

3 Inhoud

3.1 INLEIDING

Omdat de beperkingen die de wetgever aan de inhoud van de kwalitatieve verplichting stelt, ogenschijnlijk vrijwel parallel lopen met die welke aan de inhoud van de erfdiensbaardheid worden gesteld zou de indruk kunnen bestaan dat er weinig nieuws over kan worden gezegd. Al enkele keren werd immers opgemerkt dat de kwalitatieve verplichting veel weg heeft van de erfdiensbaardheid, maar dan zonder heersend erf.¹ Met deze (overigens wat onnauwkeurige) observatie wordt voornamelijk bedoeld op de inhoud, te weten een verplichting tot dulden of niet doen.

Wat als een te onderkennen bijzonderheid van de kwalitatieve verplichting kan worden aangemerkt, is dat zij is opgebouwd uit *twee* componenten: een verplichting tot dulden of niet-doen en een overeenkomst om deze verplichting over te laten gaan op verkrijgers en/of gebruikers van het 'belaste' registergoed.² Hoewel het dikwijls wél het geval zal zijn, vloeit de verplichting tot dulden of niet doen niet altijd voort uit een overeenkomst, zodat de term 'basisovereenkomst' niet altijd de juiste is. Toch zal ik voor de overzichtelijkheid de term basisovereenkomst gebruiken. Waar deze benaming in de context niet passend is omdat niet de rechtshandeling die aan de verplichting ten grondslag ligt wordt bedoeld, maar de verplichting zélf, zal ik gebruikmaken van de term 'verplichting uit de basisovereenkomst' of 'basisverplichting'.

Gezien de tweedeling in basisovereenkomst en overeenkomst tot kwalitatief maken, is het in het kader van dit hoofdstuk goed het begrip 'inhoud' scherp te stellen. Wordt in dit verband onder inhoud begrepen de inhoud van het geheel, dus de basisverplichting tezamen met de overeenkomst tot kwalitatief maken in al haar facetten, dan wel gaat het hier om alleen de basisverplichting? Argument voor de eerste benadering zou kunnen zijn dat de wetgever in artikel 6:252 BW geen onderscheid lijkt te maken tussen de beide aspecten en alles als één geheel beschouwt. Ook de vrijheid die partijen wordt gelaten om de overeenkomst tot kwalitatief maken verder vorm te geven, wat tot een grote mate van diversiteit kan leiden, pleit ervoor dit aspect als onderdeel van de inhoud te beschouwen. Een argument tegen deze 'integrale benadering' is dat de overeenkomst tot kwalitatief maken ziet op het verkrijgen van zaaksgevolg, en uit dien hoofde beter in het specifiek daaraan gewijde hoofdstuk behandeld kan worden.

1 Zie ook het commentaar van Snijders in het verslag van de Studieconferentie over Boek 5 NBW, WPNR 5286 (1974), p. 825 waar hij spreekt van een 'quasi-erfdienstbaardheid'.

2 Van Oostrom, De kwalitatieve verplichting als twee-eenheid, WPNR 6638 (2005), p. 786 e.v. Zie ook Van Velten, t.a.p., §14.7, p. 470.

In het onderhavige hoofdstuk zal met name worden ingegaan op wat ik zal aanduiden als ‘de inhoud in enge zin’, zijnde de inhoud van de basisverplichting. Hierbij gaat het om de vraag: welke eisen moeten worden gesteld aan de inhoud van een verbintenis wil zij overeenkomstig de regeling van artikel 6:252 BW kwalitatief kunnen worden gemaakt? De overeenkomst tot kwalitatief maken komt nader aan de orde in zowel Hoofdstuk 4 over de totstandkoming, als in Hoofdstuk 5 waarin het zaaksgevolg nader zal worden besproken.

Tegenover de basisverplichting kan een tegenprestatie worden bedongen. Die tegenprestatie wordt in de Parlementaire Geschiedenis behandeld als een semi-losstaand element. Dit is terecht omdat de verplichting zelf slechts het genoemde dulden of niet-doen tot inhoud kan hebben. Omdat bij het overeenkomen van een tegenprestatie echter een zodanige binding met de basisverplichting bestaat dat de tegenprestatie ook het lot daarvan behoort te delen, is er speciaal voor de tegenprestatie een regeling getroffen in artikel 6:252 lid 4 BW, waarover meer in §3.5 en §5.4.4.

De basisverplichting is er, zoals we zullen zien, één die een dulden of niet doen als inhoud heeft (en in dat opzicht verschilt van verplichtingen tot een geven of doen), en waarvan de inhoud – mits blijvend binnen de grenzen van dulden of niet doen – kan variëren. Bij het ontleden van de basisverplichting valt daarnaast op dat zij verplicht tot het *voortdurend* dulden van een bepaalde handeling dan wel het zich *voortdurend* onthouden van het verrichten van een bepaalde handeling. Een dergelijke overeenkomst, waarbij de verbintenis niet teniet gaat door het vervullen van een prestatie, noemen we een duurovereenkomst.³ Dat de kwalificatie als duurovereenkomst er één met belangrijke gevolgen is, zien we in het bijzonder terug in de Hoofdstukken 5 en 7, betreffende respectievelijk de binding van gebruikers en de verplichting in faillissement.

Ook voor de inhoud van de overeenkomst tot kwalitatief maken bestaan geen vaste regels. Partijen kunnen afspreken niet alleen dat de verplichting over zal gaan op hen die het goed onder bijzondere titel zullen verkrijgen, maar ook dat tevens gebonden zullen zijn zij die van de rechthebbende een recht tot gebruik van het goed zullen verkrijgen en wellicht zelfs alleen maar dat gebruikers gebonden zullen zijn.⁴

Ook is het, zoals bij vrijwel iedere overeenkomst, zowel voor de basisovereenkomst als voor de overeenkomst tot kwalitatief maken, mogelijk deze onder voorwaarde of tijdsbepaling aan te gaan.⁵

3 Deze term is niet een wettelijke, maar is in de literatuur nader uitgewerkt.

4 Hierover uitgebreid Hoofdstuk 5.

5 Artikel 3:38 BW.

Dit hoofdstuk zal zich concentreren op de grenzen van het dulden en niet doen, het omslagpunt naar een doen, de vraag aan de orde stellen of het toch niet, onder omstandigheden, is toegestaan (neven-)verplichtingen tot een doen op te leggen en of er een objectief verband moet bestaan tussen het verbonden registergoed en de op te leggen verplichting. Tevens wil ik in dat kader ingaan op de vraag of het wellicht aanbeveling verdient het bij de erfdiensbaarheid geschrapte nutsvereiste, in enige vorm bij de kwalitatieve verplichting in acht te nemen.

3.2 DE INHOUD VAN DE BASISVERPLICHTING VOLGENS DE WETGEVER

In Hoofdstuk 1 kwam al aan de orde dat de reden van het introduceren van de kwalitatieve verplichting was de gebleken maatschappelijke behoefte. Na Blaauboer/Berlips nam de praktijk zijn toevlucht tot kettingbedingen, waartegen een tweetal hoofdbezwaren bestond:⁶

- Verkrijgers zouden het gevaar lopen zich verplichtingen op de hals te halen die zij niet kenden of konden kennen nu het BW niet in de publicatie van dergelijke verplichtingen voorzag.
- Het gevaar zou dreigen van een algemene overbelasting van de grond met een onoverzichtelijk samenstel van de ‘activiteit der exploitant remmende verplichtingen’, wat met het algemeen belang in strijd zou zijn.

Nu de wetgever het niet haalbaar achtte de kwalitatieve verplichtingen geheel te verbieden en de kettingbedingen geheel vrij te laten,⁷ werd het compromis erin gevonden een onderscheid te maken tussen de ‘voor de praktijk gevaarlijke’ bedingen en die welke ongehinderd konden worden toestaan. Dit gebeurde enerzijds door de inhoudelijke beperking tot een dulden of niet doen en anderzijds door de mogelijkheid van artikel 6:259 BW om ook buiten het geval van de onvoorziene omstandigheden de verplichting te wijzigen of op te heffen.⁸

In de Parlementaire Geschiedenis op artikel 6.5.3.4 is niet bijzonder veel aandacht besteed aan de inhoudelijke beperking tot een dulden of niet doen. Nadrukkelijk

6 Meijers formuleert het als volgt: ‘Drukkende persoonlijke lasten die met den eigendom van het goed op den nieuwen eigenaar overgaan, heeft men sinds de 19^e eeuw als ongewenschte maatschappelijke instellingen leren beschouwen.. (...) Zou men nu onder de naam van verbintenissen toch kunnen doen herleven wat als zakelijk recht niet toegelaten is? Het komt hier toch op wezen en strekking der instelling aan, en niet op de juridische categorie, waaronder men haar wenscht te rangschikken?’, VPO III, p. 65-66.

7 Parl. Gesch. Boek 6, p. 943 e.v. De maatschappelijke behoefte woog zo zwaar dat een dergelijke figuur wel in het leven móest worden geroepen, terwijl anderzijds werd erkend dat enige mogelijkheid tot repressie bij uitwassen op zijn plaats was.

8 Het later toegevoegde vijfde lid houdt een verdere beperking in: zie daarover §3.2.5.

is grotendeels aangesloten bij de grenzen die ook voor de erfdiensbaarheid gelden.⁹

‘Alleen verplichtingen om iets te dulden of niet te doen kunnen krachtens het onderhavige artikel tot kwalitatieve verplichtingen worden gemaakt. Het verbinden van andere verplichtingen aan het recht op een goed dient niet te worden aangemoedigd; evenals bij de erfdiensbaarheden moet ervoor worden gewaakt dat de verplichting niet op een nieuwe vorm van horigheid gaat gelijken.’¹⁰

Voor het overige werd het niet nodig geacht beperkingen aan de toepassingsmogelijkheden te stellen. In de literatuur werd op deze grote mate van ‘grenzeloosheid’ door enkele personen kritiek uitgeoefend; zo was Maeijer, zoals wij reeds in het vorige hoofdstuk zagen, van mening dat als de kwalitatieve verplichting dan toch ingevoerd moest worden, het toepassingsbereik drastisch moest worden beperkt en wel tot concurrentiebepalingen en eventueel bebouwingsvoorschriften.¹¹ Volgens Maeijer was het vooral deze categorie van beperkingen waarbij de praktijk zijn toevlucht had gezocht in de kettingbedingen, en was de stelling als zou het rechtsleven behoefte hebben ‘aan een middel om n’importe welke gebondenheid dan ook van opvolgende eigenaren van onroerende zaken te scheppen’ onjuist.¹²

Smalbraak daarentegen ging de inhoudelijke beperking juist te ver.¹³ In zijn optiek zou de verplichting er ook een tot een geven of een doen moeten kunnen zijn. Reden van Smalbraaks naar die tijd verrassende visie, was dat naar zijn mening de ‘erfslavernij’ (uit angst waarvoor de betreffende beperking werd gesteld) heel erg meeviel.

‘Met deze slavernij of horigheid valt het overigens nog al mee, wanneer men bedenkt om welke dingen het gaat: het bouwen door de koper van een opstal op het gekochte terrein binnen een bepaalde tijd, de aanleg van een straat op een door een bouwer te verkavelen bouwterrein, de aanleg en het onderhoud van een tuin zodanig dat deze een

9 Parl. Gesch. Boek 6, p. 764 e.v.

10 Parl. Gesch. Boek 6, p. 766. De angst voor horigheid bestond overigens al bij de Romeinen die als adagium hanteerden: *servitus in faciendo consistere non potest*. Het servituut werd gezien als een *ius in re aliena* en behelsde daarmee een inperking van andermans eigendom. Na de Franse revolutie bij de voorbereiding van de Code Civil werd ter bescherming van de individuele vrijheid weer teruggegrepen op deze Romeinsrechtelijke regel. Zie Maeijer, t.a.p., p. 15.

11 Iets waarvan hij de noodzaak overigens eigenlijk niet inzag, getuige zijn 12^e conclusie: ‘men schrappe 6.5.3.4 in zijn huidige vorm. Men erkenne alleen de mogelijkheid om bij overeenkomst aan de verplichting van de eigenaar van een onroerend goed of een onderneming om zich in die onderneming of op dat onroerend goed te onthouden van daden van concurrentie jegens een ander, een kwalitatief karakter toe te kennen. Subsidiair overwege men of eventuele behoefte bestaat aan het introduceren van een nieuw beperkt zakelijk recht: ‘de dienstbaarheid van een erf aan een persoon’. In ieder geval dient de inhoud van een dergelijk recht in eerste aanleg te worden bepaald door een objectief te duiden relatie tussen verplichting en dienend erf.

12 T.a.p., p. 67.

13 Smalbraak, t.a.p., p. 105 e.v.

aansluitend geheel met een gemeenteplantsoen vormt; het beplanten en onderhouden van een bloembak die zich gedeeltelijk op eigen terrein, gedeeltelijk op dat van een buurman bevindt; het op het gekochte terrein te stichten gebouw uitwendig goed te onderhouden en in bepaalde kleuren te schilderen. De nakoming van deze verplichtingen kan wel eens moeilijk zijn zonder dat van een slaven-juk mag worden gesproken. Psychologisch weegt de 'last' echter vaak veel zwaarder dan de economische druk bij die dingen welke een 'blijvende toestand' betreffen; psychologische ontspanning kan dan bieden het blijve vooruitzicht dat na een zeker verloop van tijd afkoop mogelijk is.'

Wel constateerde Smalbraak, evenals Maeijer, dat er door het opnemen van de kwalitatieve verplichting een inconsequentie in de wet zou ontstaan; wat bij de erfdienstbaarheid niet kon¹⁴ werd via de deur van het verbintenissenrecht, met zaaksgevolg, alsnog toegestaan.¹⁵

De Commissie Verbintenissenrecht van de Notariële Broederschappen sloot zich aan bij de visie van Maeijer.¹⁶ Zij koos:

'(...) voor het handhaven van het gesloten stelsel van zakelijke rechten en daarom het blijven stellen van het nutsvereiste in objectieve zin voor de bestaanbaarheid van een erfdienstbaarheid. Om bij dat uitgangspunt niet via kwalitatieve verbintenissen en kettingbedingen mogelijk te maken wat door erfdienstbaarheden niet is te bereiken, zouden eigenlijk alle kwalitatieve verbintenissen en kettingbedingen voor zover niet voldoende aan het nutsvereiste in objectieve zin verboden moeten zijn.'

Ook de Commissie onderkende echter een bestaande maatschappelijke behoefte, zij het evenals Maeijer een beperkte:

'(.....) Naar de mening van de Commissie beperkt deze behoefte zich in de praktijk echter geheel tot de zg. concurrentiebedingen en de bepalingen met betrekking tot de bebouwing en het gebruik voor bepaalde doeleinden van onroerende goederen.'

De wetgever maakte van de suggestie van Maeijer en de Commissie om kwalitatieve verplichtingen tot bepaalde categorieën te beperken geen gebruik en motiveerde dit als volgt:

'De ondergetekende meent dat een zodanige beperking geen aanbeveling verdient. Zij zou de toepassing van art. 6.5.3.4. op bepaalde bedingen uitsluiten op de enkele grond dat deze op het tijdstip waarop artikel 6.5.3.4. wet wordt, nog niet in zwang waren of wellicht nog niet voldoende kenbaar in zwang. De ondergetekende geeft er daarom de voorkeur aan om artikel 6.5.3.4. te betrekken op alle verplichtingen om iets te dulden of niet te doen, waarbij het aan de rechter zal zijn om waar in concreto van het artikel een

14 Vanwege het gestelde nutsvereiste.

15 T.a.p., p. 74 en 109.

16 WPNR 4982 (1968), p. 74 e.v.

ongewenst gebruik zou worden gemaakt en het aldus tot een te zware belasting van registergoederen zou leiden, deze belasting binnen redelijke perken te houden aan de hand van de artikelen 6.5.3.11 en 12.¹⁷

Met deze toelichting maakte de wetgever duidelijk dat wat hem betreft de kwalitatieve verplichting een flexibel verbintenisrechtelijk instrument moest zijn, dat zich moest kunnen voegen naar de alsdan geldende maatschappelijke behoefte. Dit strookte met de reden van invoering van de figuur; het voorzien in een acceptabel alternatief voor het kettingbeding. Zou de wetgever de kwalitatieve verplichting verder hebben ingeperkt, dan zou de praktijk geen reden hebben zich van dat kettingbeding af te wenden.

3.2.1 De inhoudelijke beperking bij de erfdienstbaarheid

In de inleiding werd over de toegestane inhoud van de kwalitatieve verplichting al gezegd dat deze op het eerste oog gelijk is aan die van de erfdienstbaarheid. Ook de Parlementaire Geschiedenis laat zien dat er aansluiting is gezocht bij de erfdienstbaarheid, dit om geen onnodige verschillen tussen de beide figuren te laten ontstaan.¹⁸

Dat er wel degelijk verschillen bestaan, blijkt bij nauwkeurige lezing van de betreffende artikelen: de verplichting tot een dulden of niet doen zoals deze in beide figuren wordt omschreven ziet bij de erfdienstbaarheid slechts op feitelijke handelingen (op, boven of onder een der beiden erven),¹⁹ waar bij de kwalitatieve verplichting ook rechtshandelingen onderwerp van de verplichting kunnen zijn (de verplichting (...) om iets te dulden of niet te doen *ten aanzien van* een haar toebehoorend registergoed).²⁰

Denk hierbij aan een verbod te verhuren of te verpachten, of op een bepaalde manier van een (hypotheek-)recht (geen) gebruik te maken. Zo kan met een kwalitatieve verplichting worden bereikt dat de eigenaar van het dienend erf dit in het geheel niet mag verhuren, waar bij de erfdienstbaarheid slechts de feitelijke uitoefening van een bepaalde activiteit aan banden kan worden gelegd. Ook kan overeen worden gekomen dat geen gebruik wordt gemaakt van bepaalde bezwaar- of beroepprocedures, of dat bijvoorbeeld in geval van verwachte bodemverontreiniging geen claim zal worden ingediend, zij het dat de bepaling geen strijd met de wet op mag leveren.

Daarnaast heeft de wetgever bij de erfdienstbaarheid in enkele gevallen ook verplichtingen om te doen toegestaan, zij het voornamelijk slechts als bijkomende

17 Parl. Gesch. Boek 6, p. 944.

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

19 Artikel 5:71 lid 1 BW.

20 Artikel 6:252 lid 1 BW.

verplichtingen, waar dit bij de kwalitatieve verplichting op grond van de Parlementaire Geschiedenis uitdrukkelijk verboden lijkt.

Kijken we naar de elementen van artikel 6:252 BW dan zijn in dit verband relevant de leden 1 en 5, waarbij de meest belangwekkende gedeelten zijn gecursiveerd:

1. Bij overeenkomst kan worden bedongen dat de verplichting van een van 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 diegenen die van de rechthebbende een recht op gebruik van het goed zullen verkrijgen.

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

De regeling voor de erfdiensbaarheid is uitgebreider, en verspreid over de artikelen 5:71 leden 1 en 2 BW en 5:73 BW. Als het in artikel 5:71 lid 1 BW gaat om de verplichting tot dulden of niet doen is het er een om 'op, onder of boven een der beide erven' iets te dulden of niet te doen.²¹ Daarnaast kan in de akte van vestiging worden bepaald dat de last:

'bovendien een verplichting inhoudt tot het aanbrengen van gebouwen, werken of beplantingen die voor de uitoefening van de erfdiensbaarheid nodig zijn, mits deze gebouwen, werken of beplantingen zich geheel of gedeeltelijk op het dienend erf zullen bevinden.'

Ingevolge artikel 5:71 lid 2 BW kan de last die een erfdiensbaarheid op het dienend erf legt ook bestaan in een verplichting tot onderhoud van het dienend erf of van gebouwen, werken of beplantingen die zich geheel of gedeeltelijk op het dienend erf bevinden of zullen bevinden. Een verplichting tot een doen dus, die niet gekoppeld hoeft te zijn aan een verplichting tot dulden of niet doen.

Opmerkelijk is dat nergens in de Parlementaire Geschiedenis wordt toegelicht waarom bij de kwalitatieve verplichting ook rechtshandelingen onderwerp van de verplichting kunnen zijn, en het bij de erfdiensbaarheid slechts om een feitelijk handelen mag gaan. Dit terwijl overal wordt benadrukt hoezeer de beide figuren inhoudelijk op elkaar zijn afgestemd. Overigens wordt ook nergens in de Parlementaire Geschiedenis toegelicht *waarom* de inhoud van de erfdiensbaarheid slechts een feitelijk handelen kan betreffen. Dat de kwalitatieve verplichting als verbintenis een ruim toepassingsgebied kent (vergelijk wat hierboven werd vermeld over

21 Dat een erfdiensbaarheid hiertoe beperkt is wordt in de Parlementaire Geschiedenis wel benadrukt (Parl. Gesch. Boek 5, p. 257), maar nergens uitgelegd. Zie ook Berger, Burenrecht, mandeligheid en erfdiensbaarheden, p. 136.

het kettingbeding) is verklaarbaar. Dat de erfdiensbaarheid als beperkt zakelijk recht de eigenaar slechts door een feitelijk handelen in zijn eigendom kan treffen en niet in zijn eigenaarsbevoegdheid, kan wellicht worden verklaard uit de Romeinse angst inbreuk te maken op andermans eigendom. Nu de erfdiensbaarheid als een *ius in re aliena* werd beschouwd, werd de inbreuk zo beperkt mogelijk gehouden reden ook dat slechts verplichtingen tot dulden of niet doen werden toegestaan.²²

Dat in beide gevallen de inhoud wettelijk is gelimiteerd, wil niet zeggen dat daarmee de toepassingsmogelijkheden beperkt zijn. Uit de genoemde bepalingen voor de erfdiensbaarheid, en in het bijzonder de tweede zin van het eerste lid van artikel 5:71 BW en 5:73 lid 1 BW kan worden opgemaakt dat op zich de bepalingen van dwingend recht zijn, maar dat er ook ruimte is voor invulling door partijen. Als stelregel kan worden aangehouden, dat waar de wetgever heeft bepaald dat 'de akte van vestiging anders kan bepalen' partijen de vrijheid hebben om 'binnen de grenzen van het zakelijk recht' de inhoud ervan zelf vast te stellen.²³ De regelingen die partijen treffen kunnen dan worden beschouwd als 'deel uitmakend van het zakelijk recht', en niet als afzonderlijke kwalitatieve rechten of verplichtingen.

Wanneer bevoegdheden en verplichtingen 'binnen de grenzen van het zakelijk recht' vallen, is lastig te bepalen. Volgens de Parlementaire Geschiedenis dienen deze verplichtingen en bevoegdheden een zodanig verband met het zakelijk recht te hebben, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is.²⁴ Van Opstall heeft deze visie uitgebreid bestreden in een lange artikelenreeks in WPNR met de stellige overtuiging dat slechts inhoud van een zakelijk recht kan zijn een deel van de bevoegdheden die, ware de zaak niet met het zakelijk recht belast, geheel aan de eigenaar zouden toekomen.²⁵ Op deze wijze geredeneerd kan bijvoorbeeld een verplichting om te doen dus nooit onderdeel uitmaken van een beperkt zakelijk recht, omdat de eigenaar zelf nooit verplicht is tot een doen. De opvatting van Van Opstall heeft weinig bijval gekregen.²⁶ Wel is aangevoerd dat de eigenaar van het dienend erf geen 'erf-slaaf' mag worden,²⁷ al is daar volgens Smalbraak niet het logisch gevolg van dat de inhoud van de erfdiensbaarheid geen verplichting tot een doen mag zijn.

22 Maeijer, t.a.p., p. 15. Overigens zien we ook een dergelijk scherp onderscheid in het Duitse recht waar met de beschränkte persönliche Dienstbarkeit niet in de beschikkingsmacht van de eigenaar ingegrepen mag worden, zie Hoofdstuk 8.

23 Parl. Gesch. Boek 5, p. 4 e.v. Zie ook Asser-Mijnssen-De Haan, nr. 45.

24 Parl. Gesch. Boek 5, p. 3 en p. 14 e.v.

25 Citaat uit WPNR 4919 (1966) p. 383. Voor zijn verdere betoog zie WPNR 4920-4926 (1966).

26 Zie Maeijer, t.a.p., p. 45, Asser-Mijnssen-De Haan, nr. 45, en Parl. Gesch. Boek 5, p. 257.

27 Smalbraak, t.a.p., p. 91 e.v.

Treden partijen buiten de wettelijke grenzen in die zin dat de verplichtingen geen verband meer met het zakelijk recht hebben dat een gelijke behandeling rechtvaardigt, dan is het gevolg dat deze verplichtingen slechts obligatoire werking tussen partijen hebben.²⁸ Bij de kwalitatieve verplichting is dit niet anders. Geheel in de lijn van het verbintenissenrecht zijn partijen vrij de inhoud van hun recht zelf vorm te geven. Treden ze buiten de grenzen van de wettelijke limitering dan is het enige gevolg, dat aan deze afspraken geen kwalitatieve werking kan worden toegekend.²⁹

3.2.2 De grenzen van de limitering

Vorenstaande leidt onvermijdelijk tot de vraag waar dan de grenzen van de limitering liggen. Wanneer is sprake van een verplichting tot dulden of niet doen, en wanneer is eigenlijk sprake van een verkapte verplichting tot een doen? En is in dat laatste geval per definitie sprake van een niet toegestane inhoud of zijn er situaties denkbaar waarin een doen toch als inhoud van de verplichting wordt toegestaan?

Wat te denken van de verplichting in de kroeg geen ander bier te schenken dan merk X?
Of de verplichting de siertuin in een bepaalde toestand te houden of een watergang op een bepaalde diepte?

In het geval van de kwalitatieve verplichting is tot op heden slechts één uitspraak gedaan die duidelijk maakt waar de grenzen liggen.³⁰ Deze uitspraak komt hierna onder §3.2.4 aan de orde. Bij de erfdiensbaarheid zijn er meer uitspraken. Een belangrijk arrest onder het oude recht werd gewezen door de Hoge Raad in 1934.³¹

De buurman van een caféhouder-eigenaar had een erfdiensbaarheid van weg op een doorgang naast het café (het lijdend erf). In de akte was bepaald dat de doorgang een bepaalde breedte moest hebben, welke breedte echter dikwijls niet werd 'gehaald' doordat in de steeg vaak fietsen stonden geparkeerd. De gerechtigde tot de erfdiensbaarheid vorderde van de café-eigenaar dat deze het nodige zou verrichten om de doorgang vrij te houden, een veroordeling tot een doen derhalve om de verplichting tot een dulden na te komen. De Hoge Raad bepaalde in navolging van het Hof Den Haag dat de eigenaar van het dienend erf niet verplicht was om maatregelen te nemen om te voorkomen dat de rechten van de eigenaar van het heersend erf door toedoen van derden werden gefrustreerd. De eigenaar van het dienend erf was immers niet tot meer verplicht dan tot een dulden of niet doen [*hij mocht niets verrichten wat de rechten frustreert, NvO*]. Door niet op treden tegen de derden kon de eigenaar van het dienend erf niet worden verweten iets te hebben 'verricht' dat ertoe strekte de inhoud van de erfdiens-

28 In de praktijk wordt dit gepoogd te ondervangen met een passage dat 'voorzover de verplichtingen geen onderdeel uitmaken van het zakelijk recht, zij bij deze worden gevestigd als kwalitatieve verplichtingen in de zin van artikel 6:252 BW' of iets van dergelijke strekking. Zie ook Bijlage II.

29 Zie voor het erfpachtrecht HR 16 maart 1977, NJ 1977, 399 m.nt. WMK, waar wordt gesproken over 'het wezen' van de erfpacht en voor het recht van opstal HR 11 maart 1981, NJ 1982, 76 m.nt. WMK.

30 En wel door de Rechtbank Rotterdam op 23 november 2005, LJN AU8560.

31 HR 26 april 1934, NJ 1934, 1361 m.nt. PS zie ook Berger t.a.p., p. 138.

baarheid te verminderen of ongemakkelijker te maken. Daarnaast had de eigenaar van het heersend erf zelf een zakelijke actie tegen diegenen die inbreuk maakten op de erfdiensbaarheid. De stelling dat onder 'verrichten' ook 'het nalaten van handelingen' zou zijn begrepen, achtte de Hoge Raad in haar algemeenheid onjuist.

De hoofdinhoud van de erfdiensbaarheid moest dus betreffen een dulden of niet doen. Een doen kon niet tot de inhoud van de erfdiensbaarheid worden gerekend. De annotator bij het arrest, Paul Scholten, was het niet eens met de uitspraak. In zijn optiek hechtte de Hoge Raad te veel waarde aan de lijdelijkheid van de eigenaar van het dienend erf en zou in het onderhavige geval, waar het een zuiver bijkomstige bepaling betrof, deze best aan de eigenaar van het dienend erf moeten kunnen worden opgelegd.³²

De wetgever leek in het (N)BW eenzelfde gedachte als Scholten aan te houden en bood in de artikelen 5:70 lid 2 BW en 5:71 BW de mogelijkheid toch verplichtingen om te doen in een erfdiensbaarheid op te nemen, zij het dat de verplichtingen van artikel 5:70 lid 2 BW (het betalen van een retributie) en van 5:71 lid 1 2^e zin BW (het aanbrengen van gebouwen, werken of beplantingen) slechts konden worden opgelegd als *neven*verplichting, naast een hoofdverplichting tot dulden of niet doen.

In de Memorie van Antwoord werd zelfs expliciet opgemerkt dat de mogelijkheid bestond dat een erfdiensbaarheid inhoudende de verplichting tot dulden of niet doen, bijkomstige verplichtingen voor de eigenaar van het dienend erf met zich meebracht om te doen wat noodzakelijk is om te voorkomen dat de erfdiensbaarheid in haar uitoefening onmogelijk of minder makkelijk wordt, *zonder* dat in de akte van vestiging hier iets over is bepaald.³³ Zo zou in geval van een erfdiensbaarheid van weg de eigenaar van het dienend erf die deze weg door een obstakel afsluit, verplicht zijn dit obstakel uit de weg te ruimen. In hoeverre hij ook verplicht was het aanbrengen van obstakels door derden te voorkomen en door derden aangebracht obstakels te verwijderen, zou van de omstandigheden van het geval afhangen, waarbij onder meer een rol kan spelen de verhouding waarin de derde tot hem staat en of het feit dat de derde aldus kan optreden, mede aan hem, eigenaar van het dienend erf, te wijten is. Daarbij zal de rechter minder streng behoeven te zijn dan in bovengenoemde café-uitspraak.

De verplichting tot onderhoud van het dienend erf of van gebouwen, werken of beplantingen die zich geheel of gedeeltelijk op het dienend erf (zullen) bevinden (een en ander als genoemd in artikel 5:71 lid 2 BW) kon wél als hoofdverplichting

32 Deze gedachte is ook Maeijer toegedaan, t.a.p., p. 18, dit onder meer met een beroep op buitenlandse wetgeving terzake.

33 Parl. Gesch. Boek 6, p. 259.

worden opgelegd. In dit artikellid wordt immers niet gesproken van 'bovendien', wat wel in lid 1 het geval is.

De grenzen die de wetgever trok bij de 'herijking' van de erfdiensbaaerheid riep de nodige reactie op. A.G. Lubbers signaleerde dat met de beperkte toepassingsmogelijkheden de aantrekkingskracht van de kettingbedingen in volle omvang bleef bestaan:

'Het contractenbloed kruipt toch waar het niet gaan kan en dat is naar de ketting als de weg naar de openbare registers is afgesneden. Is het met die onomstotelijke wetenschap niet beter om naar huidig recht ruim te zijn bij de toelating tot de publieke club der servituten en zo te voorkomen dat de ontevreden zich in geheime kettingorgieën gaan uitleven?'³⁴

Zelfs de 'strengere redactie' die de wetgever bij de wettekst aangaande de erfdiensbaaerheid heeft gekozen biedt de praktijk de nodige mogelijkheden. Zo geeft de wet uitdrukkelijk ruimte aan bijvoorbeeld een erfdiensbaaerheid die strekt tot het in stand houden van een siertuin.³⁵ Een dulden dat zich uitwerkt in een doen dus en waarvan Berger opmerkt dat het opleggen van deze maatregelen [*het hanteren van schoffel en snoeimes ter instandhouding van een tuin, NvO*] thans geen aanleiding meer geeft tot discussie over de geldigheid van een erfdiensbaaerheid. Van een andere orde werd geacht de verplichting er voor zorg te dragen dat de waterstand in een beek niet boven een bepaalde hoogte zou stijgen. De Hoge Raad bepaalde dat in casu de verplichting moest worden beschouwd als een verplichting om te doen, en daarmee niet als erfdiensbaaerheid kon gelden.³⁶ Beekhuis merkte in zijn noot bij het arrest op dat voor de vraag of de erfdiensbaaerheid geldig is, de wijze waarop de erfdiensbaaerheid wordt uitgelegd doorslaggevend is.³⁷ Zou de erfdiensbaaerheid de strekking hebben dat er geen wijziging in de bestaande toestand mag worden gebracht, dan zou zij geldig zijn. Zou echter de eigenaar van het dienend erf maatregelen moeten ondernemen om ervoor te zorgen dat het water niet uit zichzelf hoger komt, dan zou zij ongeldig zijn.

Afgezet tegen de 'heersende leer' dat het instandhouden van een tuin kan worden beschouwd als een verbod de tuin te veranderen in een weiland of bos door menselijke ingreep, alsook het verbod de tuin te veranderen door de natuur haar gang te laten gaan, zou thans ook zonder het bepaalde in artikel 5:71 lid 2 BW een erf-

³⁴ Lubbers, Erfdiensbaaerheden en kwalitatieve verbintenissen, WPNR 4904, p. 205.

³⁵ Een voorbeeld dat veelvuldig wordt aangehaald als het gaat om de grenzen van het dulden; het in stand houden van een siertuin impliceert immers het bijhouden van hagen en gazon, het poten van plantjes en het mesten van de struiken. Zie onder meer Van Velten, p. 462, Berger, Burenrecht, mandeligheid en erfdiensbaaerheden, p. 137, Smalbraak, t.a.p., p. 92.

³⁶ HR 17 februari 1967, NJ 1968, 101 (Van Arragon/Van de Ven).

³⁷ Zie ook HR 13 juni 2003, NJ 2004, 251 (Teijssen/Marcus) waarin de Hoge Raad de partijbedoeling doorslaggevend achtte.

dienstbaarheid als in Van Arragon/Van de Ven zijn toegestaan. De erfdienstbaarheid inhoudende de verplichting de beek niet boven een bepaalde hoogte te laten stijgen zou dan kunnen worden vertaald als een verbod de hoogte van het water te laten stijgen door de natuur haar gang te laten gaan.

3.2.3 Nevenverplichtingen om te doen

Wanneer is bij de erfdienstbaarheid precies sprake van een ‘nevenverplichting’? Een belangrijke richtlijn vormt het arrest Bruggeman/Vlasroterij Sint Andries.³⁸

Bruggeman vorderde een verklaring voor recht ten laste van de Vereniging Vlasroterij Sint Andries te Koewacht dat tussen genoemde vereniging en (de rechtsvoorganger) van Bruggeman een onopzegbare overeenkomst tot stand was gekomen op basis waarvan aan Bruggeman het recht toekwam tot gebruik van de pomp en de leiding op het erf van Sint Andries. Hierdoor kon water worden toegevoerd naar Bruggemans vlasroterij. Daarnaast vroeg Bruggeman een verklaring voor recht dat een erfdienstbaarheid door verjaring was ontstaan ten gunste van het erf van Bruggeman en ten laste van het erf van Sint Andries, welke erfdienstbaarheid ertoe strekte dat (de eigenaar van) het (beoogde) dienend erf moest dulden dat via de zich daar bevindende pomp en leiding water werd onttrokken aan de kreek waarop de leiding uitkwam, dit ten behoeve van het erf van Bruggeman. Daarnaast werd gevorderd een verbod ten laste van Sint Andries om het perceel te vervreemden zonder dat daarbij de watertoevoer voor Bruggeman werd gewaarborgd en om haar te verbieden op andere wijze de waterdoorvoer te frustreren, en als laatste de verplichting voor Sint Andries om de zich op haar perceel bevindende pomp en leiding als noodwaterleiding te gedogen ten behoeve van de roterij van Bruggeman. De Hoge Raad wees de vorderingen af omdat in casu niet kon worden gezegd dat sprake was van een erfdienstbaarheid met als inhoud een dulden of niet doen. Alhoewel genoemd arrest gewezen is onder de vigeur van het oud BW,³⁹ zou ook onder het huidige recht er geen toegestane erfdienstbaarheid zijn, nu de verplichting tot het oppompen van water moeilijk kan worden beschouwd als zijnde een slechts bijkomende verplichting.⁴⁰

Naast bovengenoemde wettelijke mogelijkheden, is het dus niet toegestaan verplichtingen tot een doen tot inhoud van de erfdienstbaarheid te maken. Omdat de verplichting tot dulden of niet doen vrij ver kan gaan bestaat volgens Berger echter er in de praktijk in de regel slechts een beperkte behoefte aan erfdienstbaarheden om te doen.⁴¹

38 HR 14 februari 1997, NJ 1997, 542 m.nt. WMK.

39 Het betrof de inhoud van artikel 722 (Oud) BW.

40 Zie hierover ook Chao-Duivis, Kroniek voor het privaatrecht voor zover voor de bouw van belang 1997 (I), Bouwrecht 1998, p. 290.

41 T.a.p., p. 136 waarin hij noemt HR 27 mei 1950, NJ 1951, 197, HR 30 juni 1978, NJ 1979, 117 m.nt. WMK (Zegwaard/De Staat) en HR 25 maart 1983, NJ 1984, 444 m.nt. WMK (Brink/Petersson).

3.2.4 De inhoudelijke grenzen bij de kwalitatieve verplichting

Bij de kwalitatieve verplichting zijn ten aanzien van het dulden of niet doen geen andere inhoudelijke grenzen beoogd dan bij de erfdienstbaarheid, zij het dat zoals gezegd ook het niet verrichten van rechtshandelingen inhoud van de verplichting kan zijn en dat de verplichting een relatie moet hebben met het 'dienend erf', wat blijkt uit het gebruik van de woorden 'ten aanzien van een haar toebehorend registergoed'.⁴²

Dat ook het niet verrichten van rechtshandelingen tot inhoud van de verplichting kan worden gemaakt bracht in 1992 Wibbens-de Jong op het idee de kwalitatieve verplichting te gaan gebruiken als alternatief voor het huurbeding van artikel 3:264 BW.⁴³ Wibbens-de Jong signaleerde dat de in artikel 3:264 BW leden 4-8 neergelegde procedure voor de hypotheekhouder bezwarend kon zijn. De tijdrovende procedure breidde de facto de bescherming van de huurder uit. Nu er ook enkele arresten waren geweest die de positie van de hypotheekhouder verzwakten,⁴⁴ was het aldus Wibbens-de Jong geen slecht idee te zoeken naar voor de hypotheekhouder gunstiger alternatieven. In haar bijdrage oppert Wibbens-de Jong de mogelijkheid dat de hypotheekhouder met de hypotheekgever een kwalitatieve verplichting overeen komt inhoudende het verbod voor de hypotheekgever het registergoed zonder toestemming van de hypotheekhouder te verhuren.

Het stuk maakte vele reacties los, die alle de teneur hadden dat het gebruik van een kwalitatieve verplichting als alternatief voor het huurbeding onhaalbaar was.⁴⁵

Naar mijn mening heeft Wibbens-de Jong gelijk waar zij concludeert dat een verbod tot verhuur tot inhoud van een kwalitatieve verplichting kan worden gemaakt. Ook verkrijgt het verbod het gewenste zaaksgevolg en werkt het mede tegen gebruikers. Zoals de 'tegenstanders' van de visie van Wibbens-de Jong echter terecht aanvoeren, kan het verbod tot verhuur niet worden ingeroepen tegen de huurder aan wie in strijd met het verbod is verhuurd. Weliswaar is ook hij gebonden, maar slechts in die zin, dat het hem niet is toegestaan onder te verhuren. De in strijd met de verplichting aangegane huur is niet vernietigbaar (wat bij een huurbeding wel het geval is), maar de verhuurder zal slechts wegens wanprestatie kunnen worden aangesproken.

Wibbens-de Jong betoogt dat op deze wijze bezien een huurverbod wel erg weinig zin heeft.⁴⁶ Dat is inderdaad het geval, met dien verstande dat de crediteur recht heeft op schadevergoeding. Ook is het wellicht mogelijk om de huurder aan te

42 Parl. Gesch. Boek 6, p. 944.

43 Wibbens-de Jong, Een beding ex art. 6:252 BW in plaats van het huurbeding, WPNR 6061 en 6062 (1992).

44 Genoemd worden onder meer HR 3 februari 1983, NJ 1990, 249 (Pirouette) en HR 2 juni 1989, NJ 1990, 253 (Christenhusz-Brunsveld).

45 Lekkerkerker, Kwalitatieve bedingen in de hypotheek, WPNR 6057 (1992), p. 555, Berger WPNR 6064 (1992), p. 711 e.v., Pleysier, Meghelsen en Van Straaten, WPNR 6091 (1992) p. 316-320. Voorts Asser-Van Velten Goederenrecht III, nr. 273 alsmede de daar vermelde verdere literatuur.

46 WPNR 6091 (1992), p. 320.

spreken indien deze van het verbod op de hoogte was, dit naar analogie van onder meer wat over de positie van derden jegens niet doorgegeven kettingbedingen is bepaald.

De constatering dat – afgezien van de uitbreiding tot het niet verrichten van rechtshandelingen – de inhoud van de verplichting evenals bij de erfdiensbaarheid zich tot een dulden of niet doen moet beperken, zou de indruk kunnen wekken dat ook voor de vraag naar de inhoudelijke grenzen naadloos aangesloten kan worden bij de erfdiensbaarheid. Dat is slechts gedeeltelijk het geval, namelijk waar het verplichtingen tot een dulden of niet-doen betreft. Ten aanzien van de mogelijkheid verplichtingen tot een doen tot inhoud te verheffen echter, is de Minister heel duidelijk:

‘Waar het hier gaat om een verplichting om te doen [een bebouwingsverplichting, NvO], kan artikel 6.5.3.4. daarop niet worden toegepast. De ondergetekende meent dat dit ook geen aanbeveling verdient, omdat aldus op eventuele verkrijgers – en zelfs op latere persoonlijk gerechtigden – een last zou kunnen worden gelegd die een enkele beperking van de eigendom of van het gebruiksrecht verre te buiten gaat (...) Ook uitbreiding tot andere verplichtingen om te doen dan de boven bedoelde komt de ondergetekende niet wenselijk voor. De Commissie heeft als zodanig vermeld de verplichting tot onderhoud die voor erfdiensbaarheden is opgenomen in artikel 5.6.2 lid 2 [thans 5:71 lid 2, NvO], waarbij, naar de Commissie terecht heeft opgemerkt, de schuldeiser veelal slechts belang zal hebben als eigenaar of zakelijk gerechtigde tot een ander erf. Evenmin behoort het artikel te worden uitgebreid tot verplichtingen om te geven, behoudens dat niet uitgesloten is dat een verplichting om niet te doen of te dulden wordt versterkt met een boetebeding.’⁴⁷

Een opmerkelijke motivering. In het verbintenissenrecht geldt als basisbeginsel de partijautonomie, wat juist het toestaan van een verplichting tot een doen zou rechtvaardigen, terwijl in het goederenrecht bij de erfdiensbaarheid een verplichting tot een doen als gezegd als nevenverplichting kan worden opgelegd. Nu zoals al eerder gememoreerd, bij de erfdiensbaarheid altijd het adagium geweest is ‘servitus in faciendo consistere non potest’,⁴⁸ met als achtergrond het zo min mogelijk aantasten van de eigendom en men toch reden heeft gezien van dit beginsel af te wijken, is het des te opmerkelijker dat bij een in de basis verbintenissenrechtelijke figuur wél strikt aan genoemd beginsel wordt vastgehouden. Nu ook bij de erfdiensbaarheid rek lijkt te zitten in de mogelijkheid verplichtingen tot een doen op te leggen, ligt het voor de hand ook bij de kwalitatieve verplichting toe te staan dat de inhoud ziet op verplichtingen tot een doen. In §5.3.2.1 zal ik ervoor pleiten om, in afwijking van wat hieromtrent in de Parlementaire Geschiedenis is

47 Parl. Gesch. Boek 6, p. 944.

48 Dig. 8,1,15,1.

bepaald, een bepaalde nevenverplichting om te doen onderdeel van de verplichting te kunnen maken.

Met betrekking tot de inhoud van de kwalitatieve verplichting is slechts één uitspraak bekend, te weten eerder genoemde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, die bij de vaststelling van de inhoud de objectieve uitleg doorslaggevend acht.⁴⁹

‘Bij de beoordeling van het geschil over de kwalitatieve verplichting dient aansluiting gezocht te worden bij de jurisprudentie van de Hoge Raad ter zake van de uitleg van zakelijke overeenkomsten (met name Hoge Raad 8 december 2000, NJ 2001/350 en Hoge Raad 13 juni 2003, NJ 2004/251). Kwalitatieve verplichtingen hebben immers met zakelijke rechten gemeen dat zij overgaan op rechtsverkrijgers onder bijzondere titel, in verband waarmee publicatie in de openbare registers is voorgeschreven. Voor wat betreft vorenbedoelde zakelijke overeenkomst heeft dan ook te gelden dat voor de vaststelling van de inhoud en reikwijdte van de kwalitatieve verplichting uitsluitend beslissend is de in de desbetreffende notariële akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling, die moet worden afgeleid uit de in die akte gebezigde bewoordingen, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte. Dit betekent dat de in de notariële akte van 16 april 1993 opgenomen verplichting prevaleert boven een eventuele niet in die akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling.’

3.2.5 De vervreemdingsbeperking van lid 5

Op grond van het bepaalde in artikel 6:252 lid 5 BW is het niet toegestaan een verplichting die een beperking van de mogelijkheid tot vervreemden of bezwaren van het goed inhoudt, kwalitatieve werking mee te geven. Goederenrechtelijk is dit al geregeld in artikel 3:83 BW, maar de wetgever vond het ook wenselijk te voorkomen dat een daartoe strekkende obligatoire afspraak kwalitatieve werking kreeg.

‘Het komt de ondergetekende wenselijk voor deze mogelijkheid uitdrukkelijk uit te sluiten, zulks in overeenstemming met de strekking van de regeling van artikel 3.4.2.1. leden 1 en 2, waar partijen slechts ten aanzien van vorderingsrechten de vrijheid wordt gegeven ter beperking van de overdraagbaarheid. Een andere regel zou in strijd komen met de eisen van een behoorlijk verlopend rechtsverkeer ter zake van registergoederen en zou bovendien een ernstige belemmering kunnen opleveren voor schuldeisers om op deze goederen verhaal te zoeken voor de schulden die de rechthebbende jegens hen aanging’.⁵⁰

49 Rb. Rotterdam 23 november 2005, LJN AU 8560. Evenals bij de erfdiensbaerheid waar de partijbedoeling de doorslag geeft bij de vraag hoe de inhoud moet worden uitgelegd, is dit ook bij de kwalitatieve verplichting leidend.

50 Parl. Gesch. Boek 6, p. 944.

Met dit verbod wordt vanzelfsprekend niets gezegd over de toelaatbaarheid van een dergelijk obligatoir beding op zichzelf, maar slechts over de mogelijkheid het kwalitatief te maken.⁵¹

Onder het verbod van lid 5 vallen, zo blijkt uit de Parlementaire Geschiedenis,

‘(...) alle bedingen die een vervreemding of bezwaring door de rechthebbende in zijn geheel of ten dele verbieden. Een zodanig beding doet zich niet alleen voor in geval van een rechtstreeks verbod tot overdracht of vestiging van een beperkt recht, maar ook bijvoorbeeld bij een verbod tot verkoop dat er immers op neerkomt dat ook vervreemding krachtens een zodanige titel door het beding ongeoorloofd wordt gemaakt. Ook vallen onder de uitsluiting bedingen die vervreemding of bezwaring binden aan toestemming van degene die het beding heeft opgelegd, alsmede bedingen die zijn gegoten in de vorm van een ontbindende voorwaarde welke in geval van vervreemding of bezwaring het recht op het registergoed aan de oorspronkelijke vervreemder doet vervallen’.⁵²

Niet onder het verbod vallen echter verplichtingen die vervreemding moeilijker maken, of het goed voor eventuele gegadigden minder aantrekkelijk zoals het verbod het goed voor een andere bestemming aan te wenden, dan in het beding omschreven.⁵³

Ook hier geldt dat het bepalen van de grenzen van het toelaatbare over wordt gelaten aan de rechter. Wel noemt de wetgever nog uitdrukkelijk de bedingen waarbij wordt bepaald dat verkoop niet boven een bepaalde prijs plaats zal mogen vinden, en waarbij het betreffende bedrag ofwel in de verplichting zelf ofwel door bijvoorbeeld Burgemeester en Wethouders van de betreffende gemeente krachtens het beding aan de hand van bepaalde maatstaven wordt vastgesteld. Dergelijke bedingen zullen, aldus de wetgever, in beginsel onder de uitsluiting vallen, waarbij het geval dat zij wegens de hoogte van de vastgestelde prijs geen werkelijke belemmering vormen van weinig belang is. Toch bestaat de mogelijkheid, zo wordt erkend, dat de rechter ze evenmin als een werkelijke vervreemdingsbeperking beschouwt, zo zij uitsluitend beogen bij gesubsidieerde bouw tegen te gaan dat een excessieve prijsontwikkeling het doel van de subsidie frustreert.⁵⁴ In dat geval zal in de regel wegens de moeilijkheid van het verband tussen de vastgestelde prijs en de subsidie toch van uitsluiting van het beding door het vijfde lid moeten worden uitgegaan.⁵⁵

51 Zie ook Asser-Hartkamp 4-II, nr. 407c en de aldaar genoemde vindplaatsen.

52 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, p. 1822. Wat opvallend is, is dat een ontbindende voorwaarde natuurlijk al zakelijke werking heeft. Bij het vervreemding in strijd met het verbod zal het goed vanzelf terugvallen aan de vervreemder en kan er dus sowieso geen sprake zijn van binding van opvolgende verkrijgers. Zie hieromtrent ook Du Perron, t.a.p., nr. 280.

53 Parl. Gesch. Boek 6, p. 947.

54 Hier worden de non-speculatiebedingen bedoeld, zie ook Bijlage III.

55 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, p. 1823.

3.3 DUUROVEREENKOMST

Aan de verplichting tot dulden of niet-doen kan doorgaans niet met een enkele prestatie worden voldaan; de debiteur dient zich gedurende een langere periode ergens van te onthouden dan wel iets te dulden. Met deze constatering doet de eerder genoemde term duurovereenkomst zijn intrede. De duurovereenkomst wordt wel omschreven als een overeenkomst die voortdurende verbintenissen in het leven roept en een rechtsverhouding tussen partijen construeert die als 'toestand' kan worden gekenschetst.⁵⁶ In de literatuur is veel gediscussieerd over de vraag of bepaalde overeenkomsten nu wel of niet als duurovereenkomst gekwalificeerd kunnen worden, dan wel of toch met een enkele prestatie aan de verplichting voldaan is.

Zo is bijvoorbeeld in het kader van de Faillissementswet de huurovereenkomst onderwerp van discussie geweest; heeft de verhuurder met het enkele overhandigen van de sleutel en daarmee ter beschikking stellen van de woning aan de huurder zijnerzijds voldaan aan de overeenkomst, of is er sprake van een voortdurende verbintenis want het steeds verschaffen van ongestoord huurgenot?⁵⁷

Voor de wijze van totstandkoming is het niet relevant of er al dan niet van een duurovereenkomst sprake is. Wel heeft de kwalificatie van de overeenkomst tot duurovereenkomst consequenties voor de mogelijkheden tot opzegging en ontbinding (zie Hoofdstuk 6) en voor de toepasselijkheid van artikel 37 Fw. (zie Hoofdstuk 7). Het vaststellen dat sprake is van een duurovereenkomst is dan ook zeker relevant.

3.4 HET BOETEBEDING

Hoewel een verplichting tot een doen formeel niet tot inhoud van de kwalitatieve verplichting kan worden gemaakt, is in de Parlementaire Geschiedenis een uitzondering geschapen voor het boetebeding.⁵⁸ Het boetebeding kan worden gekoppeld aan de basisverplichting, maar denkbaar is ook dat de verplichting tot kwalitatief maken met een zodanig beding wordt versterkt. Wordt aan de verplichting tot kwalitatief maken een boetebeding verbonden dan geldt dit vanzelfsprekend slechts tussen partijen, maar heeft het geen zaaksgevolg. De wetgever heeft bij het toestaan van het boetebeding op het oog gehad het boetebeding als tegenhanger van de basisverplichting.

56 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 71.

57 Zie §7.5.

58 Parl. Gesch. Boek 6, p. 944.

Denk hierbij aan de verplichting tot dulden dat er op het 'dienend erf' een auto wordt geparkeerd. Steeds wanneer de auto wordt geweerd, wordt de boete verbeurd. Het boetebeding gaat bij overgang van de basisverplichting ook gewoon mee over. Iets anders is het, wanneer het dienend erf zodanig wordt aangepast dat er in het geheel geen parkeerplaats meer is. In dat geval wordt de verplichting illusoir, een en ander onverminderd de mogelijkheid bij wijze van schadevergoeding anders dan in geld herstel in de oude toestand te vorderen.⁵⁹

In de memorie van antwoord wordt opgemerkt:⁶⁰

'Evenmin behoort het artikel te worden uitgebreid tot verplichtingen om te geven, behoudens dat niet uitgesloten is dat een verplichting om niet te doen of te dulden wordt versterkt met een boetebeding; in dat geval zal de verplichting tot voldoening van de boete bij overgang van de hoofdverbintenis eveneens op de nieuwe schuldenaar overgaan, voor zover de boete nog niet verbeurd is'.

Vorenstaand citaat geeft weer dat indien er eenmaal een boete is verbeurd, de verplichting tot voldoening van de boete niet op de opvolgende eigenaar komt te rusten. Wel gaat het boetebeding over voorzover het nieuwe schendingen van de verplichting betreft. De verplichting tot voldoening van de al verbeurde boete blijft rusten op degene die de verplichting heeft geschonden.

Met betrekking tot de verplichting tot kwalitatief maken moet er vanuit worden gegaan dat hier geen inhoudelijke beperkingen voor gelden en een boetebeding in ieder geval aan deze verplichting gekoppeld kan worden. Wat voor zin heeft het verbinden van een boetebeding aan de verplichting tot kwalitatief maken? Uit zijn aard lijkt een dergelijke verplichting immers eenmalig, want wordt de boete verbeurd dan is dus de verplichting niet kwalitatief gemaakt. Naar mijn mening hoeft dit niet het geval te zijn. Nu de verplichting tot kwalitatief maken allerlei vormen aan kan nemen, is het denkbaar dat wordt bepaald dat op verzoek van de crediteur uit de basisverplichting deze verplichting kwalitatief wordt gemaakt. Ieder verzoek waar niet aan wordt voldaan levert vervolgens verbeurde van de bedongen boete op. Iets anders is, dat een dergelijke 'versterkte' verplichting tot kwalitatief maken zelf niet kwalitatief kan worden gemaakt. Het betreft immers een verplichting om te doen waarop de uitzondering uit de Memorie van Antwoord niet ziet. Om deze verplichting over te laten gaan op opvolgende verkrijgers (de verplichting is dan natuurlijk nog niet kwalitatief gemaakt) is het opleggen van een kettingsbeding dan ook de enige mogelijkheid.

Zou de inhoud van de basisverplichting een inhoud hebben die naar de letter van de wet niet kwalitatief kan worden gemaakt (bijvoorbeeld een verplichting om het

⁵⁹ Zie hierover §6.2.

⁶⁰ Parl. Gesch. Boek 6, p. 944.

verbonden goed te bezwaren) dan moet de conclusie zijn dat schending van de verplichting om kwalitatief te maken niet tot verbeurte van de boete kan leiden. Schending van de basisverplichting op zich leidt tussen de contractspartijen wel tot verbeurte van de boete. Het is echter niet mogelijk de basisverplichting kwalitatieve werking mee te geven. Hoewel de overeenkomst op zich geldig is, zal de het verbod van lid 5 nakoming beletten.⁶¹

3.5 DE TEGENPRESTATIE

In het vierde lid van artikel 6:252 BW is een regeling opgenomen voor de situatie dat voor de verplichting een tegenprestatie is overeengekomen:

‘Is voor de verplichting een tegenprestatie overeengekomen, dan gaat bij de overgang van de verplichting het recht op de tegenprestatie mee over, voor zover deze betrekking heeft op de periode na de overgang en ook het beding omtrent deze tegenprestatie in de registers ingeschreven is.’

Hoewel het zeker denkbaar is dat er een verplichting wordt gevestigd zonder dat daar een tegenprestatie tegenover staat (denk aan de eerder genoemde bouwprojecten met verplichtingen ten gunste van bijvoorbeeld de gemeente) zal in veel gevallen een tegenprestatie worden overeengekomen. In de literatuur is lang de opvatting gehuldigd dat iedere prestatie om bestaanbaar te zijn, op geld waardebaar moest zijn (immers bij niet-nakoming op te lossen in een vordering tot schadevergoeding), maar deze opvatting heeft terrein verloren.⁶² Is aan de verbintenis een tegenprestatie verbonden, dan kan bij schending van de verbintenis de tegenprestatie een handvat voor de bepaling van schadevergoeding vormen. Lastig is in dit kader wel dat theoretisch ook de tegenprestatie uit een dulden of niet doen kan bestaan, een over en weer verlenen van een recht van overpad bijvoorbeeld (in een andere vorm dan een erfdienstbaarheid), of uit een niet op geld waardeerbare prestatie.

Bij een verplichting zonder tegenprestatie, zoals de verplichting voor de buurman van kroonprins Willem-Alexander en prinses Máxima om zich te onthouden van het maken van foto's van de omgeving van De Horsten, zal het bijzonder lastig worden om na schending van de verplichting (de Groene Specht staat in al zijn schoonheid op de foto) de omvang van de schadevergoeding te bepalen. In casu zal wellicht de oplossing gevonden kunnen worden in vergoeding van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat (schending van privacy).

61 Zie artikel 3:40 BW alsmede Asser-Hartkamp 4-II, nr. 252a alsook Asser-Hartkamp 4-I, nr. 422 e.v. waarin de situaties worden besproken waarin de schuldenaar bij niet-nakoming een beroep op overmacht kan doen.

62 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 27.

De redactie van artikel 6:252 lid 4 BW wekt de indruk dat het recht op de overeengekomen tegenprestatie niet op de nieuwe verkrijger van het 'dienend erf' overgaat, als het beding omtrent de tegenprestatie niet in de openbare registers is ingeschreven. Vorenstaande zou echter in strijd komen met de gedachte dat het redelijk is dat 'lusten en lasten aan dezelfde partij toevallen'⁶³ en kan volgens Van der Ploeg niet de bedoeling van het artikellid zijn.⁶⁴ Volgens Van der Ploeg beoogt de toevoeging in de wet niet anders dan te bepalen dat het beding over de tegenprestatie een inschrijfbaar feit wordt als bedoeld in artikel 3:17 BW en dat de registers op dat punt volledig zijn. Het niet inschrijven van de tegenprestatie heeft echter niet tot gevolg dat de tegenprestatie niet mee overgaat. De wetgever heeft kennis genomen van deze opvatting van Van der Ploeg zonder zich uitdrukkelijk hierover uit te spreken. Wel voegt de wetgever in het kader van de reactie op de mening van Van der Ploeg toe, dat een latere verkrijger zich er tegenover degene die de prestatie verschuldigd is, op zal kunnen beroepen dat hij recht heeft op datgene wat uit de registers blijkt. Mocht het recht op de prestatie na een bepaalde tijd eindigen of er de facto slechts een lager bedrag verschuldigd zijn dan uit de registers blijkt, dan zal dit aan de verkrijger niet kunnen worden tegengeworpen, dit op grond van het bepaalde in artikel 3:24 lid 1 BW.⁶⁵

Gezien vorenstaande, is de situatie dus onduidelijk. De wetgever heeft de mening van Van der Ploeg niet verworpen. Mede in aanmerking nemende dat inschrijfbaarheid van feiten relevant is voorzover het op te leggen lasten betreft, en niet waar het te verlenen rechten betreft, ben ik van mening dat de opvatting van Van der Ploeg tot een redelijk resultaat leidt, en dat dus het ingeschreven zijn van het recht op de tegenprestatie geen voorwaarde is voor overgang ervan. Het recht op de tegenprestatie gaat dus mee over op de nieuwe verkrijger, althans voor zover deze tegenprestatie ziet op de periode ná de verkrijging.⁶⁶ Het kan zijn dat het recht op de tegenprestatie al is vervallen, bijvoorbeeld omdat al is nagekomen. Net als bij bijvoorbeeld een erfdiensbaarheid, kan natuurlijk een periodieke vergoeding worden overeen gekomen, maar ook kan een som ineens worden betaald. In een dergelijke situatie kan volgens de Parlementaire Geschiedenis van overgang geen sprake meer zijn. Of de nieuwe verkrijger van zijn voorganger de tegenprestatie geheel of gedeeltelijk vergoed krijgt, hangt volgens de wetgever van hun onderlinge verhouding af.

Denk aan de situatie dat ontwikkelaar A ten gunste van B een kwalitatieve verplichting vestigt op de hem toebehorende grond, inhoudende dat B de grond als parkeerplaats mag gebruiken. In ruil hiervoor komen partijen een ruimhartige tegenprestatie overeen, die direct integraal wordt voldaan. Direct nadat de grond is ontwikkeld, draagt A de grond

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

64 Van der Ploeg, t.a.p., p. 414.

65 Parl. Gesch. Boek 6, p. 947.

66 Het is mogelijk dat de tegenprestatie hiermee een kwalitatief recht is als bedoeld in artikel 6:251 BW en daardoor automatisch met het goed mee overgaat.

over aan C. Uiteindelijk is C gebonden aan de verplichting, terwijl A de tegenprestatie daarvoor in zijn zak heeft gestoken. Het hangt van de koopovereenkomst A-C af, wat er met het betaalde bedrag gebeurt. De vergoeding voor de kwalitatieve verplichting kan, en zal veelal ook, in de koopprijs zijn verdisconteerd. B heeft zijnerzijds aan zijn verplichtingen voldaan.

De gebruikers die als gevolg van een daartoe strekkende bepaling aan de verplichting gebonden zijn, zijn in principe niet tot de tegenprestatie gerechtigd. Hierop wordt meer uitgebreid ingegaan in Hoofdstuk 5.

Over de keerzijde van de overgang van het dienend erf, namelijk het geval dat de vordering door middel van cessie over gaat, wordt in het kader van de tegenprestatie niets gezegd. Zo komt de vraag of bij cessie van de vordering uit de kwalitatieve verplichting ook de verplichting tot voldoening van de tegenprestatie mee over gaat nergens aan de orde.

In de praktijk zal dit bij de cessie worden bedongen in de vorm van al dan niet volkomen schuldoverneming. Voor een wettelijke schuldoverneming is uiteraard de medewerking van de schuldeiser, in casu de debiteur van de kwalitatieve verplichting, vereist.

3.6 HET KETTINGBEDING

Dat het kettingbeding er uitspringt als het gaat om ruimte voor partijautonomie is logisch en al eerder opgemerkt. Toch is ook de inhoud van het kettingbeding onderwerp van discussie en het is dan ook zeker relevant ook de mogelijke inhoud van dit contractuele beding af te grenzen. De inhoudelijke beperkingen die door de wetgever zijn aangebracht bij zowel de erfdiensbaarheid als de kwalitatieve verplichting, hebben als eerder genoemde achtergrond de vrees voor horigheid, overbelasting van de grond en onoverzichtelijkheid. Opmerkelijk is dat de wetgever in zijn ijver ongewenste effecten tegen te gaan de kettingbedingen ongemeoid heeft gelaten. Omdat het kettingbeding zich geheel in de sfeer van het verbintenisrecht bevindt, is de enige inhoudelijke beperking op de partijautonomie die welke uit de wet of de goede zeden voortvloeit. Deze begrenzing laat ruimte voor zeer veel bedingen, ook maatschappelijk ongewenste.⁶⁷ De wetgever heeft gemeend de kettingbedingen onbeperkt toe te moeten staan en de bestrijding mogelijk te maken via de figuur van artikel 6:259 BW, de wijzigingsbevoegdheid van de rechter.⁶⁸

67 Namelijk die welke ook werden genoemd bij het introduceren van de kwalitatieve verplichting, zie onder meer §2.9.

68 Over de wijzigingsbevoegdheid in het algemeen §3.8. Voor het kettingbeding zie Van der Ploeg, t.a.p., p. 416, Maeijer, t.a.p., p. 72 en Smalbraak, t.a.p., p. 106.

Dat in het licht van de angst voor horigheid niet ook de kettingbedingen zijn aangepakt heeft in de literatuur verbazing gewekt. Zo merkt Van Opstall op:

‘Kettingbedingen zou ik het liefst zien uitgebannen door een bepaling die deze nietig verklaart; ik vind ze ondingen die slechts dienen om zo goed mogelijk datgene te bereiken wat de wet juist niet wil. Bovendien zijn zij bedrieglijk in zoverre dat zij, althans in mijn oog, de bedinger in de steek laten in geval van faillissement of executie van het met de ketting ‘belaste’ goed.’⁶⁹

Ook wordt betwijfeld – mijns inziens terecht – of het doel van de invoering van de kwalitatieve verplichting, namelijk het maken van een einde aan de wildgroei in kettingbedingen, wel wordt bereikt als het kettingbeding met zijn ruimere inhoudelijke mogelijkheden in stand wordt gelaten.⁷⁰

Uiteraard is de zwakte van het kettingbeding gelegen in de mogelijkheid tot verbreking daarvan door een faillissementscurator, een executerend hypotheekhouder/beslaglegger of een wanpresterende verkoper.

3.6.1 Binding van derden aan kettingbedingen

Dat derden onrechtmatig kunnen handelen indien zij profiteren van wanprestatie of dit uitlokken of bevorderen door niet oplegging van het kettingbeding, is door de Hoge Raad meerdere malen uitgemaakt, onder meer in de befaamde arresten Pos/Van den Bosch, Kamsteeg/Caltex en Curaçao/Boyé⁷¹ en ook in recenter gevallen, uitvoerig gedocumenteerd door Du Perron in zijn proefschrift ‘Overeenkomst en derden’ en de gelijknamige Monografie van Cahen.⁷² Het oordeel of het profiteren van, bevorderen van of meewerken aan wanprestatie ook daadwerkelijk onrechtmatigheid met zich brengt, is echter steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval waarbij onder meer de hoedanigheid van de derde en de in aanmerking te nemen belangen relevant zijn. Partijen hebben principieel de mogelijkheid wanprestatie te plegen, maar de omstandigheden van het geval (vast te stellen door de rechter) kunnen leiden tot de conclusie dat sprake is van onrechtmatig handelen. Toch werd in de notariële gedragscode de opvatting gehanteerd dat het meewerken aan het niet doorgeven van kettingbedingen onjuist was, en dat de notaris dienst diende te weigeren.⁷³ Sindsdien zijn er meerdere tuchtrechtelijke uitspraken in die richting geweest en is er in de literatuur uitbundig aandacht aan de materie besteed, in het bijzonder door Holtman, Kraan, Kleyn en schrijver

69 Van Opstall, WPNR 4926 (1966), p. 471. Zie over de positie van het kettingbeding in faillissement tevens Mijnsen/De Liagre Böhl/Kist, Algemene aspecten van beslag en executie, p. 31.

70 Maeijer, t.a.p., p. 73.

71 Respectievelijk HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (m.nt. GJS), HR 4 juni 1964, NJ 1965, 381 en HR 28 juni 1974, NJ 1974, 400 en HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (m.nt. CJHB en WMK).

72 Cahen, Overeenkomst en derden, Hoofdstuk II.

73 Dit overigens tot vreugde van Van Mourik, zo meldt hij bij de bespreking van het rapport van de Commissie Verantwoordelijkheid Notaris, WPNR 5794 (1986), p. 524.

dezes.⁷⁴ Globaal wordt onderscheiden in twee leren, enerzijds de leer Van Os, een groot voorvechter van dienstweigerings door de notaris in de geschetste gevallen, en anderzijds de leer Kleyn (welke visie ook wordt gedeeld door Van Velten),⁷⁵ inhoudende dat de notaris in dergelijke situaties zijn diensten niet mag weigeren. Hij mag niet op de stoel van de rechter gaan zitten. Holtman is van mening dat de notaris zich niet mag laten gebruiken voor 'opzetjes' van zijn cliënt en een eigen ethiek heeft. Wat hier ook van zij, recent is uitspraak gedaan door de notariskamer van het Hof Amsterdam,⁷⁶ welke uitspraak onder meer is gewezen door genoemde oud-notaris Van Os. In laatstgenoemd arrest had de notaris meegewerkt aan een levering waarbij uit de in de leveringsakte van toepassing verklaarde algemene verkoopvoorwaarden kenbaar was dat overdracht verboden was respectievelijk schadeplichtigheid tegenover een derde op zou leveren. Het Hof bepaalde dat de stelling van de notaris als zou zijn onderzoeksplicht niet verder gaan dan ervoor zorgen dat partijen een onaantastbare rechtshandeling verrichten, en dat het niet tot zijn plicht hoorde ervoor te waken dat partijen in strijd handelen met obligatoire rechtshandelingen, onjuist was.⁷⁷

3.6.2 Relevante civiele rechtspraak

Voormelde tuchtuitspraak is niet verrassend te noemen gezien de hiervoor genoemde jurisprudentie en artikelen. Wat wel opvallend is, is dat er vlak vóór het verschijnen van genoemde tuchtuitspraak, en wel op respectievelijk 30 september 2005 en 23 december 2005,⁷⁸ door de Hoge Raad weer arresten zijn gewezen die op hetzelfde vlak liggen, namelijk het gebruik maken van andermans wanprestatie. In deze uitspraken bepaalt de Hoge Raad uitdrukkelijk dat het handelen met iemand terwijl men weet dat deze door dit handelen een met een ander gesloten overeenkomst schendt, op zichzelf jegens die ander niet onrechtmatig is, alsook dat de van de wanprestatie profiterende derde niet onrechtmatig handelt door de enkele

74 Zie WPNR 5751(1985), p. 575 e.v. WPNR 6477 (2002) p. 172 e.v., 6501(2002), p. 612 e.v. en 6505 (2002), p. 701 e.v. en WPNR 6675 (2006). Zie ook de bespreking van deze problematiek in Melis, *De Notariswet*, p. 48 e.v.

75 Zie ook Van Velten, t.a.p., §14.11.4 en 5, alsmede §18.2.

76 Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 19 januari 2006, LJN AV0591.

77 Zie voor een uitspraak in tegenovergestelde zin Hof Arnhem, 27 december 2005, LJN AU 9310 inzake een niet-nagekomen voorkeursrecht. In r.o. 4.16 bepaalt het Hof: 'Naar het oordeel van het hof gaat de zorgvuldigheid die de notaris in acht moet nemen bij het verrichten van een ambtshandeling in een situatie als de onderhavige niet zover dat hij gehouden is om, nadat één van comparanten desgevraagd uitdrukkelijk heeft medegedeeld dat het contractuele voorkeursrecht is uitgewerkt, althans niet in de weg staat aan het verlijden van de transportakte, zelf, buiten comparanten om, een onderzoek in te stellen naar de vraag of de rechten van een derde mogelijkerwijs kunnen worden benadeeld indien de ambtshandeling wordt verricht. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen dat het hier gaat om een contractueel voorkeursrecht dat enkel geldt binnen de contractuele verhouding tussen één van comparanten en een derde, en niet om omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de juridische status van onroerende zaken, noch de juistheid van vermeldingen in de openbare registers of andere algemene belangen.'

78 Respectievelijk NJ 2005, 513 en 2006, 33.

wetenschap van de (te schenden) verbintenis. Of een dergelijk, gewoonlijk als profiteren of gebruikmaken van wanprestatie aangeduid, handelen jegens die derde onrechtmatig is, hangt af van de omstandigheden van het geval. De uitspraken van de Hoge Raad benadrukken een principe dat ook uit eerdere uitspraken op dit gebied kenbaar is, namelijk dat welbewust profiteren van wanprestatie – op zichzelf niet ongeoorloofd – toch gezien de omstandigheden van het geval onrechtmatig *kan* zijn. Het enkele plegen van wanprestatie levert als zodanig geen onrechtmatigheid jegens de derde op. Hoe kan deze uitspraak worden verenigd met die van de notariskamer van het Hof Amsterdam? Hoe valt te verdedigen dat een notaris dienst moet weigeren bij dreigende wanprestatie door een der partijen, als de onrechtmatigheid van die wanprestatie nog in het geheel niet vaststaat? Eerder is al aangevoerd door met name Kleyn en van Velten (in mijn optiek geheel terecht) dat het niet aan de notaris is om op de stoel van de rechter te gaan zitten, een standpunt dat door Huygen en Pleysier in hun boek 'De wetgeving op het notarisambt', wordt gedeeld.⁷⁹ Toegevoegd kan worden dat ruim dertien jaar na invoering van de kwalitatieve verplichting dikwijls – met name als het om negatieve verplichtingen gaat – niet meer verdedigd kan worden dat het breken van het kettingbeding onrechtmatig is. Zou de crediteur (de insteller) zaaksgevolg aan zijn beding hebben willen verlenen, dan staat daar immers de weg van artikel 6:252 BW voor open. Het is niet voor niets dat de wetgever toen bij de totstandkoming van artikel 6:252 BW werd bepaald dat ook indien het beding nog niet in de openbare registers was ingeschreven, derden die het beding kenden eraan gebonden waren, deze passage heeft geschrapt.⁸⁰ Het binden van derden aan obligatoire bedingen door enkele wetenschap ervan verdraagt zich niet met het rechtskarakter ervan. Automatisch dienst weigeren bij voorgenomen verbreking van de ketting, zonder dat vast staat dat van onrechtmatigheid sprake is, leidt in wezen tot het verlenen van zaaksgevolg aan een persoonlijke aanspraak (zie al in deze zin Curaçao/Boyé) en daarmee tot een quasi goederenrechtelijk recht. Wetgevende noch rechtsprekende macht heeft dit gevolg beoogd en het kan en mag niet zo zijn dat de uitvoerende macht feitelijk de burger dwingt tot dit resultaat. Wat civiel mogelijk is en leidt tot normschending tussen partijen waaruit slechts mogelijk een schadevergoedingsverplichting voortvloeit, wordt door de tuchtrechtspraak ten aanzien van de notaris onmogelijk gemaakt. Zou gezien bovengenoemde tendens – het in zekere mate toekennen van zaaksgevolg aan het kettingbeding – in het licht van de bedoeling van de wetgever dezelfde inhoudelijke beperking aan het kettingbeding moeten worden gesteld als aan de kwalitatieve verplichting?⁸¹ Weliswaar verdraagt zich dat op het eerste oog niet met de contractsvrijheid die het verbintenissenrecht eigen is en zou via artikel 6:259 BW het gevaar van overbelasting moeten kunnen

79 En wel op p. 55 e.v.

80 Zie §2.11.4.

81 Zie Heyman, Dogmatic Rigidity and Pragmatic Flexibility of Dutch Property Law, in Contents of Real Rights, p. 73.

worden gekeerd, maar in het licht van de genoemde tuchtrechtspraak is een inhoudelijke beperking ook voor de kettingbedingen zeker te verdedigen. Naar mijn mening is dat afhankelijk van de gekozen insteek, waarover meer in de volgende paragraaf.

3.6.3 De inconsequentie van de wetgever

Het argument van de wetgever om derden niet te willen kunnen binden aan verplichtingen om te doen, lijkt te zijn de steeds weer opdoemende angst voor overbelasting van de grond via het verbintnissenrecht. Waar binnen de erfdienstbaarheid een wettelijk begrensde mogelijkheid wordt geschapen om verplichtingen om te doen op te nemen, verdraagt een dergelijke limitering zich blijkbaar niet met de obligatoire kwalitatieve verplichting. Beter is het in de visie van de wetgever om deze mogelijkheid geheel uit te sluiten. Dit is vreemd. Nu de kwalitatieve verplichting in het leven is geroepen als alternatief voor het schier grenzeloze kettingbeding, zou het toch voor de hand hebben gelegen evenals bij de erfdienstbaarheid enkele verplichtingen om te doen toe te staan. Bij de erfdienstbaarheid zijn deze verplichtingen kenbaar en wettelijk gelimiteerd tot gevallen die complementair zijn aan de hoofdverplichting.

Het alles of niets – en dus niets – beginsel dat de wetgever hier volgt, verdraagt zich noch met het principe van inhoudelijke aansluiting bij de erfdienstbaarheid, noch met de principiële keuze voor het verbintnissenrecht, noch met de getoonde afkeer van het kettingbeding. Hoewel een aantal keuzes historisch te verklaren is, is in de tijd met name de rol van het kettingbeding aanzienlijk gewijzigd. Was het kettingbeding ten tijde van de discussie over de kwalitatieve verplichting nog slechts een obligatoire figuur die ‘zo sterk was als de zwakste schakel’, met het wijzen van het arrest Curaçao/Boyé werd al duidelijk dat de figuur aan kracht won.⁸² Na de diverse tuchtrechtspraak op het gebied van dubbele verkoop respectievelijk de verplichting voor een passerend notaris om dienst te weigeren indien een kettingbeding verbroken dreigt te worden, heeft het kettingbeding een werking gekregen die haast zakelijk genoemd kan worden, afgezien van de positie van het kettingbeding in faillissement of bij parate executie, waarover meer in Hoofdstuk 7. In dit licht is het mijns inziens niet verdedigbaar het kettingbeding inhoudelijk geheel vrij te laten waar de kwalitatieve verplichting en de erfdienstbaarheid aan banden zijn gelegd.

82 Alhoewel de wetgever dit arrest wel nadrukkelijk heeft ‘meegenomen’ in de gedachtevorming rond artikel 6.5.3.4 heeft dit toch niet voor specifieke acties met betrekking tot het kettingbeding geleid Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1820 e.v.

Naar mijn mening zijn er twee mogelijkheden om de vreemde gevolgen van de optredende convergentie tussen de kwalitatieve verplichting en het kettingbeding te beperken.

De eerste optie is ervoor te kiezen om de door de wetgever aangebrachte inhoudelijke beperking van de kwalitatieve verplichting op te heffen. Ook nevenverplichtingen tot een doen zouden inhoud van de verplichting moeten kunnen zijn, op gelijke voet als bij de erfdiensbaarheid.⁸³ De tweede mogelijkheid is het breken met het verlenen van 'zaaksgevolg' aan het kettingbeding door andere tuchtrecht-spraak en een andere houding hieromtrent bij het notariaat.

Gezien de achtergrond van de invoering van de kwalitatieve verplichting – tegemoetkoming aan de maatschappelijke behoefte – zou ik er zelfs voor willen pleiten de inhoud van de verplichting *geheel* vrij te laten en verplichtingen tot een doen ook als hoofdinhoud van de verplichting toe te staan. Evenals bij het verbintenisrecht in het algemeen mag de verplichting niet in strijd zijn met de wet, de openbare orde of de goede zeden en bestaat de mogelijkheid repressief op te treden door het inzetten van artikel 6:259 BW alsmede de overige verbintenisrechtelijke acties.⁸⁴ Bijkomend voordeel van een dergelijke uitbreiding zou zijn het overbodig maken van het kettingbeding. Indien het mogelijk zou zijn om verplichtingen tot een doen met zaaksgevolg te verbinden aan registergoederen zal niemand meer overgaan tot het instellen van een kettingbeding waarbij altijd de vrees bestaat voor het verbreken van de ketting. Zeker nu het kettingbeding door het notariële tuchtrecht een semi-zakelijke werking krijgt toegedicht heeft het inhoudelijk omvormen van de kwalitatieve verplichting als bijkomend voordeel de kenbaarheid. De verplichting tot inschrijving waarborgt de kenbaarheid, iets waar het bij kettingbedingen aan schort.⁸⁵ Weliswaar 'liften' de kettingbedingen dikwijls mee in leveringsakten, maar bij enkele recherche (dus zonder het opvragen van de akten) zijn zij niet kenbaar. Daarnaast is het mogelijk dat een kettingbeding wordt aangegaan geheel buiten de sfeer van overdracht van het 'belaste' goed, zoals een drankafnamecontract al of niet in het kader van een financieringsovereenkomst. In dat geval is het beding ook niet uit enige leveringsakte kenbaar.

Als tegenhanger voor de verruiming zou de repressieve mogelijkheid van artikel 6:259 BW kunnen worden uitgebreid in die zin dat de termijn van 20 jaar wordt bekort of wellicht helemaal losgelaten.

In het buitenland wordt bij de op de kwalitatieve verplichting gelijkende figuren overigens anders met de grenzen van de inhoud omgesprongen. Zo kent het Duitse

83 In gelijke zin Asser-Hartkamp 4-II, nr. 407c en de aldaar vermelde schrijvers Roelofs en Du Perron.

84 Ook Smalbraak was van mening dat de inhoudelijke beperking geen hout sneed, en pleitte er destijds in zijn preadvies al voor de woorden 'duldten of niet te doen' uit het ontwerp te schrappen.

85 Of, zoals Maeijer het in zijn preadvies op p. 41 aanduidde: 'De geslotenheid van het zakenrecht wordt in de rug aangevallen'.

recht wel degelijk de mogelijkheid bij de beschränkte persönliche Dienstbarkeit nevenverplichtingen tot een doen tot inhoud van de verplichting te maken,⁸⁶ terwijl in het Schotse recht een verplichting tot een doen zelfs vrijwel onbeperkt inhoud van de personal real burden kan zijn.⁸⁷

3.6.4 Problemen geëcarteerd?

Zou het op de hierboven bepleite wijze uitbreiden van de toepassingsmogelijkheden niet moeten stranden op grond van de bezwaren die in het verleden zijn gerezen? Voor de goede orde zet ik ze nog eens op een rij:

- Door verplichtingen tot een doen toe te staan zou een nieuwe vorm van horigheid worden geïntroduceerd.

Hierover is al opgemerkt dat dit in de praktijk erg meevalt. Ook bestaat de mogelijkheid repressief op te treden tegen onredelijk bezwarende belastingen en is opmerkelijk dat via de weg van het verbintenisrecht (via het kettingsbeding) dit wel is toegestaan en dat zelfs in het goederenrecht (bij de erfdienstbaarheid) de verplichtingen tot een doen, zij het in beperkte mate, zijn toegelaten.

- Er ontstaat een onoverzichtelijke toestand, waarbij het voor derden niet kenbaar is waaraan zij gebonden zijn.

Dit bezwaar moet reeds hierom stranden omdat teneinde het kwalitatieve karakter te bewerkstelligen inschrijving in de openbare registers noodzakelijk is. Evenals bij de erfdienstbaarheid is voor derden kenbaar welke last of beperking er op de grond rust met dien verstande dat de regels betreffende datgene wat ingeschreven moet worden aangescherpt kunnen worden.⁸⁸ Weliswaar kan hiertegen aangevoerd worden dat enkele inschrijving van een kwalitatieve verplichting partijen nog geen volledig beeld geeft van de inhoud van de verplichting, maar dat is evenmin het geval bij bijvoorbeeld een erfpachtrecht. Binnen de figuur van een recht van erfpacht hebben partijen immers grote vrijheid om zelf hun 'recht samen te stellen', als het maar een recht tot gebruik van andermans onroerende zaak blijft en de verplichtingen duidelijk met dit gebruiksrecht samenhangen.⁸⁹

86 A contrario §1105 BGB alsmede uitgebreid Hoofdstuk 8.

87 Mits vallend binnen de beperking van de toegestane typen, waarover uitgebreid Hoofdstuk 9.

88 Zie §4.4.2.1.

89 Zie §3.2.1.

3.6.5 Alternatieve oplossingen

Zou bovengenoemde inhoudelijke uitbreiding niet haalbaar blijken, dan zou het zuiver zijn om in lijn met de beperkingen die aan de erfdienstbaarheid en de kwalitatieve verplichting worden gesteld, ten minste ook het kettingbeding aan banden te leggen. Verplichtingen om te doen kunnen in die visie geen inhoud van het kettingbeding meer zijn, waardoor nauwelijks meer behoefte aan deze rechtsfiguur zal bestaan.

Nog verder zou gaan het inhoudelijk geheel vrij laten van alle drie figuren. Ook de erfdienstbaarheid zou in deze gedachte een verplichting tot een doen tot inhoud kunnen hebben. Wordt met het toelaten hiervan niet de deur opengezet voor de zo gevreesde horigheid? Naar mijn mening moet de eerste vraag zijn in hoeverre de vrees voor horigheid terecht is. Welke verplichtingen om te doen zouden er in alle redelijkheid in de praktijk aan onroerende zaken verbonden worden die de verkrijger tot 'erf-slaaf' zouden maken? En zouden de zo gevreesde uitwassen niet bestreden kunnen worden door een algemene, niet aan een termijn gebonden, mogelijkheid voor de rechter de inhoud van de verplichting te wijzigen of geheel of gedeeltelijk op te heffen? Naar mijn mening verdient het de voorkeur de mogelijke inhoud van de kwalitatieve verplichting uit te breiden tot een geven of een doen, dit in combinatie met een herziening van artikel 6:259 BW. De horigheid die werd gevreesd bij de introductie van de figuur ademt de sfeer van het feodale stelsel en de grote mate van ongelijkheid die in vroeger tijden aan de maatschappij eigen was. In deze tijd van veranderde economische behoeften, grotere maatschappelijke gelijkheid en toegenomen mondigheid is de vrees mijns inziens ongegrond. Het introduceren van de verplichting geeft blijk van het open oog dat de wetgever had voor de roep van de maatschappij, terwijl anderzijds het gebruik van het kettingbeding wordt erkend in artikel 6:259 BW. Het ligt voor de hand te komen tot een synthese van enerzijds maatschappelijke vraag en anderzijds bescherming van partijen. Wijziging van artikel 6:252 lid 1 BW in die zin dat verplichtingen tot een geven of doen ook inhoud van de verplichting kunnen vormen, en anderzijds van artikel 6:259 BW in die zin dat de partijen te allen tijde de mogelijkheid hebben de rechter te verzoeken de verplichting te wijzigen of op te heffen lijkt mij geïndiceerd.

Duidelijk is in ieder geval dat in de huidige constellatie er drie figuren zijn gegroeid die elkaar zeer dicht naderen, maar die door de wetgever op geheel andere wijze worden behandeld.

3.7 HET NUTSVEREISTE

Bij de kwalitatieve verplichting wordt nergens expliciet de eis gesteld, dat de inhoud van de verplichting ten nutte strekt van de gerechtigde. Natuurlijk zal het in de praktijk altijd betreffen een verplichting tot dulden of niet doen waaraan de gerechtigde een voordeel kan ontlene, maar nergens wordt met zoveel woorden een subjectief of objectief nut vereist, zoals dat wel bij de erfdiensbaaheid gold en in buitenlandse rechtsstelsels bij de servituten nog steeds geldt.⁹⁰ Weliswaar wordt er een verbinding gemaakt met het erf door de zinsnede '(...) *ten aanzien van een haar toebehorend registergoed*', maar dat heeft slechts betrekking op de inhoud van de verplichting en niet op het nut dat iets of iemand aan de verplichting zou moeten kunnen ontlene. De inhoudelijke vrijheid die zoals we hierboven hebben gezien slechts in zeer geringe mate wordt beperkt, strookt met de contractsvrijheid zoals deze in het verbintenissenrecht wordt gehuldigd. Gezien echter de grote parallel met de erfdiensbaaheid waarvoor het nutsvereiste wel gold en in zwakke mate nog steeds geldt,⁹¹ is het de moeite waard te bezien waarom bij het ontwerp van artikel 6.5.3.4 BW gekozen is voor deze grote mate van vrijheid.

3.7.1 Het nutsvereiste bij de erfdiensbaaheid

Bij het ontwerpen van de nieuwe titel 6 van Boek 5 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek werd in het GO (gewijzigd ontwerp) als belangrijkste novum gemeld het vervallen van het nutsvereiste dat altijd bij de erfdiensbaaheid werd gesteld.⁹² De preadviseurs Smalbraak en Maeijer achtten dit geen gelukkige keuze. Smalbraak formuleerde dit als volgt:

‘Men behoeft geen helderziende te zijn om te kunnen voorspellen, dat bij ongewijzigde handhaving van de titel der erfdiensbaaheden naast de genoemde artikelen (6.5.3.3. en 6.5.3.4) deze laatste de klandizie zullen krijgen en dat de rechten en verplichtingen die met behulp van deze artikelen ten aanzien van onroerend goed in het leven worden geroepen, in der juristen mond de titel erfdiensbaaheden zullen verkrijgen, al zal men angstvallig zorgen dit woord niet te gebruiken in de akte bedoeld in het derde lid van artikel 6.5.3.4.’⁹³

Ook Maeijer liet zich niet onbetuigd en wijdde een groot deel van zijn preadvies aan het nutsvereiste.⁹⁴ Het introduceren van een figuur waar geen objectief stelsel aan ten grondslag ligt, achtte hij een bijl aan de boom der servituten.⁹⁵

90 Zie de Hoofdstukken 8 en 9 alsook Lubbers, WPNR 4904 (1966), p. 205.

91 Het dienend erf moet immers zijn bezwaard ‘ten behoeve van een andere onroerende zaak’. Zie Smalbraak, De erfdiensbaaheden in het gewijzigd ontwerp Boek 5 NBW, WPNR 5320 (1975), p. 706.

92 Parl. Gesch. Boek 5, p. 250 e.v.

93 Smalbraak, t.a.p., p. 109.

94 T.a.p., p. 6-15.

95 Naar Lubbers, t.a.p., p. 206. Lubbers was het overigens grotendeels eens met de zienswijze van Maeijer.

Toch besloot de wetgever over te gaan tot het schrappen van het nutsvereiste, enerzijds omdat het nutsvereiste zou leiden tot gekunstelde en onheldere onderscheidingen,⁹⁶ anderzijds wegens de introductie van de kwalitatieve verplichting. De kwalitatieve verplichting kon immers, mits ingeschreven in de openbare registers, in werking een erfdiensbaarheid nabijkomen zonder dat daarbij enig verband ten aanzien van een ander erf werd vereist. Daarbij paste niet voor een erfdiensbaarheid een zodanig verband wel te verlangen.⁹⁷

Opvallend is nu dat enerzijds bij de kwalitatieve verplichting de inhoud gelimiteerd is tot een dulden of niet doen teneinde zoveel mogelijk bij de erfdiensbaarheid aan te sluiten,⁹⁸ terwijl het nutsvereiste bij de erfdiensbaarheid vervalt omdat deze eis bij de kwalitatieve verplichting ook niet wordt gesteld. Welke figuur is nu leidend? En had het wellicht voor de hand gelegen de zaak te bekijken vanuit een andere hoek: moet ook bij de kwalitatieve verplichting de gerechtigde een nut aan de verplichting ontleen? Naar mijn mening niet. Gezien het persoonlijke recht dat uit de kwalitatieve verplichting voortvloeit alsook de verbintenisrechtelijke drempels die al bestaan ingeval er geen nut meer te ontdekken valt, waarover hierna meer, is het niet zinvol een objectief nut te eisen

In het Duitse systeem geldt voor de Dienstbaarheid nog ten volle het praedio utilis (§1019 BGB):

‘In allen Fällen ist es erforderlich daß die Belastung ‘für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil biete’.

De Duitse wetgever heeft dus voor de erfdiensbaarheid ten volle vastgehouden aan het nutsvereiste. Bij de beschränkte persönliche Dienstbarkeit geldt dit vereiste niet. De inhoud van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit kan ten dienste strekken van ieder eigen of vreemd te beschermen belang, welk belang niet van vermogensrechtelijke aard behoeft te zijn. Slechts in geval van twijfel richt de omvang van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit zich naar het persoonlijke belang van de gerechtigde.⁹⁹

Verskil tussen de beschränkte persönliche Dienstbarkeit en de kwalitatieve verplichting is dat de beschränkte persönliche Dienstbarkeit niet overdraagbaar en niet overerfbaar is. Door deze beperking is het logisch dat het belang van de gerechtigde voorop staat en er geen reden is enig objectief nut te eisen. Bij de kwalitatieve verplichting echter is de vordering overdraagbaar en overerfbaar en kan het dus zijn dat de nieuwe verkrijger geen nut aan de verplichting ontleent.

96 Overeenkomstig hetgeen Van Oven signaleerde, zie Parl. Gesch. Boek 5, p. 251.

97 Parl. Gesch. Boek 5, p. 251 e.v.

98 Met zoveel woorden Parl. Gesch. Boek 6, p. 942.

99 §1091 BGB alsmede uitgebreid Hoofdstuk 8.

In Schotland waar, zoals in hoofdstuk 9 uitgebreid zal worden behandeld, op 28 november 2004 de Title Conditions (Scotland) Act in werking is getreden¹⁰⁰ is er nadrukkelijk voor gekozen vast te houden aan de 'preadial rule' het beginsel dat een last het heersend grondstuk op enige wijze ten dienste moet zijn. Voor de personal real burdens is de keuze gemaakt deze slechts onder strikte voorwaarden toe te staan in die zin dat degene(n) die nakoming van de last kan/kunnen afdwingen limitatief zijn omschreven en de kring begunstigden is beperkt tot overheidslichamen en/of bepaalde instanties. Ook de inhoud van de last is gelimiteerd tot een aantal 'grondtypen' zodat met deze begrenzings het objectieve nut al is gegeven. In België en Frankrijk zijn kwalitatieve verplichtingen niet toegestaan zodat er geen rechtsvergelijkend onderzoek op dat punt kan worden gedaan. Wel is ook in het Belgisch recht voor de erfdiensbaarheid onverkort vastgehouden aan het nutsvereiste.¹⁰¹

In het verbintenissenrecht is partijautonomie de regel. Nergens wordt als eis gesteld dat de gerechtigde tot een prestatie hieraan enig nut ontleent. Procesrechtelijk geldt wel dat indien de eiser bij zijn eis geen belang heeft, hij ook geen actie heeft.¹⁰² Het is dan ook moeilijk voorstelbaar dat een kwalitatieve verplichting in het leven wordt geroepen door een gerechtigde die hier geen belang aan ontleent. Wel kan na verloop van tijd het belang komen te vervallen, maar hiervoor is artikel 6:259 BW in het leven geroepen. Vererft de vordering en komt hij in handen van derden die geen enkel belang bij de vordering hebben, dan kan de debiteur eveneens een beroep doen op het bepaalde in artikel 6:259 BW. Ook kan hij ervoor kiezen te handelen in strijd met de verplichting; zouden de erven tegen zijn handelwijze ageren, dan zal hun vordering stranden op het belangvereiste van artikel 3:303 BW. Al met al is het stellen van een nutsvereiste bij de kwalitatieve verplichting noch noodzakelijk, noch wenselijk - want moeilijk te controleren en in strijd met de algemene regels van verbintenissenrecht. Toch is het opmerkelijk dat in de Parlementaire Geschiedenis geen enkele stem is opgegaan met de suggestie de zaak om te draaien, het nutsvereiste bij de erfdiensbaarheid te handhaven en gezien de parallel met de erfdiensbaarheid enig nutsvereiste te stellen bij de kwalitatieve verplichting.

3.8 WIJZIGING VAN DE INHOUD VAN DE VERPLICHTING

Nu de kwalitatieve verplichting zich naar haar aard over langere tijd zal uitstrekken kan bij partijen de wens ontstaan de overeenkomst gedurende de looptijd aan te

100 Houdende nieuwe wetgeving op het gebied van erfdiensbaarheden en zakelijke lasten.

101 'La servitude doit présenter de l'utilité pour quiconque sera en droit d'user de tel fonds; elle s'attache à la qualité de propriétaire.' H. de Page, *Traité VI*, nr. 501. Zie ook uitgebreid Sagaert, *Real Rights and Real Obligations in Belgian and French Law*, p. 52 e.v.

102 Artikel 3:303 BW.

passen. Ook is denkbaar dat de last die uit de overeenkomst voortkomt zo zwaar wordt, dat van de eigenaar van het dienend erf in het geheel niet meer kan worden verlangd dat hij deze last duldt. In het bijzonder zal dit het geval zijn indien het belang dat de gerechtigde uit de verplichting bij instandhouding heeft is verdwenen of in verhouding met de last voor de debiteur, klein is.

Natuurlijk kunnen partijen bij de kwalitatieve verplichting, zoals bij iedere overeenkomst, altijd in onderling overleg de inhoud van hun overeenkomst aanpassen. Feit blijft immers dat de kwalitatieve verplichting, afgezien van de mogelijke derdenwerking, een overeenkomst is als iedere andere. Inschrijving van de gewijzigde inhoud in de openbare registers is dan ook niet noodzakelijk; de inhoud van de partijafpraak regardeert derden in beginsel niet. Anders is het, als partijen overeenkomen dat de verplichting voortaan met de gewijzigde inhoud moet overgaan op derden; in dat geval moet de wijziging wél worden ingeschreven in de openbare registers. Zou de wijziging van de inhoud een verlichting van de verplichting inhouden, dan is de vraag of publicatie noodzakelijk is. Het verlichten van de verplichting houdt immers een gedeeltelijke afstand van zijn vorderingsrecht door de crediteur in, en het doen van afstand is niet aan enige vorm gebonden.¹⁰³ Zijn niet beide partijen, maar is slechts één van hen van mening dat de inhoud van de verplichting wijziging behoeft, dan biedt artikel 6:258 BW, de regeling van de *imprévision* in het algemeen de mogelijkheid overeenkomsten aan te passen aan onvoorziene omstandigheden.¹⁰⁴ Artikel 6:258 BW biedt een algemene wijzigingsgrond voor het geval het zeer onbillijk zou zijn van de wederpartij te eisen dat hij de overeenkomst in de oorspronkelijke vorm gestand doet. Uit de jurisprudentie rond dit leerstuk blijkt dat aan de rechter weliswaar een wijzigingsrespectievelijk ontbindingsmogelijkheid toekomt, maar dat hiermee zeer terughoudend moet worden omgegaan. Hoofdregel is dat het gegeven woord bindt en dat daarvan slechts in zeer uitzonderlijke gevallen mag worden afgeweken.¹⁰⁵ Naast bovengenoemde algemene mogelijkheid is speciaal voor de kwalitatieve verplichtingen en kettingbedingen een regeling opgenomen in artikel 6:259 BW die extra mogelijkheden biedt tot wijziging of gehele of gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst. De wetgever had hierbij met name op het oog op de voortdurend door de geschiedenis van de figuur heen terugkomende angst voor overbelasting van de grond en in het algemeen het ontstaan van ongewenste verplichtingen.¹⁰⁶

103 Ook Cahen, t.a.p., p. 37.

104 Zie over leer van de *'imprévision'* of *'clausula'* Asser-Hartkamp 4-II, nr. 329 e.v. Overigens gelden acties als die van artikel 6:258 BW altijd in de één-op-één-relatie, wat inhoudt dat de uitkomst in beginsel geen gevolgen zal hebben voor anderen dan henzelf.

105 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 334.

106 Bij het invoeren van artikel 6:258 BW door een debiteur uit een kettingbeding moet in acht worden genomen de uitspraak van de Hoge Raad van 24 december 2004, RvdW 2005/9 (Amstelimmoo/Gemeente Amsterdam), waarin expliciet werd bepaald dat de nieuwe debiteur uit een kettingbeding een geheel nieuwe overeenkomst met zijn crediteur is aangegaan en niet kan worden beschouwd als iemand

Dat er bij het opstellen van artikel 6:259 BW (destijds 6.5.3.12) speciaal aan kettingbedingen en kwalitatieve verplichtingen is gedacht, blijkt vooral uit de eerste zin van lid 1 en uit lid 2. Op grond van het eerste lid zou twijfel kunnen ontstaan aan de toepasbaarheid van het artikel op kettingbedingen wegens de woorden 'als zodanig'. Is bij een kwalitatieve verplichting de eigenaar van het dienend erf 'als zodanig' gebonden, bij een kettingbeding komen steeds nieuwe overeenkomsten tot stand door de aanvaarding door een derde van het beding. Formeel gezien zou er bij iedere nieuwe binding ook een nieuwe termijn gaan lopen. In de Parlementaire Geschiedenis is benadrukt dat dit niet de bedoeling was en dat lid 2 dit probleem moest oplossen.¹⁰⁷ In de literatuur en bij de Commissie Verbintenissenrecht gingen de gedachten – eerder dan naar bovengenoemde wijzigingsmogelijkheid –, uit naar het geheel schrappen van de kwalitatieve verplichting dan wel het slechts in een beperkt aantal gevallen toestaan van de figuur.¹⁰⁸ De wetgever volgde zoals gezegd deze suggestie niet en de Minister gaf daarvoor de volgende motivering:

'De ondergetekende geeft er daarom de voorkeur aan om artikel 6.5.3.4 te betrekken op alle verplichtingen om iets te dulden of niet te doen, waarbij het aan de rechter zal zijn om waar in concreto van het artikel een ongewenst gebruik zal worden gemaakt en het aldus tot een te zware belasting van registergoederen zou leiden, deze belasting binnen redelijke perken te houden aan de hand van de artikelen 6.5.3.11 en 12. Met vergelijkbare hetgeen in de memorie van antwoord betreffende Boek 5 (p. 56 derde alinea) is opgemerkt omtrent de vergelijkbare problematiek bij de erfdienstbaarheden.'

De Commissie verbintenissenrecht had echter, met Maeijer, weinig fiducia in de repressieve mogelijkheid van artikel 6.5.3.12 (thans artikel 6:259 BW) vanwege de beperkende termijn van 20 jaar die voor het ingrijpen werd gesteld. Maeijer voerde aan:

'Dat op grond van 6.5.3.12 na twintig jaren aan een dergelijke overbelasting wellicht een einde kan worden gemaakt, biedt onvoldoende remedie. Wij moeten het kwaad niet oproepen, zodat het ook niet behoeft te worden bestreden.'¹⁰⁹

Smalbraak voorzag in het kader van de aanpassingsmogelijkheden problemen met de in de memorie van toelichting gebruikte termen 'redelijk belang' en 'algemeen belang'.¹¹⁰ De term 'algemeen belang' deed hem denken aan de term 'publiek

op wie 'een recht of verplichting uit een overeenkomst is overgegaan' als bedoeld in artikel 6:258 lid 3 BW.

107 Parl. Gesch. Boek 6, p. 982 e.v. Bij het achtereenvolgens gebonden zijn aan steeds nieuwe bedingen van dezelfde strekking telt de termijn door. Zie ook Berger, t.a.p., p. 99.

108 Maeijer, t.a.p., p. 67, Rapport Commissie Verbintenissenrecht over titel 5 van Boek 6 NBW, WPNR 4982 (1968), p. 75.

109 Maeijer, t.a.p., p. 66.

110 Smalbraak, t.a.p., p. 106 e.v.

belang' in de zin van artikel 1 Onteigeningswet, maar deze term zou volgens de memorie van toelichting beperkt zijn. Geen rechter zou echter in de uitleg van deze term zo ver durven gaan, aldus Smalbraak, dat hij wijziging van de kwalitatieve verplichting geoorloofd zou achten indien de schuldeiser 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de verplichting niet mag verwachten', terwijl dit naar de mening van Smalbraak de beste omschrijving zou zijn. Hij ontleende deze aan de tekst van artikel 6:258 BW (destijds 6.5.3.11), de regeling voor de onvoorziene omstandigheden. Deze regeling zou volgens Smalbraak een veel betere maatstaf opleveren dan die van het redelijk belang of het algemeen belang. Naar zijn mening zou het na 20 jaar mogelijk moeten zijn de inhoud van de overeenkomst te wijzigen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Naast de regeling van de onvoorziene omstandigheden, dus een puur tijdgebonden aanpassingsmogelijkheid. Aan de toets van de redelijkheid en billijkheid zou in beide gevallen voldaan moeten zijn en een bijkomend voordeel zou volgens hem zijn dat het geen problemen meer op zou leveren ook verplichtingen tot een doen tot inhoud van de verplichting te maken.

3.8.1 Wijziging van de inhoud van de erfdiensbaaerheid

Bij de erfdiensbaaerheid is in de artikelen 5:78-80 BW eveneens de mogelijkheid geschapen de rechter te verzoeken wijziging in de inhoud van het recht aan te brengen. De wijzigingsmogelijkheden van artikel 5:78 BW zijn vrijwel gelijk aan die van artikel 6:258 en 6:259 lid 1 sub a BW. Waar echter bij de erfdiensbaaerheid in artikel 5:78 sub b BW een termijn van 20 jaar wordt aangehouden, is bij de kwalitatieve verplichting of het kettingbeding overeenkomstig de uiteindelijk vastgestelde tekst tien jaar voldoende wil er een beroep worden gedaan op wijziging/ontbinding wegens strijd met het algemeen belang.¹¹¹ In de Parlementaire Geschiedenis wordt hier het navolgende over opgemerkt:

'Wel is overgenomen – men zie lid 1 onder a – [van artikel 6.5.3.12, thans 6:259, NvO] het bepaalde in artikel 5.6.8 lid 1 onder b [thans 5:78, NvO], echter in dier voege dat de daarin vermelde termijn wordt bekort tot tien jaren. In zoverre houdt het hier bepaalde tevens een afwijking in van wat het oorspronkelijke artikel 6.5.3.12 op dit punt bepaalde. Anders dan de Commissie meent de ondergetekende dat de stabiliteit van de rechtsverhoudingen ook hier een zekere rol behoort te spelen en dat het terugbrengen van de

111 Maeijer verzette zich ook tegen de beperkende termijn van 20 jaar die in artikel 5:78 lid 1 sub b specifiek voor de erfdiensbaaerheid was opgenomen. In zijn optiek was het argument dat de wetgever gebruikte om deze termijn te introduceren, te weten 'de stabiliteit der rechtsverhoudingen' niet doorslaggevend en werd er een te absolute waarde aan de partijautonomie gehecht, als er niet een complementaire bevoegdheid tot onverwijld ingrijpen aan de rechter zou worden toegekend. Juist nu er aandacht was ontstaan voor de verbintenisrechtelijke kant van de erfdiensbaaerheid zou evenals in artikel 6:259 BW een grotere mogelijkheid tot rechterlijk ingrijpen als complement voor de contractsvrijheid moeten bestaan, aldus Maeijer.

termijn tot de door de Commissie voorgestelde vijf jaren aan de bruikbaarheid voor de praktijk van de hier bedoelde overeenkomsten te zeer afbreuk zou doen.'

Een beperking in de tijd bestaat niet indien sprake is van onvoorziene omstandigheden of indien de schuldeiser bij de nakoming geen redelijk belang meer heeft en het ook niet aannemelijk is dat dit belang zal terugkeren.¹¹²

3.8.2 De verhouding tussen de diverse artikelen

De inhoudelijke gelijkenis van de artikelen 5:78 en 79 BW enerzijds en 6:258 en 259 BW anderzijds is natuurlijk geen toeval. In beide gevallen krijgt de rechter de bevoegdheid in te grijpen in bestaande rechtsverhoudingen wegens onvoorziene omstandigheden en moet de ongewijzigde instandhouding van de erfdiensbaarheid/overeenkomst niet kunnen worden verwacht/gevergd. De gedachte die de wetgever in het ontwerp heeft gehad is dat titel 6.5 (overeenkomsten in het algemeen) ziet op meerzijdige rechtshandelingen,¹¹³ zijnde in eerste instantie de obligatoire overeenkomst. Op grond van artikel 6:216 BW ziet de afdeling echter ook op andere vermogensrechtelijke rechtshandelingen, tenzij de strekking van de betrokken bepaling in verband met de aard van de rechtshandeling zich daar tegen verzet. Onder de 'andere vermogensrechtelijke rechtshandelingen' valt ook de zakelijke overeenkomst.¹¹⁴ Artikel 6:258 BW zou in die gedachte ook op de erfdiensbaarheid van toepassing kunnen zijn. Nu echter in artikel 5:78 BW een specifiek voor de erfdiensbaarheid geschreven regel is opgenomen,¹¹⁵ wordt daarmee de algemene regel van artikel 6:258 BW terzijde gesteld.

Artikel 6:259 is zoals blijkt uit zijn formulering (krachtens overeenkomst (...) verplicht (...) tot prestatie) specifiek geschreven voor obligatoire rechtsverhoudingen en verzet zich daardoor naar zijn strekking tegen toepassing op de erfdiensbaarheid.

Zo merkt de Minister op:

'Niet overgenomen is hetgeen in artikel 5.6.8a [thans 5:78, NvO] wordt bepaald ten aanzien van de onmogelijkheid om het betreffende recht uit te oefenen. In het geval van de contractuele verplichtingen waarop artikel 6.5.3.12 [thans 6:259, NvO] betrekking heeft, behoren de gevolgen van een zodanige onmogelijkheid te worden bepaald door de regels betreffende de niet-nakoming van verbintenissen, met name de afdeling 6.1.8 en de artikelen 6.5.4.6.[thans 6:265, NvO] e.v. De ondergetekende meent dat hier geen behoefte aan een bijzondere regeling bestaat.'

112 Respectievelijk artikel 5:78 sub a en 5:79 BW.

113 Artikel 6:213 BW.

114 Zie over dit begrip uitgebreid Asser-Hartkamp 4-II, nr. 19 e.v.

115 Toel. OM, p. 771.

3.8.3 Afwijken van de beschermende bepalingen

Van de door de wetgever geschapen mogelijkheid in bestaande verhoudingen in te grijpen mag niet worden afgeweken; de artikelen 6:258, 259 en 5:78-80 BW zijn alle van dwingend recht. Voor de artikelen 6:258 en 259 BW is dit uitdrukkelijk bepaald in artikel 6:250 BW, voor de artikelen 5:78-80 BW volgt het uit het goederenrechtelijk karakter. Wel is het in ieder geval bij de erfdienstbaarheid mogelijk in de akte van vestiging de beschermingsmogelijkheden uit te breiden in die zin dat de termijn van 20 jaar wordt verkort of de wijzigingsbevoegdheid ook wordt verleend in geval van (objectief) te voorziene omstandigheden. Via een omweg kan de werking van artikel 5:78 worden beperkt, namelijk door in de akte van vestiging al regelingen te treffen voor tal van toekomstige omstandigheden. Hierdoor kan bij het intreden van deze omstandigheden niet worden gezegd dat deze niet voorzien waren en wordt een beroep op artikel 5:78 in deze gevallen onmogelijk. Vanzelfsprekend is het ook bij de kwalitatieve verplichting en het kettingsbeding mogelijk soortgelijke regelingen te treffen.

De vraag is natuurlijk in hoeverre vorenstaande recht doet aan de bescherming die gemelde artikelen beogen te bieden. Het risico is natuurlijk aanwezig, dat er 'standaardclausules' ontstaan,¹¹⁶ waarin standaardmatig tal van toekomstige omstandigheden worden opgenomen. Ook al is het in de specifieke relatie tussen partijen volslagen ondenkbaar dat deze omstandigheden zich ooit voor zullen doen, toch treffen partijen voor deze gevallen een standaardregeling en wordt de beoogde bescherming op deze wijze radicaal de nek omgedraaid. De akte waarbij de verplichting wordt aangegaan kan in dat geval clausules bevatten die inhoudelijk gaan lijken op de 'lusten en lasten-bedingen' in koopovereenkomsten op basis waarvan aan partijen de grond van bepaalde acties wordt ontnomen.

Zowel bij de wijzigingsbevoegdheid van artikel 5:78 BW als die van 6:259 BW bestaat niet de mogelijkheid voor de rechter aan de wijziging of ontbinding/opheffing terugwerkende kracht te verbinden, een mogelijkheid die in artikel 6:258 lid 1 laatste zin BW wel uitdrukkelijk is opgenomen. Inbreuken op de overeenkomst gedaan vóór de wijziging of opheffing blijven dus hun karakter van wanprestatie behouden zodat schadevergoeding gevraagd kan worden. De ontbinding van de overeenkomst kan geheel of gedeeltelijk plaats vinden. Gedeeltelijke ontbinding kan zich vertalen in een ontbinding voor de toekomst zodat ten aanzien van reeds verrichte prestaties geen ongedaanmaking plaats behoeft te vinden.¹¹⁷

116 Waarin opgenomen bijvoorbeeld al die toekomstige omstandigheden die tot het moment van vestiging tot jurisprudentie hebben geleid. Zie ook Asser-Hartkamp 4-II, nr. 336.

117 Nu een dulden of niet-doen bezwaarlijk ongedaan gemaakt kan worden zal ontbinding voor het verleden ook niet voor de hand liggen.

Vooraf in het geval van artikel 6:259 lid 1 sub b BW, waar voor de toekomst het redelijk belang bij de schuldeiser ontbreekt, kan dit een goede oplossing zijn.

3.8.4 Voorziene of voorzienbare omstandigheden?

Het woord 'onvoorzien' in artikel 5:78 respectievelijk 6:258 BW duidt op een subjectief voorzien, dit in tegenstelling tot het oorspronkelijke 'voorzienbaar'. In de Parlementaire Geschiedenis werd onderkend dat de partijen concrete omstandigheden zouden hebben kunnen voorzien die objectief gezien niet voorzienbaar waren, reden dat in de artikelen 6:258 en 259 BW alsook in 5:78 BW de term 'onvoorzienbaar' werd vervangen door 'onvoorzien', wat zag op de concrete situatie. Vorenstaande regeling impliceert dat er situaties kunnen zijn waarin een erfdiensbaarheid of kwalitatieve verplichting in stand blijft terwijl de omstandigheden objectief gezien onvoorzienbaar zijn gewijzigd. Daartegenover staat dat wijziging mogelijk is in situaties die door de partijen niet waren voorzien terwijl ze wellicht objectief gezien wel voorzienbaar waren.

Bij de beoordeling of een bepaalde omstandigheid kan worden beschouwd als 'onvoorzien' is de rechter gebonden aan de uitspraak van de Hoge Raad van 20 februari 1998.¹¹⁸ In deze zaak werd bepaald dat slechts sprake is van onvoorzienbare omstandigheden indien de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst in de toekomst lagen. Als de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst al bestonden is een beroep op de regeling van de onvoorzienbare omstandigheden niet mogelijk en moeten partijen het doen met de regelingen betreffende de overmacht en de toerekenbare tekortkoming.¹¹⁹

3.8.5 Wijziging ten aanzien van gebruikers

Wat geldt nu indien als gevolg van het bepaalde in artikel 6:252 lid 1 BW ook gebruikers van het goed aan de verplichting gebonden zijn en na verloop van tijd de partijen bij de overeenkomst overgaan tot wijziging ervan? Zijn de gebruikers gebonden aan de oorspronkelijke overeenkomst, zodat er inhoudelijk twee verschillende verplichtingen ten aanzien van het betreffende registergoed ontstaan of geldt iets anders? Is het antwoord op deze vraag te vinden in het woordje 'mede' dat wordt gebruikt in artikel 6:252 lid 1 BW dat inhoudt dat de gebruikers eenzelfde binding kennen (ook inhoudelijk) als de gerechtigde tot de grond, of wellicht in de artikelen 6:260 en 261 BW? Een keuze voor de eerste optie (binding aan de oorspronkelijke overeenkomst) leidt ertoe dat er talloze varianten van de eerste overeenkomst kunnen ontstaan. Één variant zoals die oorspronkelijk werd over-

¹¹⁸ NJ 1998, 493 (Briljant Schreuders B.V./Stichting Pensioenfonds ABP).

¹¹⁹ Zie hieromtrent meer uitgebreid Berger, t.a.p., p. 211, Schoordijk, WPNR 5733 (1985), p. 237 en Asser-Hartkamp 4-II, nr. 333.

eengekomen en die nog geldt ten opzichte van gebruikers die onder de vigeur van de 'oude inhoud' hun recht hebben verkregen; een gewijzigde variant, overeen gekomen tussen de grondeigenaar en de gerechtigde die vervolgens weer geldt voor latere gebruikers. Zou de overeenkomst tussen de grondeigenaar en de gerechtigde wederom worden aangepast dan zou er een derde variant kunnen ontstaan etcetera. Op het vraagstuk van de binding van gebruikers ga ik in §5.4 nader in.

3.9 SAMENVATTING

De inhoud van de kwalitatieve verplichting is beperkt tot een dulden of niet doen, net als bij de erfdienstbaarheid. Groot verschil is echter dat bij de kwalitatieve verplichting ook rechtshandelingen en niet slechts feitelijke handelingen door de inhoud bestreken kunnen worden. In tegenstelling tot bij de erfdienstbaarheid echter zijn nevenverplichtingen om te doen niet toegestaan,¹²⁰ wat gezien de beoogde inhoudelijke parallellen – en zeker de aan het verbintenissenrecht eigen partijautonomie – opvallend mag heten. Juist vanwege het doel van invoering van de kwalitatieve verplichting, zijnde het aan banden leggen van het gebruik van kettingbedingen, had het voor de hand gelegen om nog minder terughoudend te zijn bij de vaststelling van de inhoud van de kwalitatieve verplichting, dan bij de erfdienstbaarheid is gebeurd. De ongewenste ontwikkeling doet zich voor dat door het notariële tuchtrecht aan het kettingbeding een quasi-zaaksgevolg wordt gegeven. In plaats van een vlucht uit de kettingbedingen, zou dit wellicht een vlucht ernaartoe tot gevolg kunnen hebben. Gezien het systeem van het vermogensrecht, is deze tendens niet toe te juichen. De oplossing is erin gelegen de kwalitatieve verplichting inhoudelijk op te rekken en ten minste nevenverplichtingen tot een doen toe te staan. De keerzijde van deze grotere vrijheid zou zijn het vergroten van de mogelijkheid repressief op te treden tegen ongewenste uitwassen van deze vrijheid. Dit zou kunnen door de termijn van voortduren te verkorten of wellicht helemaal los te laten. Mijns inziens moet de termijn geheel worden losgelaten.

120 Zie hierover genuanceerd Asser-Hartkamp 4-II, nr. 407.