

## 2 Geschiedenis

### 2.1 INLEIDING

Om een goed begrip te krijgen van de reikwijdte van de kwalitatieve verplichting, is het noodzakelijk de geschiedenis ervan nader te bekijken. Alhoewel de verplichting formeel pas in 1992 bij de invoering van het Nieuw BW werd geïntroduceerd, heeft hij materieel al een lange geschiedenis achter de rug. Ver voordien werd in de praktijk de mogelijkheid al erkend verbintenissen met een goed over te laten gaan. In de rechtspraak ontwikkelde zich in de loop van de 19<sup>e</sup> eeuw de leer, dat rechten en verplichtingen ten aanzien van een goed over gingen zowel op de rechtsoptvolgers onder algemene als op die onder bijzondere titel. Deze veronderstelling was gestoeld op de uitleg van de toenmalige, op de Code civil gebaseerde, wet, en de in de praktijk bestaande wenselijkheid van een dergelijke mogelijkheid. Teruggesproken werd op de in het Romeinse recht veronderstelde mogelijkheid door middel van overeenkomsten de eigendom te beperken, de 'lex dicta' ofwel de 'lex venditionis' in combinatie met de nemo plus-regel. Door bij de overdracht van een goed bij een beding aan de verkrijger rechten en verplichtingen op te leggen werd als het ware de eigendom beperkt en kon de eigenaar de eigendom niet anders dan in beperkte staat overdragen.

In de literatuur werd genoemde mogelijkheid duidelijk in twijfel getrokken. Toen de literatuur zich steeds sterker uit ging spreken tegen de toepassing van voornoemde leer – indruk maakte vooral het daartoe strekkende betoog van raadshere P.R. Feith in 1897 – maakte de Hoge Raad in 1905 in het geruchtmakende Blaauboer/Berlips-arrest korte metten met de jarenlang gehuldigde opvatting, waarna de praktijk gedwongen werd nieuwe wegen te zoeken om het verlangde doel te bereiken. In het bijzonder de toepassing van het kettingbeding nam een vlucht. Omdat aan deze oplossing vele beperkingen verbonden waren, gingen er al snel stemmen op die pleitten voor terugkeer naar de praktijk van vóór 1905. De NBW-wetgever pakte deze vraag op, wat uiteindelijk resulteerde in het opnemen in de wet van de kwalitatieve verplichting.

Achtereenvolgens zal bekeken worden de leer die ten grondslag lag aan de jurisprudentie en wetgeving tot 1905, de literatuur van die tijd, het arrest van 1905 en de reacties daarop evenals de ontwikkelingen die hebben geleid tot het opnemen van de kwalitatieve verplichting in het huidige Burgerlijk Wetboek.

Omdat de opzet van dit onderzoek niet is het integraal blootleggen van de totstandkominggeschiedenis van de figuur van de kwalitatieve verplichting, zal ik de rechtsontwikkeling slechts globaal weergeven.<sup>1</sup>

## 2.2 JURISPRUDENTIE EN WETGEVING IN DE 19<sup>E</sup> EEUW

In het begin van de 19<sup>e</sup> eeuw was in Nederland, onder invloed van de Franse overheersing, de Code civil van kracht. Deze Code civil op haar beurt, was in hoge mate gebaseerd op de befaamde Oeuvres van de Franse hoogleraar R.J. Pothier, de 'Traité de droit français',<sup>2</sup> waarin hij het gehele Franse droit Coutumier beschreef en commentarieerde, en op basis van zijn grote kennis van het Romeinse recht een ordening in de juridische materie aanbracht.

In de Code was niet zoiets als een kwalitatieve verplichting opgenomen, maar was in artikel 1165 veeleer bepaald dat overeenkomsten slechts van kracht zijn tussen de handelende partijen, ofwel 'alteri stipulari nemo potest'.<sup>3</sup>

Ook was echter opgenomen artikel 1122, volgens welk artikel:

'On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de convention.'<sup>4</sup>

In het Nederlandse burgerlijk wetboek kwam bovenstaande woordelijk tot uitdrukking in artikel 1354 BW dat luidde:

'Men wordt verondersteld bedongen te hebben voor zichzelf en voor zijne erfgenamen en regtverkrijgenden, ten ware het tegendeel uitdrukkelijk bepaald zij, of uit den aard der overeenkomst mogt voortvloeien.'

## 2.3 POTHIER

Om de precieze bedoeling van het hierboven aangehaalde artikel te begrijpen is het van belang de paragrafen 57 tot en met 69 van voormeld werk van Pothier te bekijken, die aan genoemd artikel 1121 Cc (en daarmee 1354 BW) ten grondslag

---

1 Zie hiervoor ook Heyman, Blaauboer/Berlips, In: rechtspraak klassiek, NTBR 19 (2002), p. 298 e.v.

2 Hier van belang is met name de tome deuxième, Traité des obligations, 1re Partie, Chap.1er. Zie ook de vertaling met annotaties van Joannes van der Linden, 1<sup>e</sup> deel, Leiden, 1804.

3 Ulpianus L.38.§17. ff. de verb. oblig.

4 Men wordt verondersteld bedongen te hebben voor zich zelf en voor zijn erfgenamen en rechtverkrijgenden, tenzij het tegendeel uitdrukkelijk bepaald is of uit de aard van de overeenkomst mocht voortvloeien'.

lagen. Hoofregel was ook volgens Pothier dat overeenkomsten slechts werking hebben tussen partijen.

Hierop waren echter uitzonderingen te maken die, aldus Pothier, bij nadere beschouwing slechts schijnuitzonderingen bleken te zijn.<sup>5</sup> Alhoewel het bij lezing in eerste instantie leek of anderen werden gebonden, bedong of beloofde de partij slechts voor zichzelf.

De vier genoemde situaties waren de volgende:

1. de bepaling dat een zaak of som die iemand bedong, geleverd of betaald werd aan een ander, die die persoon bij de overeenkomst aanwees (*adjectus solutionis gratia*);
2. de bepaling dat iemand iets voor een ander dan hemzelf zou doen, mits deze daarbij zelf een op geld waardeerbaar persoonlijk belang had;<sup>6</sup>
3. de bepaling dat iemand iets bedong of beloofde voor zijn erfgenamen. Alhoewel hier derdenwerking in zou kunnen worden gezien, was dat toch niet het geval nu de erfgenamen als voortzetting van de bedingende of belovende persoon konden worden gezien. Ook een schijnuitzondering dus.<sup>7</sup> Sterker nog, in de paragrafen 64 en 65 gaf Pothier aan dat men altijd geacht werd tevens voor zijn erfgenamen te hebben bedongen, maar dat partijen vrij zijn anders overeen te komen en dat ook uit de aard en de strekking van de overeenkomst het tegendeel kon voortvloeien.<sup>8</sup>
4. de voor dit onderzoek belangrijkste paragraaf, namelijk die waar artikel 1122 Cc (en dus 1354 BW) op gebaseerd is, paragraaf 67:

Ce que nous stipulons par rapport à une chose qui nous appartient, nous le pouvons valablement stipuler non seulement pour nous et nos héritiers, mais pour tout nos successeurs à titre singulier a cette chose, lesquels sont compris sous le terme d'ayans-cause, usité dans les contrats; ce n'est point en ce cas stipuler pour un autre.<sup>9</sup>

Voorbeeld van deze laatste 'schijnuitzondering' was volgens Pothier de situatie dat iemand van zijn wederpartij bedong dat deze een recht dat hij ten aanzien van een goed geldend zou kunnen maken noch tegen hem (de bedinger) noch tegen zijn erfgenamen of rechtverkrijgenden zou tegenwerpen.<sup>10</sup>

5 Pothier noemt vier 'schijnuitzonderingen' en hanteert als titel boven deze: 'Plusieurs cas, dans lesquels nous stipulons ou promettons effectivement pour nous-mêmes, quoique la convention fasse mention d'un autre' (Verschillende gevallen waarin we werkelijk bedingen of beloven voor onszelf, alhoewel de overeenkomst melding maakt van een ander).

6 Si stipuler alii, cum mea interessit, ait Marcellus, stipulationem valere; L38. §20, 21 & 2. ff. de verb. obl.

7 Heredi cavere concessum est; L.10. ff. de pact. Dotal. L.38. §14. ff. de verb. obl.

8 Qui pascitur, sibi hereditate, suo pacisci intellegitur.

9 Hetgeen wij bedingen ten aanzien van enig goed dat ons toebehoort is bestaanbaar niet alleen voor ons en onze erfgenamen maar ook voor allen die dat goed onder bijzondere titel verkrijgen, die immers onder de bewoordingen 'ayans-cause' in de contracten gebruikelijk, begrepen zijn; en zulks is geen beding voor een ander.

10 Het in het Romeinse recht al bekende *pactum de non petendo*, waarnaar Pothier ook uitdrukkelijk verwijst.

Dat ook hier sprake was van een schijnuitzondering, verklaarde Pothier met te zeggen dat degene die bedingt er zelf groot belang bij had dat het beding ten aanzien van zijn rechtverkrijgenden werd nageleefd.<sup>11</sup> Hij was immers ten opzichte van zijn rechtverkrijgenden tot vrijwaring gehouden.

Volgens Pothier konden ook de erfgenamen en rechtverkrijgenden van genoemd 'pactum de non petendo' profiteren, in het bijzonder wanneer het rechtverkrijgenden onder bezwarende titel betrof (*Cela est indubitable à l'égard de ceux, qui l'acquéraient à titre onéreux*).

Over de vraag of Pothier met zijn vierde schijnuitzondering een algemene regel gaf, dan wel slechts een specifieke uitzondering waren de meningen verdeeld.<sup>12</sup>

Dat Pothier geenszins een algemene regel beoogde te geven maar slechts doelde op het specifieke 'pactum de non petendo' bleek volgens Meijers uit de centraal gestelde Romeinsrechtelijke regel D.2.14.17.5.<sup>13</sup>

Hierin is terug te vinden dat:

Pactum conventum cum venditore factum si in rem constituatur, secundum plurimum sententiam et emptori prodest, et hoc iure nos uti Pomponius scribit; secundum Sabini autem sententiam etiam si in personam conceptum est, et in emptorum valet; qui hoc esse existimat et si per donationem successio facta sit.<sup>14</sup>

Pothier kon door het Romeinse recht als uitgangspunt te nemen nooit een algemene regel bedoeld hebben, aldus Meijers. Ook Bartolus zou immers bij het interpreteren van D.2.14.17.5 al slechts bedoeld hebben op een specifiek verweermiddel, niet op een vorderingsrecht.

## 2.4 ENKELE COMMENTAREN OP DE CODE

### 2.4.1 Inleiding

Om nader inzicht te krijgen in de betekenis die aan artikel 1122 Cc (1354 BW) moet worden gehecht, is het goed te kijken naar enkele commentaren op de Code

11 Volgens Meijers geheel in lijn met de postglossatoren.

12 Zie Feith, Een oude vraag, p. 655 e.v., Dullemond, De historische interpretatie van art. 1354 van het Burgerlijk Wetboek, (diss. Amsterdam 1920), p. 34, Meijers, Een nieuwe studie omtrent artikel 1354 BW, VPO III, p. 58 e.v., Du Perron, Overeenkomst en derden, p. 205.

13 Meijers, t.a.p., p. 58. In gelijke zin Du Perron, t.a.p., p. 195 e.v.

14 Een afspraak die met een verkoper gemaakt is, komt, indien zij algemeen gehouden is, volgens het oordeel der meeste schrijvers ook aan de koper ten goede en aldus is de rechtspraak, schrijft Pomponius. Volgens het oordeel van Sabinus geldt de afspraak ook voor de koper, wanneer zij ten voordele van een bepaalde persoon gemaakt is; hij acht dit zelfs ook juist wanneer de opvolging door schenking plaats gevonden heeft.

civil. Diverse Franse/Belgische commentatoren hebben artikel 1122 Cc aan nader onderzoek onderworpen, en kwamen tot verschillende uitkomsten.<sup>15</sup>

#### 2.4.2 Commentaren op de Code

De Franse schrijver Toullier maakte naar goed Romeins gebruik een onderscheid tussen een *pactum in rem* en een *pactum in personam*.<sup>16</sup> In laatstgenoemd geval is sprake van hoogstpersoonlijke rechten en verplichtingen die noch op de erfgenamen noch op de overige rechtverkrijgenden over gaan. Het *pactum in rem* echter, waarvan de rechten en verplichtingen tot de goederen der nalatenschap behoren, gaat echter zowel aan de actieve als aan de passieve zijde over op de erfgenamen. Met betrekking tot verkrijgers onder bijzondere titel moest een onderscheid worden gemaakt tussen rechten en verplichtingen. De rechten gingen, als zij niet hoogstpersoonlijk van aard waren, van rechtswege over op de nieuwe eigenaren van het goed waarop zij betrekking hadden. Waren de rechten ten nutte van het goed bedongen dan gingen zij als accessoir aan het goed eveneens mee over.

Verplichtingen gingen in beginsel niet op verkrijgers onder bijzondere titel over, tenzij dit uitdrukkelijk bij de overdracht zou zijn overeengekomen. Dit laatste zou bij specifieke vermogensobjecten onder meer mogelijk zijn door het opnemen van een ontbindende voorwaarde in het contract tot vervreemding. Indien de voorwaarde werd vervuld, viel het goed terug aan de oorspronkelijke vervreemder. Nadeel van deze constructie was dat hij alleen bij de overdracht van het goed kon worden ingezet.

Zou het echter betreffen het opleggen van verplichtingen buiten de situatie van overdracht van het goed, dan zag Toullier een mogelijkheid in het vestigen van zakelijke lasten of het aangaan door de vervreemder van verplichtingen die 'aan het goed verbonden waren en die zonder medewerking van de bezitter van het goed door de crediteur konden worden uitgeoefend'.<sup>17</sup> Laatstgenoemde verplichtingen beperkten de eigendom van het goed en gingen door de nemo-plus regel op de opvolgende verkrijgers over.<sup>18</sup> De zaak zelf was immers gebonden, zodat de verkrijger van de zaak niet kon aanvoeren dat de verplichting hem niet aanging. Ten slotte noemde Toullier nog de mogelijkheid de verkrijger tot nakoming van de verplichting te dwingen door het vestigen van een hypotheekrecht op het betreffende goed of het verbinden van een nakomingsverplichting aan het goed door middel van een beding van 'assignat'. Dit laatste beding zou ertoe leiden dat de opbrengst van het goed kon strekken tot nakoming van de verplichting.<sup>19</sup> Voor beide laatstgenoemde

15 Zie voor een uitgebreider overzicht Dullemond, t.a.p., p. 66 e.v.

16 Toullier, *Le Droit civil français suivant l'Ordre du Code* (1821), nr. 397 e.v.

17 Toullier, t.a.p., nr. 431 e.v.

18 Zie ook Dullemond, t.a.p., p. 135 e.v.

19 Toullier, t.a.p., nr. 440.

mogelijkheden gold dat de binding indirect was; de verkrijger was niet rechtstreeks aan de verplichting gebonden maar kon via de genoemde mogelijkheden tot nakoming worden gedwongen.

Demolombe zag in artikel 1122 Cc de gedachte neergelegd dat rechten en verplichtingen in beginsel niet hoogstpersoonlijk waren en dus bij overlijden op de erfgenamen overgingen.<sup>20</sup> Voor de 'overige' rechtverkrijgenden gold een ander regime; slechts die rechten en verplichtingen die 'betrekking hadden op het verkregen goed' gingen mee over. Voor verplichtingen gold daarnaast nog het vereiste dat het moest betreffen zakelijke lasten of verplichtingen '*in rem scriptae*'.<sup>21</sup>

De Belgische hoogleraar Laurent was van mening dat noch rechten, noch verplichtingen met de zaak mee overgaan. Wel was cessie mogelijk:

'Les droits de créance passent ils aux ayans-cause à titre particulier? En principe non. Cela résulte de la nature même de ces droits. Ils naissent d'un lien d'obligation, et ce lien n'existe qu'en vertu de l'obligation que le débiteur contracte à l'égard du créancier. Le débiteur ne s'est pas engagé envers le successeur de son créancier, celui-ci ne peut donc avoir action contre lui. Sous ce rapport il n'ya aucune différence entre les stipulations et les promesses, mais à la différence des dettes, qui ne peuvent pas être cédées par le débiteur, les droits peuvent être transmis par le créancier.'<sup>22</sup>

Zakelijke rechten, rechten die de eigendom van het goed beperkten, gingen wel vanzelf mee over, aldus Laurent.

## 2.5 DE CODIFICATIE IN NEDERLAND

### 2.5.1 Inleiding

In 1838 werd, na enkele 'mislukte' ontwerpen<sup>23</sup> het Burgerlijk Wetboek ingevoerd, waarin grotendeels de Franse wetgeving was overgenomen. Het voormelde artikel 1121 Cc, werd uiteindelijk tekstueel vrijwel ongewijzigd overgenomen in artikel

20 Demolombe, Cours de Code Napoleon XXIV, (Parijs, 1868), §278, p. 259 e.v.

21 Zijnde een contract aangegaan met het oog op de zaak.

22 Gaan de rechten uit een schuldvordering over op verkrijgers onder bijzondere titel? In principe niet. Dit vloeit voort uit de eigen aard van die rechten. Zij ontstaan uit een schuldverbintenis en die verbintenis bestaat slechts uit kracht van de verplichting die de debiteur aangaat jegens de crediteur. De debiteur heeft zich niet verplicht jegens de rechtsopvolger van zijn crediteur, deze kan dus geen actie jegens hem hebben. Wat dat betreft is er geen verschil tussen de stipulaties en beloften, maar anders dan de schulden die niet overgedragen kunnen worden door de debiteur, kunnen de rechten door de crediteur worden overgedragen.

23 Bedoeld worden het ontwerp Cras, waarin opgenomen het ontwerp Farjon van 1798, het ontwerp Van der Linden (1807), het ontwerp 1816, het ontwerp 1820 en het ontwerp 1830. Zie voor een uitgebreider beschouwing hieromtrent Du Perron, t.a.p., nrs. 224-229.

1354 BW en ingebed in de algemene bepalingen over de verhouding tussen overeenkomst en derden.

### 2.5.2 Bedoeling van de wetgever

Hoewel de tekst van het artikel gemakkelijk tot de conclusie kan leiden dat artikel 1122 Cc en artikel 1354 BW inhoudelijk identiek waren, past daar toch een kanttekening bij. Bij de vaststelling van het Burgerlijk Wetboek wilde de Nederlandse wetgever een uitdrukkelijke scheiding aanbrengen tussen de vorderingsrechten en de zakelijke rechten, het *ius ad rem* en het *ius in re*. Het toekennen van zaaksgevolg aan een partijafsprake kwam daar nadrukkelijk mee in strijd.

Om er achter te komen wat de wetgever precies met het opnemen van genoemd artikel heeft beoogd, moet worden gekeken naar de totstandkomingsgeschiedenis van de wet. Bij het uitleggen van de zinsnede 'stipuler pour ses ayants-cause' ofwel 'bedingen voor zijn rechtverkrijgenden' werd 'stipuler' in de achtereenvolgende Nederlandse wetsontwerpen naar alle waarschijnlijkheid uitgelegd als mede omvattende het aangaan van verplichtingen, en 'ayants-cause' als mede omvattende verkrijgers onder bijzondere titel.

Duidelijkheid bestaat hieromtrent, zoals Du Perron aantoot,<sup>24</sup> allerm minst. Het is niet ondenkbaar dat de wetgever klakkeloos de Franse tekst heeft overgenomen, zonder zich te realiseren welke discussie dit zou kunnen oproepen.

## 2.6 DE RECHTSPRAAK IN DE 19<sup>E</sup> EEUW

### 2.6.1 Inleiding

De rechtspraak in de 19<sup>e</sup> eeuw handelde in ieder geval wel alsof bedoelde bepaling moest worden uitgelegd als in de inleiding vermeld, en dat rechten en verplichtingen met betrekking tot een zaak overgingen zowel op de rechtsofvolgers onder algemene als op die onder bijzondere titel. De oudst bekende uitspraak van de Hoge Raad over dit artikel is die welke bekend staat als 'het Leidse Schouwburg arrest',<sup>25</sup> krachtens overgangsrecht gewezen onder de vigeur van de Code civil.

24 Du Perron, t.a.p., p. 205 en Aantekeningen van de heer Daam Fockema betreffende het IIIe Boek van het voorgedragen Burgerlijk Wetboek, in Noordziek, Zittingjaar 1824-1825, Deel II p. 454.

25 HR 28 januari 1841, W. 157.

### 2.6.2 De Leidse Schouburg

In deze zaak was in het geding de vraag of de opvolgende eigenaren van een café gebonden waren aan de verplichting die de oorspronkelijke koper op zich had genomen.

‘Dat het deze en zijn successoren nu, noch nimmer het voorgezegde huis tot een schouburg of eene liefhebberij comédie zouden mogen appropriëren of daartoe laten gebruiken’.

De verplichting werd geschonden en in cassatie voerde de verweerder (i.e. de erfgenamen van de oorspronkelijke bedinger) aan dat sprake zou zijn van een geoorloofd zogeheten ‘*pactum contractui venditionis adjectum*’, een beding dat volgens het Romeinse recht aan een koopovereenkomst verbonden kon worden en tot gevolg had dat de eigendom een gebrekkige (onvolledige) werd. De verkrijger van het goed kon vervolgens het goed dan ook slechts met de bedongen beperking op anderen laten over gaan.<sup>26</sup>

De Hoge Raad overwoog:

‘... dat in facto vaststaat dat de oorspronkelijke koper den beperkten eigendom van het pand niet alleen heeft verkregen voor zich, maar zich zelven en zijne successoren, de verdere verkrijgers van het pand aan die beperking heeft onderworpen en dus alleen eigenaar was en alleen den eigendom kon overdragen met die beperking; en dat alsmede in facto is aangenomen, dat de tegenwoordige eigenaar bij den koop die beperking heeft gekend of immers heeft kunnen of behooren te kennen; dat hij dus in de plaats en rechten des eersten koopers tredende is zijn verbonden successieur en geenszins als een derde in den zin van artikel 1165 C.C. kan worden aangemerkt.’

Overdracht van een ingeperkt recht dus, gebaseerd op de ‘*nemo-plus*’gedachte; niemand kan meer recht overdragen dan hij zelf heeft. Uitvloeisel van de idee dat de eigendom beperkt kon worden door het aangaan van daartoe strekkende overeenkomsten, de ‘*pacta contractui venditionis adjecta*’ (bedingen toegevoegd aan de koopovereenkomst) ofwel de *lex dicta* en in duidelijke tegenspraak met het door de wetgever inmiddels gekozen gesloten stelsel van het goederenrecht.<sup>27</sup>

---

26 Letterlijk zegt de verweerder in cassatie: ‘De eigendom wordt daardoor gewijzigd zonder dat de last daarom eene erfdiensbaarheid behoeft te zijn, want wel zijn alle erfdiensbaarheden wijzigingen van den eigendom, maar niet alle wijzigingen van den eigendom zijn erfdiensbaarheden. De eigendom wordt een gebrekkelijke. Alle rechten op het goed worden afgestaan, een eenig uitgezonderd, en dat niet om dat eenig recht aan zich zelf te behouden, maar om het den nieuwen verkrijger niet over te dragen. Hij die een zoodanig eigendom heeft kan nimmer den vrijen en vollen eigendom overdragen’.

27 Zie voor een volledig overzicht van de Romeinsrechtelijke en oud Hollandse grondslagen van de jurisprudentie Du Perron, t.a.p., nr. 199 e.v.



### 2.6.3 Latere rechtspraak

Het arrest van de Leidse schouwburg werd opgevolgd door een zestal arresten waarin de in 1841 uitgezette lijn werd gevolgd.<sup>28</sup> Alhoewel men niet meer uitdrukkelijk terugkwam op de 'lex dicta' en de leer van het beperkte recht,<sup>29</sup> werd in alle gevallen geoordeeld dat een verplichting van de eigenaar van de grond ten aanzien van die grond aangegaan, op basis van artikel 1354 BW over ging op de rechtverkrijgenden van de eigenaar:

'Dat wel niet elke persoonlijke verbintenis van den voorganger in den eigendom van eenig bijzonder stuk goed op den verkrijger onder bijzonderen titel overgaat, doch dat dit moet geacht worden wel het geval te zijn, waar die met den eigenaar gesloten, betreft de zaak in den eigendom waarvan de nieuwe verkrijger is opgevolgd.'<sup>30</sup>

Onder het begrip 'bedongen' als gehanteerd in artikel 1354 moest 'contracteren' worden verstaan, het aangaan van rechten én verplichtingen dus. Argument daarvoor was onder meer de gelijkstelling in het artikel van de erfgenamen met de rechtverkrijgenden op welke eersten natuurlijk ook de verplichtingen overgingen. De onder meer door advocaat Thorbecke in het arrest van 1884<sup>31</sup> aangevoerde stelling – als zou artikel 1354 slechts de mogelijkheid van overdraagbaarheid, van cessie, geven,<sup>32</sup> – werd door de Hoge Raad afgewezen. Zou dit wel het geval zijn dan zou het artikel naast het toenmalige artikel 668 (betreffende de cessie) geheel overbodig zijn. De enige verdere beperking die de Hoge Raad aanbracht op haar algemene uitgangspunt dat onder 'bedongen' in artikel 1354 'contracteren' en dus tevens het aangaan van verplichtingen moest worden verstaan, en dat onder 'recht-hebbers' niet slechts de cessionarissen begrepen waren, is te vinden in het arrest van 8 januari 1897;<sup>33</sup> de overgang van een persoonlijke verbintenis welk recht in de vorm van een zakelijk recht gegoten moest worden (in de casus een erfdiensbaardheid) kon nooit worden gebaseerd op artikel 1354 BW. Letterlijk zei de Hoge Raad in dit arrest:

'(...) dat toch op de wijze als in art. 1354 bedoeld, nooit rechten verleend kunnen worden die, om bestaanbaar te zijn, in den vorm van een zakelijk recht gegoten zouden moeten

28 Te weten HR 5 mei 1865, W. 2691 (Hoogheemraadschap Rijnland/Nieuwkoop), HR 7 juni 1872, W. 3472 (Waterschap Zuid-Holland/Nieuw Velgersdijk), HR 24 januari 1879, W. 4341 (Waterschap/Boon), HR 26 november 1880, W. 4584 (Hiskes/Degenhart), HR 24 april 1884, W. 5031 (Tellingier/Nederlandsche Bouwmaatschappij) en HR 8 januari 1897, W. 6916 (Van der Linden/Waardenburg).

29 Met uitzondering van het arrest van 1884 waarin wel uitdrukkelijk de leer van het beperkte recht werd aangehangen.

30 HR 26 november 1880, W. 4584 (Hiskes/Degenhart), bevestigd in HR 24 april 1884, W. 5031 (Tellingier/Nederlandsche Bouwmaatschappij).

31 HR 24 april 1884, W. 5031 (Tellingier/Nederlandse Bouwmaatschappij).

32 HR 24 april 1884, W. 5031 en tevens Moltzer, De overeenkomst ten behoeve van derden, (diss. Leiden 1876), p. 333.

33 HR 8 januari 1897, W. 6916 (Van der Linden/Waardenburg).

zijn, en dat, waar niet blijkt dat een voorganger in den eigendom zich tot datgeen wat gevorderd wordt heeft verbonden, deze ook niet kan gezegd worden voor zijn rechtverkrijgende of opvolger eene verbintenis om dit te praesteren aangegaan te hebben (...).'

Onder rechtverkrijgenden moesten '*blijkens de algemeenheid der uitdrukking*'<sup>34</sup> worden begrepen de verkrijgers onder algemene én bijzondere titel. Deze werden immers in het artikel geheel op één lijn gesteld. Zelfs opvolgers in de eigendom 'ex jure publico' werden als zodanig aangemerkt.<sup>35</sup> De rechtvaardiging van het laten overgaan van rechten én verplichtingen vervolgens werd vooral gezocht in de uitleg van het begrip 'bedingen'. Men interpreteerde dit zoals gezegd als 'overeen komen',<sup>36</sup> 'contracteren', dus zowel actief als passief. Ook het feit dat in het arrest van 1841 uitdrukkelijk van 'verbindtenis' werd gesproken, zag men als bewijs van deze uitleg. Daarnaast werd ter rechtvaardiging wederom de nemo-plus regel aangehaald.<sup>37</sup>

Uit de serie arresten blijkt derhalve dat zowel rechten als verplichtingen in zeer ruime zin geacht werden met de eigendom van het goed mee over te gaan op de rechtsoptvolgers van de eigenaar onder algemene of bijzondere titel.

## 2.7 DE LITERATUUR IN DE 19<sup>E</sup> EEUW

### 2.7.1 Inleiding

Zoals vermeld, is en was uitgangspunt van het Burgerlijk Wetboek een gesloten stelsel van zakelijke rechten, welk uitgangspunt waar het het zaaksgevolg betrof, niet bepaald werd gerespecteerd in bovengenoemde arresten. Schrijvers in de tweede helft van de 19<sup>e</sup> eeuw probeerden artikel 1354 BW te verenigen met de beoogde geslotenheid van het goederenrecht en deden dat door er de mogelijkheid van cessie van vorderingen in te lezen.

Zo betoogde Moltzer:

'(...) artikel 1354 BW, 1122 C.c., toch wil niets anders zeggen dan dit, dat de rechten, uit overeenkomsten ontstaan, in den regel zullen overgaan op de erfgenamen of cessionarissen van hem, die de overeenkomst sloot, en dat men, in een of andere bijzondere geval, het tegendeel slechts dan zal kunnen aannemen, wanneer dit uitdrukkelijk is bepaald of uit den aard der overeenkomst noodzakelijk moet worden opgemaakt.'

34 HR 26 november 1880, W. 4584 (Hiskes/Degenhart).

35 HR 24 januari 1879, W. 4341 (Waterschap/Boon).

36 HR 24 april 1884, W. 5031 (Tellingier/Nederlandsche Bouwmaatschappij).

37 Volgens Du Perron wijst dit erop dat alle door een eigenaar ten aanzien van een zaak aangegane verbintenissen de eigendom van een zaak beperken en niet slechts die uit een *lex dicta* of een *lex venditionis*, t.a.p., p. 225.

Het vestigen van een niet-hoogstpersoonlijk recht zou bij het sluiten van de overeenkomst het oogmerk van partijen zijn. Hierdoor werd de overdraagbaarheid (de mogelijkheid van cessie en overgang op erfgenamen) benadrukt.

Philips sloot zich bij deze opvatting aan. Ook hij benadrukte dat de wetgever had willen bepalen dat een beding in de regel niet een hoogstpersoonlijk recht scheidt – dat wil zeggen een recht dat aan een bepaalde persoon gebonden is en met diens dood teniet gaat –, maar een recht dat bij de dood van die persoon over gaat op de erfgenamen en bij het leven door middel van een cessie aan een ander kan worden overgedragen.<sup>38</sup> Ook Beekhuis deelde de opvatting van Moltzer en Philips.<sup>39</sup>

Bij Everts trof men de geheel andere mening aan dat er slechts bedoeld werd dat zij die iemand opvolgden in de eigendom van een zaak, gebonden waren aan overeenkomsten 'die op die zaak betrekking hebben'. Slechts datgene wat direct met de zaak verband hield, wat haar 'inhaereerde' zou overgaan op de 'successor singularis', de rechtverkrijgende onder bijzondere titel. Slechts dus die bedingen waardoor een zakelijk recht werd gevestigd dat de zaak zelf aankleefde.<sup>40</sup> Dit was iets anders dan de opvatting dat persoonlijke rechten de eigendom konden beperken. Door het tegendeel aan te nemen bracht men volgens Everts

'(...) de wet in strijd met zich zelve, dat is en met den in artikel 1376 neergelegden regel en met het ook door haar gehandhaafde beginsel van te onderscheiden tussen persoonlijke en zakelijke rechten.'

Overigens werd de visie van Everts dat 'zakelijke rechten' bij overeenkomst gevestigd konden worden en aldus overgingen op de rechtverkrijgenden, achterhaald door de eerder genoemde uitspraak van de Hoge Raad van 8 januari 1897 (Van der Linden/Waardenburg).

### 2.7.2 De commentatoren

Opvallend is, dat de grote commentatoren als Diephuis, De Pinto<sup>41</sup> en Opzoomer vrijwel geen woorden vuil maakten aan artikel 1354. Opzoomer betoogde dat het diende te worden gelezen als de weerslag van een algemeen beginsel van erfrecht, namelijk dat de erfgenamen treden in de verbintenissen die door de erflater zijn aangegaan.<sup>42</sup> In zijn optiek was het artikel dan ook overbodig en onnodig verwar-

38 Philips, Het overgaan van verbintenissen op 'rechtverkrijgenden', naar aanleiding van artikel 1354 BW, diss. Leiden 1882, p. 64.

39 Beekhuis, Het beding in zeker perceel een bepaald bedrijf niet uit te oefenen, diss. Leiden 1884, p. 75.

40 Everts, Worden door een aan een koopcontract toegevoegd beding, zelfs wanneer dit geen zakelijk recht betreft, ook latere koopers gebonden, RM Themis 1884, p. 526.

41 De Pinto, II (1885), §578.

42 Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek, verklaard door – deel 6 (1879), p. 67.

rend. Hooguit kon het worden gerechtvaardigd in samenhang met artikel 1376, en wel in die zin, dat in artikel 1354 duidelijk werd gesteld dat onder 'derden' niet de erfgenamen moesten worden verstaan. Dat dan zowel rechten als verplichtingen over gingen, sprak voor zich. Volgens Diephuis verdiende het aanbeveling ofwel artikel 1354 te 'incorporeren' in artikel 1376, ofwel de bepaling geheel en al te schrappen.<sup>43</sup> Verbintenissen uit overeenkomst gingen vanzelfsprekend over op de opvolgers van partijen. Zowel opvolgers onder algemene als onder bijzondere titel moesten hieronder worden begrepen omdat deze opvolgers immers uit hun aard geen 'derden' waren. Daarnaast zou artikel 1354 naast rechten ook over verplichtingen hebben moeten spreken, nu deze naar hun aard ook op de 'rechtsopvolgers' van partijen overgingen. Zoals erfgenamen geheel in de rechten en verplichtingen van de erflater traden, en in de rechten niet alleen wanneer daaraan al gevolg was gegeven maar ook wanneer ze nog verwezenlijkt moesten worden, zo deden rechtverkrijgenden dat eveneens ten aanzien van hun voorganger, voor zover en ten aanzien van de zaak met betrekking waartoe zij aan deze waren opgevolgd.

Land benadrukte de hoofdregel dat overeenkomsten alleen verbindende kracht tussen partijen hebben, en dat erfgenamen niet als derden moesten worden beschouwd.<sup>44</sup> Onder het begrip rechtverkrijgenden moesten ook de opvolgers onder algemene titel niet-erfgenamen worden begrepen. Hij baseerde zich hierbij op het aan het artikel ten grondslag liggende artikel in de Code, waar de *ayants-cause* (rechtverkrijgenden) naast de *hérétiers* (versterferfgenamen) werden gesteld. Volgens Land was de overgang van verbintenissen, aangegaan met betrekking tot een zaak, op verkrijgers onder bijzondere titel in beginsel niet mogelijk. De term rechtverkrijgenden was in zijn optiek niet synoniem aan 'zij die een recht verkrijgen'. Wel gaf de wet in een aantal gevallen aan dat de verbintenis op de opvolgende verkrijger overging, maar deze bepalingen zouden volkomen overbodig zijn als een algemene regel van diezelfde strekking zou gelden. Wie nu precies onder rechtverkrijgenden moesten worden verstaan moest uit het stelsel van de wet in verband met de geschiedenis worden opgemaakt, maar kon aldus Land tot geen andere conclusie leiden dan dat in het algemeen de verbintenissen overgingen op hen die onder algemene titel opvolgden en bij uitzondering op enkele opvolgers in de eigendom onder bijzondere titel. Hij verwees hierbij naar de artikelen 1612 BW (huur) en 263 Kh. (verzekering) en achtte de aangewezen wijze om toch verplichtingen over te laten gaan de erfdiensbaarheid en het opnemen van een ontbindende voorwaarde.

Volgens de latere bewerker van het werk van Land, De Savornin-Lohman, legde artikel 1354 BW slechts een niet uitgewerkt beginsel neer. Dat in enkele gevallen

43 Diephuis, Het Nederlandsch burgerlijk regt, Deel 10 (1886), p. 445.

44 Land, IV (1907), p. 209 e.v.

in de wet werd bepaald dat verbintenissen op de volgende verkrijgers overgingen<sup>45</sup> mocht zijns inziens niet leiden tot het aannemen van een algemene regel. Een ruimere toepassing dan door de wet zelf gemaakt, zou artikel 1354 'in onverzoenlijke strijd brengen met artikel 721'. Daarnaast was hij van mening dat het verband tussen de zaak en de stipulatie te onbepaald zou zijn.<sup>46</sup>

### 2.7.3 De mening van Feith

In een befaamd geworden bijdrage vocht Feith de in de rechtspraak heersende interpretatie van artikel 1354 BW aan.<sup>47</sup>

De belangrijkste bezwaren van Feith tegen de heersende opvattingen waren de volgende:

- de scherpe onderscheiding tussen zaken- en verbintenissenrecht werd omverworpen;
- niet duidelijk was in hoeverre men op grond van artikel 1354 BW aan de eigendom verplichtingen kon verbinden die niet onder het begrip erfdiensbaarheid vallen.

Feith achtte het onmogelijk dat de wetgever een dergelijke ingrijpende afwijking van de scheiding tussen zaken- en verbintenissenrecht zonder toelichting in de wet zou hebben verwerkt, al erkende hij wel dat de wetgever '*bevoegd zou zijn om zulk een eigenaardig rechtsinstituut te scheppen*'.<sup>48</sup>

Feith ging voor de rechtvaardiging van zijn van de jurisprudentie afwijkende opvatting vooral te rade bij Pothier.<sup>49</sup> Pothier maakte, ook in zijn bespreking van andere rechtsfiguren, uitdrukkelijk onderscheid tussen '*stipuler*' (bedingen) en '*promettre*' (verplichten). In het op Pothier teruggaande artikel 1122 (1354) was sprake van '*stipuler*', bedingen derhalve. Feith concludeerde hieruit dat de in artikel 1354 bedoelde overgang alleen gold ten aanzien van bedingen *ten behoeve* van de vorige eigenaar getroffen, niet ten aanzien van verbintenissen die deze op zich genomen had. Deze conclusie was volgens hem geheel in overeenstemming met het bepaalde in artikel 1353 BW waarin werd aangegeven dat het mogelijk was een beding ten behoeve van een derde te maken, zij het dat dit werd gezien als een voorwaarde verbonden aan de bedingen die de schuldeiser voor zichzelf gemaakt had. Feith juichte deze uitleg toe in die zin dat hij de heersende leer van de *lex venditionis* verwierp, maar voegde wel toe dat het hem onbillijk toekwam de schuldenaar te binden aan personen die hij niet kende bij het aangaan van de overeenkomst.

45 Genoemd wordt artikel 263 WvK.

46 Land, IV(1907), p. 210.

47 Themis 1897, p. 629 e.v.

48 T.a.p., p. 646-647.

49 Pothier, Traité des obligations I article V par. 2, no. 67.

## 2.8 HET ARREST BLAAUBOER/BERLIPS

Aan de gangbare juridische praktijk om toe te staan dat ook verplichtingen contractueel aan een zaak verbonden konden worden en de discussie daarover kwam een einde door de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Blaauboer/Berlips.<sup>50</sup>

In deze zaak droegen de gebroeders Berlips een aantal percelen grond over aan Blaauboer, en verplichtten zich een tussen de percelen, nog aan hen toebehorend, stuk grond als openbare straat ten behoeve van (onder meer) de betreffende percelen aan te leggen. De verkopers voldeden niet aan de verplichting en verkochten bedoelde grond aan een derde. Toen de koper zich tot de verkopers wendde met een vordering tot vergoeding van schade, stelden dezen dat de verplichting tot het aanleggen van de openbare weg samen met de eigendom van de grond was overgegaan op de verkrijger onder bijzondere titel, een als kwalitatief te betitelen verplichting dus. Volgens de Hoge Raad ging het bij de beoordeling van het geschil erom:

‘Of eene verbintenis aangegaan door den eigenaar van een onroerend goed met betrekking tot dat goed, overgaat op hem aan wien hij den eigendom daarvan krachtens verkoop overdraagt, met het gevolg dat hij, die de verbintenis heeft aangegaan, daarvan wordt ontheven.’

Voorop stond, aldus de Hoge Raad dat de verbintenissen uit een overeenkomst slechts bindend zijn voor hen die de overeenkomst zijn aangegaan, ook wanneer de verbintenissen zijn aangegaan met betrekking tot een onroerend goed, tenzij uit enige wetsbepaling ondubbelzinnig het tegendeel volgt. Dit vloeide voort uit het bepaalde in artikel 1376 (Oud) BW volgens welk artikel overeenkomsten slechts van kracht waren tussen handelende partijen en hun rechtsopvolgers onder algemene titel, en geen voor- of nadeel konden aanbrengen aan derden. Het ‘bedingen’ als opgenomen in artikel 1354 (Oud) BW betekende ‘*voor zichzelf een vorderingsrecht in het leven roepen*’.

Door het erkennen van een gebondenheid van de rechtsopvolgers onder bijzondere titel aan overeenkomsten met betrekking tot onroerende zaken, zou strijd ontstaan met het bepaalde in artikel 1376 BW en zouden derden nadeel kunnen ondervinden van een overeenkomst waarbij zij geen partij waren. Daarnaast zou de erkenning van gebondenheid van rechtsopvolgers onder bijzondere titel aan een dergelijke verbintenis, de verbintenis een zakelijk karakter geven wat in strijd was met de in het Burgerlijk Wetboek bestaande scheidslijn tussen zaken- en verbintenissenrecht. Ook betoogde de Hoge Raad nog dat het stelsel der wet betreffende de erfdiensbaarheden niet toeliet dat een verbintenis overging op verkrijgers onder bijzondere titel, nu alleen lasten tot gebruik en ten nutte van een erf waren toegestaan en dan

---

50 HR 3 maart 1905, W. 8191 (Blaauboer/Berlips).

alleen nog met als inhoud de verplichting tot een dulden of niet doen. Het was dus in strijd met de bedoeling van de wetgever de overgang van verdergaande lasten (namelijk om te doen) ten behoeve van een persoon (in plaats van een erf) toe te staan.

Met inachtneming van het vorenstaande besloot de Hoge Raad tot gegrond verklaring van het middel van Blaauboer (de gebroeders Berlips werden dus niet bevrijd van de door hen op zich genomen verplichting).

## 2.9 NA 3 MAART 1905

Het arrest van de Hoge Raad werd in het algemeen positief ontvangen, al moest de praktijk noodgedwongen zijn toevlucht nemen tot de – niet nader in de wet geregelde – kettingbedingen om te kunnen bewerkstelligen dat een verplichting met betrekking tot een zaak overging op rechtsopvolgers onder bijzondere titel.

Het kettingbeding kan worden gekwalificeerd als een bepaalde verplichting voor de eigenaar van een goed (met als inhoud een dulden, een niet-doen maar ook een doen), met daaraan gekoppeld de gehoudenheid voor deze eigenaar gemelde verplichting door te geven aan zijn al zijn verkrijgers onder bijzondere titel, een en ander onder een verbeurte van een boete ten laste van de (opvolgend) eigenaar die in strijd met het beding handelt, ten behoeve van de oorspronkelijke crediteur. Zowel de eigenlijke verplichting als de verplichting tot doorgifte moeten aan de verkrijger worden opgelegd wil de ketting in stand blijven.<sup>51</sup> Omdat de effectiviteit van een kettingbeding afhankelijk is van de wil van de opvolgende verkrijgers de verplichtingen aan hun opvolgers onder bijzondere titel op te leggen en bovendien het kettingbeding geen stand houdt in faillissement (zie hierover uitgebreider Hoofdstuk 7) gingen al op de Algemeene Vergadering van de Broederschap der Notarissen in 1914 stemmen op terug te keren naar het stelsel van voor 1905.<sup>52</sup> In het preadvies dat onderwerp van gesprek was in voormelde vergadering, gaven de preadviseurs Wildervanck de Blécourt en Van der Tuuk<sup>53</sup> hun visie op de volgende drie vragen:

1. Kunnen volgens ons recht nog andere zakelijke rechten dan de uitdrukkelijk in de wet genoemde gevestigd worden?
2. Is het wenselijk dat die mogelijkheid door de wet wordt uitgesloten of moet te dien opzichte vrijheid worden gelaten?

51 Bruijns, WPNR 3566, 1938, p. 211 e.v.

52 En wel met 37 tegen 27 stemmen, Weekblad voor het Notariaat 1914, nr. 461, 462.

53 Respectievelijk notaris te Bloemendaal en Groningen.

3. Behoort de wet de bevoegdheid toe te kennen om bedingen tot beperking van de eigendom van een zaak te maken, welke ook verbindend zijn voor opvolgende eigenaren van die zaak?

Wildervanck de Blécourt beantwoordde de vragen 1 en 3 ontkennend en vraag 2 bevestigend in die zin dat vrijheid moest worden gelaten. Van der Tuuk beantwoordde eveneens de vragen 1 en 3 ontkennend en vond dat de mogelijkheid tot het vestigen van nieuwe zakelijke rechten door de wet moest worden uitgesloten. Met betrekking tot vraag 1 waren beiden het er over eens dat de enkele wil van partijen geen zakelijke rechten kon constitueren, die in meer of mindere mate, volgens de bedoeling van partijen onmiddellijke heerschappij over een zaak gaven maar in de wet geen steun vonden.

De Blécourt was van mening dat de wet de vrijheid moest laten zakelijke rechten te creëren, mits steunend op een goed stelsel van openbaarheid, dit laatste in het belang van derden. Argument hiervoor was dat het rechtsverkeer er om vroeg en in allerlei rechtsgebieden de tendens te zien was dat vermogensrechten gecreëerd werden die door iedereen geëerbiedigd moesten worden.<sup>54</sup> Van der Tuuk koos echter de opvatting van de Staatscommissie tot herziening van het BW, die het gesloten stelsel als uitgangspunt nam en op het gebied van het goederenrecht niet de vrijheid wilde bieden die het verbintenissenrecht bood.<sup>55</sup>

De derde vraag werd gezien het vorenstaande door Van der Tuuk absoluut ontkennend beantwoord. Ook De Blécourt echter beantwoordde zoals gezegd deze vraag ontkennend, met als belangrijke argumenten het risico van een al te zeer bezwaren van de eigendom alsook het risico voor de koper van een zaak geconfronteerd te worden met belastende, hem onbekende, bepalingen.

Uit de discussie die volgde op de toelichting van de preadviezen bleek dat er geen eenstemmigheid bestond over de aan de orde gestelde materie. Naber, destijds hoogleraar in Utrecht, was van mening dat het mogelijk moest zijn zakelijke rechten te vestigen die niet in de wet waren opgenomen. Hij stelde zijn mening op het destijds geldende artikel 625 BW dat ook in het goederenrecht toepasselijk was. Hij haalde Pothier aan die in 'beschikken over de zaak' las 'het recht om vrijelijk te beschikken over de zaak'.<sup>56</sup> Hij opteerde voor het toestaan van het vestigen van (nog) niet in de wet opgenomen zakelijke rechten en een terughoudende rol van de wetgever. Slechts indien van de bevoegdheid misbruik zou worden gemaakt zou ingrijpen geoorloofd zijn. Belangrijk argument voor de beide preadviseurs om het vestigen van 'nieuwe' zakelijke rechten (derde vraag) niet toe te staan

54 Hij wijst hierbij onder meer op de rechten op handels- en fabrieksmerken, de octrooirechten en de auteursrechten, die alle volgens hem, evenals de zakelijke rechten, tot de absolute rechten behoren.

55 Het tot volle wasdom komen van de economische behoeften van de burgers, taak van de overheid, zou in de knel kunnen komen door de niet door nakoming eindigende zakelijke rechten. Verbintenissen echter gaan teniet, hebben een beperkte tijdsduur.

56 Op deze interpretatie wordt overigens door de overige aanwezigen niet verder ingegaan.



was de vrees voor het al te zeer bezwaren van de eigendom.<sup>57</sup> Naber pleitte ervoor eerst in de praktijk te kijken in hoeverre deze vrees gegrond was.

Nadat de drie vragen in de vergadering in stemming waren gebracht, was de meest in het oog springende uitkomst, dat een meerderheid van de aanwezigen (37 tegen 27 stemmen) pleitte voor opneming in de wet van de bevoegdheid om beperkingen in de eigendom van een zaak te kunnen bedingen die ook verbindend zouden zijn voor opvolgende eigenaren van de zaak. Een terugkeer naar het stelsel van vòòr 1905 derhalve. Belangrijke voorwaarde bij het openen van genoemde mogelijkheid was volgens de aanwezigen wel de kenbaarheid voor derden van de beperking. Deze zou gewaarborgd moeten worden door publicatie in de openbare registers. Overigens werd ook door een aantal sprekers geopperd de beperking van de eigendom slechts voor een bepaalde tijd toe te staan.

In de literatuur bleef het even stil. Eerst in 1920 kwam het onderwerp weer nadrukkelijk aan de orde en wel door een dissertatie van Dullemond, waarin deze betoogde dat het veeleer voor de hand lag in zijn algemeenheid de mogelijkheid te openen tot overgang van contractuele rechten en verplichtingen op rechtverkrijgenden onder bijzondere titel. Hij hield dan ook de toepasselijkheid van de *lex dicta* (*pacta contractui adjectum*) als grondbeginsel van ons recht aan.<sup>58,59</sup> Meijers echter was redelijk tevreden met de koers zoals deze door de Hoge Raad was ingezet, en gaf in zijn bespreking van de dissertatie van Dullemond aan het niet eens te zijn met diens kritiek.<sup>60</sup> Volgens Meijers waren onder meer na de staatsregeling van 1798 alle verplichtingen om te doen die aan de eigendom vastzaten als vervallen beschouwd en waakte artikel 721 lid 2 BW tegen haar herleving. Daarnaast verbood gemeld artikel dienstbaarheden om niet te doen ten laste van een persoon. Volgens Meijers kon het niet zo zijn dat men onder de naam van verbintenissen kon doen herleven wat als zakelijk recht niet toegelaten was. Wel gaf Meijers aan:

‘(dat) niet valt te ontkennen dat met de vroegere rechtspraak menig nuttig effect langs eenvoudigen weg verkregen werd, waarvoor thans een zeer omslachtige constructie (...) gebruikelijk is. Maar aan den anderen kant zou men met den terugkeer den weg openen voor even vele ongewenschte en met het stelsel van onze wet strijdende gevolgen.’

Het probleem zat voornamelijk in de beperkte mogelijkheden van de erf dienstbaarheden, waardoor de praktijk veelvuldig zijn toevlucht moest nemen tot het gebruik

57 Zie ook de bespreking van het preadvies door Vlug in Weekblad voor het Notariaat 1914, nr. 460, p. 325 e.v.

58 Anders Du Perron die in zijn dissertatie aantoont dat er op een Romeinsrechtelijke bepaling na (het tonijnvisverbod) geen steun voor de toepasselijkheid van de *lex dicta* in het Romeinse recht te vinden is, t.a.p., p. 192.

59 Dullemond, t.a.p.

60 Meijers, WPNR 2629-2630, (1920).

van kettingbedingen, met alle beperkingen van dien.<sup>61</sup> Overigens was volgens Meijers een automatische overgang van contractuele verplichtingen van een geheel andere orde dan het obligatoire kettingbeding dat steeds door de opvolger in de eigendom moest worden aanvaard.

## 2.10 HET ONTWERP NBW

Een eerste voorzet voor codificatie van 'de kwalitatief werkende verplichting' werd in 1961 gedaan in het Ontwerp Boek 6 NBW waaraan al vanaf 1947 werd gewerkt. Bij het ontwerpen van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (dus ook Boek 6) volgde Meijers een vast traject: eerst formuleerde hij de afdeling of titel zoveel mogelijk aansluitend bij het bestaande recht, waarbij hij indien nodig direct vereenvoudigingen aanbracht, onduidelijkheden opnieuw formuleerde en tegenstrijdigheden recht zette. Daarna maakte hij een beknopte toelichting op het aldus geformuleerde, waarna hij tenslotte de teksten aan derden voorlegde met het verzoek om commentaar.<sup>62</sup> Op deze wijze wist Meijers in 1954 de Inleidende titel en de Boeken 1-4 te publiceren. De andere boeken waren in concept grotendeels gereed, maar hij achtte deze nog niet voor publicatie vatbaar. Na het overlijden van Meijers op 25 juni 1954 werd het werk aan Boek 6 voortgezet door het zogeheten Driemanschap, bestaande uit Drion, Eggens en De Jong. In dit Driemanschap was het in het bijzonder Eggens die zich bezig hield met het 'fijnslijpen' van de door Meijers in Titel 5 afdeling 3 van Boek 6 opgenomen 'gevolgen van overeenkomsten'. Naar verluidt waren er in het driemanschap tien besprekingen over afdeling 6.5.3 nodig alvorens de gewijzigde ontwerpen gedrukt konden worden.<sup>63</sup> Sowieso kostte het het driemanschap de grootste moeite over Boek 6 tot overeenstemming te komen, en grepen zij diep in het oorspronkelijke ontwerp van Meijers voor Boek 6 in, welk ontwerp overigens door hem al vrijwel was voltooid!

In de literatuur werd er tijdens het wetgevingsproces voorzichtig op aangedrongen toch de mogelijkheid van 'kwalitatieve verplichtingen' in de wet op te nemen.<sup>64</sup> Dit was aanleiding voor het Driemanschap<sup>65</sup> aan het notariaat een aantal vragen voor te leggen over de praktijk van de kettingbedingen, waarschijnlijk om te bezien of

61 Zie Bruijns, WPNR 3566 (1938), p. 212 waar hij constateert dat met de vereisten die aan het correct opstellen van een kettingbeding worden gesteld in de notariële praktijk nog zeer weinig rekening wordt gehouden, hetgeen wellicht te verklaren valt 'doordat die praktijk nog te veel zeilt op het compas van de vroegere leer van art. 1354 BW'.

62 Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, p. 110 e.v.

63 T.a.p., p. 194.

64 Zie ook Treurniet, *Erfpacht en erfpachtsvoorwaarden*, Preadvies BCN/BNN 1957, p. 135-138 en 196-197.

65 Inmiddels bestaande uit Drion, De Grooth en De Jong, dit door de benoeming van Eggens als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam.

het ontwerp van Meijers terecht uitging van een in de praktijk bestaande behoefte aan kwalitatief werkende verplichtingen.<sup>66</sup>

In het ontwerp voor titel 6.5.3 was inderdaad een artikel opgenomen dat moest voorzien in de mogelijkheid 'verplichtingen met een goed over te laten gaan' mits werd voldaan aan een aantal eisen. In de ontwerptekst van de afdeling handelend over de rechtsgevolgen van overeenkomsten zoals Meijers deze voor het nieuw in te voeren zesde Boek voor ogen had, was een artikel 4 opgenomen met de volgende inhoud:

- '1. Bij een overeenkomst kan worden bepaald dat de verplichting van een der partijen om iets te dulden of niet te doen ten aanzien van een haar toebehorend registergoed, zal overgaan op degenen die het goed onder bijzondere titel zullen verkrijgen, en dat mede gebonden zullen zijn degenen die van de rechthebbende een recht tot gebruik van het goed zullen verkrijgen.
2. Het beding heeft geen gevolg ten aanzien van degene die zijn recht heeft verkregen:
  - a. op het ogenblik dat het beding niet in de openbare registers stond ingeschreven, of
  - b. van een rechthebbende die zelf niet of niet meer gebonden was.
3. Elk der partijen is verplicht desverlangd mede te werken aan het opmaken van de in te schrijven akte.
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.<sup>67</sup>

### 2.10.1 De toelichting van Meijers

Volgens de Toelichting op het ontwerp waren de twee belangrijkste bezwaren van de kwalitatieve verplichting – de gebondenheid van verkrijgers aan verplichtingen die zij kenden noch konden kennen en de algemene overbelasting van de grond – met bovenstaande formulering getackeld. De bekendheid met de verplichting was gewaarborgd door dergelijke verplichtingen slechts bij registergoederen toe te laten en de inschrijving in de openbare registers als eis te stellen voor derdenwerking. Het gevaar van algemene overbelasting van de grond werd verzacht door het opnemen van artikel 6.5.3.12 (het huidige 6:259 BW), waarin de mogelijkheid werd geschapen bij de rechter wijziging van (semi-) permanent aan een registergoed verbonden verplichtingen te vragen, ook op andere gronden dan de onvoorziene omstandigheden als bedoeld in artikel 6.5.3.11 (het huidige 6:258 BW). Door het beperken van de inhoud van kwalitatieve verplichtingen tot verplichtingen iets

66 WPNR 4531 (1958), p. 148.

67 T-M, p. 233.

te dulden of niet te doen, werd het risico dat verplichtingen 'op een nieuwe vorm van horigheid gaan gelijken' verkleind.<sup>68</sup>

Erkend werd dat de inhoud van kettingbedingen onder het nieuwe recht niet was beperkt tot een dulden of niet doen, en dat het risico van overbelasting van de grond dus daar nog aanwezig was, maar met behulp van gemeld artikel 6.5.3.12 BW zouden eventuele excessen kunnen worden bestreden.

De reden van het opnemen van gebondenheid aan een dergelijk beding van verkrijgers van een recht tot gebruik van het goed (huurders, pachters, vruchtgebruikers) werd in de toelichting niet genoemd.

Door te bepalen dat hij die zijn recht verkreeg op het moment dat het beding niet in de openbare registers stond ingeschreven, er niet aan gebonden was, werd expliciet de mogelijkheid geopend het beding in de openbare registers in te schrijven. Ieder der partijen was verplicht desverlangd mee te werken aan het opmaken van de in te schrijven akte.

### **2.10.2 De reacties op het Ontwerp**

Het ontwerp maakte vele reacties los. De meest felle kwamen uit de hoek van hen, die de scheiding tussen zaken- en verbintenissenrecht strikt wilden handhaven en van mening waren dat de kwalitatieve verplichting deze scheiding aantastte.

### **2.10.3 De mening van Van der Ploeg**

Van der Ploeg kon zich vinden in de beperking van de kwalitatieve verplichting tot een dulden of niet doen, nu immers ook de erfdienstbaarheid hiertoe was beperkt.<sup>69</sup> Ook hij signaleerde echter dat de praktijk van de kettingbedingen slechts achteraf kon worden gecorrigeerd via artikel 6.5.3.12. Volgens Van der Ploeg dienden onder 'gebruikers van het goed' als bedoeld in artikel 4.5.3.4 lid 1 slot, te worden verstaan de huurder en de pachter.<sup>70</sup> Volgens Van der Ploeg hadden deze, in tegenstelling tot de ook in de Toelichting genoemde erfpachter en vruchtgebruiker, juridisch-technisch geen deel van het eigendomsrecht waaraan de kwalitatieve verplichting was verbonden.<sup>71</sup>

Lid 2 van het ontwerp artikel vond Van der Ploeg ongelukkig geformuleerd. Beter zou het zijn geweest uitdrukkelijk te stellen dat het beding eerst dan werking tegenover een rechtsverkrijger heeft, wanneer het in de openbare registers staat ingeschreven op het moment van diens verkrijging. Een positieve formulering

---

68 Parl. Gesch. Boek 6, p. 936.

69 Van der Ploeg, Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, WPNR 4738 (1962), p. 414.

70 Parl. Gesch. Boek 6, p. 937.

71 Zie hierover meer uitgebreid Hoofdstuk 5.

derhalve in plaats van een negatieve. Bij de formulering van lid 3 zette Van der Ploeg zijn vraagtekens, nu volgens hem artikel 6.1.1.2, inhoudende dat partijen zich ten opzichte van elkaar hebben te gedragen in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid, het in lid 3 bepaalde al met zich mee brengt. Lid 4 tenslotte oogste het meeste commentaar. Niet duidelijk was Van der Ploeg wat de betekenis was van de toevoeging dat bedingen betreffende de tegenprestatie konden worden ingeschreven in de openbare registers. Betekende niet-inschrijving van een dergelijk beding dat het niet met de verplichting mee over ging?<sup>72</sup>

De Raad van State nam in zijn advies een deel van de kritiek van Van der Ploeg ter harte in dier voege dat lid 4 aldus moest worden aangevuld dat de eigenaar van een registergoed *krachtens overeenkomst* tot een prestatie verplicht moest zijn en dat voor het beding de notariële vorm werd voorgeschreven.<sup>73</sup>

In het rapport van de Raad aan de Koningin werd echter slechts de suggestie de notariële vorm voor te schrijven overgenomen.

#### 2.10.4 Het preadvies Maeijer/Smalbraak

In 1966 werd op verzoek van de Broederschap der Candidaat-Notarissen een Preadvies uitgebracht door Maeijer en Smalbraak.<sup>74</sup> Deze signaleerden een inconsequentie in de voorgestelde regeling, en wel in het via een kwalitatieve verplichting toestaan van iets wat binnen de figuur van de erfdiensbaarheid uitdrukkelijk niet was toegestaan in verband met het ontbreken van een heersend erf. Erkend werd echter dat er een maatschappelijke behoefte bestond aan het verlenen van 'zaaksgevolg' aan bepaalde bedingen ten aanzien van onroerend goed, al beperkte die behoefte zich volgens Maeijer tot concurrentiebedingen en bepalingen betreffende bebouwing en gebruik.<sup>75</sup>

##### 2.10.4.1 De visie van Maeijer

Maeijer ging er in de lijn van Blaauboer/Berlips vanuit dat in het bestaande recht in beginsel slechts kwalitatieve *rechten* konden worden gevestigd. Artikel 1354 had slechts hiervoor overgang tot gevolg. Maeijer betwistte de opvatting dat de overgang automatisch, op grond van de wet en voor ieder mogelijk recht plaats zou vinden. Hij achtte het noodzakelijk vast te houden aan de eis van een betrekking (objectief bepaalde, nauwe band) tussen beding en zaak, daar hij van mening was dat automatische overgang zoveel mogelijk moest worden beperkt. Het enkele bedingen van een recht als eigenaar vond Maeijer niet voldoende om dit recht

<sup>72</sup> Zie verder §3.5.

<sup>73</sup> Parl. Gesch. Boek 6, p. 937.

<sup>74</sup> Preadvies over Erfdiensbaarheden en kwalitatieve verbintenissen (huidig en wordend recht).

<sup>75</sup> T.a.p., p. 66.

kwalitatieve werking te verlenen. Een vorderingsrecht verbinden aan een bepaalde kwaliteit in gevallen waarin geen betrekking met een zaak bestond, achtte hij niet terecht.<sup>76</sup> In een parallel met het nutsvereiste van erfdiensbaarheden stelde hij dat het bedongen recht 'naar zijn inhoud van waarde moest zijn voor een ieder die het goed houdt en overeenkomstig deszelfs aard en hoedanigheid gebruikt'.

Volgens Maeijer stond het voorgestelde artikel 6.5.3.4 aantasting en ondermijning van het gesloten systeem van zakelijke rechten toe, iets wat in zijn optiek door de publicatieplicht niet goed werd gemaakt. Gezien de onbeperkte inhoudelijke mogelijkheden die de nieuwe figuur bood, zou de hypotheekbewaarder niet dan na zorgvuldige lezing kunnen beoordelen of sprake was van een kwalitatieve verplichting dan wel van een andere, niet inschrijfbaar, figuur. Dit bezwaar zou kunnen worden ondervangen door met behulp van een beperkt aantal categorieën de verplichtingen in een helder en overzichtelijk systeem te rangschikken.<sup>77</sup> Volgens Maeijer was de eis van publiciteit die in het gesloten systeem van het goederenrecht zo deugdelijk kon worden gerealiseerd, 'in de bijt van het meer open verbintenissenrecht een vreemde en neer te schieten eend'.<sup>78</sup> Daarnaast achtte hij de repressieve mogelijkheid van herziening van de verplichting niet afdoende: het kwaad diende niet te worden opgeroepen, opdat het ook niet behoefde te worden bestreden. Voorgesteld werd dan ook door Maeijer de door de praktijk gewenste<sup>79</sup> bouw- en gebruiksbedingen in publiekrechtelijke voorschriften vast te leggen, en slechts de concurrentiebedingen als kwalitatieve verplichting toe te staan. Deze concurrentiebedingen zouden als aan de passieve zijde kwalitatieve rechtsverhouding, niet slechts gebonden moeten mogen zijn aan onroerend goed, maar bijvoorbeeld ook aan een onderneming. Ook opperde hij de mogelijkheid speciaal voor deze laatste soort bedingen een nieuw beperkt zakelijk recht in het leven te roepen waarbij in tegenstelling tot de erfdiensbaarheid niet wederzijds kwalitatieve rechtsbetrekkingen zouden voortvloeien, maar alleen passief kwalitatieve.<sup>80</sup>

Dat in de voorgestelde regeling door een combinatie van de artikelen 6.5.3.3 en 6.5.3.4 de facto met verbintenissenrecht hetzelfde kon worden bereikt als door het vestigen van een erfdiensbaarheid (met de daaraan inherente beperkingen), deed de vraag rijzen of er nog wel behoefte bestond aan de figuur van de erfdiensbaarheden.

76 Daarnaast memoreert hij HR 8 januari 1897, W. 6916, zie ook nt. 33.

77 T.a.p., p. 65.

78 Maeijer wijst ook op het teniet gaan van de verplichting, en het feit dat er voor de publicatie van dat teniet gaan geen uitdrukkelijke regels gegeven zijn.

79 Als bron hiervoor diende de oproep van het driemanschap in WPNR 4531, t.a.p., nt. 91.

80 Hij keek met name naar de in het Duitse recht in zwang zijnde beschränkte persönliche Dienstbarkeiten en het Zwitserse recht maar wees het zonder meer navolgen van de daar ingestelde figuren af vanwege de al te grote vrijheid die partijen hebben om de inhoud van de figuren te bepalen.

#### 2.10.4.2 *De visie van Smalbraak*

Volgens preadviseur Smalbraak kenmerkte de kwalitatieve verbintenis zich erdoor, dat één of meer van haar subjecten niet individueel was aangewezen, maar werd bepaald door een andere rechtsverhouding (bijvoorbeeld de gerechtigdheid tot een zaak). Onder het 'Oud' BW gaf artikel 1354 geen automatische overgang van rechten op verkrijgers onder bijzondere titel, maar werd veeleer bepaald wie de rechtverkrijgende van de schuldeiser mocht zijn. Het was volgens Smalbraak niet toegestaan de passieve zijde van een verbintenis kwalitatief te maken.

Voor het recht in wording was Smalbraak beduidend minder afwijzend dan Maeijer. Hij betreurde zelfs dat de kwalitatieve verplichting werd beperkt tot een dulden of niet-doen, zij het dat volgens hem dan de mogelijkheid tot wijziging van de verbintenis zou moeten worden uitgebreid wegens een tijdsverloop van twintig jaar indien de redelijkheid en billijkheid de wijziging rechtvaardigden.<sup>81</sup> Evenals Maeijer vroeg Smalbraak zich af of er, nu met de kwalitatieve verplichting resultaten konden worden bereikt die buiten de reikwijdte van de erfdienstbaarheid vielen (geen nutsvereiste), de belangstelling voor deze laatste figuur niet sterk af zou nemen.<sup>82</sup> De oplossing die Smalbraak voorstond was het opnemen in titel 6.5.3 van de goederenrechtelijke figuur van de erfdienstbaarheid volgens een door hem gegeven definitie.<sup>83</sup> Daarnaast moesten, mét het nutsvereiste, worden verworpen de eisen van nabuurschap en een blijvende toestand en de beperking van de erfdienstbaarheid tot een dulden of niet-doen aan de zijde van de eigenaar van het dienend erf. Tot slot zouden de voorzieningen van de artikelen 6.5.3.11 en 6.5.3.12, inhoudende respectievelijk de mogelijkheid op grond van onvoorziene omstandigheden herziening van de erfdienstbaarheid bij de rechter te vragen en de mogelijkheid dit te doen na een enkel tijdsverloop van 20 jaar, op deze figuur van toepassing moeten zijn. Dit alles zou slechts mogelijk moeten zijn indien de redelijkheid en billijkheid de wijziging ook daadwerkelijk rechtvaardigden. In de omschrijving van de kwalitatieve verplichting zou vervolgens eveneens de beperking tot dulden of niet-doen moeten verdwijnen. Op deze wijze vond een harmonisatie tussen de beide figuren plaats 'en het erf, traditioneel bestemd voor de erfdienstbaarheid, bleef voor deze rechtsfiguur behouden, slechts grondig gezuiverd van valkuilen en valstrikken, in de loop der eeuwen door een naamloze belager aangebracht en door de juristen met eerbied ontzien'.

81 T a.p., p. 105 e.v.

82 Zo ook Roelofs, WPNR 6024 (1991), p. 752.

83 Zijnde: 'een zakelijk recht van de eigenaar van een onroerende (lichamelijke) zaak, inbreuk te maken op het eigendomsrecht van de eigenaar van een andere onroerende (lichamelijke) zaak.'

### 2.10.5 De reacties van Lubbers en Van Opstall

Lubbers gaf in zijn reactie op het preadvies aan in hoofdlijnen mee te gaan met de visie van Maeijer.<sup>84</sup> Ook hij achtte door het opnemen van artikel 6.5.3.4 in de wet aan de keuze van Meijers voor een objectief stelsel bij de erfdienstbaarheden (kenbaarheid, voorkomen van overbelasting van de grond), de grondslag ontnomen. Er zou een 'vlucht in de kwalitatieve verplichtingen' plaatsvinden. Wel twijfelde Lubbers aan de stelling van Maeijer als zou de behoefte aan kettingbedingen door opname van de kwalitatieve verplichting worden beperkt tot het concurrentiebeding. Lubbers pleitte ervoor de rechter degene te maken die moest waken tegen het kwaad van het kettingbeding, hetzij onder bepaalde omstandigheden hetzij door enkel tijdsverloop.

De langste reactie kwam van Van Opstall die maar liefst negen afleveringen van het WPNR lang ageerde tegen de introductie van de kwalitatieve verplichting in de voorgestelde vorm ('het ongelukkige artikel 6.5.3.4').<sup>85</sup> Hij formuleerde het als volgt:

'Enerzijds wilde men vasthouden aan het gesloten stelsel van zakelijke rechten, anderzijds wilde men degenen aan wie dit gesloten stelsel te weinig armslag gaf, niet dwingen zijn toevlucht te nemen tot het maken van kettingbedingen, en wat is het resultaat van deze halfheid? Een wetsbepaling die het mogelijk maakt een recht te scheppen dat veel gevaarlijker is dan welk zakelijk recht ook dat bij een open stelsel van zakelijke rechten zou kunnen worden geschapen (...)'.

Funest vond Van Opstall in het bijzonder dat de kwalitatieve verplichting (volgens zijn lezing van het ontwerpartikel) niet hoefde te wijken voor een ouder zakelijk recht ('gevaarlijker dan een zakelijk recht') en dat de ketting niet zou worden gebroken in geval van verkoop door een hypotheekhouder krachtens artikel 1223 BW, door een executerend schuldeiser of door een curator in faillissement ('erger dan het recht dat voor de schuldeiser uit een kettingbeding zou kunnen voortvloeien'). Hij pleitte voor schrapping van het gehele artikel, mede gezien het 'op losse schroeven zetten van ons systeem'.

### 2.10.6 De Commissie Verbintenissenrecht van de Broederschap der Notarissen

Ook de Commissie Verbintenissenrecht van de Broederschap der Notarissen was niet onverdeeld gelukkig met het beoogde artikel 6.5.3.4<sup>86</sup> en deed de aanbeveling het gesloten systeem van zakelijke rechten te handhaven en daartoe voor het

84 Lubbers, Erfdienstbaarheden en kwalitatieve verbintenissen, WPNR 4904 (1966), p. 203

85 Van Opstall, Zakelijke rechten en kwalitatieve verbintenissen, WPNR 4926 (1966), p. 469.

86 WPNR 4982 (1968), p. 75.



bestaan van een erfdiensbaarheid het nutsvereiste in objectieve zin te blijven stellen. Om bij dat uitgangspunt niet via kwalitatieve verplichtingen en kettingbedingen mogelijk te maken wat door middel van erfdiensbaarheden niet te bereiken was, zouden eigenlijk alle kwalitatieve verplichtingen en kettingbedingen voor zover deze niet voldeden aan het nutsvereiste in objectieve zin, verboden moeten worden. Zij moest echter, met Maeijer, erkennen dat er maatschappelijk gezien tenminste behoefte bestond aan kwalitatieve verplichtingen in de vorm van bouwings- en gebruiksvoorschriften en concurrentiebedingen. Anderzijds vond zij de door Maeijer voorgestelde publiekrechtelijke bouw- en gebruiksvoorschriften niet voldoende en zou hiervoor ook de mogelijkheid van een kwalitatieve verplichting open moeten staan.

Zorg baarde de Commissie voorts de mogelijkheid van een te sterke belasting van onroerend goed bij een zo onbeperkt toelaten van kwalitatieve verplichtingen. De door Smalbraak aangevoerde oplossing van publicatie leidde, aldus de Commissie, in de praktijk niet tot een juist en volledig overzicht van de mate van belasting van een bepaald onroerend goed. Dit kon opgelost worden door slechts een kwalitatief karakter toe te kennen aan verplichtingen die bij de vestiging ervan door partijen als kwalitatief waren aangemerkt (hiermee in verband stond de eis van een notariële akte) en bovendien voor erfdiensbaarheden een soortgelijke bepaling in het leven te roepen. Ook de mogelijkheid van – uit het oogpunt van algemeen belang of een redelijk belang van de schuldeiser – ongewenste kwalitatieve verplichtingen werd door de Commissie gevreesd. De mogelijkheid achteraf te wijzigen als bedoeld in artikel 6.5.3.12 bood met zijn beperkende termijn te weinig bescherming, zodat de termijn van 20 jaar zou moeten worden geschrapt.

De Commissie deed de aanbeveling de eis op te nemen dat een kwalitatieve verplichting bij notariële akte moest worden overeen gekomen gevolgd door inschrijving van deze akte in de openbare registers.

### 2.10.7 Pitlo en Rijtma

Pitlo had een andere benadering.<sup>87</sup> Op basis van enkele na 1905 gewezen arresten<sup>88</sup> concludeerde hij dat zich een tendens had ingezet tot het verbinden van derdenwerking aan verplichtingen met betrekking tot onroerend goed aangegaan, en wel via de onrechtmatige daad. Pitlo formuleerde het als volgt:

‘Als men ervan uitgaat, dat de nieuwe eigenaar de hem bekende persoonlijke, op het door hem gekochte rustende verplichtingen moet eerbiedigen (...) en bij schending van die plicht op grond van onrechtmatige daad veroordeeld kan worden de door hem genegeerde verplichting na te komen, waarom kennen wij dan niet aan B de contracts-

<sup>87</sup> Pitlo, Na 3 maart 1905, in: Onroerend Goed, p. 246.

<sup>88</sup> HR 2 november 1933, NJ 1934, 302, HR 3 januari 1964, NJ 1965, 16 (Streefland/Van der Graaf), HR 4 juni 1965, NJ 1965, 381 (Kamsteeg/Caltex) en vooral HR 17 november 1967, NJ 1968,42 (Pos/van den Bosch).

actie tegen C toe, die B oorspronkelijk – en trouwens thans nog – tegen A had? Het verkochte gaat dan met rechten en verplichtingen en al over op de wetende derde. Wij zijn dan terug op het standpunt door de HR ingenomen in de arresten van de jaren tachtig [van de negentiende eeuw, NvO].<sup>7</sup>

Belang moest volgens Pitlo worden gehecht aan de wetenschap bij de derde (een verkrijger te goeder trouw moet worden beschermd) en het al dan niet om baat verkrijgen (verkrijgers om niet worden niet beschermd ook al zijn zij te goeder trouw).

Pitlo stelde vervolgens:

‘Bevredigend is slechts het systeem dat tussen partijen de afspraak laat gelden (causaal) en tegenover derden de werking afhankelijk stelt van hun weten.’

Hij stond positief tegenover het voorgestelde artikel 6.5.3.4, maar stelde wel de vraag of ook een derde die van de persoonlijke verplichting op de hoogte was, niet gebonden was als de verplichting niet was gepubliceerd. Volgens Pitlo zou de rechtspraak zich toch in die richting ontwikkelen dat een derde te kwader trouw ondanks het niet publiceren van de verplichting in de openbare registers, aan gemelde verplichting gebonden kon zijn.

Rijtma was zeer uitgesproken en achtte met Maeijer artikel 6.5.3.4 Ontwerp NBW een vreemde eend in de verbintenisrechtelijke bijt, waarvan de Hoge Raad als het ooit kracht van wet zou verkrijgen, niet zou schromen om in een nieuw arrest Blaauboer/Berlips hem de nek om te draaien.<sup>89</sup> Zijn betoog deed op enkele punten denken aan wat Everts in 1884 al had gezegd, namelijk dat de kwalitatieve verbintenissen moesten worden beperkt tot die ‘welke inherent waren aan het betrokken registerrecht, daarin waren geïncorporeerd en binnen het kader van het recht bleven’. Hij pleitte voor het schrappen van het ontwerp-artikel en het zoeken naar alternatieven binnen de zakelijke rechten of het uitbouwen van de praktijk van kettingbedingen.

## 2.11 DE VERDERE PARLEMENTAIRE ONTWIKKELING

Alhoewel de wetgever niet gevoelig leek te zijn voor de argumenten van hen die pleitten voor schrapping van het artikel, gaf hij in de verdere parlementaire geschiedenis er toch blijk van zich wel degelijk de kritiek uit het veld aan te trekken. Op meerdere momenten werd het artikel gewijzigd naar aanleiding van kritische geluiden uit de praktijk. De meeste van de voorgestelde artikelleden gingen een of meer maal op de schop en er werd een artikellid toegevoegd.

---

<sup>89</sup> Rijtma, Beekhuisbundel (1969), p. 227.

### 2.11.1 Het voorlopig verslag

Blijkens het Voorlopig Verslag was de Vaste Commissie voor Justitie in meerderheid van oordeel dat de kwalitatieve verplichting verenigbaar was met het goederenrechtelijk systeem. Argument voor het toestaan van een dergelijke figuur was mede de maatschappelijke behoefte waarin met de beperkte rechten van Boek 5 niet geheel kon worden voorzien. Zo werd gewezen op het onderscheid onroerende zaken (Boek 5) versus registergoederen (artikel 6.5.3.4) en de praktijk van de kettingbedingen waaruit zou blijken dat er behoefte was aan verplichtingen van andere aard dan die welke in een beperkt zakelijk recht waren in te bouwen. De regeling van de kwalitatieve verplichting zou door de publicatieplicht het voordeel van de kenbaarheid hebben (in tegenstelling tot het kettingbeding, waaraan volgens de Commissie de behoefte af zou nemen na introductie van de kwalitatieve verplichting).

Wel signaleerde de Commissie een drietal mogelijk ongewenste consequenties, namelijk het risico van binding van een koper aan een jongere kwalitatieve verplichting bij executie van het registergoed door een oudere hypotheekhouder; de binding van een koper bij executie door een schuldeiser van de schuldenaar en het geval van faillissement van de schuldenaar. In alle drie gevallen zou de schuldenaar het goed aanmerkelijk in waarde kunnen laten dalen door vestiging van een kwalitatieve verplichting waar de koper na executorialie verkoop aan gebonden zou zijn.<sup>90</sup>

Een aantal leden van de Commissie stemde echter voor het geheel schrappen van de bepaling en was met Maeijer, Rijtma en Van Opstall van mening dat de basis van ons rechtsstelsel – de strikte scheiding tussen zakelijke en persoonlijke rechten – op ontoelaatbare wijze werd doorkruist.

### 2.11.2 De Memorie van Antwoord

In de Memorie van Antwoord werd erkend dat de figuur van de kwalitatieve verbintenis te vergelijken was met een erfdiensbaarheid zonder heersend erf. De vraag of afbreuk aan het gesloten stelsel werd gedaan, werd echter weinig relevant geacht; belangrijk was slechts hoe het beste aan de maatschappelijke behoefte kon worden voldaan.

Dat de wetgever zich bijzonder bewust is geweest van de plaatsing van de figuur in het verbintenissenrecht blijkt uit de navolgende, in §1.3 al deels geciteerde, passage uit de Parlementaire Geschiedenis:<sup>91</sup>

---

90 Parl. Gesch. Boek 6, p. 938-940.

91 Parl. Gesch. Boek 6, p. 942 e.v.

‘Intussen meent de ondergetekende – in afwijking van een deel van de literatuur over dit artikel – dat de vraag of artikel 6.5.3.4. 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 die vergelijkbaar met een erfdiensbaarheid zonder heersend erf. De vraag die zich hier aan de wetgever voordoet, is dan ook vooral of, ervan uitgaande dat de praktijk aan deze figuur behoefte heeft, daaraan 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. In het eerste stelsel zou men van een meer strikte handhaving van het gesloten stelsel van zakelijke rechten kunnen spreken. In het ontwerp is echter aan het tweede stelsel de voorkeur gegeven. De argumenten daarvoor hangen niet samen met de dogmatische vraag of men aldus het stelsel van zakelijke rechten nog gesloten kan noemen, maar uitsluitend met die of deze opzet tot wenselijke resultaten leidt. Naar de mening van de ondergetekende is dat inderdaad het geval. Zo komt het hem voor dat, indien de kwalitatieve verplichting voortspuit uit een wederkerige overeenkomst in dier voege, dat tegenover deze verplichting een tegenprestatie verschuldigd is, in geval van niet-nakoming door een der partijen de mogelijkheid bestaat van opschorting overeenkomstig artikel 6.5.4.2.[6:262, NvO] en van ontbinding overeenkomstig de artikelen 6.5.4.6.[6:265, NvO] e.v. Ook is er naar zijn mening reden voor om voor een overdracht door de schuldeiser van de in artikel 6.5.3.4. bedoelde rechten in beginsel de leveringsvorm van artikel 3.4.2.7 [3:94, NvO] voor te schrijven. Aldus wordt immers gewaarborgd dat de schuldenaar van de overdracht op de hoogte wordt gesteld door de in dat artikel bedoelde mededeling, terwijl bovendien de behoefte kan bestaan aan toepassing van lid 3 van dat artikel. Tevens wordt op deze wijze bereikt dat de overeenkomst, ook voor het tot inschrijving in de openbare registers komt, reeds tussen partijen werkt, iets wat bij de onderhavige figuur veelal in overeenstemming met hun verwachtingen zal zijn. Bij dit alles komt dat de figuur van een verbintenis het beste bij die van de onderhavige kwalitatieve verplichting zal passen, omdat deze immers zal bestaan uit een enkelvoudige op de schuldenaar gelegde verplichting jegens een bepaalde schuldeiser, eventueel versterkt met een boetebeding als bedoeld in de artikelen 6.1.8.16 [6:91, NvO] e.v. Bij een zakelijk recht gaat het veelal om een meer omvattende bundel van verplichtingen en bevoegdheden, in de regel door partijen bij de vestiging ervan nader uitgewerkt, terwijl met de erfdiensbaarheid die soms ook op de eigenaar van het dienend erf een enkele verplichting legt, dit belangrijke verschil bestaat dat deze aan beide zijden kwalitatief is, terwijl de kwalitatieve verplichting van artikel 6.5.3.4. dat alleen aan de passieve zijde is.’

Volgens Van Agt (destijds Minister van Justitie) verdiende het de voorkeur de figuur te benaderen als hoofdzakelijk een overeenkomst met een zekere mate van zaaksgevolg.<sup>92</sup>

92 Schoordijk juichte overigens deze benadering van harte toe, zij het dat hij stellig is in de conclusie dat de verplichting een zakelijk recht is. Zoals hij opmerkt: ‘Anders de Memorie van Antwoord, p. 217. De wetenschap is autonoom.’ In: Het algemeen gedeelte van het verbintennisrecht naar het nieuwe burgerlijk wetboek, p. 509.

De voordelen van deze benadering waren volgens de minister onder andere de volgende:

- Het geeft partijen onder meer de mogelijkheid van opschorting en ontbinding.
- De schuldeiser dient voor overdracht van de uit artikel 6.5.3.4 voortvloeiende rechten in beginsel de leveringsvorm van artikel 3.4.2.7 (3:94 BW) te hanteren zodat wordt gewaarborgd dat de schuldenaar van de overdracht op de hoogte wordt gesteld.
- De overeenkomst werkt ook vóór de inschrijving in de openbare registers tussen partijen, wat bij een dergelijke figuur in overeenstemming met hun verwachtingen zal zijn.
- De figuur van een verbintenis past het best bij de kwalitatieve verplichting nu dit een enkelvoudige op de schuldenaar gelegde verplichting ten opzichte van een bepaalde schuldeiser betreft. terwijl het bij een zakelijk recht veelal gaat om een meer omvattende bundel van verplichtingen en bevoegdheden, bij de vestiging door partijen uitgewerkt.<sup>93</sup>

De Minister verduidelijkte dat de ‘ongewenste consequenties’ die de Commissie had gesignaleerd niet zouden optreden, nu onder ‘degene die zijn recht heeft verkregen’ als bedoeld in lid 2 van het Ontwerp, ook moesten worden begrepen zij die op dat goed een recht van hypotheek hadden verkregen<sup>94</sup> en zij die op het goed beslag hadden gelegd. Voor de duidelijkheid (want beter aansluitend bij artikel 3.1.2.7 (thans artikel 3:24 BW)) werd lid 3 als volgt aangepast:

Een beding als bedoeld in lid 1 kan niet worden tegengeworpen:

- a. aan hen die op het ogenblik dat het beding nog niet ingeschreven was onder bijzondere titel een recht op het goed of tot gebruik van het goed hebben verkregen of op het goed of een recht daarop beslag hebben gelegd, tenzij zij het beding kenden;
- b. aan hen die hun recht hebben verkregen van iemand die in gevolge het onder a. bepaalde niet aan het beding was gebonden.’

Volgens Rank-Berenschot onderging met deze aanpassing (*tenzij zij het beding kenden*) het karakter van de kwalitatieve verplichting een ingrijpende wijziging.<sup>95</sup> Volgens lid 1 van het artikel konden partijen zelf bij overeenkomst bepalen dat persoonlijke verplichtingen derden zouden binden. De derdenwerking ontstond dus in beginsel met en door de partijafpraak. Het was ex lid 2 van het Gewijzigd Ontwerp mogelijk de verplichting, mits neergelegd in een notariële akte, in te schrijven

93 Het belangrijke verschil met de erfdiensbaarheid die soms ook op de eigenaar van het dienend erf een enkele verplichting legt, bestaat er aldus de Minister in, dat de erfdiensbaarheid aan beide zijden kwalitatief is, terwijl de kwalitatieve verplichting dit slechts aan de passieve zijde is. (Parl. Gesch. Boek 6, p. 942).

94 Volgens de Minister was dit overigens al duidelijk uit redactie en strekking van de oorspronkelijke bepaling af te leiden en veroordeelde de onjuiste uitleg reeds zichzelf door de vreemde resultaten waartoe zij zou leiden.

95 Rank-Berenschot, t.a.p., p. 161.

in de openbare registers. Op grond van lid 3 konden derden de beoogde derdenwerking aan het beding ontnemen door aan te tonen dat het niet ingeschreven was op het moment dat zij hun recht verkregen of beslag legden. Door inschrijving kon de rechthebbende derhalve voorkomen dat derden alsnog derdenwerking aan de bepaling konden ontnemen. Indien de derde het beding bij zijn verkrijging kende, baatte een beroep op het niet ingeschreven zijn van het beding hem echter niet.

Ten aanzien van het vierde lid aangaande overgang van een eventueel bedongen tegenprestatie werd opgemerkt dat indien de eigenaar een gebruiksrecht op het goed had gegeven, volgens de Commissie het recht op de tegenprestatie – bij gebreke aan de formeel genoemde ‘overgang’ – bij de mede aan het beding gebonden eigenaar bleef, tenzij dat recht krachtens een overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar (derdenbeding ten behoeve van de gebruiker) of krachtens overdracht aan de gebruiker toekwam. Volgens de Minister was deze veronderstelling juist, behalve voor zover het de vruchtgebruiker of de erfpachter betrof. Uit de regeling van genoemde rechten zou voortvloeien dat dergelijke voordelen (de tegenprestatie) in de regel aan genoemde beperkt gerechtigden zouden toekomen.<sup>96</sup>

Bij de memorie van Antwoord werd tevens opgenomen een lid 5 waarin het artikel niet van toepassing werd verklaard op verplichtingen die de rechthebbende beperkten in zijn bevoegdheid het goed te vervreemden of te bezwaren.<sup>97</sup>

Het artikel zag er inmiddels als volgt uit:

- ‘1. Bij een overeenkomst kan worden bepaald dat de verplichting van een der partijen om iets te dulden of niet te doen ten aanzien van een haar toebehorend registergoed, zal overgaan op degenen die het goed onder bijzondere titel zullen verkrijgen, en dat mede gebonden zullen zijn degenen die van de rechthebbende een recht tot gebruik van het goed zullen verkrijgen.
2. Een beding als bedoeld in lid 1 kan worden ingeschreven in de openbare registers, mits het in een notariële akte is neergelegd. Elk van beide partijen is verplicht aan deze akte mee te werken.
3. Een beding als bedoeld in lid 1 kan niet worden tegengeworpen:
  - a. aan hen die op het ogenblik dat het beding nog niet ingeschreven was onder bijzondere titel een recht op het goed of tot gebruik van het goed hebben verkregen of op het goed of een recht daarop beslag hebben gelegd, tenzij zij het beding kenden;
  - b. aan hen die hun recht hebben verkregen van iemand die in gevolge het onder a. bepaalde niet aan het beding was gebonden.’
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.’

<sup>96</sup> Zie uitgebreid Hoofdstuk 5.

<sup>97</sup> Zie uitgebreid §3.2.5.

5. Dit artikel is niet van toepassing op verplichtingen die een rechthebbende beperken in zijn bevoegdheid het goed te vervreemden of te bezwaren.'

Na inzending van het Gewijzigd Ontwerp werd her en der nog tegen de invoering van het artikel geageerd. Zo toonde Stein zich een absoluut tegenstander van zowel de kwalitatieve verplichting als het kettingbeding.<sup>98</sup> Ook hij zag een onaanvaardbare botsing met de zakelijke rechten en het risico dat de grond al te zeer belast zou worden met zakelijk werkende verplichtingen die een zo doelmatig mogelijk gebruik van de grond tegen zouden gaan. In tegenstelling echter tot bijvoorbeeld Maeijer en het rapport van de Notariële Broederschappen zag hij ook bezwaren in het toestaan van kwalitatieve verplichtingen bij concurrentiebedingen en bebouwingsvoorschriften. Meer nog dan tegen de kwalitatieve verplichting echter, was hij gekant tegen de bestaande praktijk van de kettingbedingen. Was bij de regeling van de kwalitatieve verplichting nog voorzien in de kenbaarheid, bij de kettingbedingen werd vaak door algemene, vage bepalingen gebondenheid bewerkstelligd. Daarnaast leidde in de optiek van Stein het toestaan van kettingbedingen in grote mate tot de erosie van de geslotenheid van het stelsel van zakelijke rechten. Het keren van deze ontwikkeling diende volgens hem echter niet te geschieden door het in het leven roepen van kwalitatieve verplichtingen, maar door het opnemen in de koopovereenkomst van de voor het onroerend goed geldende verplichtingen zodat de koper wist aan welke verplichtingen hij zich onderwierp.<sup>99</sup> Voorts zag Stein bezwaren bij de regeling van de kwalitatieve verplichting als het ging om handhaving in faillissement en wijziging door de rechter.

Voorstanders waren er echter ook.<sup>100</sup> Belinfante voerde aan dat de mogelijkheid van inschrijving van een kwalitatieve verbintenis een grote verbetering was ten opzichte van de praktijk van de kettingbedingen. Hij erkende echter dat de neiging tot het scheppen van dat soort beperkingen in het gebruik van onroerend goed door de verbeteringen welke de regeling van de kwalitatieve verplichting bood, wellicht zou worden vergroot. Na nog enkele van Steins argumenten te hebben bestreden concludeerde Belinfante: 'de artikelen 6.5.3.4 en 6.5.3.12 [6:259, NvO] zijn nuttige bepalingen die – zij het wellicht na amendering van laatstgenoemde bepaling – verdienen wet te worden.'

98 Stein, Van kettingbeding naar kwalitatieve verbintenis, WPNR 5365 (1976), p. 644 e.v.

99 Stein wijst op de gangbare praktijk dat de koper verplicht wordt tot naleving van 'zodanige verplichtingen als bij de verkrijging van het onroerend goed op de verkoper overgingen, voorzover de verkoper gehouden is deze verplichtingen op te leggen' en beveelt aan het voorbeeld van de Amsterdamse voorlopige koopakte te volgen waarin de voor de koper van het onroerend goed geldende verplichtingen in de akte worden vermeld.

100 Belinfante, Kettingbeding en kwalitatieve verbintenis, WPNR 5374 (1977), p. 37.

### 2.11.3 Curaçao/Boyé

Nadat er al meermalen op was gewezen dat door de redactie van het derde lid van artikel 6.5.3.4 een koper van onroerend goed gebonden kon worden aan een kwalitatieve verplichting die hij niet kende (indien immers de verkoper vlak voor de levering de verplichting inschreef of aan de koper meldde, was de koper gebonden)<sup>101</sup> werd op 17 mei 1985 het arrest Curaçao/Boyé gewezen.<sup>102</sup> In dit arrest betrof het een beding in een koopovereenkomst op basis waarvan de koper, zijn erfgenamen of rechtverkrijgenden, aan de verkoper een gedeelte van de toekomstige opbrengst van delfstoffen van de gekochte plantage moest afdragen. Bij de opvolgende vervreemdingen werd nooit uitdrukkelijk gesproken van de verplichting voor de koper het beding weer aan zijn opvolgers op te leggen, maar alleen van een verplichting tot afdracht. Het Hof achtte gezien de strekking van de bepaling – de koper bond niet alleen zichzelf maar ook zijn rechtverkrijgenden – een kettingbeding aanwezig. De Hoge Raad ging met deze uitleg akkoord, en voegde toe:

‘dat dit niet met zich meebracht dat aan het beding zakelijke werking wordt toegekend, nu zijn werking bij die uitleg berust op het telkens opnieuw bedingen van contractuele verplichtingen.’

De enkele wetenschap (na de totstandkoming van de koop) van het bestaan van het kettingbeding leidde volgens de Hoge Raad niet tot een onrechtmatig handelen door de koper bij niet naleven van het beding. Zou dit wel worden aangenomen dan zou de koper door de enkele kenbaarheid gebonden zijn als ware de verplichting aan hem opgelegd en als had hij haar aanvaard. Deze werking liet zich niet verenigen met het obligatoire karakter van het kettingbeding.

Nu voor de gebondenheid aan een kettingbeding niet voldoende was het beding te kennen, zou het onredelijk zijn dit wel aan te nemen voor een niet ingeschreven kwalitatieve verplichting. Daarnaast leidde de wetenschap van het bestaan van een kettingbeding alleen tot gebondenheid indien de wetenschap aanwezig was op het moment van aangaan van de koopovereenkomst, terwijl bij een kwalitatieve verplichting de koper gebonden raakte door wetenschap bij de levering. Het dilemma zou zich voor kunnen doen dat de koper bij het aangaan van de koopovereenkomst van niets wist en de notaris tussen het sluiten van de koopovereenkomst en het tekenen van de leveringsakte achter het bestaan van de verplichting kwam. Het melden van de verplichting aan de koper zou dan leiden tot gebondenheid van

101 Kleijn, Is de frontlijn tussen zakenrecht en verbintenissenrecht opgeschoven in het NBW?, in: Goed en Trouw, 1984, p. 437 e.v.

102 HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 m.nt. CJHB en WMK.



deze terwijl het niet melden zou kunnen leiden tot aansprakelijkheidstelling van de notaris door de verkoper.<sup>103</sup>

#### 2.11.4 Weer een aanpassing

De geluiden uit de praktijk en het arrest deden de wetgever besluiten de bepaling dat door enkele kennis van de verplichting gebondenheid ontstond, te schrappen, het eerste lid aan te passen (partijen kunnen 'bedingen', in plaats van 'bepalen') en in lid 2 te bepalen dat voor gebondenheid van derden aan de verplichting, opname van de verplichting in een notariële akte en inschrijving in de openbare registers noodzakelijk was.

Ook lid 3 werd opnieuw geformuleerd en luidde:

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 ingevolge het onder a of b bepaalde niet aan de bedongen verplichting gebonden was.

Zou na het sluiten van de koopovereenkomst maar voor het tekenen van de akte van levering alsnog een kwalitatieve verplichting in de registers worden ingeschreven, dan zou de onwetende koper alsnog aan de verplichting gebonden zijn. Dit probleem werd 'opgelost' door in titel 7.1 BW (bepalingen aangaande de koop) artikel 7.1.2.5 (thans artikel 7:15 BW) lid 2 op te nemen inhoudende dat de verkoper, ongeacht enig andersluidend beding, instond voor de afwezigheid van lasten en beperkingen die voortvloeien uit feiten die vatbaar zijn voor inschrijving in de openbare registers, doch daarin ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst niet waren ingeschreven.

Met deze wijzigingen had het artikel zijn definitieve vorm gekregen.

## 2.12 SAMENVATTING

In de inleiding van dit hoofdstuk werd al gememoreerd dat de regeling van de kwalitatieve verplichting een lange geschiedenis heeft. Uit bovenstaand overzicht wordt duidelijk hoe grillig die geschiedenis is geweest; na de periode in de 19<sup>e</sup> eeuw waarin de leer van de 'Leidse Schouwburg' werd gevolgd en de overgang van verplichtingen als de gewoonste zaak van de wereld werd beschouwd volgt een

---

<sup>103</sup> Zie Kleijn, t.a.p., en Rank-Berenschot, t.a.p., nt. 95.

enorme 'stijlbreek' met het arrest Blaauboer/Berlips. Deze breuk levert echter in die zin weinig op, dat nog geen eeuw na dato de figuur van de kwalitatieve verplichting expliciet in de wet een plaats krijgt.

De praktijk is sterker dan de leer, wordt vaak gezegd met het oog op deze 'problematiek'.

Dat dit niet alleen in Nederland het geval was, moge blijken uit een soortgelijke tendens in het Schotse recht (waarover uitgebreid Hoofdstuk 9), waar ook vanuit de praktijk de roep kwam om mogelijkheden verplichtingen met zaaksgevolg aan onroerende zaken te kunnen verbinden, of zoals Paisley het formuleert: 'Practice was pushing against the limits of the accepted doctrine to meet the fashions of a changing and developing society.'<sup>104</sup> Wat echter opvallend mag heten is, dat uit de periode liggend tussen circa 1920 (het verschijnen van het proefschrift van Dullemond) en 1966 (het jaar waarin de besprekingen rond de invoering van het betreffende artikel werden gevoerd) geen enkel geluid uit literatuur of praktijk te horen is (afgezien van het artikel van Bruyns uit 1935 omtrent de kettingbedingen) waaruit blijkt dat er problemen zijn voortgekomen uit het arrest Blaauboer/Berlips.<sup>105</sup> Bijzonder is ook dat, afgezien van een redelijke stroom artikelen in 1966, tot de invoering van Boek 6 BW in 1992 zeer weinigen hebben gereageerd op het ontwerp artikel 6:252 BW.

---

104 Paisley, *Personal real burdens*, *The Juridical Review*, 2005/4, Thomson \* W. Green, p. 377.

105 Wel is geweest een arrest door het Hof Arnhem op 4 januari 1933 (NJ 1933, 779) inzake het recht van kleiafgraving, maar hier werd geen strijdigheid met de lijn van de Hoge Raad gezien.