, peut-être, est excessif'.

belangenconflict tussen het slachtoffer, de voorlopige en de definitieve eigenaar op te lossen.

231 In deze context moge ook het geval worden vermeld van een handelsvertegenwoordiger die deels werd betaald in de vorm van een commissieloon op de door hem geplaatste bestellingen ‘op het einde van de maand, volgend op de betaling’. Omdat het niet zeker is dat de klant de geplaatste bestelling effectief zal betalen, is het recht op het commissieloon van een opschortende voorwaarde afhankelijk, namelijk de betaling van de bestelling. Wanneer deze handelsvertegenwoordiger een aantal bestellingen plaatst vóór het faillissement van zijn werkgever, terwijl de betaling pas na dit faillissement plaatsvindt, zou een automatische toepassing van de retroactiviteit tot de conclusie leiden dat de betaling geschiedde vóór het faillissement. De schuldvoordering van de handelsvertegenwoordiger zou dan een schuld *in* de boedel zijn, die geprimeerd wordt door de boedelschulden. (*1)

Men herinnere zich overigens hoe reeds de vraag naar de verjaring van voorwaardelijke persoonlijke en zakelijke vorderingen door sommige auteurs wordt opgelost, los van de blinde toepassing van de retroactiviteit (zie *supra*, nr. 197).

232 Een en ander neemt niet weg dat men, dankzij de fictie van de terugwerking van de vervulde voorwaarde, sommige rechtsfiguren kan valideren die normalerwijze in strijd zijn met het systeem van het Burgerlijk Wetboek.

Aldus verbiedt artikel 896 B.W. erfstellingen over de hand. Dit verbod kan echter worden omzeild door het *dubbel voorwaardelijk legaat*. (*2) De testator legateert aan X, onder de ontbindende voorwaarde dat die zonder afstammelingen sterft, en aan Y, onder de opschortende voorwaarde dat X zonder afstammelingen sterft. Dezelfde gebeurtenis – het kinderloos sterven van X – fungeert dus als opschortende voorwaarde voor Y en als ontbindende voorwaarde voor X. Als de voorwaarde gerealiseerd wordt,

(*1) Cass. 27 april 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 813, *R.W.* 1992-93, 60; men zie daarover W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht*, Brussel, 1989, I,A, 270, nr. 251 (door I. VEROUGSTRAETE en C. VAN SCHOUBROECK); B. MAES, ‘Nieuwe rechtspraak van het Hof van Cassatie over het begrip ‘schulden van de boedel’’, *T.B.H.* 1988, 74 e.v. Vgl. Cass. 15 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 41, dat evenzeer als een uitzondering op de retroactiviteit zou kunnen worden opgevat; *Arbrb.* Brussel 26 juli 1999, *J.L.M.B.* 2000, 207 (211); de werkgever (of de curator die de failliete werkgever vervangt) mag de werknemers-personeelsafgevaardigden om economische en technische redenen ontslaan, onder de opschortende voorwaarde van de erkenning door het bevoegd paritair comité van de realiteit van de ingeroepen economische of technische redenen. Dit ontslag gaat slechts in binnen twee maanden na het indienen van de aanvraag tot erkenning (Wet 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling van de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden, art. 3). De beslissing van het paritair comité of de ontstentenis daarvan binnen twee maanden werkt dus niet terug. De rechtbank rechtvaardigt deze uitzondering op de retroactiviteit met de overweging dat de gerechtelijke ontbinding op basis van art. 1184 B.W. van overeenkomsten met voortdurende prestaties evenmin terugwerkt.

(*2) Zie daarover H. DE PAGE (en R. DEKKERS), *o.c.*, VIII-1, nr. 811 en VIII-2, nr. 1751; A. KLUYSKENS, *Beginnen van Burgerlijk Recht*, III, *De schenkingen en testamenten*, 4e uitg., 1955, 436-438, nr. 286; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, V, *Donations et testaments*, 2e uitg., door A. TRASBOT en Y. LOUSSOUARN, Parijs, 1957, nr. 288; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, Parijs, 1983, 493, nr. 661; Luik 26 april 1944, *Rec. gén. enr. not.* 1945, 89, met concl. Proc. Gen. J. CONSTANT.

zal Y, na X, eigenaar worden van het voorwerp van het legaat. Dit lijkt erg veel op twee elkaar in de tijd opvolgende erfopvolgingen en dus op een verboden erfstelling over de hand.

Toch wordt het dubbel voorwaardelijk legaat als geldig beschouwd, juist dankzij de terugwerkende kracht van de voorwaarde. Het eigendomsrecht van X wordt immers retroactief uitgewist en Y wordt geacht de enige legataris te zijn geweest vanaf het ogenblik van het overlijden van de testator. Van elkaar chronologisch opvolgende erfopvolgingen is dus dankzij deze fictie geen sprake. Men kan zich echter met recht en reden de vraag stellen of deze voorstellingswijze de realiteit geen geweld aandoet. X is onmiskenbaar eigenaar geweest en het eigendomsrecht van Y volgt op dit van X. ‘N’y-a-t-il pas double ordre successif, et ne se trouve-t-on pas, à s’y méprendre – sauf l’artifice, purement technique, du recours aux conditions – en présence d’une substitution?’ (*1)

B. ZAKELIJKE WERKING VAN DE VERVULDE ONTBINDEnde VOORWAARDE

233 Strikt beschouwd, bestaat de terugwerking van de vervulde voorwaarde hierin dat alles wat gebeurde tijdens de wachtperiode, ongedaan wordt gemaakt, en dat de sporen van de tussentijd worden uitgewist. ‘Tous les actes que le vendeur conditionnel avait légitimement accomplis (constitution d’hypothèque, par ex.) tombent comme faits par quelqu’un qui n’était pas le *versus dominus*. Les actes de disposition légitimement accomplis par le donataire sous condition résolutoire tombent par application de la règle *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. En revanche, tous les actes de disposition ou constitution de droit réels illégitimement accomplis par le créancier conditionnel ou le propriétaire sous condition suspensive sont rétroactivement validés, consolidés, puisque, par l’effet de la réalisation de la condition, le créancier ou l’acquéreur sont censés avoir été nantis de leurs droits dès la conclusion de l’acte conditionnel. En un mot, le passé est anéanti, et tout se passe comme si le droit avait été pur et simple dès l’origine, comme si la période d’attente n’avait jamais existé’. (*2)

Kent men aan de vervulde voorwaarde strikte terugwerkende kracht toe, dan kan de tussentijdse eigenaar – de verkoper onder opschortende voorwaarde of de begiftigde onder ontbindende voorwaarde – de vruchten niet innen, kan hij met betrekking

(*1) H. DE PAGE en R. DEKKERS, *o.c.*, VIII-1, nr. 311, A, die zich overigens afvragen of de wetgever het dubbel voorwaardelijk legaat niet beter zou verbieden. Vgl. L. RAUCENT, *Les libéralités*, Brussel, 1991, 124, nr. 163: ‘La rétroactivité de la condition étant une fiction, la différence entre les deux opérations [dubbel voorwaardelijk legaat en erfstelling over de hand] peut paraître quelque peu factice’; ASSER-MEIJERS-VAN DER PLOEG, *Erfrecht*, Zwolle, 1992, 134, nr. 156: ‘Wil men ernst maken met het verbod van de makingen over de hand die tot bewaring verplichten, dan zal men deze omweg [van het dubbel voorwaardelijk legaat] als verboden moeten beschouwen’.

(*2) H. DE PAGE, *o.c.*, I, 242, nr. 164.

tot de voorwaardelijk vervreemde zaak geen daden van beheer verrichten (*1) en dan moet de definitieve eigenaar, en niet de tussentijdse, het risico van het tenietgaan van de zaak dragen.

Omdat evenwel vaststaat dat niemand, ook niet het Burgerlijk Wetboek, de zo-even vermelde rechtsgevolgen wil, moet worden erkend dat ons recht, ondanks de artikelen 1179 en 1183 B.W., de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde, in de strikte zin van het woord, niet kent.

234 Men herinnere zich dat voorwaardelijke rechtshandelingen de partijen in staat stellen om op een intelligente manier met de onzekere toekomst om te gaan (zie *supra*, nr. 4). Hernemen we het voorbeeld waarin A, op 2 januari 2005, aan B zijn huis te Brussel verkoopt, onder de opschortende voorwaarde dat B aldaar vóór 1 mei 2005 tot rechter wordt benoemd. B's voorwaardelijk recht zou geen enkele waarde hebben en de voorwaardelijke rechtshandeling geen enkele zin (of althans erg weinig zin), indien het A vrij stond zijn huis op 1 maart 2005 onvoorwaardelijk te verkopen aan een derde, C. Het is duidelijk dat de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde het voorwaardelijk recht van de voorwaardelijke koper, B, zeer energiek beschermt. Wegens de terugwerking van de vervulde voorwaarde wordt B immers geacht vanaf 2 januari 2005 definitief en onvoorwaardelijk eigenaar te zijn geweest. Hij kan derhalve de verkoop door A aan C betwisten, en die is hem in geen geval tegenwerpelijk.

Analoge overwegingen gelden overigens voor de ontbindende voorwaarde. Om dit in te zien, volstaat het het voorbeeld in die zin aan te passen dat A, op 2 januari 2005, aan B zijn huis in Brussel verkoopt onder de ontbindende voorwaarde dat A aldaar, vóór 1 mei 2005, tot rechter wordt benoemd. Als B het huis tussentijds, op 1 maart b.v., doorverkoopt aan C, mag A het recht van deze laatste ignoreren, nadat hij op 30 april 2005 tot rechter in Brussel werd benoemd.

‘La rétroactivité protège donc le titulaire du droit définitif contre les actes faits *pendente conditione* par le titulaire du droit conditionnel inverse’. (*2) Of nog: ‘Si mon droit [in ons voorbeeld, dit van B, voorwaardelijke koper] n'est encore qu'aléatoire, rudimentaire, ‘en germe’, il offre néanmoins un caractère suffisant de réalité pour empêcher que mon débiteur [A] ne le rende illusoire. Sinon, le droit conditionnel ne serait d'aucune utilité. Il s'ensuit nécessairement que le caractère

(*1) H. EYGOUT, *o.c.*, 109, nr. 129 erkent dat de keuze tussen de strikte terugwerking van de vervulde voorwaarde en de werking van de regel *Nemo ad alium plus iuris transferre potest quam ipse habet* geen belang heeft inzake vervreemdingen. ‘Mais il en va différemment au point de vue de l'*usage* et de la *jouissance* de la chose. Dire qu'il n'a pas eu le droit d'user de la chose, c'est rigoureusement du moins l'obliger à indemniser le contractant de l'*usage* qu'il en a fait sans droit. Dire qu'il n'a pas eu le droit de percevoir les fruits de la chose, c'est dire qu'il devra les restituer ou en rendre la valeur. Telle est la situation de celui, vendeur sous condition suspensive ou acheteur sous condition résolutoire, qui est réputé n'avoir jamais eu de droit sur la chose à partir du jour du contrat envisagé’ (*ibid.*, 148, nr. 192).

(*2) Ph. MALAURIE en L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, VI-3, *Les obligations, Le régime général*, Parijs, 2001, 134, nr. 184.

d'actualité du droit qu'en principe, mon vendeur [A] conserve, est déjà amoindri par la condition, dans la mesure où mon droit pourrait se réaliser'. (*1)

235 Eigen aan de voorwaardelijke verbintenis is derhalve dat de voorwaardelijke schuldenaar niets mag doen dat het voorwaardelijk recht van de schuldeiser *definitief* in het gedrang brengt. Anders uitgedrukt: eigen aan het voorwaardelijk recht is dat de schuldeiser – de koper onder opschortende voorwaarde of de schenker onder ontbindende voorwaarde – de rechtshandelingen die de schuldenaar tijdens de wachttijd heeft gesteld en die strijdig zijn met zijn voorwaardelijk recht, mag negeren.

Wat dus eigenlijk bedoeld wordt met de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde is dat *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, en niets meer. (*2) Als A zijn huis in Brussel verkoopt aan B onder de opschortende voorwaarde dat B er tot rechter zal worden benoemd, wordt B, door het sluiten van deze overeenkomst, eigenaar onder opschortende voorwaarde van het huis, terwijl het eigendomsrecht van A zal vervallen indien de voorwaarde zich voordoet. Het eigendomsrecht van A wordt dus verminderd en aangetast door het voorwaardelijk recht van B in omgekeerde zin. Als A, na de verkoop aan B, aan derden nog zakelijke rechten toestaat op het huis, is hun recht in dezelfde mate 'verminderd', en staat het met name bloot aan ontbinding door het in vervulling gaan van de bedongen voorwaarde. 'Le vendeur sous condition suspensive [...] n'a plus à partir du contrat qu'un droit menacé de disparaître. Dès lors, il ne peut plus consentir que des droits eux aussi précaires. Si la condition se réalise, ce droit de propriété du vendeur conditionnel disparaît, les droits consentis à des tiers du possesseur aussi'. (*3)

Hierbij wordt wel verondersteld dat de koper onder opschortende voorwaarde *zijn titel heeft laten overschrijven* vóór de onvoorwaardelijke koper, C. Wanneer B im-

(*1) H. DE PAGE, *o.c.*, I, 243-244, nr. 165. A. Vgl. H. EYGOUT, *o.c.*: 'Il faut nécessairement que le contractant qui doit être propriétaire de la chose à l'événement de la condition, soit à l'abri des actes de son cocontractant, contrairement aux engagements pris. En anéantissant ces actes, en les faisant considérer comme faits sans droit, l'effet rétroactif assure de la façon la plus nette et la plus efficace l'exécution des engagements du débiteur' (311, nr. 459). En na alle uitzonderingen op de retroactiviteit te hebben opgesomd, komen G. MARTY en P. RAYNAUD tot de bevinding: '[C]es dérogations diverses limitent les effets de la rétroactivité conditionnelle à l'anéantissement des actes de disposition émanant du titulaire du droit résolu et à la validation au contraire de ceux émanant du titulaire du droit suspendu par la condition' (*Dr. Civ.*, I, 2e uitg., Parijs, 1973, 297, nr. 164).

(*2) A. COLIN en H. CAPITANT, *o.c.*, 939, nr. 1695.

(*3) M. PLANIOL en G. RIPERT, *o.c.*, VII, 389, nr. 1037. De geciteerde passages geven steun aan de stelling van A.H. SCHELTEMA, *o.c.*, volgens wie het enige alternatief voor de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde erin bestaat dat men het voorwaardelijk recht van de voorlopige eigenaar beschouwt als een beperkt zakelijk recht, dat het recht van de definitieve eigenaar beperkt. Ook de eerdere uiteenzetting (nrs. 224-225) over de wijze waarop de voorwaardelijk gerechtigden de aan de voorwaarde inherente onzekerheid konden opheffen, steunt volledig op de visie dat voorwaardelijke zakelijke rechten beperkte zakelijke rechten creëren. 'La condition produit un effet immédiat en mettant en présence deux titulaires de droits actuels, complémentaires et opposés... Le corollaire en est que les pouvoirs que chacun des titulaires de droits conditionnels peut exercer, sont limités de manière qu'il ne puisse porter atteinte aux droits de son concontractant' (Ph. DEROUIN, 'Pour une analyse 'fonctionnelle' de la condition', *Rev. trim. dr. civ.* 1978, 29, nr. 52). "En présence d'une condition, on trouve non pas seulement deux titulaires alternatifs du même droit comme dans chaque cas de résolution, mais deux titulaires dont les droits sont actuels et contemporains, deux titulaires dont l'un a certes vocation à exclure l'autre, mais qui, 'pendente conditione', coexistent nécessairement" (*ibid.*, 21, nr. 34).

mers naliet de verkoopovereenkomst te laten overschrijven, is zijn recht in geen geval tegenwerpelijk aan de derde, C, voorzover die te goeder trouw heeft gecontracteerd. (*1)

De vervreemdingen die B daarentegen, tijdens de wachttijd, zou hebben toegestaan, kunnen door A, na het in vervulling gaan van de voorwaarde, niet meer worden betwist. Eens de voorwaarde vervuld, heeft A heeft immers geen actueel belang meer om deze vervreemdingen aan te vechten.

Correlatief beschikt de begiftigde onder ontbindende voorwaarde tijdens de wachttijd over een recht dat wordt bedreigd door de vervulling van de voorwaarde, waardoor het geschonken goed naar de schenker zal terugkeren. Vervreemdt hij het geschonken goed tussentijds geheel of gedeeltelijk aan derden, dan vervallen deze vervreemdingen na het in vervulling gaan van de voorwaarde. Deze derden hebben immers geen sterker recht dan hun rechtsvoorganger.

236 In beide hypothesen – de koper onder opschortende voorwaarde en de begiftigde onder ontbindende voorwaarde – stellen we dus vast dat de definitieve eigenaar zijn na de vervulling van de voorwaarde definitief geworden recht kan laten gelden niet alleen tegen zijn wederpartij, de verkoper onder opschortende voorwaarde of de begiftigde onder ontbindende voorwaarde, maar ook tegen derden, rechtsverkrijgers van de verkoper onder opschortende voorwaarde of van de begiftigde onder ontbindende voorwaarde.

Dit wordt zeer duidelijk verwoord door H. EYGOUT, nochtans een fervent voorstander van de strikte retroactiviteit van de vervulde voorwaarde. ‘[L’acheteur sous condition suspensive] entend, en tous cas, s’assurer pour l’avenir le bénéfice du marché. A cet effet, il faut, dans l’intention des parties, que le vendeur maintienne de son côté intact son consentement en ne faisant rien de contraire à la réalisation de la vente conditionnelle qu’il a promise. Sans doute, il peut percevoir définitivement les fruits de la chose et, dans une certaine mesure, contracter sur elle des actes d’administration. La volonté de l’acheteur n’y est pas positivement contraire. Mais celui-ci ne saurait s’accommoder des actes de disposition [...] que le vendeur accorderait à des tiers postérieurement au contrat conditionnel. Il est vrai que, de toute façon, il aurait droit de la part du vendeur à des dommages-intérêts pour violation de la promesse, mais ce n’est pas ce qu’il a en vue. Il a vraisemblablement contracté pour s’assurer la chose elle-même en non des dommages-intérêts représentant plus ou moins exactement sa valeur matérielle’ (*2) ‘Il faut donner à [l’acheteur] le moyen de ravoir sa chose entre les mains de quiconque elle se trouve, et pour cela faire tomber les actes du débiteur contraire[s] au contrat conditionnel’. (*3)

(*1) Vgl. H. DE PAGE (en R. DEKKERS), *o.c.*, VII, 1957, nrs. 968 en 1070-1082; E. DIRIX EN R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, 1999, 105-110, nrs. 121-129; H. EYGOUT, *o.c.*, 307-308, nr. 452.

(*2) H. EYGOUT, *o.c.*, 296, nr. 432.

(*3) H. EYGOUT, *o.c.*, 297, nr. 434.

237 De veel bekritiseerde retroactiviteit van de vervulde voorwaarde, zowel opschortende als ontbindende, zou, zo kan hier toch als werkhypothese worden geoperd, eigenlijk neerkomen op hetgeen onze noorderburen de *zakelijke werking van de ontbindende voorwaarde* noemen. (*1)

Het gaat om zakelijke werking, omdat het in vervulling gaan van de voorwaarde de eigendom, *vrij en onbelast*, naar de definitieve eigenaar doet overgaan. Die kan het vervreemde goed derhalve in handen van derden revindiceren en moet zich niet tevreden stellen met een vordering tot schadeloosstelling tegen zijn contractpartij, de voorwaardelijke verkoper of begiftigde. Deze zakelijke werking kenmerkt verder enkel de ontbindende voorwaarde en, op het eerste gezicht nogal verrassend, niet rechtstreeks de opschortende voorwaarde.

Het recht onder opschortende voorwaarde van de voorwaardelijke koper gaat immers onvermijdelijk gepaard met het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van de verkoper (zie hoger, nr. 58). Tijdens de wachttijd kan deze het aan de koper voorwaardelijk vervreemde goed weliswaar nog rechtsgeldig onvoorwaardelijk aan derden vervreemden. Maar de ontbinding waaraan zijn eigen recht blootstaat, bedreigt evenzeer het recht van zijn rechtsverkrijgers. Wordt het recht van de oorspronkelijke verkoper ontbonden, dan treft deze ontbinding alle verdere zakelijke rechten die hij op het goed toestond. De definitieve eigenaar, de voorwaardelijke koper, kan zijn definitief recht tegen allen laten gelden.

Maar juist hetzelfde mechanisme doet zich voor bij de vervulling van de ontbindende voorwaarde, als de voorwaardelijk begiftigde de zaak *pendente conditione* aan derden vervreemdt. De vervulling van de ontbindende voorwaarde heeft tot gevolg dat het zakelijk recht van de begiftigde op het goed vervalt, terwijl hij aan derden enkel voor ontbinding vatbare rechten kon toestaan.

238 Dat de terugwerking van de vervulde voorwaarde neerkomt op de zakelijke werking van de ontbindende voorwaarde, zoals die in Nederland wordt aangenomen, maakt het mogelijk een schijnbare paradox op te lossen.

Er werd immers betoogd dat het eigen is aan het voorwaardelijk recht dat de houder ervan wordt beschermd tegen daden van zijn wederpartij, de schuldenaar, die zijn recht tot niets zouden herleiden. Maar anderzijds stelt men vast dat de voorwaarde, in het Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek, geen terugwerkende kracht heeft (art. 3:38, lid 2); de terugwerkende kracht zou door de partijen zelf niet eens kunnen worden bedongen. (*2)

(*1) Zie daarover ASSER-RUTTEN, *o.c.*, 142-146; ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, IV-1, 134-136, nr. 175. M.E. STORME ('Het ingaan en de terugwerkende kracht van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten', *T.B.B.R.* 1991, 105, nr. 5) vermeldt het onderscheid tussen de obligatoire en de zakenrechtelijke werking van de ontbinding.

Men vergelijkte met de terugwerkende kracht van de verdeling (art. 883 B.W.), die eigenlijk slechts hierop zou neerkomen dat de goederen die aan een deelgenoot worden toebedeeld, door hem worden verkregen vrij van alle lasten en zakelijke rechten die zijn deelgenoten tijdens de onverdeeldheid op het goed zouden gevestigd hebben (H. DE PAGE en R. DEKKERS, *o.c.*, IX, nrs. 1376 en 1421).

(*2) ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, IV-1, 135, nr. 175.

Dit zou dan tot de ongerijmde conclusie leiden dat het Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek, dat voorwaardelijke rechtshandelingen erkent en regelt en hun ongeveer dezelfde functie toekent als bij ons, de retroactiviteit bant, terwijl ons Wetboek ze hoog in het vaandel voert.

De paradox wordt opgelost, als men beseft dat de retroactiviteit van de *Code Napoléon* in werkelijkheid niets meer betekent dan *Resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis*, welke regel in Nederland, op zijn beurt, in verband wordt gebracht met de zakelijke werking van de ontbindende voorwaarde.

De Toelichting bij het zo-even vermelde artikel 3:38 lid 2 N.N.B.W. bepaalt overigens dat van terugwerkende kracht geen sprake is, wanneer rechten onder voorwaarde worden overgedragen. ‘Wel zal alsdan met de vervulling van de voorwaarde niet alleen het recht van hem verdwijnen, aan wie dit onder die voorwaarde is overgedragen, maar ook van allen die hun recht van deze verkrijger afleiden. Dit laatste is echter het gevolg van de omstandigheid dat wie een beperkt recht heeft, ook als regel niet meer recht aan derden kan overdragen dan hijzelf heeft. De vervulling der voorwaarde doet hier rechten vervallen’. (*1)

Bovendien bepaalt artikel 3:84 lid 4 N.B.W. dat, wanneer ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis geleverd wordt, slechts een recht wordt verkregen dat aan dezelfde voorwaarde als die verbintenis is onderworpen. Dit houdt in dat een levering ter uitvoering van een verbintenis onder opschortende voorwaarde aan de verkrijger een recht verschafft dat eveneens afhankelijk is van die opschortende voorwaarde. Een levering daarentegen ter uitvoering van een verbintenis onder ontbindende voorwaarde, verschafft aan de verkrijger een recht dat evenzeer afhankelijk is van deze ontbindende voorwaarde. (*2) Artikel 3:84, lid 4 N.B.W. geeft dus precies aan waarin de zakelijke (of goederenrechtelijke) werking van de vervulde voorwaarde bestaat. Men herinnere zich immers dat de levering, als zakenrechtelijke overeenkomst, onderscheiden van de obligatoire rechtshandeling, in het Nederlandse recht vereist is om de eigendom te doen overgaan. (*3)

‘Met de vervulling van de ontbindende voorwaarde eindigt niet alleen het recht van de verkrijger, maar ook dat van hen die hun recht van deze verkrijger afleiden. Correlatief doet de vervulling van de opschortende voorwaarde de rechten van de verkrijger en van diens rechtsverkrijgers tot onvoorwaardelijke rechten uitgroeien’. (*4)

(*1) E.M. MEIJERS, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting* (boek 1-4), Den Haag, 1954, 188. Voor een grondige en verhelderende toelichting bij de geschiedenis van de nieuwe Nederlandse regeling (grotendeels bepaald door het Duitse recht), zie A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Deventer, 2003;

(*2) *Nieuw Burgerlijk Wetboek. Tekst en Commentaar*, onder redactie van J.H. NIEUWENHUIS, C. STALKER en W. VALK, Deventer, 1990, 93, nr. 7.

(*3) Dat men, in het Nederlandse recht, tot onze verrassing, hoofdzakelijk aandacht besteedt aan de zakenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde (en de opschortende voorwaarde dus nogal stiefmoederlijk behandelt) houdt overigens verband met de dualiteit van rechtshandelingen die vereist zijn om de eigendom te doen overgaan. Het voorwaardelijk karakter kan betrekking hebben zowel op de obligatoire als op de zakenrechtelijke rechtshandeling; voor meer details, zie A.H. SCHELTEMA, *o.c.*

(*4) J.H. NIEUWENHUIS, C. STALKER en W. VALK, *ibid.*

239 In de Frans-Belgische rechtstraditie wordt de beperking van de retroactiviteit van de vervulde voorwaarde tot de gevolgen van de regel *Nemo plus iuris...* vaak betwist. Het adagium *Nemo plus iuris...* zou de voorwaarde enkel doen terugwerken tot op de dag waarop ze in vervulling gaat, maar zou de wachtpriode niet dekken. ‘On peut bien expliquer ainsi [d.w.z. door het adagium *Nemo plus iuris...*] que les droits consentis par le vendeur disparaissent à partir du moment où la condition se réalise, mais on ne peut pas expliquer pourquoi ils sont effacés dans le passé’. (*1)

Het blijkt echter dat de retroactiviteit van de vervulde voorwaarde niet meer gevolgen heeft dan de toepassing van de regel *Resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis*. Nemen we allereerst de hypothese waarin de eigenaar onder ontbindende voorwaarde – de verkoper onder opschortende voorwaarde of de begiftigde onder ontbindende voorwaarde – tijdens de wachttijd aan derden zakelijke rechten heeft toegestaan op het voorwaardelijk vervreemde goed. Zoals reeds gezegd, kon hij aan deze derden slechts een met ontbinding bedreigd recht toestaan. Bij het in vervulling gaan van de voorwaarde gaat dan ook het recht van de derde teloor.

De aanhangers van de volledige retroactiviteit funderen dit resultaat hierop dat de verkoper onder opschortende voorwaarde, door het in vervulling gaan van de voorwaarde, geacht wordt *nooit* eigenaar te zijn geweest. Maar ook in de optiek van de loutere toepassing van de regel *Resoluto iure dantis...*, wordt het recht van de voorwaardelijke verkoper *van meet af*, van bij het sluiten van de voorwaardelijke verkoop, met ontbinding bedreigd. Bovendien moet men nuchter en lakoniek opmerken ‘que, sans doute, il importe peu, au point de vue de la propriété en soi, de l’abus, qu’un individu soit réputé propriétaire jusqu’à tel jour ou qu’il soit réputé ne l’avoir jamais été, puisque, de toute façon, son absence de droit de disposer de la chose ne se manifeste qu’à ce jour’. (*2)

De leer van de volledige terugwerking van de vervulde voorwaarde zou echter eveneens kunnen verklaren waarom de vervreemdingen, tijdens de wachttijd zonder titel door de definitieve eigenaar (B) toegestaan, met terugwerkende kracht worden gevalideerd. Maar dit fenomeen kan evengoed worden verklaard in het raam van de regel *Resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis*. De definitieve eigenaar (vervreemder) kan de vervreemding in geen geval aanvechten, omdat hij zijn koper moet vrijwaren en niet kan uitwinnen. Na de vervulling van de voorwaarde heeft de voorlopige eigenaar, A, als verkoper onder opschortende of als begiftigde onder ontbin-

(*1) PLANIOL en RIPERT, *o.c.*, VII, 389-390, nr. 1037; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit civil*, I, *Introduction générale à l’étude du droit*, Parijs, 2e uitg., 1972, 297, nr. 164 en II-1, *Les Obligations*, Parijs, 1962, 768, nr. 759; H. EYGOUT, *o.c.*, 106-111, nrs. 126-133 en 294-301, nrs. 430-439; J.J. TAISNE, in *Jur. civ.*, art. 1181-1182, fasc. 47, nr. 50, 2^o.

(*2) H. EYGOUT, *o.c.*, 108, nr. 129, zie trouwens reeds G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XIII, door G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, Parijs, 1907, 45, nr. 815.

Men herinnere zich voorts dat ondersteld wordt dat de eigenaar onder opschortende voorwaarde zijn titel heeft laten overschrijven vóór de onvoorwaardelijke vervreemding door A aan C (waardoor een zodanige vervreemding aan C meteen, in feite, erg onwaarschijnlijk wordt). Ten aanzien van derden is de titel van B dus anterior aan die van C. Niettemin is de tijdspanne tussen de datum waarop B zijn titel liet overschrijven en die waarop A het goed aan C vervreemde, juridisch irrelevant en van geen praktische betekenis.

dende voorwaarde, geen belang of hoedanigheid meer om de vervreemding te betwisten; zijn recht is immers ontbonden. Vóór het in vervulling gaan van de voorwaarde zou hij de vervreemdingen eventueel kunnen betwisten en de zaak kunnen revindiceren, indien die in het bezit van de derde werd gesteld (wat overigens eerder theoretisch is). Maar dan zou kunnen worden gerepliceerd dat de vervreemder, B, aan de derde slechts zijn eigen recht kon overdragen, d.i. een recht op de vervulling van de voorwaarde en geen zakelijk recht op het vervreemde goed zelf. Maar dit recht op de vervulling van de voorwaarde brengt het zakelijk recht van de voorlopige eigenaar, A, niet in het gedrang.

240 Ook voor het lot van de bewarende maatregelen maakt het geen verschil uit of men de terugwerkende kracht strikt en consequent toepast dan wel haar werking beperkt tot de regel *Nemo plus iuris...* (*1) In elk geval hebben deze maatregelen immers gevolg vanaf het ogenblik waarop ze worden verricht en niet vanaf het ogenblik van de vervulling van de voorwaarde.

Nemen we b.v. de overschrijving van een overdracht van zakelijke onroerende rechten (art. 1 Hyp. W.). De verkoper onder opschortende voorwaarde – de voorlopige eigenaar – zal in de regel niet overgaan tot de overschrijving van de verkoop; hij heeft daarbij geen enkel belang. Het is de koper die de overschrijving zal vragen; zo kan hij zijn voorwaardelijk recht tegenwerpelijk maken aan derden aan wie de verkoper het goed tijdens de wachttijd eventueel zou vervreemden. (*2) Deze overschrijving, die ertoe strekt het eventuele recht van de definitieve eigenaar te beveiligen, heeft gevolgen vanaf de dag waarop de akte wordt overgeschreven en niet vanaf de dag waarop de voorwaarde in vervulling gaat. (*3)

Het doel van de overschrijving – het op de hoogte brengen van derden – vergt immers dat de akte aan derden kan worden tegengeworpen, zodra ze wordt overgeschreven. Indien de overschrijving slechts gevolgen zou afwerpen vanaf de vervulling van de voorwaarde, zou ze geen enkele zin hebben.

Analoge overwegingen gelden voor de hypotheekvestiging. Zoals hierboven betoogd, zal die het voorwaardelijk recht van de definitieve eigenaar waarborgen in geval de voorwaarde in vervulling gaat. Artikel 80, tweede lid Hyp. W. laat overigens toe een hypotheek te vestigen tot zekerheid van voorwaardelijke schuldvorderingen. Gaat de voorwaarde niet in vervulling, dan vervalt de hypotheek, omdat het beschermde recht eveneens verdwijnt. Gaat de voorwaarde wel in vervulling, dan heeft de hypotheek gevolgen vanaf haar inschrijving. Als de hypothecaire inschrij-

(*1) Zoals paradoxaal genoeg wordt erkend door H. EYGOUT, *o.c.*, 244-255, nrs. 348-366.

(*2) H. DE PAGE (en R. DEKKERS), *o.c.*, VII, 868, nr. 968: 'Grâce à la transcription [de la vente sous condition suspensive] les tiers sont avertis de la possibilité d'un transfert de propriété; c'est là le seul but de la loi' (idem voor de schenking onder ontbindende voorwaarde).

(*3) 'Il ne saurait faire de doute, même en l'absence de toute rétroactivité, que leurs effets remontent au jour où ils ont été faits' (H. EYGOUT, *o.c.*, 245, nr. 350; eigen cursivering).

ving enkel zou ingaan vanaf de dag van de vervulling van de voorwaarde, zou ze andermaal haar doel volledig missen.

241 Ook voor de overige daden van bewaring geldt dat ‘l’intérêt pratique de la question de la rétroactivité est nulle en ce qui les concerne’. (*1)

Men is het er immers over eens (zie *supra*, nrs. 187 e.v. en 218) dat de voorlopige eigenaar – de verkoper onder opschortende voorwaarde of de begiftigde onder ontbindende voorwaarde – kon overgaan tot de normale daden van beheer en tot het in-nen van de vruchten. De reële betekenis van de strikte retroactiviteit van de vervulde voorwaarde blijkt zich dus te beperken tot een loutere toepassing van de regel *Resolutio iure dantis resolvitur ius accipientis*.

242 Toch is er, ook zakenrechtelijk, minstens één belangrijk verschil tussen de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde en de loutere toepassing van de zo-even vernoemde regel. Beschikkingen over de zaak door de voorlopige eigenaar die niet conflicteren met het recht van de definitieve eigenaar, vervallen namelijk niet bij de loutere toepassing van deze regel. Weliswaar kan de definitieve eigenaar zijn recht aan iedere latere gerechtigde tegenwerpen, maar dit is slechts nodig ten aanzien van conflicterende rechten. Slechts die beschikkingen van de voorlopige eigenaar vervallen, die conflicteren met het recht van de definitief gerechtigde. Gunstige of niet-conflicterende beschikkingen blijven intact. Dit blijkt b.v. bij de vestiging van een erfdienstbaarheid ten voordele van het voorwaardelijk vervreemde erf. Algemeener kan men stellen dat toepassing van de retroactiviteit leidt tot de *nietigheid* van een latere beschikking door de voorlopige eigenaar, terwijl de regel *Nemo potest* enkel leidt tot haar *niet-tegenwerpelijke*heid.

Het is ten zeerste de vraag welke kamp de rechtspraak, die, bij mijn weten, tot op heden nog niet met een dergelijk geval werd geconfronteerd, zou kiezen.

243 De zakenrechtelijke werking van de vervulde ontbindende voorwaarde betreft bovendien, en vanzelfsprekend, enkel verbintenissen die de overdracht of het tot stand brengen van zakelijke rechten beogen. Ze is volledig irrelevant voor *persoonlijke vorderingen*.

Wie aan de vervulde voorwaarde dus terugwerkende kracht verleent, kan de ongedaanmaking van een prestatie, tijdens de wachttijd uitgevoerd tot nakoming van een voorwaardelijke verbintenis, na het in vervulling gaan van de voorwaarde baseren op haar terugwerkende kracht. Door de vervulling van de voorwaarde verliest de uitgevoerde prestatie haar rechtsgrond, zodat men te maken heeft met een onverschuldigde betaling. Als A aan B 100.000 euro belooft onder de ontbindende voorwaarde dat één van A's kinderen, C, alsnog (vóór een bepaalde datum) zal trouwen, zal de rechts-

(*1) H. EYGOUT, *o.c.*, 246, nr. 351.

grond van A's dadelijke betaling aan B met terugwerkende kracht vervallen, wanneer C achteraf alsnog trouwt. Deze betaling kan ongedaan worden gemaakt door de vordering uit onverschuldigde betaling.

In het Nederlandse recht daarentegen, waarin, zoals gezegd, de terugwerking van de vervulde voorwaarde wordt beperkt tot de zakenrechtelijke werking van de vervulde ontbindende voorwaarde, is deze betaling niet onverschuldigd: op het ogenblik van A's betaling lag daaraan diens verbintenis ten grondslag. A kan zijn betaling aan B niet terugvorderen op basis van afdeling 2 van Titel 4 van boek 6 ('Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst'), maar heeft daartoe artikel 6:24 N.B.W. nodig uit de titel 'Voorwaardelijke verbintenissen', volgens welke de schuldeiser verplicht is de reeds verrichte prestaties ongedaan te maken, nadat een ontbindende voorwaarde is vervuld (tenzij uit de inhoud of de strekking van de rechtshandeling anders voortvloeit). De afschaffing van de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde deed derhalve in het Nieuw Burgerlijk Wetboek een *leemte* ontstaan, die werd verholpen door de inlassing van voormeld artikel 6:24, lid 1 N.B.W. (*1)

Werd daarentegen een verbintenis onder opschortende voorwaarde, *pendente conditione*, nagekomen, dan kan de ongedaanmaking van deze betaling in het Nederlandse recht wèl worden gevorderd op grond van onverschuldigde betaling. Op het ogenblik van de betaling was het immers onzeker of het recht van de schuldeiser ooit zou ontstaan, zodat aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 6:203 N.B.W. is voldaan. (*2)

Nadat de opschortende voorwaarde echter in vervulling is gegaan, is geen vordering uit onverschuldigde betaling meer mogelijk. Wie aan de vervulling van de opschortende voorwaarde terugwerkende kracht toekent, beschouwt haar als vervuld op het ogenblik waarop de overeenkomst werd gesloten, zodat de betaling niet onverschuldigd is. (*3)

Wie deze terugwerking echter verwerpt, zal een beroep moeten doen op een andere constructie om de terugvordering af te wijzen. Hij kan b.v. inroepen dat de voorwaar-

(*1) ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, IV-1, 135, nr. 176 en 137, nr. 177.

(*2) ASSER-HARTKAMP, *o.c.*, IV-1, 138, nr. 180.

Art. 6:203 N.B.W.: '1. Diegene die een ander zonder rechtsgrond een goed heeft gegeven, is gerechtigd dit van de ontvanger als onverschuldigd betaald terug te vorderen. 2. Betreft de onverschuldigde betaling een geldsom, dan strekt de vordering tot teruggave van een gelijk bedrag'.

Art. 6:25 N.B.W.: 'Is een krachtens een verbintenis onder opschortende voorwaarde verschuldigde prestatie voor de vervulling van de voorwaarde verricht, dan kan overeenkomstig afdeling 2 van titel 4 ongedaanmaking van de prestatie worden gevorderd, zolang de voorwaarde niet in vervulling is gegaan'.

(*3) H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 166, 4°; PLANIOL en RIPERT, *o.c.*, VII, nr. 1040.

delijke schuldenaar die het betaalde zou mogen terugvorderen (*1), dit op hetzelfde ogenblik reeds, wegens het in vervulling gaan van de voorwaarde, toch verschuldigd is: de schuldvordering van de betalende schuldenaar en zijn onvoorwaardelijk geworden schuld compenseren elkaar derhalve. (*2)

Een en ander wettigt m.i. toch de conclusie dat men, inzake de toepassing van de terugwerkende kracht van de vervulde voorwaarde, terughoudend moet zijn.

(*1) Strikt beschouwd leiden beide benaderingen niet tot hetzelfde resultaat. Als de schuldeiser immers te kwader trouw is (hij weet b.v. dat de voorwaarde nog niet is vervuld, terwijl de schuldenaar denkt dat ze vervuld is), kan de *solvens* niet alleen de betaalde som terugvorderen, maar eveneens de interesten, te rekenen vanaf de dag van de betaling (H. DE PAGE, *o.c.*, III, 29, nr. 21.a; art. 1378 B.W.; ASSER-HARTKAMP, IV-3, nr. 338; art. 6:206 N.B.W.). Inzake verbintenissen onder tijdsbepaling kan de *solvens* geen aanspraak maken op de interesten van de verschuldigde som (H. DE PAGE, *o.c.*, I, 206, nr. 1240, 2°). Maar mag men de prestatie, verschuldigd krachtens een verbintenis onder tijdsbepaling (die geen onzekere gebeurtenis is), op dezelfde voet behandelen als een prestatie, verschuldigd krachtens een verbintenis onder opschortende voorwaarde, wanneer men weet dat de voorwaarde vervuld is (en dus evenmin onzeker is)?

(*2) Y. HANNEQUART, v° La condition, in *Nov., Dr. Civ.*, IV-2, *Théorie générale des obligations*, Brussel, 1958, nr. 271.