

# 1 Inleiding op het onderzoek, presentatie van de onderzoeksvraag

## 1.1 INLEIDING

Zoals iedere jurist-in-wording al in het begin van de juridische studie wordt ingeprent, is een van de belangrijkste uitgangspunten van ons wettelijk systeem dat van de scheiding tussen het goederen- en verbintenissenrecht. Het principiële verschil tussen rechten die tegenover eenieder en rechten die slechts tegen een of meer specifieke personen ingeroepen kunnen worden, leidt tot het naast elkaar bestaan van twee, schijnbaar strikt van elkaar gescheiden, werelden.

Ook Meijers spreekt in zijn Toelichting van een Zakenrecht dat – anders dan het (*daar tegenover staande, NvO*) contractenrecht – een gesloten systeem vormt,<sup>1</sup> dit geheel in lijn met de eerdere codificaties<sup>2</sup> die alle het onderscheid tussen *ius in re* en *ius ad personam* als uitgangspunt hanteerden. Grondgedachte achter dit onderscheid is de gedachte dat een persoonlijk recht een recht op een prestatie geeft en daarom onmiddellijk op een persoon gericht is, waar een zakelijk recht de onmiddellijke heerschappij over een zaak verschaft en daarom gericht is op een zaak.<sup>3</sup> Hoewel voormeld dogma nog steeds overeind staat (al is het relativiteitsbeginsel niet meer met zoveel woorden in het wetboek opgenomen),<sup>4</sup> zijn er maatschappelijk tendensen merkbaar die aan de fundamentele van gemeld uitgangspunt knagen.<sup>5</sup> Al eeuwen lang is er maatschappelijk gezien behoefte aan de mogelijkheid verbintenissen aan een zaak te verbinden zodanig dat deze bij overgang onder bijzondere titel of faillissement in stand blijven. En zoals het bloed kruipt waar het niet gaan kan, zo vindt ook de praktijk steeds weer wegen om deze gewenste uitkomst te bewerkstelligen en bieden rechtspraak en wetgever, daartoe door de praktijk ‘geïnspireerd’, meer en meer mogelijkheden om dat resultaat te bereiken.<sup>6</sup> Deze praktijk-

---

1 Parl. Gesch. Boek 5, p. 3.

2 Het klassieke onderscheid zou zijn ingevoerd door de Humanisten. Hugo de Groot maakt een onderscheid tussen beheering en inschuld. Volgens Dubischar zou De Groot de basis hebben gelegd voor het begrip subjectief recht. Pitlo was het hier niet mee eens en noemde de klassieke driedeling van personen, van zaken en van acties als product van de Romeinse rechtsgeleerden (Pitlo, p. 63). In het ontwerp Kemper (1814-1816) ofwel het ontwerp 1816 zijn 3 hoofdafdelingen geschapen en 4 boeken. Daarbij is uitgegaan van het onderscheid tussen rechten *op* een zaak en rechten *tot* een zaak.

3 Asser-Hartkamp 4-I nr. 16.

4 Dit in tegenstelling tot het Oud BW waar in artikel 1376 uitdrukkelijk was vastgelegd dat verbintenissen alleen werking hebben tussen partijen.

5 Zie ook Asser-Hartkamp 4-I nr. 16 en de aldaar vermelde vindplaatsen alsook al Meijers, De algemene begrippen van het burgerlijk recht, p. 273.

6 Denk hierbij aan de nader te bespreken mogelijkheid dat een derde door medewerking aan de wanprestatie van een der contractspartijen onrechtmatig handelt jegens de andere contractspartij, en de verzakelijking van persoonlijke rechten als bijvoorbeeld het retentierecht in artikel 3:291 BW en het huurrecht in artikel 7:226 BW.

vormen bieden weliswaar een (tijdelijk?) antwoord op maatschappelijke vraag, maar hebben tot gevolg dat er een 'vervaging optreedt tussen het goederen- en verbintenissenrecht'.<sup>7</sup>

De reden van deze voortdurende zoektocht van de praktijk is evident: Is bijvoorbeeld met de eigenaar van een perceel overeengekomen dat er een recht van overpad zal bestaan ten behoeve van de buurman, dan is deze laatste er mee gediend dat deze verplichting ook gerespecteerd zal moeten worden door degene die vervolgens het perceel verkrijgt. Een recht met zaaksgevolg dus. Ook zal de buurman een recht ambiëren dat bestand is tegen beslag en dat niet teniet gaat in faillissement.

Andere voorbeelden dan voormeld (feitelijk) recht van overpad, zijn het niet vestigen van een bakkerij in een perceel naast dat waar al een bakkerij gevestigd is, of het niet verhuren van een pand aan bepaalde categorieën ondernemers, het niet afnemen van olie van bijvoorbeeld Shell of het dulden dat iemand activiteiten verricht die in strijd zijn met het burendrecht.

Het gewenste recht kan in vele hoedanigheden voorkomen, maar blijft als belangrijkste eis houden dat opvolgers in de eigendom evenzeer gebonden moeten zijn als diegene die gerechtigde was toen het recht ontstond.

## 1.2 DE MOGELIJKHEDEN

In het huidige Nederlandse recht is er een aantal instrumenten dat de mogelijkheid verschaft om bovengenoemde resultaten te bereiken. De belangrijkste zijn achtereenvolgens:

- de erfdienstbaarheid als geregeld in artikel 5:70 e.v. BW;
- het kettingbeding;
- de kwalitatieve verplichting (6:252 BW);
- het 'incorporeren' van de gewenste verplichting in een beperkt recht als erfpacht (5:85 BW) of opstal (5:101 BW).

Hoewel genoemde instrumenten gemeen hebben dat zij verplichtingen aan zaken kunnen verbinden, verschillen zij aanzienlijk. Zo is de juridische verschijningsvorm anders. De erfdienstbaarheid, het recht van erfpacht en het recht van opstal zijn beperkte zakelijke rechten terwijl het kettingbeding een wederkerige overeenkomst is en ook de kwalitatieve verplichting haar regeling vindt in Boek 6.

De bron van de kwalitatieve verplichting kan echter ook gelegen zijn in bijvoorbeeld een legaat of een rechterlijke uitspraak, en dus in het geheel niet in een wederkerige overeenkomst.<sup>8</sup> De relevantie van het gemaakte onderscheid kan

---

<sup>7</sup> Van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, (2<sup>e</sup> herziene druk, Deventer 2006), p. 556.

<sup>8</sup> Zie voor de bronnen van verbintenissen uitvoeriger Asser-Hartkamp 4-I, nr. 51 e.v.

worden gevonden bijvoorbeeld in het gegeven dat de 'basisovereenkomst' afzonderlijk van de 'overeenkomst tot kwalitatief maken' kan worden ontbonden of aangetast kan worden op deze wijzen waarop overeenkomsten in het algemeen kunnen worden aangetast.<sup>9</sup>

Ook qua reikwijdte lopen de verschillende rechtsfiguren op vele punten sterk uiteen. Zo is bij het kettingbeding inhoudelijk vrijwel alles mogelijk,<sup>10</sup> terwijl de erfdiensbaarheid en de kwalitatieve verplichting slechts op een dulden of niet-doen mogen zien.<sup>11</sup> Een ander belangrijk verschil is dat de erfdiensbaarheid aan beide zijden kwalitatief is (gebonden immers aan een heersend en een lijdend erf), terwijl de kwalitatieve verplichting slechts een 'lijdend erf' kent en het kettingbeding zelfs in het geheel niet aan erven gebonden is.

Hoe het ook zij, de grote verscheidenheid in juridische mogelijkheden onderstreept de behoefte die er in de praktijk bestaat en die geïllustreerd wordt door de ruime mate waarin van alle vier mogelijkheden gebruik wordt gemaakt.<sup>12</sup>

Dat er vier mogelijkheden zijn, is echter relatief nieuw; pas in 1992 werd de kwalitatieve verplichting aan het rijtje toegevoegd als antwoord van de wetgever op een steeds sterker wordende, jarenlange roep van de praktijk.<sup>13</sup> Waar het kettingbeding als belangrijkste bezwaar had dat het geen zaaksgevolg had en relatief 'breekbaar' was, had de erfdiensbaarheid als lastige beperking de noodzaak van een heersend erf.<sup>14</sup> De kwalitatieve verplichting werd als ideale tussenweg ingevoerd, namelijk als een erfdiensbaarheid zonder heersend erf,<sup>15</sup> ingebed in de flexibiliteit van het verbintenissenrecht, maar mét het zo begeerde zaaksgevolg.<sup>16</sup>

Nomen est omen; de kwalitatieve verbintenis is in de eerste plaats een verbintenis. De plaatsing van de figuur in boek 6 en wel in de 5<sup>e</sup> titel (overeenkomsten in het algemeen) en de 4<sup>e</sup> afdeling (rechtsgevolgen van overeenkomsten) geeft uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever aan de verplichting in eerste instantie een verbintenis te laten zijn. Dat de inhoud, behoudens de beperking tot een dulden of

9 Zie voor deze begrippen uitgebreid Hoofdstuk 3.

10 Vrijwel, want als alle overeenkomsten ex artikel 3:40 BW gelimiteerd door de wet, de openbare orde en de goede zeden.

11 Respectievelijk artikel 5:73 lid 1 BW met een beperkte uitzondering in lid 2 en artikel 6:252 lid 1 BW.

12 Zie voor cijfers van de Dienst van het Kadaster en de Openbare Registers, Bijlage I.

13 Daartoe 'gedwongen' door het arrest Blaauboer/Berlips van 3 maart 1905 (waarover meer in §2.8) dat een einde maakte aan de gewoonte contractuele verplichtingen gewoon met het goed mee over te laten gaan.

14 Art. 5:70 lid 1 BW. Overigens is in het kader van de wetsherziening ook uitdrukkelijk besproken of de eis van het heersend erf niet moest worden losgelaten, zie Parl. Gesch. Boek 5 BW, p. 252.

15 Parl. Gesch. Boek 6, p. 765.

16 Bij a contrario lezing van artikel 6:252 lid 3 BW waar overigens het nodige op af te dingen valt, zie Hoofdstuk 5.

niet doen, aan partijen wordt overgelaten,<sup>17</sup> ligt in de lijn van de partijautonomie die eigen is aan het verbintenissenrecht. Toch worden in de literatuur veel vragen gesteld bij de plaatsing van de figuur in Boek 6. Met het verlenen van zaaksgevolg als bedoeld in artikel 6:252 lid 1 jo. lid 3 BW aan een verbintenis zou inbreuk worden gemaakt op het gesloten stelsel van zakelijke rechten.<sup>18</sup> Misschien had de wetgever er ook beter aan gedaan de kwalitatieve verplichting als een nieuw zakelijk recht in Boek 5 op te nemen. In voormeld kader is het goed de uitgangspunten voor het verdere onderzoek op een rij te zetten, zonder een waardeoordeel over deze uitgangspunten uit te willen spreken.

### 1.3 DE VRAAG

Met de invoering van de kwalitatieve verplichting is de wetgever zoals gezegd tegemoet gekomen aan de wensen van de praktijk, maar in de haast dit te doen is een aantal principiële vragen onbeantwoord gebleven. Zo is de nieuwe figuur nadrukkelijk geplaatst in het verbintenissenrecht (Boek 6), maar heeft het met het aan het verbintenissenrecht vreemde zaaksgevolg tevens trekken van een beperkt recht. Of echter naast het zaaksgevolg meerdere parallellen met beperkte rechten te vinden zijn, is niet meteen duidelijk. Zo kan de vraag rijzen of de kwalitatieve verplichting bestand is tegen faillissement en of bijvoorbeeld aan de 'vestiging' van de verplichting de eis van beschikkingsbevoegdheid wordt gesteld.

Over de vraag naar de plaatsing van de verplichting in het wetboek zegt de wetgever letterlijk:

'Intussen meent de ondergetekende [de minister, NvO] – in afwijking van een deel van de literatuur over dit artikel – dat de vraag of artikel 6.5.3.4. [6:252 BW, NvO] al dan niet aan het gesloten zijn van dit stelsel afbreuk doet, goed beschouwd slechts van ondergeschikt belang is. De figuur die in artikel 6.5.3.4. wordt mogelijk gemaakt is vergelijkbaar met een erfdiensbaarheid zonder heersend erf. De vraag die zich hier aan de wetgever voordoet is dan ook vooral of, er vanuit gaande dat de praktijk aan deze figuur behoefte heeft, daaraan de vorm moet worden gegeven van een zakelijk recht, zij het ook met verbintenisrechtelijke aspecten, dan wel van een overeenkomst, waaraan dan een zekere mate van zakelijke werking zal moeten worden toegekend, uiteraard met de daarbij behorende waarborgen ter bescherming van derden'.<sup>19</sup>

17 Daarmee al vrijer dan de inhoud van de erfdiensbaarheid die weliswaar ex artikel 5:71 BW ook wordt beperkt tot een dulden of niet-doen maar bovendien moet zien op een dulden of niet-doen op, boven of onder een erf. Hiermee worden rechtshandelingen al buiten het bereik van de erfdiensbaarheid gebracht.

18 Zie onder meer voor een overzicht Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, (diss. Leiden, 1992), p. 157 e.v. alsook Hoofdstuk 2 en Asser-Hartkamp 4-I, nr. 18.

19 Parl. Gesch. Boek 6, p. 942.

Deze en nog vele andere vragen maken de kwalitatieve verplichting tot een figuur die nader onderzoek rechtvaardigt. Wat in dit verband goed is te weten, is dat er over de kwalitatieve verplichting tot op heden geen jurisprudentie van betekenis bestaat.<sup>20</sup>

De vraag waarop dit proefschrift zich zal concentreren is die hoe de kwalitatieve verplichting past in ons rechtsstelsel, welke toepassingsmogelijkheden deze figuur heeft en wat de precieze gevolgen van toepassing zijn.

#### 1.4 DE METHODE

##### 1.4.1 Het afzetten van de verplichting tegen de andere bestaande mogelijkheden

Het bepalen van de precieze plaats van de verplichting in ons wettelijk stelsel is niet eenvoudig. De wetgever heeft weliswaar een duidelijke en gemotiveerde keuze gemaakt voor de plaatsing in boek 6, maar zoals hierboven uiteen gezet zijn er tevens argumenten aan te voeren voor plaatsing elders. Om te kunnen bepalen of de huidige plaats ook de meest wenselijke is, is het zaak de verplichting, na globale bestudering, af te zetten tegen de overige mogelijkheden, van welke de plaatsing onomstreden is. Omdat in de gehele ontstaansgeschiedenis van de verplichting de erfdiensbaarheid en het kettingbeding een prominente rol vervullen in die zin dat de nieuwe figuur tegen de beide bestaande figuren wordt afgezet, zijn het dan ook deze beide figuren die worden belicht.

Gezien de omvang van het mogelijk te onderzoeken veld, zal ik de kwalitatieve verplichting slechts plaatsen tegenover de erfdiensbaarheid en het kettingbeding. De eerder genoemde mogelijkheid die het inbedden van de verplichting in een beperkt recht biedt, zal ik buiten beschouwing laten. Ook blijft het onderzoek beperkt tot de mogelijkheden verplichtingen te binden aan onroerende zaken, hoewel de kwalitatieve verplichting tevens kan zien op overige registergoederen.<sup>21</sup> Omdat er tot op heden (september 2006) rechtspraak noch literatuur van betekenis over de kwalitatieve verplichting is verschenen,<sup>22</sup> dient vooral de Parlementaire Geschiedenis als directe bron van informatie, reden dat hier regelmatig uit geciteerd zal worden.

---

20 Met uitzondering van een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 23 november 2005, welke aan de orde komt in §3.2.3.

21 Waarop in Hoofdstuk 4 over de inhoud wel in zal worden gegaan.

22 Met uitzondering van genoemde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam die niet bijzonder verrassend is te noemen.

### 1.4.2 Externe rechtsvergelijking

Naast genoemde 'interne' rechtsvergelijking is het ook nuttig de verplichting in een breder, internationaal, perspectief te plaatsen door in enkele buitenlandse rechtsstelsels te bezien welke mogelijkheden daar bestaan om het gewenste resultaat te bereiken.

Kennen ons omringende rechtsstelsels equivalenten van, dan wel varianten op de kwalitatieve verplichting en zo ja welke? Worden er in deze stelsels andere eisen gesteld of mogelijkheden bereikt dan bij ons en in hoeverre kunnen de antwoorden op deze vragen bruikbaar zijn in onze zoektocht naar de ultieme mogelijkheid verplichtingen te binden aan een goed?

Een snelle blik op de ons omringende rechtsstelsels leert dat van Frankrijk en België weinig verrassends te verwachten valt.<sup>23</sup> Duitsland daarentegen kent een figuur die inhoudelijk grote gelijkenis vertoont met onze kwalitatieve verplichting, te weten de *beschränkte persönliche Dienstbarkeit*, alsook een geheel andere figuur waar het beoogde resultaat wellicht mee kan worden bereikt, de *Reallast*. Gezien de inhoudelijke parallellen met onze figuur is het Duitse stelsel dan ook aangewezen om nader te bestuderen, al zijn er natuurlijk wel fundamentele verschillen te onderkennen tussen het Duitse en het Nederlandse goederenrechtelijke systeem waarover later meer. Ten noorden bestaat in Schotland eveneens een interessante mogelijkheid in de vorm van de *personal real burdens*. Wat het Schotse stelsel zo geschikt maakt om in de vergelijking te betrekken is, dat in november 2004 het goederenrechtelijk stelsel integraal is hervormd.<sup>24</sup> De keuzes die bij het vaststellen van het nieuwe regime, en het introduceren van bepaalde goederenrechtelijke figuren zijn gemaakt, zijn alle in de recente wetsgeschiedenis gemotiveerd. Dat bij het komen tot die keuzes ook gekeken is naar het Nederlandse stelsel maakt vergelijking natuurlijk extra boeiend en laat ons het eigen stelsel zien vanuit een geheel ander perspectief.

### 1.5 SAMENVATTEND

Voor het verbinden van verplichtingen aan de eigendom van een zaak zijn in de geschiedenis minstens zoveel argumenten vóór als tegen aangevoerd. Tegenstanders grijpen vrijwel alle naar de inbreuk op het gesloten stelsel van zakelijke rechten als argument waarom het 'contractueel inperken van de eigendom' niet zou moeten worden toegestaan. Voorstanders zijn wat meer divers in hun argumentatie,

23 Zie hier alvast voor een globaal overzicht Sagaert, Het goederenrecht als systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten, TVP 2005-3.

24 Als neergelegd in de Title Conditions (Scotland) Act 2003, ingevoerd op 28 november 2004.

maar ook hier is een constante te ontdekken; de behoefte die de praktijk aan een dergelijke figuur heeft.<sup>25</sup>

Vanuit dogmatisch oogpunt is het nodige aan te merken op het door de wetgever tegemoet komen aan de wens van de praktijk via de figuur van artikel 6:252 BW. De vraag is natuurlijk ook of een praktijkbehoefte altijd voldoende argument is om inbreuk te maken op een weldoordacht wettelijk systeem. Anderzijds is het systeem gecreëerd door maar bovenal vóór mensen en kan het niet zo zijn, dat een dogmatisch kader verwordt tot een onnodig beperkend keurslijf. Of de kwalitatieve verplichting een breuk vormt met het systeem dan wel of de codificatie van de figuur een logisch gevolg is van een in 1905 ingezette en onontkoombare rechtsontwikkeling zal blijken als het antwoord gevonden wordt op de navolgende rechtsvraag:

*Is de kwalitatieve verplichting een geschikt instrument om verplichtingen te binden aan onroerende zaken en welke plaats neemt deze figuur in ons rechtsstelsel in?*

---

25 Zie voor een overzicht van 'uitingen van praktijkbehoefte' TK 1975-1976, 7729, p. 219.

