

10 Samenvatting en conclusies

10.1 INLEIDING

In het Nederlandse recht geldt op het oog nog steeds een duidelijke scheiding tussen het gesloten goederenrecht en het open verbintenissenrecht. Waar het eerste onderworpen is aan duidelijke regels aangaande onder meer totstandkoming, inhoud en tenietgaan kenmerkt het laatste zich door een vergaande mate van partijautonomie, en een ruime begrenzing door wet en redelijkheid en billijkheid.

Toch is de scheiding minder strikt dan zij lijkt. Onder invloed van de maatschappelijke vraag zijn er in de loop der tijd figuren ontstaan die buiten de grenzen van het klassieke systeem treden, en zijn bestaande rechten van karakter veranderd. Zo zijn er verbintenisrechtelijke figuren ontstaan met zakelijke trekken, zoals bijvoorbeeld huur, en krijgen verbintenissen die van origine slechts geacht worden werking te hebben tussen partijen onder omstandigheden zakelijke trekjes. Een figuur waar de wetgever onder druk van de praktijk de grenzen nadrukkelijk heeft doorbroken is de kwalitatieve verplichting. De maatschappelijke wens verplichtingen ten gunste van een persoon te kunnen verbinden aan een goed, zodanig dat ook verkrijgers onder bijzondere titel eraan gebonden zouden zijn was zo sterk, dat er bij de invoering van het NBW in 1992 aan gehoor is gegeven. Met de invoering van de kwalitatieve verplichting lijkt op afdoende wijze te zijn voldaan aan enerzijds de wens van de wetgever verplichtingen met zakelijke werking kenbaar te laten zijn,¹ en anderzijds de wens van de praktijk de actieve zijde van de verplichting aan een persoon te kunnen koppelen. Toch heeft het 'door de praktijk behaalde succes' ook een keerzijde. Met de introductie van de verplichting, en de plaatsing ervan in het zesde boek lijkt weliswaar de verbintenisrechtelijke flexibiliteit van toepassing, maar rijst tevens de vraag hoe de figuur zich verhoudt tot de eisen die de wet stelt aan zakelijke rechten. De centrale vraag van dit onderzoek is: welke plaats neemt de verplichting in ons wettelijk systeem in, welke toepassingsmogelijkheden kent zij en wat zijn de gevolgen van toepassing van de figuur? In dit proefschrift heb ik getracht een inventarisatie te maken van de positie van de kwalitatieve verplichting zowel binnen het Nederlands wettelijk stelsel, als afgezet tegen het Duitse en het Schotse systeem.

Alhoewel de eerste insteek was, dat de plaatsing van de verbintenis in het zesde boek de sleutel voor de beantwoording van de centrale vragen zou zijn, bleek bij nader onderzoek dit niet het geval te zijn. Beter gezegd; niet geheel het geval te zijn. Het mixen van rechtsgebieden die in de basis gescheiden behoren te zijn blijkt

1 In tegenstelling tot de kettingsbedingen, die weliswaar geen zakelijke werking hebben, maar in de praktijk zich wel als zodanig ontwikkelen, zie §3.6.

tot veel vragen aanleiding te geven, die helaas niet alle eenduidig te beantwoorden zijn.

10.2 DE INHOUD VAN DE KWALITATIEVE VERPLICHTING EN WIJZIGING DAARVAN

‘Een erfdiensbaarheid zonder heersend erf’² was de typering van de verplichting bij de parlementaire behandeling. Door de inhoud van de verplichting te beperken tot een ‘dulden of niet doen’ leek een verbintenisrechtelijke parallele figuur van de erfdiensbaarheid geschapen te zijn, met als enig onderscheid de mogelijkheid de verplichting aan een persoon in plaats van aan een erf te binden. Dat deze eerste indruk niet juist is blijkt al bij determinatie van de verplichting. Zij valt namelijk uiteen in twee te onderscheiden elementen. Het eerste element is de verplichting van een der partijen om ten aanzien van een aan hem toebehorend registergoed ten gunste van zijn wederpartij iets te dulden of niet te doen. Ik heb dit de basisovereenkomst genoemd. Ten tweede bestaat de figuur uit de overeenkomst tussen partijen om de verplichting uit de basisovereenkomst ook over te laten gaan op de verkrijgers onder bijzondere titel van het goed of gebruikers ervan. Deze overeenkomst heb ik bij gebreke van een kortere titel de overeenkomst tot kwalitatief maken genoemd.

De inhoudelijke parallel met de erfdiensbaarheid kan slechts getrokken worden ten aanzien van de basisovereenkomst, en zelfs dan maar ten dele. De erfdiensbaarheid ziet namelijk slechts op het dulden of niet doen van *feitelijke* handelingen, waar de kwalitatieve verplichting zich ook tot *rechtshandelingen* kan uitstrekken. Bijzonder is dat de uitbreiding tot deze categorie nergens is beargumenteerd. Daarnaast is opvallend dat de verplichting zich kan uitstrekken tot registergoederen en niet wordt beperkt tot onroerende zaken. Met betrekking tot de inhoud zelf zijn partijen bij de verplichting begrensd door de wet en de redelijkheid en billijkheid, waar bij de erfdiensbaarheid de verplichtingen ‘voldoende verband’ moeten hebben met het zakelijk recht, terwijl nog steeds niet geheel duidelijk is wat nu precies onder voldoende verband moet worden verstaan. De enige concrete beperking die de wetgever aan de inhoud van de (kwalitatieve) verplichting heeft gesteld, is dat zij geen beperking mag inhouden van de mogelijkheid het goed te vervreemden of te bezwaren. Obligatoir gezien zijn dergelijke afspraken natuurlijk wel geldig, maar kwalitatieve werking kunnen zij niet krijgen.

Opmerkelijk, en naar mijn mening een gemiste kans van de wetgever, is dat nevenverplichtingen om te doen wel bij de erfdiensbaarheid zijn toegelaten, maar niet bij de kwalitatieve verplichting. Achtergrond hiervan is de angst voor terugkeer van de horigheid; op eventuele verkrijgers zou een last kunnen worden gelegd

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

die een enkele beperking van de eigendom of het gebruiksrecht verre te buiten gaat.³ Deze motivering is opmerkelijk te noemen, zeker nu dit bezwaar bij de erfdiensbaarheid niet geopperd wordt en juist de vrijheid van het verbintenissenrecht grond zou moeten kunnen geven aan een dergelijke uitbreiding. In combinatie met de wijzigingsbevoegdheid van artikel 6:259 BW lijkt de angst voor terugkeer van feodale verhouding enigszins overtrokken.

Complicerende factor in dit verband is bovendien de notariële tuchtrechtspraak. Indien kopers van registergoederen, ten aanzien waarvan de verkoper een kettingbeding is aangegaan, weigeren het kettingbeding op zich te nemen, dient de notaris zijn medewerking aan het transport te weigeren. Doet hij dit niet dan handelt hij klachtwaardig. Door vorenstaande tendens, krijgt het kettingbeding een semi-zakelijke werking die niet past bij deze zuiver obligatoire figuur.⁴ De situatie ontstaat dus dat het op vrijwel geen enkele wijze inhoudelijk begrensde kettingbeding, eenzelfde werking krijgt als de inhoudelijk wel begrensde kwalitatieve verplichting. Naar mijn mening is dit een onwenselijke ontwikkeling. Ik pleit er dan ook voor het kettingbeding te laten voor wat het is; een obligatoire overeenkomst. Pleegt de debiteur wanprestatie jegens de crediteur door het beding niet op te leggen, dan is schadevergoeding verschuldigd. Weliswaar kan het onder omstandigheden zo zijn dat een derde door mee te werken aan of te profiteren van de wanprestatie van de debiteur onrechtmatig handelt, maar de constatering hiervan en het vaststellen van de gevolgen zijn voorbehouden aan de rechter.

Om de kwalitatieve verplichting datgene te laten doen waarvoor zij eigenlijk bedoeld is (het maken van een einde aan de wildgroei van kettingbedingen), moet ten minste de mogelijkheid bestaan nevenverplichtingen tot een doen tot inhoud ervan te maken. Beter nog zou het zijn om de inhoud geheel vrij te laten en ook hoofdverplichtingen tot een doen als inhoud toe te staan. Om de angst voor terugkeer van horige toestanden te bezweren zou de repressieve mogelijkheid van artikel 6:259 BW uitgebreid moeten worden.

Wat opvalt in de totstandkomingsgeschiedenis van de verplichting, is dat er vrijwel geen aandacht is besteed aan het nutsvereiste. Deze eis, die gold voor de erfdiensbaarheid, is losgelaten omdat hij ook niet zou gelden bij de kwalitatieve verplichting. Nu tegelijk over de kwalitatieve verplichting werd gezegd dat zij kon worden gezien als een erfdiensbaarheid zonder heersend erf, bijt de redenering in haar eigen staart. Nader onderzoek laat zien dat weliswaar het stellen van een nutsvereiste bij de kwalitatieve verplichting geen redelijk doel zal dienen omdat al via andere bepalingen zal zijn gewaarborgd dat de crediteur nut aan de verplichting ontleent, maar toch blijft het bijzonder dat aan dit vereiste geen aandacht is besteed.

3 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 944 en §3.2.3.

4 Zie ook HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (Curaçao/Boyé).

Willen partijen gedurende de looptijd de verplichting aanpassen dan kan dat natuurlijk in onderling overleg, maar ook één der partijen kan een wijziging initiëren. Twee mogelijkheden liggen voor de hand, te weten de regeling van de *imprévision*⁵ en het speciaal voor de verplichting in het leven geroepen artikel 6:259 BW. De gecreëerde wijzigingsbevoegdheid vertoont weer grote parallellen met de mogelijkheden de erfdiensbaarheid te wijzigen, zij het dat waar voor de erfdiensbaarheid nog 20 jaar regel is, voor de kwalitatieve verplichting een afwijkende termijn van 10 jaar geldt. Gronden voor de wijziging zijn strijd met het algemeen belang en het ontbreken van een redelijk belang. De 10-jaarstermijn wordt door de wetgever gerechtvaardigd met de 'stabiliteit van de rechtsverhoudingen'.⁶ Bij mijn pleidooi voor een grotere vrijheid voor partijen de inhoud van de verplichting vast te stellen, onder meer door (neven-)verplichtingen tot een doen tot inhoud ervan te maken, past ook een uitbreiding van de repressieve mogelijkheden. Het schrappen van enige termijn voor het invoeren van de wijzigingsmogelijkheid van artikel 6:259 BW past in die gedachte.

De wijzigingsmogelijkheid van artikel 6:258 BW kan slechts worden ingeroepen bij onvoorziene omstandigheden. Deze subjectieve eis (er wordt niet gesproken van 'onvoorzienbaar') kan grond geven aan het opstellen van standaardclausules. Evenals bij de 'lusten en lasten-bedingen' bij de koop van onroerende zaken, zouden partijen kunnen overgaan tot het opstellen van lijsten met situaties die zich in de toekomst voor *would kunnen* doen. Alhoewel het misschien volslagen onwaarschijnlijk is dat dergelijke situaties aan de orde komen, ontnemt het opnemen van al deze mogelijkheden partijen de mogelijkheid ten aanzien van deze situaties een beroep te doen op artikel 6:258 BW.

10.3 HET TOTSTANDKOMEN VAN DE KWALITATIEVE VERPLICHTING

Omdat de kwalitatieve verplichting is samengesteld uit twee onderdelen, moet onderscheid worden gemaakt in het tot stand komen van de basisverplichting en van de overeenkomst tot kwalitatief maken. De basisverplichting kan voortvloeien uit bijvoorbeeld een legaat, maar het meest gebruikelijk is een overeenkomst. Voor het totstandkomen van de basisovereenkomst gelden geen verdere eisen, dit geheel in overeenstemming met wat in het algemeen in het verbintenissenrecht geldt. Ook voor de overeenkomst tot kwalitatief maken gelden in principe geen vormvereisten. Ook deze overeenkomst is en blijft immers verbintenisrechtelijk van aard. Voor de gewenste zakelijke werking moet wél aan bepaalde eisen worden voldaan, en wel aan vereisten die lijken op die welke worden gesteld aan het totstandkomen van beperkte rechten. Achtereenvolgens heb ik bekeken of aan het tot stand komen

⁵ Artikel 6:258 BW.

⁶ Parl. Gesch. Boek 6, p. 984 en §3.8.

van de verplichting iets als een 'geldige titel' ten grondslag moet liggen, of er sprake moet zijn van beschikkingsbevoegdheid en of er een 'leveringshandeling' te onderscheiden valt.

De grondslag van het kwalitatief worden van de verplichting is gelegen in zowel de basisovereenkomst als de overeenkomst tot kwalitatief maken. Ontbreekt één van beide dan ontvalt het kwalitatieve karakter aan de verplichting. Met deze constatering wordt duidelijk dat er evenals in het goederenrecht een bepaalde vorm van causaliteit te onderscheiden valt. Het gelijkstellen van de basisovereenkomst en/of de overeenkomst tot kwalitatief maken aan een titel als bedoeld in artikel 3:84 BW is niet aan de orde, maar wel kan worden vastgesteld dat zonder de beide elementen het gewenste zaaksgevolg zal ontbreken.⁷

Dat er iets als een leveringshandeling noodzakelijk is, is duidelijk; de eis van een notariële akte en de vereiste inschrijving in de openbare registers is gelijk aan het leveringsvereiste van artikel 3:89 BW. Hier zien we dus een vormvereiste, gesteld om het kwalitatieve karakter te bewerkstelligen. De keuze voor een notariële akte is ingegeven door de wens om zorgvuldigheid te waarborgen, de eis van inschrijving om de kenbaarheid van de verplichting te bewerkstelligen.

Meest cruciale vraag in de zoektocht naar parallellen met beperkte goederenrechtelijke rechten is of er bij de totstandkoming van de verplichting sprake moet zijn van beschikkingsbevoegdheid. In het verbintenissenrecht is beschikkingsbevoegdheid niet aan de orde; eenieder kan bijvoorbeeld een registergoed verkopen. Pas bij de levering zien we de eis van beschikkingsbevoegdheid.

Bij de kwalitatieve verplichting wordt de eis gesteld dat de verplichting wordt aangegaan door iemand aan wie het goed 'toebehoort'. Dit toebehoren moet naar mijn mening worden gelezen als beschikkingsbevoegdheid in goederenrechtelijke zin. Zou toebehoren worden gelezen als 'eigenaarschap', dan kan zich de situatie voordoen dat een eigenaar die failliet is of onder bewind staat rechtsgeldig een kwalitatieve verplichting kan 'vestigen'. Het rechtsgevoel zegt al dat dit niet de bedoeling kan zijn, maar het blijkt lastig deze gevoelsmatige conclusie te onderbouwen. Uiteindelijk biedt de vergelijking met huur, zijnde ook een overeenkomst met zakelijke werking, uitkomst. Bij huur geldt eveneens dat het zaaksgevolg (koop breekt geen huur) alleen plaats heeft als de vervreemding plaatsvindt door de rechthebbende (de eigenaar van het verhuurde). Als de eigenaar failliet is en dus niet meer bevoegd is tot vervreemding, zal de curator wél kunnen vervreemden. Niemand zal in een dergelijk geval willen beweren dat een dergelijke vervreemding door een curator – die geen eigenaar is maar wel beschikkingsbevoegd – het gevolg zal hebben dat de huurovereenkomst niet overgaat op de koper. Waar eigendom en beschikkingsbevoegdheid niet samenvallen, zoals in geval van faillissement van

7 Zie §4.4.1.

de eigenaar, zal dus uiteindelijk de beschikkingsbevoegdheid doorslaggevend zijn voor de vraag of het zaaksgevolg zal intreden. Naar mijn mening zal hetzelfde ook hebben te gelden voor de kwalitatieve verplichting.

Het totstandkomen van een rechtsgeldige kwalitatieve verplichting vereist dus niet alleen twee overeenkomsten,⁸ maar tevens een leveringshandeling en beschikkingsbevoegdheid. Nu ook bij het aangaan van de verplichting een vorm van causaliteit te onderscheiden valt zien we dat de parallellen met de beperkte goederenrechtelijke rechten groot zijn.

De verplichting kan echter ook ontstaan op een andere wijze dan door gemelde overeenkomsten, namelijk door verjaring. Het probleem bij het ontstaan van een recht door verjaring is steeds dat het aantonen van het bezit van het betreffende recht lastig zo niet onmogelijk zal zijn. Waar bij de erfdiensbaarheid al flinke discussie bestaat over de vraag hoe iemand kan menen het bezit van een erfdiensbaarheid te hebben,⁹ is bij de kwalitatieve verplichting de vraag hoe iemand kan menen dat de bedongen verplichting tot dulden of niet doen bedoeld wordt kwalitatief te zijn. Omdat het kwalitatieve karakter slechts dan aanwezig is indien inschrijving van een notariële akte in de openbare registers heeft plaatsgevonden moet de conclusie luiden dat eerst van een bezit sprake kan zijn indien de verplichting ook daadwerkelijk in de registers is ingeschreven. Een gebrek in de vestiging die ertoe zou leiden dat die 'vestiging' niet correct heeft plaatsgevonden kan door de inschrijving in de openbare registers en het verloop van een termijn van 10 respectievelijk 20 jaar ertoe leiden dat door verjaring een kwalitatieve verplichting ontstaat.

Nu gebleken is dat voor het ontstaan van een kwalitatieve verplichting voldaan moet zijn aan vereisten waar ook bij de vestiging van beperkte rechten aan voldaan moet zijn, is de vraag in hoeverre derden beschermd kunnen worden tegen gebreken in de totstandkoming van de figuur. Achtereenvolgens heb ik onderzocht in hoeverre de derdenbeschermende bepalingen van de artikelen 3:24-26 en 88 BW van (overeenkomstige) toepassing kunnen zijn.

Artikel 3:24 BW is geschreven voor verkrijgers van een (recht op) een registergoed. Naar de letter kwalificeert een kwalitatieve verplichting niet als zodanig. Het geven van derdenbescherming aan de crediteur uit de verplichting gaat enerzijds wellicht verder dan wenselijk is, nu zijn recht slechts een verbintenisrechtelijk vorderingsrecht is, maar anderzijds is de ratio van artikel 6:252 BW het geven van zaaksgevolg aan een verbintenis. Mijn conclusie is dan ook dat artikel 3:24 BW wel toepassing kan hebben, evenals de artikelen 3:25 en 26 BW.

8 Er vanuit gaande dat de basisverplichting uit een overeenkomst voortkomt.

9 Zie het uitgebreide artikel van Van Vliet hierover in NTBR 2005/4 en §4.5.1.

Artikel 3:88 BW ziet op de situatie dat bij het ‘vestigen’ van het vorderingsrecht uit de verplichting sprake is van beschikkingsonbevoegdheid van de debiteur. Nu de oorzaak van het ontbreken van die beschikkingsonbevoegdheid binnen de grenzen van artikel 3:88 BW valt, en nu het gaat om een met het goederenrecht corresponderend element, het zaaksgevolg, is naar mijn mening de meest bevredigende oplossing om artikel 3:88 BW ook op deze situatie van toepassing te laten zijn. Artikel 5:110 BW tenslotte dat een ongeldige splitsing heelt door de rechtsgeldige vestiging van een beperkt goederenrechtelijk recht op de (ongeldige) appartementsrechten moet naar mijn idee eveneens van overeenkomstige toepassing zijn. Ook hier acht ik de ratio van de bepaling en wederom de grote parallellen die het recht dat de keerzijde uit de verplichting vormt vertoont met een beperkt recht, doorslaggevend. Naar mijn mening is het dan ook logisch ook hier een beroep op de derdenbeschermende regel toe te staan. Niet goed valt in te zien waarom de vestiging van een erfdiensbaarheid met dezelfde inhoud als een kwalitatieve verplichting dit effect wel zou hebben, en de kwalitatieve verplichting niet.

10.4 WIE ZIJN ER NU GEBONDEN EN WAT IS DE AARD VAN DE BINDING?

Als er een gebied is waarop het hybridische karakter van de figuur zich ten volle laat zien, is het wel op het gebied van de binding. Verbintenissen hebben slechts rechtskracht tussen partijen, zakelijke rechten hebben werking jegens eenieder. De kwalitatieve verplichting laat zich in geen van beide hokjes vangen.

Volgens de wet kunnen partijen bedingen dat de verplichting zal overgaan op de verkrijgers onder bijzondere titel van het goed en dat mede gebonden zullen zijn zij die van de rechthebbende een recht tot gebruik van het goed zullen verkrijgen. De formulering van de beide groepen (*verkrijgers* versus *gebruikers*) vraagt nader onderzoek. Mijns inziens worden onder verkrijgers onder bijzondere titel van het goed slechts begrepen zij die de eigendom van het goed verkrijgen en niet tevens zij die bijvoorbeeld een recht van erfpacht of vruchtgebruik op het goed verkrijgen. Steeds moet wel in het achterhoofd worden gehouden dat het goed ten aanzien waarvan de verplichting kan worden aangegaan ieder registergoed kan zijn, dus ook een recht van erfpacht of opstal; opvolgende erfpachters of opstallers zijn dan wél aan te merken als verkrijgers. Nu vastgesteld is dat onder gebruikers van het goed mede zijn begrepen de erfpachters en vruchtgebruikers, is tevens de conclusie gerechtvaardigd dat partijen zelf in hoge mate de reikwijdte van de binding vast kunnen stellen. Zij kunnen ervoor kiezen slechts de verkrijgers van de eigendom te binden, maar ook kunnen zij zelf bepalen welke gebruiker(s) gebonden zullen zijn. Dit is een groot verschil met zakelijke rechten waar de binding zich uitstrekt tot eenieder.¹⁰ De inhoud van de basisovereenkomst zal beslissend zijn voor de beantwoording van de vraag wie is of zijn gebonden.

¹⁰ §5.1.

Weten wie er gebonden zijn, is iets anders dan weten wat de aard van hun binding is. Dat de debiteur uit de basisovereenkomst gebonden is omdat hij partij is bij de overeenkomst is duidelijk, maar hoe is precies de binding van de verkrijgers en de gebruikers te duiden? Het binden van derden aan partijafspraken is in strijd met het beginsel dat overeenkomsten slechts werking hebben tussen partijen, terwijl de binding van bijvoorbeeld gebruikers niet gelijk is aan die van een zakelijk recht want afhankelijk van de bedoeling van partijen. De binding die voortvloeit uit het kwalitatieve karakter is er één die rechtstreeks voortvloeit uit de wet en de partijbedoeling. In de wet is een regeling getroffen voor de conctractuele schuldoverneming. Ik heb gekeken in hoeverre op de gebieden waarop voor de kwalitatieve verplichting geen specifieke regeling in de wet is opgenomen aansluiting gevonden kan worden bij de wettelijke bepalingen van schuldoverneming. De voor de 'reguliere schuldoverneming' vereiste toestemming van de crediteur is gezien het karakter van de verplichting niet noodzakelijk. Automatische overgang van de schuld is immers de achterliggende gedachte van het kwalitatief maken. Ook de kennisgeving door de debiteur aan de crediteur lijkt niet nodig. Het is immers geenszins in het belang van de crediteur om de schuldoverneming bij gebrek aan een kennisgeving niet plaats te laten vinden; de debiteur (voormalig gerechtigde) kan immers niet meer nakomen, terwijl de nieuwe gerechtigde dan niet hoeft na te komen. Toch is het niet stellen van de eis van mededeling door de debiteur van de schuldoverneming naar mijn mening ongewenst en wel omdat de situatie zich voor kan doen dat de crediteur niet meer weet wie zijn debiteur is. Ik pleit er dan ook voor aan de kwalitatieve verplichting zelf een nevenverplichting te verbinden met als inhoud de verplichting voor eenieder die een gebruiksrecht verleent of verkrijgt, hiervan kennis te geven aan de crediteur. Deze verplichting zou niet expliciet bedongen behoeven te worden maar als het ware in de verplichting ingebakken moeten zijn.

De veronderstelling dat binding van gebruikers slechts mogelijk is indien en zolang tevens verkrijgers onder bijzondere titel van het goed aan de verplichting gebonden zijn, acht ik niet juist. Alhoewel de wettekst in die richting wijst, geeft de Parlementaire Geschiedenis uitdrukkelijk ruimte aan de mening dat beide groepen afzonderlijk van elkaar te binden zijn. Voordeel van deze benadering is dat er vele combinaties mogelijk zijn, wat de toepassingsmogelijkheden in de praktijk vergroot. Keerzijde is dat hiermee ook nieuwe vragen worden opgeworpen zoals die of de inhoud voor alle groepen van 'gebonden' gelijk moet zijn.

Bij een medebinding van gebruikers is sprake van een pluraliteit van debiteuren die leidt tot hoofdelijke gebondenheid van de debiteuren, tenminste, als ze aan dezelfde verplichting gebonden zijn. Omdat uitgangspunt moet zijn dat de crediteur jegens ieder van zijn debiteuren een separaat vorderingsrecht heeft, zal schending van de verplichting door de ene debiteur geen gevolgen hebben voor de andere(n). Het is mogelijk dat de gebruikers, ofwel tezamen met de crediteur ofwel door

interventie van de rechter op grond van artikel 6:258 of 259 BW, overgaan tot wijziging van de overeenkomst. Deze wijziging geldt slechts in hun verhouding en treft de andere debiteuren niet. Op deze wijze bezien kunnen er vanuit een basis-overeenkomst talloze, inhoudelijk verschillende, verplichtingen bestaan ten aanzien van diverse gebondenen.

De tegenprestatie die voor de verplichting bedongen kan zijn komt niet toe aan diegenen die een persoonlijk recht tot gebruik verkrijgen. Slechts de vruchtgebruikers en de erfpachters krijgen op grond van hetgeen in de wet omtrent de vruchten van hun recht is bepaald – en indien hier bij de vestiging van hun recht niet in negatieve zin vanaf is geweken – recht op de tegenprestatie. De andere gebruikers krijgen een zodanig recht slechts indien dit hun uitdrukkelijk is toegekend, ofwel doordat hun het recht op de tegenprestatie wordt gecedeerd, ofwel doordat ten behoeve van hen een recht op de tegenprestatie wordt bedongen in de vorm van een derdenbeding als bedoeld in artikel 6:253 BW. Zou dit het geval zijn dan ontstaat door de werking van artikel 6:261 lid 2 BW een relatie tussen de debiteur-gebruiker en de crediteur waarop de bepalingen van de wederkerige overeenkomst van overeenkomstige toepassing zijn. Gevolg hiervan is dat acties als ontbinding en opschorting binnen bereik van de gebruiker komen. Zou de crediteur die zo vriendelijk is geweest medewerking te verlenen aan een derdenbeding dat de gebruiker een recht op de tegenprestatie toekent, voormeld gevolg willen voorkomen, dan zou bij het derdenbeding overeen moeten worden gekomen dat de gebruiker het recht zal ontberen de overeenkomst te ontbinden. Ten aanzien van de mogelijkheid tot cessie kan het probleem worden voorkomen door de vordering onoverdraagbaar te maken.

Het gebruiksrecht hoeft niet te worden verleend door degene aan wie het goed toebehoort als bedoeld in de eerste zin van artikel 6:252 BW en waarvan we hebben vastgesteld dat deze persoon ook beschikkingsbevoegd moet zijn. Het antwoord op de vraag wie rechtsgeldig een gebruiksrecht kunnen verlenen als bedoeld in artikel 6:252 lid 1 laatste zin, wordt bepaald door de invulling van de vraag welke gebruikers gebonden moeten worden. Via deze omweg wordt duidelijk wie gerechtigd zijn een dergelijk gebruiksrecht te verlenen. Degene die het gebruiksrecht verleent hoeft niet beschikkingsbevoegd te zijn, dit in tegenstelling tot degene die de verplichting aangaat. Om verwarring te voorkomen verdient het aanbeveling de in het artikel gebruikte term 'rechthebbende' te veranderen in 'daartoe gerechtigde'.

10.5 HET TENIETGAAN VAN DE VERPLICHTING

De verplichting kan worden geschonden en kan tenietgaan, waarbij de schending zover kan gaan dat de verplichting inhoudsloos wordt. Dit heeft juridisch echter

niet het tenietgaan van de verplichting tot gevolg. Wordt de verplichting geschonden dan staat voor de gerechtigde een aantal wegen open, waaronder die van reële executie.

Bij het tenietgaan van de verplichting moet worden onderscheiden in het tenietgaan van de basisovereenkomst en het tenietgaan van de overeenkomst tot kwalitatief maken. Dat het kwalitatieve karakter wegvalt hoeft nog niet te betekenen dat ook de basisovereenkomst wegvalt. Omdat de verplichting in eerste instantie een verbintenis is, heb ik allereerst de wijzen waarop verbintenissen eindigen onder de loep genomen. Opvallend zijn de figuren van opzegging, ontbinding, vermenging en verjaring.

Bij opzegging is de vraag of aan (een der) partijen deze bevoegdheid wel toekomt. Hoofdreel bij duurovereenkomsten is dat indien partijen hieromtrent niets zijn overeengekomen, uit de gewoonte, de bedoeling of de redelijkheid en billijkheid kan voortvloeien dat partijen de mogelijkheid tot opzegging hebben. Bij de kwalitatieve verplichting zal in beginsel de aard van de verplichting zich tegen de opzeggingsbevoegdheid verzetten.

Bij ontbinding van de basisovereenkomst is het gevolg dat partijen datgene wat ze reeds hebben verricht ongedaan moeten maken. Bij een dulden of niet doen is dit niet mogelijk. Ook zou indien al jaren vlekkeloos gepresteerd is, ontbinding wellicht een te zwaar middel kunnen zijn. Wordt de basisovereenkomst ontbonden, dan vervalt de grond aan de overeenkomst tot kwalitatief maken en daarmee het kwalitatieve karakter.

Bij ontbinding van de overeenkomst tot kwalitatief maken zal de ongedaanmaking neerkomen op het doorhalen van de inschrijving in de openbare registers.

Tenietgaan door vermenging zou plaats kunnen vinden als de vordering uit de verplichting wordt gecedeerd aan de debiteur of de debiteur de vordering erft. Is de eigenaar van het 'dienend erf' niet de enige debiteur (zijn er bijvoorbeeld tevens gebruikers gebonden) dan hoeft het tenietgaan van de verplichting ten behoeve van de eigenaar niet te betekenen dat de verplichting eveneens tenietgaat ten behoeve van de gebruikers. Onder omstandigheden kan het onwenselijk zijn de verbintenis door vermenging teniet te laten gaan. Een mogelijkheid om die vermenging te voorkomen wordt gegeven door artikel 6:161 lid 2 sub c BW waarin is opgenomen een uitzondering op de hoofdreel van vermenging, namelijk indien de vereniging van hoedanigheden het gevolg is van een rechtshandeling onder ontbindende voorwaarde, zolang niet vaststaat dat de voorwaarde niet meer in vervulling kan gaan. In ons geval zou de cessie van de vordering door A aan B, welke cessie normaliter vermenging tot gevolg zou hebben, moeten geschieden onder een ontbindende voorwaarde. Naast genoemde uitzondering op de vermenging, wordt in artikel 6:161 lid 3 BW de vermenging gerelativeerd ten opzichte van hen die op de vordering een recht hebben.

Bij tenietgaan door verjaring is het probleem met name gelegen in de positie van de gebruikers. Het kan zijn dat ten aanzien van een van de gebruikers het recht van de crediteur verjaart. Niet helder is hoe dit dient te worden geformaliseerd.

Kijken we naar de wijze waarop beperkte rechten teniet gaan, dit om te zien of de verplichting ook teniet gaat op deze wijzen, dan zien we dat voor afstand van een beperkt recht aan dezelfde vereisten moet worden voldaan als voor de vestiging ervan. Wordt afstand gedaan van een kwalitatieve verplichting dan zal dit geschieden doordat de crediteur afstand doet van zijn vorderingsrecht. Aan de actieve zijde was bij het ontstaan van de verplichting beschikkingsbevoegdheid in goederenrechtelijke zin niet aan de orde. Bij het tenietgaan zal hetzelfde gelden. Wel zal degene die de afstand verricht – zoals bij iedere rechtshandeling – dat rechtsgeldig moeten kunnen doen, zodat hij bijvoorbeeld als hij onder bewind staat de medewerking van zijn bewindvoerder nodig heeft.

Een bijzonderheid is gelegen in de figuur van de zuivering als bedoeld in artikel 3:273 BW. Door een hiaat in de wet is het onduidelijk of na executie door een anterieure hypotheekhouder het recht vervalt. Weliswaar kan het recht niet tegen de hypotheekhouder worden ingeroepen, maar de verkrijgers van de niet gebonden veilingkoper zijn misschien wel weer gebonden nu zij niet vallen in één van de drie genoemde uitzonderingscategorieën van artikel 6:252 lid 3 BW. Niet duidelijk is of de verplichting is vervallen, of dat zij sluimert en slechts tegen bepaalde partijen niet ingeroepen kan worden.

Ook als door een beslaglegger wordt geëxecuteerd is de wet niet sluitend. Door voor de vraag over tegenwerpelijke aan derden te verwijzen naar artikel 6:252 lid 3 BW vinden we ook hier het probleem dat de verplichting niet vervalt. Naar mijn mening moet de wet aldus worden uitgelegd dat ook de kwalitatieve verplichting vervalt op de wijze als in artikel 3:273 BW vermeld. Het verdient aanbeveling expliciet te bepalen dat na executie en betaling, de verplichting vervalt op dezelfde wijze als de posterieure beperkte rechten. Naar mijn mening past het bij de bijzondere positie van de crediteur uit een kwalitatieve verplichting hier tevens een vergoeding tegenover te stellen zoals in artikel 3:282 BW wel voor (voormalig) beperkt gerechtigden is gebeurd.

Ten aanzien van de bescherming van derden tegen het teniet gegaan zijn van de verplichting die nog wel in de openbare registers is ingeschreven, geldt grotendeels hetzelfde als bij bescherming tegen ongeldige totstandkoming van de verplichting. Een verschil is wel, dat in het laatste geval artikel 3:88 BW een rol behoort te spelen wat bij bescherming tegen tenietgaan niet mogelijk is.

10.6 DE POSITIE VAN DE VERPLICHTING NA BESLAG EN FAILLISSEMENT

Bij het onderzoeken van de positie van de verplichting in de situatie van faillissement moet onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat de verplichting al in de openbare registers was ingeschreven en die waarin dit nog niet was gebeurd. In het eerste geval zal de curator wanneer het goed zich in de boedel bevindt in beginsel niet tot nakoming kunnen worden gedwongen, en zal de vordering (tot nakoming) van de crediteur zich oplossen in een geldvordering die ter verificatie kan worden ingediend. Naar mijn mening echter, mag de curator niet zo ver gaan in het schenden van de verplichting dat dit tot onomkeerbare situaties leidt.

Heeft de curator aangegeven de overeenkomst gestand te willen doen, of handelt de curator met de niet-nakoming onrechtmatig jegens de crediteur dan zal de schuld die hieruit voortvloeit een boedelschuld zijn en preferent boven de andere schulden.

Bij verkoop van het goed uit de boedel is de curator gehouden het goed met het beding te verkopen, dit a contrario aan het bepaalde in artikel 35a Fw. Is de verplichting nog niet 'compleet' op het moment van het intreden van het faillissement, dan moet een onderscheid worden gemaakt in drie stadia van 'ontwikkeling'. Naargelang het stadium waarin de verplichting zich bevindt kan al dan niet tot gebondenheid van de boedel en/of de curator worden geconcludeerd. Omdat gezien de parallel met de beperkte rechten artikel 35 Fw. ook van toepassing is op de kwalitatieve verplichting kan een eenmaal aangevallen transactie niet meer worden gecompleteerd. Vorenstaande houdt in dat de curator een nieuwe overeenkomst tot kwalitatief maken met de crediteur zal moeten aangaan en deze zal moeten inschrijven.

Zowel op de basisovereenkomst als op de overeenkomst tot kwalitatief maken kan artikel 37 Fw. van toepassing zijn. Heeft de curator eenmaal aangegeven van de geboden mogelijkheid tot gestanddoening gebruik te willen maken, dan is daarmee de weg naar artikel 35a Fw. geblokkeerd.

De failliet zelf kan na het intreden van het faillissement slechts een kwalitatieve verplichting aangaan indien de boedel hierbij is gebaat of het faillissement nog niet was ingeschreven in de openbare registers en eveneens in het faillissementsregister. In laatstgenoemd geval zal de crediteur worden beschermd door de bepaling van artikel 3:24 lid 1 BW, en mist de uitzondering van 3:24 lid 2 sub c BW toepassing.

Tegen een beslaglegger tenslotte kan het beding niet worden ingeroepen indien het beslag al was ingeschreven op het moment dat de verplichting in de openbare registers werd ingeschreven. Een uitzondering moet worden gemaakt voor de situatie als bedoeld in artikel 505 lid 3 Rv. Naar mijn mening is er geen reden om de verplichting voor de toepasselijkheid van dit artikel anders te behandelen dan een beperkt recht, zodat de conclusie – duidelijk in afwijking van hetgeen hieromtrent in de Parlementaire Geschiedenis is bepaald – moet luiden dat ook bij vesti-

ging van de kwalitatieve verplichting het beslag niet zal kleven indien de akte houdende het kwalitatief maken van de verplichting is ingeschreven uiterlijk de eerste werkdag volgend op die waarop de akte werd verleden, mits natuurlijk de akte eerder is verleden dan het beslag werd gelegd.

10.7 DE MOGELIJKHEDEN IN DUITSLAND

In het Duitse recht vinden we enkele figuren die een grote mate van overeenkomst vertonen met de Nederlandse zakelijke rechten en de kwalitatieve verplichting. Met name het vruchtgebruik en de erfdienstbaarheid zijn vrijwel identiek aan de Nederlandse varianten. De beschränkte persönliche Dienstbarkeit enerzijds en de kwalitatieve verplichting anderzijds verschillen echter behoorlijk. Alhoewel zij in die zin gelijk zijn dat beiden aan de passieve zijde grondgebonden zijn, verplichtingen om te dulden of niet te doen de inhoud vormen, en beide figuren aan de actieve zijde ten gunste van een persoon strekken, zijn de verschillen toch groot. Zo kunnen nevenverplichtingen tot een doen tot inhoud van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit worden gemaakt, is de actieve zijde niet overdraagbaar, kan de uitoefening van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit aan een ander worden overgelaten en is natuurlijk de beschränkte persönliche Dienstbarkeit gewoon een zakelijk recht. Geen discussie over de wijze van totstandkoming, tenietgaan, wijziging van de inhoud, de positie van gebruikers, de positie in faillissement of anderszins. Daarentegen bestaat bij de beschränkte persönliche Dienstbarkeit niet de mogelijkheid te bepalen dat de binding aan de figuur zich tot bepaalde groepen zal beperken en moet de verplichting inhoudelijk passen in een van de drie categorieën.¹¹ De grote mate van vrijheid die ik zie in de kwalitatieve verplichting zie ik niet in de beschränkte persönliche Dienstbarkeit. Opgemerkt moet wel worden dat partijen in het Nederlandse recht ook als het gaat om de invulling van de zakelijke rechten een redelijke mate van vrijheid hebben. In het Duitse recht lijkt deze vrijheid meer beperkt.

De Reallast is een figuur van geheel andere inhoud, waarvan thans in Nederland een equivalent ontbreekt. Niet alleen geeft de Reallast een recht op een bepaalde prestatie, ook staat het goed zelf in voor de nakoming van de verplichting. De verplichting waarop de Reallast ziet is een positieve verplichting met zakelijke werking. Een dergelijke figuur is in ons recht geheel onbekend zij het dat we onder het oud BW de gelijksoortige grondrente kenden. Verplichtingen tot een doen kennen wij thans slechts in obligatoire zin, tenzij het betreft de specifiek omschreven nevenverplichtingen om te doen welke aan een erfdienstbaarheid verbonden kunnen worden. Alhoewel de Reallast in onbruik is geraakt biedt zij mijns inziens veel mogelijkheden, omdat de 'wiederkehrende Leistungen' zich niet behoeven te

11 §8.3.1.2.

beperken tot het verschaffen van stoffelijk voordeel, maar ook andere prestaties verschuldigd kunnen worden. Schiet de debiteur tekort in de nakoming van de verplichting, dan is niet alleen hijzelf aansprakelijk, maar ook het belaste perceel zelf. De crediteur heeft op deze wijze een positie verworven die veel sterker is dan de crediteur die onder het Nederlandse recht als concurrent schuldeiser verhaal moet gaan halen. De vormen waarin de Reallast kan voorkomen – wel of niet overdraagbaar, slechts overdraagbaar met de eigendom van het heersend erf – maken de figuur tot een aantrekkelijke aanvulling op de reeds bestaande zakelijke rechten.

Het introduceren van een figuur als de Reallast in het Nederlandse stelsel zou leiden tot de introductie van een figuur die het midden houdt tussen een zekerheidsrecht, een erfdiensbaarheid en een kwalitatieve verplichting. Grote stijlbreuk zou vormen de inhoud die immers een verplichting tot een doen inhoudt, maar voor het overige zou hij naar mijn mening ingepast kunnen worden in ons systeem. Bijkomend voordeel zou kunnen zijn dat deze figuur het gebruik van kettingbedingen nog verder terug zou dringen

10.8 DE MOGELIJKHEDEN IN SCHOTLAND

Het Schotse recht tenslotte is door zijn angst voor terugkeer naar het feodale stelsel heel zuinig geweest met de mogelijkheid verplichtingen ten gunste van een persoon met zakelijke werking aan onroerende zaken te kunnen binden. Verplichtingen aan onroerende zaken binden kan via de zogeheten 'title conditions' zijnde de verzamelnaam voor real burdens en servitudes. Verschil tussen de beide categorieën is sinds de invoering van de Title Conditions (Scotland) Act 2003 met name dat verplichtingen tot een dulden slechts in de vorm van een servitude kunnen worden opgenomen (met heersend en dienend erf, ten gunste strekkend van het heersend erf als zodanig), terwijl de real burdens als inhoud kan hebben een doen of een niet doen. Real burdens zijn ofwel praedial, in welk geval ze een heersend en een dienend erf hebben, ofwel personal. In dit laatste geval strekt de burden ten gunste van een (rechts-) persoon. Bij de personal burdens is het niet zo dat eenieder als begunstigde op kan treden; slechts bepaalde met name genoemde of strikt omschreven categorieën van (overheids-) lichamen en instanties kunnen optreden als begunstigde van dergelijke burdens.

10.9 CONCLUSIES

De vraag die aan dit onderzoek ten grondslag lag, was tweeledig: is de kwalitatieve verplichting een geschikt instrument om verplichtingen te binden aan onroerende zaken en welke plaats neemt deze figuur in ons rechtstelsel in?

10.9.1 Is het een geschikt instrument om verplichtingen aan onroerende zaken te verbinden?

De vraag of de verplichting een geschikt instrument is om verplichtingen aan een onroerende zaak te verbinden kan niet volmondig met ja of nee beantwoord worden.

Positief is de mogelijkheid de actieve zijde aan een persoon te kunnen binden gezien de maatschappelijke behoefte daaraan. Waar de erfdienstbaarheid altijd een heersend erf behoort zien we bij de kwalitatieve verplichting de mogelijkheid om los van een heersend erf een (rechts-)persoon tot gerechtigde te maken. Ook is een groot pluspunt van de verplichting, dat aan partijen de vrijheid wordt gelaten gebruikers al dan niet te binden, een uiting van contractsvrijheid die vreemd is aan het goederenrecht maar die voor de praktijk vele extra mogelijkheden biedt. De mogelijkheid te kiezen tussen binding van rechtsverkrijgers, van gebruikers of van beide, alsook de mogelijkheid binnen de groep gebruikers een onderscheid te maken, maakt dat de figuur zich geheel kan voegen naar de wensen van partijen. Voeg daarbij dat voor de diverse groepen gebondenen de binding inhoudelijk niet identiek hoeft te zijn, en we hebben een waarlijk kameleontische figuur.

Van het kettingbeding onderscheidt de verplichting zich doordat indien partijen dit zijn overeengekomen, de verkrijgers onder bijzondere titel van het goed automatisch aan de verplichting gebonden zijn zonder dat zij deze op zich behoeven te nemen. Zaaksgevolg in plaats van de onzekerheid die altijd eigen is aan het kettingbeding, dat bovendien als extra manco heeft dat gebruikers van het goed niet zomaar 'mede-gebonden' zijn en dat het faillissement en executie door een hypotheekhouder of een beslaglegger niet 'overleeft'.

Minder positief van de figuur zoals deze thans in de wet is opgenomen, acht ik de inhoudelijke beperking tot een dulden of niet doen. Reden hiervan is onder meer dat het kettingbeding inhoudelijk onbegrensd is –wat logisch is gezien het verbintenrechtelijke karakter– maar door de notariële tuchtrechtspraak een quasi-zakelijke werking krijgt. Zelfs bij de zakenrechtelijke erfdienstbaarheid is het mogelijk nevenverplichtingen tot een doen tot inhoud van het recht te maken, een mogelijkheid die bij goederenrechtelijke rechten in zijn algemeenheid niet onomstreden is. Vorenstaande praktijk leidt ertoe dat het mogelijk is verplichtingen tot een doen zaaksgevolg te geven. Omdat het kettingbeding niet in de openbare registers kan worden ingeschreven ontstaat juist die situatie van niet kenbare verplichtingen waar bij de totstandkoming van artikel 6:252 BW zo voor werd gevreesd. Naar mijn mening verdient het de voorkeur de 'koninklijke weg' te kiezen en wil ik er dan ook voor pleiten om als inhoud van een kwalitatieve verplichting tevens een verplichting tot een doen toe te staan. De mogelijk onwenselijke gevolgen van deze

inhoudelijke uitbreiding kunnen worden ingeperkt door het uitbreiden van de repressieve mogelijkheid van de artikelen 6:258 en 259 BW.

Vorenstaande visie werd reeds in 1966 geuit door preadviseur Smalbraak (zie §2.10.4.2). Ook hij was van mening dat de angst voor overbelasting van de grond ongegrond was, en dat eventuele uitwassen aangepakt konden worden met de in de artikelen 6:258 en 259 BW opgenomen mogelijkheden.

10.9.2 Welke plaats neemt de verplichting in ons rechtsstelsel in?

De vraag naar de plaats van de figuur in ons rechtsstelsel is er één die ook niet op eenduidige wijze te beantwoorden is. Alhoewel de wetgever bij de totstandkoming van de figuur uitdrukkelijk aangaf de kwalitatieve verplichting te zien als een erfdiensbaarheid zonder heersend erf, en aangaf dat de plaatsing in Boek 6 een discutabele was (zie hetgeen hieromtrent werd opgemerkt in §2.11.2) is toch steeds het accent gelegd op de verbintenisrechtelijke kant van de figuur. De wijze van totstandkoming (twee overeenkomsten), de expliciete mogelijkheid de verplichting in te schrijven in de openbare registers (artikel 6:252 lid 2 BW) en de speciale regeling van de prioriteit (artikel 6:252 lid 3 BW) wijzen ook in de richting van het verbintenisrecht met alle beperkingen en mogelijkheden van dien.

In het onderzoek zijn echter ook tal van situaties aan de orde gesteld waarin de verbintenisrechtelijke benadering geen bevredigend resultaat oplevert en gekozen moet worden voor het (analogisch) toepassen van goederenrechtelijke beginselen. Ook zijn er door de wetgever zelf duidelijke parallellen met het goederenrecht/goederenrechtelijke figuren getrokken.

In de afzonderlijke conclusies bij de hoofdstukken heb ik al aangegeven in welke gevallen voor het meest wenselijke resultaat aangesloten zou moeten worden bij de goederenrechtelijke principes, maar het is goed deze nog eens op een rij te zetten.

1. Bij de vaststelling van de toelaatbare inhoud van de kwalitatieve verplichting heeft de wetgever duidelijk gekozen voor dezelfde beperking als die welke geldt voor de erfdiensbaarheid. Niet de contractsvrijheid die eigen is aan het kettingbeding, maar de beperking tot een dulden of niet doen zoals die in beginsel ook wordt gehanteerd in het zakenrecht (zie §3.2). Overigens gaf ik in bovenstaande paragraaf al aan dat deze beperking mijns inziens een ongelukkige is;
2. Voor de totstandkoming van het zaaksgevolg, datgene wat de kwalitatieve verplichting haar kwalitatieve karakter verleent en maakt tot méér dan twee obligatoire overeenkomsten, is het vastleggen ervan in een notariële akte en inschrijving van die akte in de openbare registers vereist. Deze zelfde formele vereisten gelden voor de vestiging van goederenrechtelijke rechten (§4.4);
3. Wil het gewenste zaaksgevolg worden bewerkstelligd, dan zal de debiteur rechthebbende moeten zijn van het 'te belasten' registergoed, een vereiste dat

- naar mijn mening overeenkomt met de eis van beschikkingsbevoegdheid die wordt gesteld voor het rechtsgeldig vestigen van een beperkt recht (§4.4.3.1);
4. De eis van inschrijving in de openbare registers heeft als logisch gevolg dat ook de registerbescherming van de artikelen 3:24, 25 en 26 BW van overeenkomstige toepassing zijn (§4.6.1);
 5. Gezien de eis van beschikkingsbevoegdheid die wordt gesteld aan het rechtsgeldig tot stand komen, ligt het voor de hand ook de bepalingen van derdenbescherming bij het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid analogisch van toepassing te laten zijn (§4.6);
 6. Is sprake van een situatie die leidt tot zuivering als bedoeld in artikel 3:273 BW dan zal ook voor de kwalitatieve verplichting moeten gelden dat zij teniet gaat (evenals posterieure beperkte rechten), en ligt het bovendien voor de hand een de (voormalig) crediteur uit de verplichting een bevoorrechte vergoedingsvordering toe te kennen als bedoeld in artikel 3:282 BW (§6.4.2.3);
 7. Wordt op het 'belaste' registergoed' beslag gelegd vlak vóór de verplichting in de openbare registers wordt ingeschreven, dan dient de beschermingsbepaling van artikel 505 lid 3 Rv. van overeenkomstige toepassing te zijn (§7.7);
 8. Bij uitleg van de inhoud van de verplichting geldt de objectieve methode die voor naar derden werkende goederenrechtelijke handelingen wordt gebruikt, en niet de 'Haviltex-uitleg' (§3.2);
 9. Evenals het einde van een beperkt recht in de openbare registers kan worden ingeschreven, moet ook het tenietgaan van de kwalitatieve verplichting inschrijfbaar zijn, dit onder meer om registervervuiling tegen te gaan (§6.3.3.2);
 10. In faillissement dient de curator de verplichting in die zin te respecteren dat hij deze niet illusoir mag maken, dit in tegenstelling tot bij 'gewone' verbintenissen, waar de curator niet tot nakoming gehouden kan worden (§7.3.2)

Een imposante opsomming van situaties waarin toepassing van het goederenrecht tot een bevredigender resultaat leidt dan toepassing van de verbintenisrechtelijke beginselen. Zou dan, mede gezien de al veel geciteerde passage uit de Memorie van Antwoord, dat de vraag naar de plaatsing van de verplichting in Boek 6 van ondergeschikt belang is, de conclusie moeten zijn dat wellicht plaatsing in Boek 5 beter zou zijn geweest? Had het niet meer voor de hand gelegen de verplichting tot een zakelijk recht te maken, evenals in Schotland en Duitsland is gebeurd? Voordeel hiervan zou zijn dat alle bepalingen die nu via omwegen analogisch moeten worden toegepast, automatisch werking zouden hebben. Geen discussie over werkingssfeer, wijze van totstandkoming of tenietgaan, gedrag na faillissement of beslag. Alhoewel deze gedachte wellicht verleidelijk is, ben ik toch van mening dat de kwalitatieve verplichting in Boek 6 thuishoort. Alhoewel voor een soepele werking van de figuur veelvuldig naar goederenrechtelijke principes gegrepen zal moeten worden, biedt de plaatsing in Boek 6 onmiskenbaar voordelen.

Het belangrijkste voordeel acht ik de vrijheid voor partijen zelf te bepalen wie aan de verplichting gebonden zijn. Een kenmerk van zakelijke rechten is dat zij absolute werking hebben. Het staat de gerechtigde tot het zakelijke recht niet vrij te bepalen wie al dan niet gebonden zullen zijn.

Een tweede voordeel is dat ook vóór de inschrijving in de openbare registers partijen al aan de verplichting gebonden zijn, iets wat reeds bij de totstandkoming werd onderkend en als belangrijke reden voor plaatsing in Boek 6 werd genoemd. Nog een voordeel, voor de wetgever tevens reden voor plaatsing in Boek 6, is de toepasselijkheid van acties als opschorting en ontbinding.

Tenslotte biedt de plaatsing in het verbintenissenrecht de mogelijkheid de inhoud van de verplichting uit te breiden tot verplichtingen tot een doen. Als de verplichting in het goederenrecht haar plaats zou vinden zou het onbeperkt toestaan van verplichtingen tot een doen de nodige weerstand oproepen.

10.9.3 Suggesties voor wetwijziging

Samenvattend is de kwalitatieve verplichting werkelijk een hybridische figuur. Geplaatst in het verbintenissenrecht koestert zij enerzijds haar obligatoire en flexibele karakter, maar behoeft zij goederenrechtelijke ondersteuning om het zaaksgevolg te verkrijgen dat haar onderscheidt van de 'reguliere' obligatoire verplichtingen en dat haar een bijzondere positie verleent bij overdracht van het 'belaste' goed, in faillissement en in beslag.

Alhoewel de wetgever met de plaatsing in Boek 6 het dus bij het rechte eind heeft gehad verdient het toch aanbeveling in artikel 6:252 BW enkele wijzigingen aan te brengen, alsook om elders in de wet wijzigingen door te voeren teneinde de figuur haar volle werking te verlenen.

Samenvattend zijn de gewenste aanpassingen de volgende:

- Het wijzigen van de artikelen 3:273 BW en 3:282 BW in die zin dat expliciet wordt vermeld dat ook de kwalitatieve verplichting vervalt, en bovendien dat aan de voormalig crediteur uit de verplichting een bevoorrechte schadevergoedingsvordering toekomt;
- Het wijzigen van artikel 505 lid 3 Rv. in die zin dat ook een akte houdende het aangaan van een kwalitatieve verplichting wordt beschouwd als een akte van vervreemding of bezwaring als in gemeld artikellid genoemd;
- Het wijzigen van artikel 3:17 BW in die zin dat ook het tenietgaan van een kwalitatieve verplichting inschrijfbaar wordt geacht;
- Het wijzigen van artikel 3:88 BW zodanig dat ook het aangaan van een kwalitatieve verplichting door een beschikkingsonbevoegde onder de bescherming van het artikel valt;
- Het wijzigen van de artikelen 3:24-26 BW zodanig dat niet slechts gesproken wordt van een recht op een registergoed, maar ook van de kwalitatieve verplichting.

- Het wijzigen van artikel 6:259 lid 1 sub a BW zodanig dat de termijn van tien jaar zoals deze nu in het artikel is opgenomen wordt geschrapt. Ook lid 2 kan vervolgens vervallen.

En natuurlijk het aanpassen van artikel 6:252 BW zelf als volgt:

1. *Bij een overeenkomst kan worden bepaald dat de verplichting ten aanzien van een registergoed waarover de schuldenaar beschikkingsbevoegd is, zal overgaan op degenen die het goed onder bijzondere titel zullen verkrijgen. Tevens kunnen partijen bepalen dat gebonden zullen zijn degenen die van de daartoe gerechtigde een recht tot gebruik van het goed zullen verkrijgen.*
2. *Voor de werking van het in lid 1 genoemde beding is vereist dat van de overeenkomsten tussen partijen een notariële akte wordt opgemaakt, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers. Degene jegens wie de verplichting bestaat, waarop de overeenkomsten betrekking hebben, moet in de akte ter zake van de inschrijving woonplaats kiezen in Nederland.*
3. *Ook na inschrijving heeft het beding geen werking:*
 - a. *jegens hen die voor de inschrijving onder bijzondere titel een recht op het goed of tot gebruik van het goed hebben verkregen;*
 - b. *jegens een beslaglegger op het goed of een recht daarop, indien de inschrijving op het tijdstip van het proces-verbaal van inbeslagneming nog niet had plaatsgevonden;*
 - c. *jegens hen die hun recht hebben verkregen van iemand die niet aan de bedongen verplichting gebonden was.'*
4. *Is voor de verplichting een tegenprestatie overeen gekomen dan gaat bij de overgang van de verplichting het recht op de tegenprestatie mede over, voor zover deze betrekking heeft op de periode na de overgang. Bedingen omtrent deze tegenprestatie kunnen mede worden ingeschreven in de openbare registers.*
5. *Dit artikel is niet van toepassing op verplichtingen die een rechthebbende beperken in zijn bevoegdheid het goed te vervreemden of te bezwaren.*

