

## 4 Ontstaan

### 4.1 INLEIDING

In Hoofdstuk 3 zagen we al dat de kwalitatieve verplichting is opgebouwd uit twee onderdelen, die we de basisovereenkomst en de overeenkomst tot kwalitatief maken hebben genoemd. Als we kijken naar de wijze(n) van ontstaan van de tweeledige figuur roept dit de vraag op of er nu sprake is van een zuiver verbintenissenrechtelijke figuur waarop slechts de algemene regels van het verbintenissenrecht van toepassing zijn, of dat gezien de beoogde zakelijke werking wellicht ook aspecten van het goederenrecht een rol spelen, zoals beschikkingsbevoegdheid of een geldige titel.

In dit hoofdstuk zal ik voor beide onderdelen nagaan hoe ze tot stand komen, maar de nadruk zal liggen op de overeenkomst tot kwalitatief maken. Het is immers uiteindelijk met die overeenkomst dat het kwalitatieve karakter moet worden bewerkstelligd. Omdat de wijze waarop het kwalitatieve karakter wordt bewerkstelligd grote parallellen vertoont met de wijze waarop een beperkt recht wordt gevestigd (denk aan de erfdienstbaarheid), behandel ik ook de vraag in hoeverre de daarvoor geldende voorschriften (analogisch) op de kwalitatieve verplichting van toepassing zijn. Moet degene die de verbintenis tot dulden of niet doen aangaat eigenaar zijn van het betreffende goed, of geldt dat criterium pas bij de overeenkomst tot kwalitatief maken of zelfs pas bij het inschrijven daarvan? Wat is de betekenis van het gegeven dat we hier over een registergoed spreken, waar bij de erfdienstbaarheid uitdrukkelijk de beperking tot onroerende zaken is aangebracht? Welke gebruiksrechten worden in de laatste zin van lid 1 bedoeld en wat heeft tot slot het begrip 'rechthebbende' in dat verband voor betekenis?

Kortom: welke plaats in het spanningsveld tussen goederen- en verbintenissenrecht komt de in de basis verbintenissenrechtelijke figuur toe? Het belang van deze vraag is erin gelegen, dat hoe meer parallellen er gevonden worden met het goederenrecht, hoe meer het voor de hand ligt ook andere, in het goederenrecht geldende, regels op de kwalitatieve verplichting van overeenkomstige toepassing te laten zijn om tot acceptabele en praktische resultaten te komen. Te denken valt hierbij aan de regels die beschermen tegen beschikkingsonbevoegdheid (artikel 3:88 BW) of tegen onvolledigheid van de registers (artikel 3:24 BW). Ook artikel 35 Fw. zou dan mogelijk in acht genomen moeten worden en bij het tenietgaan<sup>1</sup> zouden de bepalingen over bijvoorbeeld de zuivering (artikel 3:273 BW) ook van overeenkomstige toepassing zijn op de kwalitatieve verplichting.

---

1 Te bespreken in Hoofdstuk 6.

Op de vragen of de curator in faillissement een kwalitatieve verplichting kan aangaan, welke invloed faillissement in het algemeen op de totstandkoming van de verplichting heeft en welke rol aan beslag moet worden toegekend wordt uitgebreid ingegaan in Hoofdstuk 7.

#### 4.2 DE TOTSTANDKOMING VAN DE BASISOVEREENKOMST

Iedere verbintenis wordt ofwel uit contract ofwel uit delict geboren, was ooit de stellige opvatting van Gaius. Later breidde hij deze stelling uit, maar verder dan drie rubrieken (zij het ruime)<sup>2</sup> kwam hij niet. Ook nadien werd deze basisindeling aangehouden, maar uitgebreid met onder meer (het stelsel van) de wet.

De verplichting van een der partijen tot dulden of niet doen behoeft zoals we al in Hoofdstuk 3 zagen niet voort te spruiten uit een wederkerige overeenkomst. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de verplichting voortvloeit uit een legaat als bedoeld in artikel 4:117 BW.

Ook is het mogelijk dat aan degene aan wie het registergoed toebehoort en waarop de verplichting rust, geen tegenprestatie toekomt. Ondenkebeeldig is dit laatste zeker niet; kwalitatieve verplichtingen worden in de hedendaagse 'vastgoedpraktijk' regelmatig gebruikt bij het ontwikkelen van nieuwbouwprojecten waarbij de kopers van de projecten worden geconfronteerd met kwalitatieve verplichtingen ten behoeve van bijvoorbeeld gemeenten, terwijl aan henzelf geen recht op een tegenprestatie wordt toegekend. Is er sprake van een overeenkomst zonder tegenprestatie, dan kan deze worden gekwalificeerd als eenzijdig. Vorenstaande impliceert dat de bepalingen van afdeling 6.5.5 (wederkerige overeenkomsten) niet op een dergelijke basisovereenkomst van toepassing zijn zodat bijvoorbeeld de artikelen 6:265 en 270 BW (de ontbinding en gedeeltelijke ontbinding) alsook 262 BW (*exceptio non adimpleti contractus*) toepassing missen. Groot is het belang daarvan mijns inziens niet. Is er immers geen tegenprestatie overeen gekomen dan zal de crediteur weinig baat hebben bij ontbinding; veeleer zal hij zijn toevlucht willen nemen tot de wanprestatie- en schadevergoedingsregels. Ook niet van toepassing is artikel 37 Fw. Dit artikel bepaalt in het algemeen voor wederkerige overeenkomsten dat indien geen van partijen geheel aan zijn verplichtingen heeft voldaan, de wederpartij van de gefailleerde de curator schriftelijk een redelijke termijn kan stellen waarbinnen deze de overeenkomst gestand kan doen, op straffe van verval van het recht zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen (hierover meer in Hoofdstuk 7). In een groot aantal gevallen zal echter sprake zijn

---

2 Zie Asser -Hartkamp 4-I, nr. 47 waar het contract, het delict of oorzaken van onderscheiden aard worden genoemd.

van een wederkerige overeenkomst waarbij weldegelijk een tegenprestatie verschuldigd is.<sup>3</sup>

#### 4.2.1 Vormvereisten

De basisovereenkomst komt in de meeste gevallen tot stand op de wijze waarop een overeenkomst in het algemeen tot stand komt.<sup>4</sup> Uitgangspunt van ons contractenrecht is vormvrijheid, zij het dat de wet voor bepaalde overeenkomsten wel een vorm voorschrijft zoals schriftelijkheid of een notariële akte.<sup>5</sup> Bij een overeenkomst inhoudende een verplichting tot dulden of niet doen is geen bijzondere vorm voorgeschreven, zij het dat onder omstandigheden een uitzondering kan worden aangenomen; het onderliggend belang kan namelijk van dien aard zijn dat schriftelijke vastlegging kan worden verlangd.<sup>6</sup> In het kader van het kwalitatief maken van de basisverplichting zal deze schriftelijk moeten worden vastgelegd, doch dit neemt niet weg dat de rechten en verplichtingen tussen partijen ontstaan door de enkele (eventueel slechts mondelinge) wilsovereenstemming.<sup>7</sup>

#### 4.2.2 Overige vereisten

Voor een rechtsgeldige totstandkoming van de kwalitatieve verplichting moet de basisovereenkomst in ieder geval een inhoud hebben die voldoet aan de al in het vorige hoofdstuk beschreven kenmerken. Of sprake is van een eenzijdige dan wel meerzijdige overeenkomst is niet van belang voor de wijze van totstandkoming, aangezien in beide gevallen wederzijdse toestemming noodzakelijk is. Bij de totstandkoming van de basisovereenkomst zijn – evenals bij het kettingbeding<sup>8</sup> – factoren als beschikkingsbevoegdheid of – in het algemeen – eigendom van het object waarop de verplichting betrekking heeft, niet relevant. Nu alles zich slechts tussen de contractspartijen afspeelt, zal bij problemen in de nakoming een beroep op ontbinding of wanprestatie voor de hand liggen. Is een van partijen handelingsonbekwaam, of komt de verplichting tot stand onder invloed van een wilsgebrek,

3 Zoals we in §5.4.4.3 zullen zien kunnen ook bij een eenzijdige overeenkomst de bepalingen betreffende wederkerige overeenkomsten via een omweg van toepassing worden.

4 Uitgaande van het gebruikelijke geval dat inderdaad een overeenkomst aan de verplichting ten grondslag ligt.

5 Zie voor een uitgebreid overzicht Asser-Hartkamp 4-II, nrs. 59 en 80d.

6 Snijders, De wilsrechten, WPNR 6365 (1999), p. 562. Weliswaar noemt Snijders dit in het kader van de wilsrechten, maar het beginsel dat aan zijn gedachte ten grondslag ligt (bewijs van de inhoud van de verklaring) gaat ook hier op.

7 De directe werking van de afspraken tussen partijen was een van de argumenten van de wetgever om de kwalitatieve verplichting in het verbintenissenrecht te plaatsen in plaats van in het zakenrecht, Parl. Gesch. Boek 6, p. 942.

8 Goed beschouwd vormen de beide overeenkomsten, indien niet ingeschreven, tezamen een kettingbeding.

dan bieden de Boeken 3 en 6 alle aanknopingspunten voor het vinden van een oplossing.<sup>9</sup>

#### 4.3 DE TOTSTANDKOMING VAN DE OVEREENKOMST TOT KWALITATIEF MAKEN

Artikel 6:252 BW hanteert duidelijk het contract als bron van het zaaksgevolg:

1. *Bij overeenkomst* [curs., NvO] 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.

Volgens bovenstaand artikellid kan de crediteur uit de basisovereenkomst '*bij overeenkomst bedingen*' dat de te zijner behoefte aangegane verplichtingen zullen overgaan met het registergoed.<sup>10</sup> Geheel in de gedachte van het Blaauboer/Berlips-arrest lijkt dit *bedingen* te moeten worden opgevat als 'voor zichzelf een vorderingsrecht in het leven roepen'. De prestatie waarop het vorderingsrecht ziet is volgens de wet het kwalitatief maken, de handeling om tot het kwalitatief maken te komen dus. Volgens lid 2 is daarvoor het neerleggen van de overeenkomst in een notariële akte noodzakelijk, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers.<sup>11</sup> Heeft inschrijving plaatsgevonden, dan is aan de tweede overeenkomst in die zin voldaan en is de verplichting uit de basisovereenkomst kwalitatief geworden.

##### 4.3.1 Vormvrijheid

Dat voor het kwalitatief maken een overeenkomst noodzakelijk is, is logisch. Zou slechts de crediteur uit de basisovereenkomst de verplichting kwalitatief willen en ook kunnen maken dan zou sprake zijn van het eenzijdig muteren van een over-

<sup>9</sup> Zie hierover uitgebreid Asser-Hartkamp 4-II.

<sup>10</sup> Strikt genomen hebben natuurlijk beide partijen bij de basisovereenkomst dit recht, maar het ligt meer in de rede dat de schuldeiser uit de basisverplichting hier optreedt.

<sup>11</sup> Rank-Berenschot, betoogde in Kwartaalbericht NBW 1986/4, p. 10 dat door het enkele bepalen door partijen, aan de doorgifteverplichting is voldaan. Zij baseert dit echter nog op de oorspronkelijke tekst van 6.5.3.4 lid 1 waarin in plaats van 'bedongen' nog 'bepalen' stond. Volgens Rank-Berenschot was een belangrijke aanwijzing dat met het enkele bepalen derdenwerking wordt bewerkstelligd en dus geen afzonderlijke verbintenis aanwezig is, dat volgens de literatuur de kwalitatieve verbintenis wordt beheerst door de regels van het overeenkomstenrecht. Dit zou slechts kunnen zien op de naleving van de concrete verplichting. Mijn inziens miskende zij hiermee dat ook de afspraak de concrete verplichting kwalitatief te maken (over te gaan tot vastlegging in een notariële akte en inschrijving daarvan) een overeenkomst is.

eenkomst.<sup>12</sup> De veronderstelling dat voor de tweede overeenkomst de eis van een notariële akte gesteld zou zijn is formeel niet juist. Slechts voor het bewerkstelligen van de derdenwerking is opname in een notariële akte noodzakelijk. In Hoofdstuk 2 werd al ingegaan op de oorspronkelijke tekst van lid 1, waarin in plaats van het woord 'bedongen' het woord 'bepaald' was opgenomen, en op basis waarvan partijen door hun enkele afspraak derdenbinding konden bewerkstelligen. Derden konden vervolgens aan de verplichting uit de basisovereenkomst de werking jegens hen ontnemen door aan te tonen dat zij het beding niet kenden. Door inschrijving van de afspraak in de openbare registers werd vervolgens aan gemelde derden weer de mogelijkheid ontnomen zich aan de derdenwerking te onttrekken. Met de wijziging van de wettekst werd een vormvereiste geïntroduceerd voor het bewerkstelligen van *het zaaksgevolg*. De afspraak om de verplichting kwalitatief te maken is ook als hij niet is geformaliseerd tussen partijen volledig van kracht. Evenals bij de verkoop en levering, is ook hier te onderscheiden in een onderliggende, vormvrije, afspraak tussen partijen (in casu tot kwalitatief maken) die nog uitgevoerd moet worden en wel door het opnemen van de gemaakte afspraak in een notariële akte en inschrijving van die akte in de openbare registers.

#### 4.3.2 Bij overeenkomst

Hoe moet nu de tekst van artikel 6:252 lid 1 BW worden geïnterpreteerd? Is het eigenlijk wel mogelijk eerst de basisovereenkomst aan te gaan en veel later pas op basis van artikel 6:252 BW overeen te komen dat aan de uit de basisovereenkomst voortvloeiende verplichting een kwalitatief karakter gegeven wordt? 'Bij overeenkomst' zijn de eerste woorden van het artikellid. Slaat dit op *de vorm* waarin de afspraak tot kwalitatief maken moet worden gegoten (kan het dus niet eenzijdig) of houdt dit in dat de afspraak tot kwalitatief maken slechts kan worden gemaakt bij (*als onderdeel van*) een overeenkomst waarin een verplichting tot dulden of niet doen is neergelegd? Deze laatste interpretatie zou niet alleen inhouden dat het kwalitatief maken ab initio moet worden overeen gekomen,<sup>13</sup> maar ook dat de verplichting tot dulden of niet doen slechts kwalitatief kan worden gemaakt als deze voortkomt uit een overeenkomst, en niet bijvoorbeeld uit een legaat of andere bron van verbintenissen.

De woorden 'bij overeenkomst' zien op de wijze waarop het kwalitatief maken kan worden afgesproken. Het kan niet de bedoeling zijn dat een der partijen eigenmachtig een kwalitatief karakter aan een verplichting kan geven, net zo min als het mogelijk is eenzijdig een erfdiensbaarheid te vestigen of op die wijze een ketting-

12 Nog steeds uitgaande van de meest voorkomende situatie dat de verplichting uit overeenkomst geboren wordt. Ook indien bijvoorbeeld een legaat aan de verplichting ten grondslag zou liggen zou er geen mogelijkheid bestaan tot eenzijdig ingrijpen nu de inhoud en reikwijdte van het legaat door de erflater worden vastgesteld.

13 Iets wat wel is bepleit door de Commissie Verbintenissenrecht in WPNR 4982 (1968), p. 76.

beding effectief kracht te geven in de relatie tot rechtsopvolgers. Dat de verplichting tot kwalitatief maken in een later stadium kan worden toegevoegd is logisch nu het een voortbouwen op een bestaande overeenkomst betreft en het in het algemeen tussen partijen mogelijk is overeenkomsten aan te passen of uit te breiden.

A en B zijn burens. A heeft van B het recht verkregen via het land van B te gaan naar de achter gemeld land gelegen visvijver. Als B plannen heeft te verhuizen wil A graag bewerkstelligen dat het recht van overpad in stand blijft, en ook dat als hijzelf (A) ooit zijn huis verkoopt hij nog steeds zijn recht kan invoeren tegen de rechtverkrijgende van B. Door de afspraak kwalitatief te maken wordt het gewenste effect bereikt.<sup>14</sup>

Er is noch wetsystematisch, noch objectief een reden te bedenken waarom partijen niet later derdenwerking aan hun afspraak kunnen toevoegen, zeker niet nu de belangen van anterieure derden gewaarborgd zijn in het derde lid van artikel 6:252 BW. Voor het overige geldt voor deze overeenkomst vanzelfsprekend hetzelfde als is opgemerkt omtrent de basisovereenkomst.

### 4.3.3 De kwalificatie hulpovereenkomst

Omdat de overeenkomst tot kwalitatief maken de basisovereenkomst als uitgangspunt heeft, kan zij daardoor worden beschouwd als voortbouwende overeenkomst in de zin van artikel 6:229 BW.<sup>15</sup> Voor het bestaan van de tweede overeenkomst betekent dit dat indien de basisovereenkomst ontbreekt, de tweede overeenkomst vernietigbaar is. Op zich is dat geen vanzelfsprekendheid: een hulpovereenkomst (van welk genus de voortbouwende overeenkomst een species is) kan ook zien op een veronderstelde of toekomstige rechtsverhouding,<sup>16</sup> en daarnaast kan het zo zijn, dat weliswaar de hoofdovereenkomst wegvalt, maar dat dit geen direct gevolg heeft voor de hulpovereenkomst. Bij de kwalitatieve verplichting zal de betekenis hiervan echter gering zijn; zonder basisovereenkomst heeft de hulpovereenkomst geen zin. Wel kan het relevant zijn in die gevallen waarin slechts een gedeelte van de basisovereenkomst wegvalt. Denk hierbij aan de situatie waarbij een verplichting is aangegaan voor de eigenaar en diens verkrijgers, alsook voor de gebruikers. Komt de verplichting te vervallen voor de verkrijgers dan houdt dat niet automa-

14 Nog duidelijker wordt de casus als A geen eigenaar maar huurder is.

15 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 72 e.v. In de Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 913 wordt artikel 6:229 BW van toepassing verklaard op overeenkomsten die een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding beogen te wijzigen, op te heffen, aan te vullen, nader vast te stellen of uit te voeren.

16 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 72 noemt als voorbeeld de situatie waarbij partijen er abusievelijk vanuit gaan dat er een verplichting tot betaling van schadevergoeding bestaat, terwijl dit niet (meer) het geval is, en partijen een schikking treffen omtrent de omvang van het bedrag.

tisch in dat zij ook vervalt voor de gebruikers en kan te dien aanzien het kwalitatieve karakter behouden blijven.<sup>17</sup>

De betekenis van de kwalificatie van de overeenkomst tot kwalitatief maken als hulpovereenkomst komt vooral tot uiting bij het tenietgaan van een van beide 'onderdelen', waarover meer in Hoofdstuk 6.

#### 4.4 DE KWALITATIEVE VERPLICHTING IN GOEDERENRECHTELIJK PERSPECTIEF<sup>18</sup>

Zakelijke rechten komen tot stand door vestiging of verjaring,<sup>19</sup> waarbij voor de vestiging ervan dezelfde vormvoorschriften gelden als voor levering van het betreffende goed, zijnde beschikkingsbevoegdheid, een geldige titel en een leveringshandeling.<sup>20</sup>

De verplichting tot dulden of niet doen wordt aangegaan *ten aanzien van* een registergoed. Hoewel de woorden 'ten aanzien van' nog eens het verbintenisrechtelijke karakter van de figuur onderstrepen, is het maken van een vergelijking met de goederenrechtelijke rechten interessant. In beide gevallen is immers sprake van zaaksgevolg dat ertoe leidt<sup>21</sup> dat derden (de toekomstige verkrijgers en/of gebruikers) eveneens gebonden zijn aan de verplichting, en dat de figuur een (zeker) absoluut karakter verleent.<sup>22</sup> In praktische resultaat komt de kwalitatieve verplichting een beperkt goederenrechtelijk recht wel heel nabij.

Bij de vestiging van beperkte rechten zijn wezenlijk andere factoren relevant dan bij het aangaan van de verbintenissen. Trekken we weer een parallel met de erfdiensbaardheid, dan zijn voor vestiging hiervan noodzakelijk een geldige titel, beschikkingsbevoegdheid en een levering, deze laatste te gieten in de vorm van een notariële akte gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers.

Spelen een of meer soortgelijke vereisten als die welke worden gesteld aan de vestiging van een goederenrechtelijk recht, wellicht ook een rol bij het aangaan van de kwalitatieve verplichting? Voor de beantwoording van die vraag valt een aantal wegen te kiezen. Zo kan gekeken worden in welke mate genoemde vereisten terug te vinden zijn in de wettekst zelf, en kan aldus worden geprobeerd aan te geven in

17 Dit wordt verder uitgewerkt in Hoofdstuk 5. Het spreekt naar mijn mening namelijk niet vanzelf dat de binding ook voor de gebruikers vervalt. Denkbaar is echter ook dat 'mede gebonden' betekent dat altijd de rechtshebbende op het goed gebonden moet zijn wil er sprake zijn van (mede)binding van gebruikers.

18 Omdat het zuiverder is te spreken van het kijken naar de verplichting in 'goederenrechtelijk' perspectief (de verplichting kan immers worden aangegaan ten aanzien van registergoederen) zal ik in de tekst steeds deze term hanteren. In de praktijk is echter de meest voorkomende situatie dat de verplichting wordt aangegaan ten aanzien van een onroerende zaak, reden dat de gebruikte voorbeelden vrijwel alle op het aangaan van de verplichting ten aanzien van onroerende zaken zullen zien.

19 Onverminderd de mogelijkheid eigendom te verkrijgen door occupatie of schatvinding.

20 Voor onroerende zaken en beperkte rechten daarop artikel 3:84 jo. 3:89 jo. 3:98 BW.

21 Of beter gezegd; *kan* leiden, zie Hoofdstuk 5.

22 Asser-Mijnssen-De Haan, Goederenrecht, nr. 48.

hoeverre de figuur al dan niet mede een goederenrechtelijk karakter heeft. Ook kan worden gekeken naar de achterliggende gedachte van de wetgever; waarom is de kwalitatieve verplichting in het leven geroepen en welke rol speelt de plaatsing in Boek 6 hierbij? Mocht blijken dat in praktisch resultaat duidelijke overeenkomsten zichtbaar zijn met de vestiging van een beperkt recht als bijvoorbeeld de erfdiensbaarderheid, dan roept dat vervolgens de vraag op in hoeverre ook andere regels van goederenrecht op de kwalitatieve verplichting analogisch van toepassing zouden kunnen of moeten zijn.

Bij het zoeken naar parallellen is het altijd verleidelijk naar een bepaald resultaat toe te redeneren. De constatering bijvoorbeeld dat ook voor de totstandkoming van de kwalitatieve verplichting een notariële akte en inschrijving daarvan in de openbare registers vereist zijn, mag nog niet tot de conclusie leiden dat hiermee voldoende overeenkomst met een goederenrechtelijk recht is aangetoond. Aan de andere kant kan een dergelijke vaststelling wel bijdragen aan de constatering dat – evenals bij goederenrechtelijke rechten – de kenbaarheid voor derden belangrijk is. Nu zegt het vereiste van een in te schrijven notariële akte wel iets maar natuurlijk lang niet alles, reden dat alle criteria van artikel 3:84 BW achtereenvolgens de revue zullen passeren.

#### 4.4.1 Een geldige titel

Het titelvereiste in het goederenrecht is de basis van het causale stelsel en berust op de gedachte dat aan de levering een rechtvaardiging ten grondslag moet liggen.<sup>23</sup> Er moet sprake zijn van een rechtsverhouding die de eigendomsovergang respectievelijk de vestiging van het beperkte recht rechtvaardigt.<sup>24</sup> Ontbreekt deze titel, dan komt zoals we allen weten geen rechtsgeldige vestiging of overdracht tot stand,<sup>25</sup> dit in tegenstelling tot rechtsstelsels waarbij wordt geabstraheerd van de geldigheid van de titel.<sup>26</sup> Vergelijken we de kwalitatieve verplichting met de erfdiensbaarderheid dan is de vraag of ook aan de basis van de 'vestiging' van een kwalitatieve verplichting een geldige rechtsbetrekking moet staan. Is er bij de verplichting sprake van een op causaliteit gelijkend principe, op grond waarvan het zakelijke karakter van de verplichting wegvalt als de onderliggende rechtshandeling ontbreekt? En zo ja, welke rechtshandeling is dat dan en welke gevolgen heeft het wegvallen van het zakelijke karakter? Is er bijvoorbeeld sprake van derdenbescherming of kan worden bekrachtigd?

23 Hierover uitgebreid Asser-Mijnssen-De Haan, Goederenrecht, nr. 237 e.v.

24 Deze definitie werd geïntroduceerd door Hartkamp in de bijdrage Het begrip leveringstitel, in WPNR 5267/5268 (1974), p. 375-383 en 393-399.

25 Artikel 3:84 BW en voor vestiging van beperkte zakelijke rechten artikel 3:98 BW.

26 Zoals bijvoorbeeld het Duitse stelsel, waarover meer in Hoofdstuk 8.



Evenals de erfdiensbaarheid is zoals eerder opgemerkt de kwalitatieve verplichting opgebouwd uit twee nader te onderscheiden elementen:

1. partijen komen overeen<sup>27</sup> een bepaalde verplichting om iets te dulden of niet te doen ten aanzien van een aan een van hen toebehorend registergoed, ofwel (bij de erfdiensbaarheid) op te nemen in een te vestigen erfdiensbaarheid, ofwel kwalitatief te maken als bedoeld in artikel 6:252 BW;
2. partijen geven gevolg aan deze afspraak door het opmaken van een notariële akte en inschrijving daarvan in de openbare registers.

Bovenstaande uitsplitsing maakt duidelijk dat de grondslag<sup>28</sup> van de kwalitatieve verplichting niet slechts de basisovereenkomst is. Deze obligatoire rechtsverhouding is weliswaar de grondslag voor de voortbouwende overeenkomst maar niet de directe aanleiding tot het kwalitatief maken. De voortbouwende overeenkomst vervolgens bevat wel de afspraak om tot kwalitatief maken over te gaan (dus om een akte op te stellen en deze in de openbare registers in te schrijven), maar moet worden uitgevoerd door de overeenkomst neer te leggen in een notariële akte en deze akte in te schrijven in de openbare registers. Dat de grondslag voor de kwalitatieve werking mede gelegen is in overeenkomst tot kwalitatief maken blijkt er uit dat in de basisovereenkomst geen enkele kiem voor kwalitatieve werking besloten ligt. Pas bij het aangaan van de overeenkomst tot kwalitatief maken komt dit aspect aan de orde.

Toch is de basisovereenkomst minstens zo belangrijk voor het eindresultaat als de overeenkomst tot kwalitatief maken: in het goederenrecht moet de titel de eigendomsovergang (of vestiging) kunnen rechtvaardigen. Dit is bijvoorbeeld niet het geval als de overeenkomst wordt aangegaan door een handelingsonbevoegde of als de rechtshandeling strekt tot overdracht ten titel van zekerheid (het zogeheten fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW).<sup>29</sup> Bij de kwalitatieve verplichting is in lid 5 van artikel 6:252 BW de bepaling opgenomen dat het artikel niet van toepassing is op verplichtingen die de rechthebbende beperken in zijn bevoegdheid het goed te vervreemden of te bezwaren. Deze beperking, die nader werd belicht in §3.2.3.1, heeft niet tot gevolg dat een verplichting met deze inhoud ongeldig zou zijn, maar wel dat een dergelijke verplichting geen kwalitatieve werking kan krijgen. In die zin vertoont het gevolg van deze beperking parallellen met het ontbreken van een geldige titel bij de vestiging van een beperkt recht. Ook daar leidt het ontbreken van een geldige titel ertoe dat de vestiging niet tot stand komt,

27 Zoals al eerder opgemerkt behoeft de basisverplichting niet voort te komen uit een overeenkomst, maar zal dit in de normale situatie (waar ik verder vanuit ga) wel het geval zijn.

28 Of, zoals Bartels het in zijn dissertatie 'De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen' (Den Haag, 2004) op p. 4 voor levering ook wel noemt; de reden, oorzaak, rechtvaardiging. Zie ook Hartkamp in diens bespreking van dit proefschrift: De samengestelde overdrachtstitel en zijn manco's in WPNR 6596 (2004).

29 Asser-Mijnssen-De Haan, Goederenrecht, nr. 239.

maar betekent het niet dat tussen partijen geen verbintenissen (blijven) bestaan. Zo beschouwd is het de (inhoud van de) basisovereenkomst die directe invloed uitoefent op de 'vestiging' van de verplichting.

Wat gebeurt er nu met het kwalitatieve karakter van de verplichting als een van de beide samenstellende overeenkomsten met terugwerkende kracht wegvalt? Gaan we uit van causaliteit, dan wordt de verplichting geacht nooit kwalitatief te zijn geweest; gaan we uit van een abstract stelsel, dan wél.

Bij het wegvallen van de basisovereenkomst zal, uitzonderingen daargelaten, de voortbouwende overeenkomst vernietigbaar worden en in ieder geval inhoudsloos.<sup>30</sup> Er is immers dan iets kwalitatief gemaakt wat niet meer bestaat. Met het wegvallen van de voortbouwende overeenkomst zal het kwalitatieve karakter wegvallen en blijft er slechts een 'gewone' obligatoire overeenkomst bestaan.<sup>31</sup> Hoe dan ook, wil de figuur in zijn volle omvang kwalitatieve werking hebben, dan zullen zowel de basisovereenkomst als de voortbouwende overeenkomst moeten bestaan. Beide elementen zijn cruciaal voor het bestaan van de figuur en zowel bij het wegvallen van de 'tweede laag' (de overeenkomst tot kwalitatief maken) als het fundament (de basisovereenkomst) zal de figuur niet meer de inhoud en werking hebben die was beoogd. Evenals bij het wegvallen van de titel bij de goederenrechtelijke rechten, is er nog wel sprake van een inschrijving in de openbare registers maar niet meer van de gewenste zakelijke werking.

De conclusie moet dus luiden dat er ook bij de kwalitatieve verplichting sprake is van causaliteit. Zowel bij het tot stand komen van de kwalitatieve verplichting als gedurende haar bestaan is het noodzakelijk dat de samenstellende elementen ook daadwerkelijk in stand blijven. Valt een van beide elementen weg, dan heeft dit tot gevolg dat de zakelijke werking wegvalt.

Onder omstandigheden zullen derden een beroep kunnen doen op derdenbeschermende bepalingen.<sup>32</sup>

#### 4.4.2 De levering

De leveringshandeling, noodzakelijk voor het vestigen van een goederenrechtelijk recht, is die van een notariële akte gevolgd door inschrijving van die akte in de openbare registers, waarbij de genoemde akte bestemd moet zijn tot de levering en zijn opgemaakt tussen partijen.

30 Zie meer uitgebreid Hoofdstuk 6.

31 Natuurlijk is het mogelijk dat de voortbouwende overeenkomst slechts gedeeltelijk wegvalt, bijvoorbeeld slechts ten aanzien van de verkrijgers, maar ten aanzien van de gebruikers in stand blijft. In dat geval blijft de verplichting gedeeltelijk kwalitatief.

32 Zie §4.6.

Dat voor de 'vestiging' van een kwalitatieve verplichting een notariële akte noodzakelijk is, werd ingevoerd na een opmerking in die zin van de zijde van Van der Ploeg.<sup>33</sup> De Raad van State overwoog in zijn advies<sup>34</sup> dat de Wet van 28 juni 1956<sup>35</sup> er inderdaad toe noopte deze aanvulling te maken. In genoemde wet, waarbij artikel 671a (oud) BW werd ingevoerd, werd bepaald dat de akte tot levering van onroerende zaken en tot vestiging van zakelijke rechten op onroerende zaken, notarieel moest worden verleden. Achtergrond van deze bepaling was de wens van de praktijk slechts leveringsakten toe te staan die met notariële zorgvuldigheid waren opgesteld.<sup>36</sup> Met het ook bij de kwalitatieve verplichting invoeren van de eis van een notariële akte – het introduceren van een vormvereiste in het in principe vormvrije verbintenissenrecht –, zien we zoals hierboven al opgemerkt een duidelijke parallel met het goederenrecht. Overigens was de achterliggende gedachte van de akte en de inschrijving het waarborgen van de kenbaarheid van de belasting, reden ook dat de figuur alleen bij registergoederen is toegestaan.<sup>37</sup>

#### 4.4.2.1 *Wat moet worden ingeschreven?*

Over de in de openbare registers in te schrijven akte die het zaaksgevolg bewerkt stelt is de wet summier:

'2. Voor de werking van het in lid 1 bedoelde beding is vereist dat van de overeenkomst tussen partijen een notariële akte wordt opgemaakt, gevolgd door inschrijving daarvan in de registers. Degene jegens wie de verplichting bestaat, waarop het beding betrekking heeft, moet in de akte ter zake van de inschrijving woonplaats kiezen in Nederland.'

De vraag wat precies 'de overeenkomst tussen partijen' is die in de openbare registers moet worden ingeschreven, wordt door de wettekst niet helder beantwoord. Is dat slechts de overeenkomst tot kwalitatief maken<sup>38</sup> of ook de inhoud van de basisovereenkomst? Met andere woorden: kan worden volstaan met het inschrijven van een notariële akte tot kwalitatief maken van een overeenkomst die nader wordt gespecificeerd in een onderhandse basisovereenkomst waarnaar in de akte wordt verwezen, of moet in de akte de integrale inhoud van de basisovereenkomst worden vermeld? Dit laatste ligt uit het oogpunt van de kenbaarheid voor de hand, maar toch staat nergens expliciet vermeld dat in de betreffende akte ook de inhoud van de basisovereenkomst moet zijn vermeld. Toch zal ieders rechtsgevoel zeggen dat ook de basisovereenkomst in de in te schrijven akte moet worden opgenomen.

33 WPNR 4738 (1962), p. 413 e.v.

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

35 Stb. 376.

36 Asser-Mijnssen-De Haan, nr. 251.

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

38 Iets wat zou kunnen worden afgeleid uit Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1821.

Derden binden aan verplichtingen die niet kenbaar zijn is bovendien strijdig met het publiciteitsbeginsel dat geldt voor rechten met zakelijke werking.

De Parlementaire Geschiedenis biedt in dit verband geen soelaas:

‘Overeenkomstig een desbetreffende opmerking van de Commissie (Rapport Commissie verbintenissenrecht over titel 5 van boek 6 NBW in WPNR 4982 (1968), p. 76) is in de eerste zin van dit lid thans uitdrukkelijk bepaald dat een beding als bedoeld in lid 1 in de openbare registers kan worden ingeschreven. Tevens is op het voetspoor van het voorlopig verslag bepaald dat voor de inschrijving – en derhalve voor de werking jegens derden – een notariële akte vereist is.’<sup>39</sup>

Ook genoemde Commissie schept geen duidelijkheid in de terminologie door steeds slechts te spreken over inschrijving van ‘het beding’, mijns inziens zijnde het beding dat een verplichting uit de basisovereenkomst zal overgaan op rechtsopvolgers.

De regels betreffende inschrijfbaarheid in het Burgerlijk Wetboek en de Kadasterwet brengen ons ook weinig verder. De inschrijfbaarheid van ‘de kwalitatieve verplichting’ wordt benadrukt in artikel 3:17 lid 2 BW, dat feiten die alleen persoonlijke rechten geven of opheffen slechts inschrijfbaar maakt indien een bijzondere wetsbepaling (in casu artikel 6:252 BW) dit toestaat.

In artikel 20 van de Kadasterwet wordt daarenboven bepaald dat indien een stuk ter inschrijving wordt aangeboden dat betrekking heeft op een onroerende zaak, het stuk de aard, plaatselijke aanduiding en kadastrale aanduiding moet bevatten. Daarnaast bepaalt artikel 44 van genoemde wet, dat stukken die voor bewijs bij de aanbidding van een stuk worden overgelegd, slechts mede worden ingeschreven indien de wet dit vereist of de aanbieder dit verlangt, tenzij de wet bepaalt dat de desbetreffende stukken niet worden ingeschreven. Dit leidt tot de conclusie dat in de in te schrijven akte naast de afspraak tot kwalitatief maken van de (mijns inziens niet verplicht gespecificeerde) verplichting ten minste wordt vermeld op welke onroerende zaak de afspraak ziet. De verplichting zelf zou wellicht in een apart stuk ter inschrijving kunnen worden aangeboden nu nergens met zoveel woorden wordt bepaald dat de *inhoud* van de basisovereenkomst uit de akte zelf kenbaar moet zijn. Contact met de Dienst van het Kadaster en de Openbare Registers heeft uitgewezen, dat deze geen problemen heeft met inschrijving van de notariële akte houdende slechts de verplichting tot kwalitatief maken, met ‘als bijlage’ een onderhandse akte houdende de basisovereenkomst. Dit stoelt echter niet op enige wettelijke bepaling.

---

39 Parl. Gesch. Boek 6, p. 945.

Wordt een registergoed geleverd 'onder voorbehoud van een kwalitatieve verplichting'<sup>40</sup> dan vermeldt artikel 24 lid 4 Kadasterwet dat in de akte het op zich nemen van 'het beding' duidelijk moet worden vermeld, bij gebreke waarvan de inschrijving niet mede geacht wordt het beding te betreffen.<sup>41</sup> Ook hier zien we echter weer, dat er gesproken wordt over 'het beding' zijnde de verplichting tot kwalitatief maken. De inhoud van de basisovereenkomst wordt nergens als verplicht onderdeel genoemd. Nu artikel 24 lid 4 Kadasterwet in veel gevallen niet van toepassing zal zijn (veelal zal de kwalitatieve verplichting afzonderlijk worden 'gevestigd' en dus niet worden 'voorbehouden'), ligt het voor de hand terug te vallen op artikel 26 Kadasterwet dat ziet op de inschrijving van rechtshandelingen naar burgerlijk recht, waaronder kwalitatieve verplichtingen.<sup>42</sup> Ingeschreven wordt een afschrift of uittreksel van de notariële akte, waarbij wederom slechts bedoeld wordt op de verplichting tot kwalitatief maken.

#### 4.4.2.2 *Moeten beide partijen meewerken aan inschrijving?*

Nemen we aan dat alleen de overeenkomst tot kwalitatief maken in de akte terug moet komen dan zou het niet noodzakelijk zijn dat beide partijen aan de in te schrijven akte meewerken. De wettekst biedt ruimte voor deze opvatting. Wordt de eerste zin van artikel 6:252 lid 2 BW gelezen in die zin dat de woorden 'tussen partijen' een bijvoeglijke bepaling vormen bij het woord 'overeenkomst', dan is er geen parallelle bepaling als artikel 3:89 lid 1 eerste zin BW waaruit ondubbelzinnig blijkt dat de akte tussen partijen moet worden opgemaakt. Als de woorden 'tussen partijen' echter moeten worden opgevat als bijwoordelijke bepaling bij het opmaken van de akte, is een dergelijke parallel er wél en is dus medewerking van beide partijen noodzakelijk. De Memorie van Antwoord biedt hier weinig aanknopingspunten. In de discussie rond het vastleggen van de overeenkomst in een notariële akte is slechts gesproken over de kenbaarheid naar buiten toe van het beding en de wenselijkheid van een begrijpelijke redactie.<sup>43</sup>

Een mogelijke oplossing is wellicht wel te vinden in de Toelichting Meijers op het toenmalige ontwerp, waarin in lid 3 was bepaald:

'Elk van partijen is verplicht desverlangd mee te werken aan het opmaken van de in te schrijven akte'.

40 Terminologie ontleend aan artikel 24 lid 4 Kadasterwet.

41 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Kadasterwet p. 142 legt nog de link naar artikel 3:22 BW. Op basis van dit artikel kan de geldigheid van een eenmaal in de registers ingeschreven feit niet meer worden betwist op grond dat de voor de inschrijving vereiste formaliteiten niet in acht zijn genomen. Een uitzondering moet worden gemaakt voor de levering onder voorbehoud van een beperkt recht/kwalitatieve verplichting. Is het beperkte recht of de verplichting niet afzonderlijk en duidelijk in de akte opgenomen, dan komt het niet tot stand.

42 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Kadasterwet, p. 145 e.v.

43 Parl. Gesch. Boek 6, p. 941, 945.

Volgens de Toelichting kan elk der partijen, indien een overeenkomst de strekking heeft bij notariële akte kwalitatief gemaakt te worden, verlangen dat een dergelijke akte wordt opgemaakt. Bij weigering van een der partijen mee te werken aan het opmaken van de akte, staat de weg van artikel 3.11.4 lid 2 [3:300 lid 2 BW, NvO] open. Uit deze toelichting is af te leiden dat weldegelijk is bedoeld beide partijen aan de akte mee te laten werken.

Van der Ploeg, die in WPNR 4738 (1962) het ontwerpartikel 6.5.3.4. uitgebreid bespreekt en die in de Parlementaire Geschiedenis ook met instemming wordt aangehaald, merkt bij de bespreking van het toenmalige lid 3 op dat hij dit artikel-lid overbodig acht. De overweging van Van der Ploeg was, dat partijen bij een verbintenis zich ex artikel 6.1.1.2. [6:2 BW, NvO] overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid moesten gedragen en dat bij artikel 3.4.2.4. [3:89 BW, NvO] dit beginsel voldoende werd geacht om daaruit de plicht van partijen om mee te werken aan de vastlegging van de levering af te leiden. Als bij de levering van eigendom en andere zakelijke rechten op onroerende zaken een dergelijke, tot medewerking verplichtende bepaling, niet noodzakelijk was, waarom bij de kwalitatieve verplichting dan wel?, aldus Van der Ploeg.<sup>44</sup> Van der Ploeg stelt de levering van zakelijke rechten hier kennelijk gelijk met het in het leven roepen van een kwalitatieve verplichting.

Ook hier wordt weer de parallel zichtbaar die de wetgever blijkbaar met het goederenrecht heeft willen trekken en die de kwalificatie van de kwalitatieve verplichting zo lastig maakt.

De vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede kamer was het in die zin met Van der Ploeg eens, dat inderdaad de redelijkheid en billijkheid al op een verplichting tot medewerking wijzen, maar volgens haar was het niet ongebruikelijk en bovendien nuttig, partijen nog eens uitdrukkelijk op hun verantwoordelijkheden te wijzen en zij verzocht de Minister hier duidelijkheid over te verschaffen. De Minister ging hier eerst later op in en bevestigde<sup>45</sup> dat de medewerking van beide partijen vereist was.

#### 4.4.3 Een 'toebehorend' registergoed: is beschikkingsbevoegdheid vereist?

Wil sprake zijn van een kwalitatieve verplichting dan moet, zo blijkt uit de wettekst, het dulden of niet-doen betreffen een registergoed dat aan de partij die zich verplicht (de debiteur) *toebehoort*. Dit begrip 'toebehoren' is in de wet niet duidelijk omljnd, maar in de literatuur wordt de term gelijkgesteld met het zijn van gerechtigde tot een goed.<sup>46</sup> Is aan het vereiste van toebehoren niet voldaan, dan wil dat niet zeggen dat sprake is van ongeldige overeenkomsten: eenieder is immers

44 Op p. 414.

45 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1822.

46 Van Dam/Hondius (red.), Het Nieuw BW in 400 trefwoorden, p. 350.

gerechtigd tot het aangaan van obligatoire overeenkomsten ter zake van andermans goederen, zij het dat het effectueren ervan een probleem kan (en meestal zal) zijn.

Befaamd voorbeeld is natuurlijk het onderscheid tussen verkoop en levering dat aan ieder eerstejaars student wordt gegeven (in Utrecht gaat het overigens steevast om verkoop en levering van de Domtoren). Tot het aangaan van de koopovereenkomst van de Domtoren is eenieder bevoegd, doch het leveren ervan wordt lastig en zal leiden tot wanprestatie met de daarbij behorende schadeplichtigheid.

Als we uitgaan van een zuiver verbintenisrechtelijke benadering van de figuur, wat gezien de plaatsing in Boek 6 natuurlijk voor de hand ligt, dan is de vraag aan wie het voorwerp van de verplichting toebehoort, voor de totstandkoming ervan irrelevant. Pas als blijkt dat nakoming van de verplichting niet mogelijk is, blijkt de relevantie van het in het artikel genoemde 'toebehoren'. Wanneer immers het goed niet toebehoort aan degene die de verplichting op zich genomen heeft, zal dit leiden tot wanprestatie.<sup>47</sup>

Zou het begrip 'toebehoren' zijn opgenomen als verduidelijking, in die zin dat hiermee wordt benadrukt dat de figuur slechts werking heeft als het onderliggende goed aan de zich verplichtende partij toebehoort, dit om wanprestatie voor te zijn, dan zou dit een breuk zijn met het gehele Boek 6 waarin immers voor geen enkele verbintenis wordt aangegeven hoe wanprestatie moet worden voorkomen. Moet het begrip dan worden gezien als een voorwaarde voor het aangaan van de overeenkomst, bij gebreke waarvan de overeenkomst nietig is? Ook dit is in strijd met de basisprincipes van het verbintenissenrecht te weten partijautonomie en vormvrijheid.

Toch moet de conclusie luiden, dat indien het 'te belasten' registergoed niet toebehoort aan de partij die zich verplicht tot het dulden of niet doen, aan de overeenkomst geen kwalitatieve werking kan worden toegekend. Deze conclusie strookt ook met wat geldt voor de huurovereenkomst, ook een overeenkomst met zaaksgevolg.

Kijken we naar de mogelijkheid om zaaksgevolg te verbinden aan een huurovereenkomst dan zien we daar dat het goed ook in goederenrechtelijke zin moet toebehoren aan degene die de overeenkomst aangaat, aldus de Hoge Raad in HR 5 maart 2004.<sup>48</sup> De Hoge Raad overwoog:

---

47 Ook hier valt het nodige op af te dingen: indien toebehoren moet worden opgevat als beschikkingsbevoegd, dan kan bijvoorbeeld de curator in faillissement rechtsgeldig een kwalitatieve verplichting aangaan terwijl hem het goed niet toebehoort. Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld een ouder of voogd ten aanzien van een goed van de minderjarige, de hypotheekhouder in geval van parate executie of een beslaglegger. Zie hierover ook Hoofdstuk 7.

48 RvdW 2004, nr. 45 (Vagobel/Geldnet).

‘Art. 7A:1612 (oud) behelst een bepaling ter bescherming van de huurder voor de situatie dat de verhuurder de verhuurde zaak aan een ander overdraagt. Om te voorkomen dat de huurder het genot van de gehuurde zaak kwijtraakt doordat de verhuurder dit niet meer aan hem kan verschaffen, houdt deze bepaling in dat in zodanig geval de huurovereenkomst overgaat op de nieuwe eigenaar. Zoals ook blijkt uit de formulering van art. 7:226 BW, waarin het voorheen geldende art. 7A:1612 BW zoals dit door de Hoge Raad is uitgelegd naar de strekking ongewijzigd is overgenomen, is deze bepaling niet van toepassing op een geval als het onderhavige, waarin weliswaar sprake is van eigendomsoverdracht, maar niet van eigendomsoverdracht door de verhuurder. De stukken van het geding laten immers geen andere conclusie toe dan dat de huurovereenkomst met betrekking tot het pand is gesloten tussen Onniré en Geldnet, dat Onniré nimmer eigenaar is geweest van de grond en het daarop te bouwen pand, maar dat de gemeente Duiven daarvan eigenaar was, die de grond waarop het pand zou worden gebouwd bij notariële akte van 2 oktober 1992 aan Vagobel heeft overgedragen. Aan dit een en ander doet niet af dat Onniré wel economisch eigenaar van het pand is geweest, nu economische eigendom geen eigendom is en met dit begrip slechts wordt bedoeld op het bestaan van een aantal verbintenisrechtelijke rechten en verplichtingen met betrekking tot een zaak, die niet in alle gevallen dezelfde inhoud behoeven te hebben. Het oordeel van de rechtbank, waarin ligt besloten dat art. 7A:1612 (oud) BW niet meebrengt dat Vagobel als verhuurder in de plaats is getreden van Onniré, is derhalve juist, zodat de rechtsklacht van onderdeel 1.1 faalt.’

In casu ging met de overgang van grond en pand dus niet de huurovereenkomst mee over op de nieuwe eigenaar Vagobel. Dit had via contractsovername moeten geschieden. Slechts degene aan wie het goed toebehoort (de eigenaar) is bevoegd een huurovereenkomst aan te gaan die met de verkoop van het pand overgaat op de nieuwe eigenaar. Ook wanneer Onniré erfpachter zou zijn geweest en in die hoedanigheid een huurovereenkomst zijn aangegaan zouden met de overdracht van het erfpachtrecht de verplichtingen uit de huurovereenkomst zijn overgegaan op de nieuwe erfpachter, zo bepaalt artikel 7:226 lid 1 BW. Nu verhuurder Onniré slechts een verbintenisrechtelijk recht heeft (de economische eigendom was in dit geval immers niets anders dan een verbintenisrechtelijke bundel rechten en verplichtingen) en in casu niet degene is die de eigendom overdraagt, gaat artikel 7:226 BW niet op.

Toegepast op de kwalitatieve verplichting zou bovengenoemde uitspraak inhouden dat de verplichting slechts zaaksgevolg heeft, voor zover zij is aangegaan door de eigenaar met betrekking tot diens registergoed of door een beperkt gerechtigde met betrekking tot diens beperkte recht. Dit strookt met het gezonde verstand. Toestaan dat een registergoed wordt belast met een verplichting met zaaksgevolg door iemand die niet de gerechtigde hiertoe is, past slecht in ons rechtssysteem.



#### 4.4.3.1 *Beschikkingsbevoegdheid*

Zoals we hierboven zagen moet het goed aan de zich verplichtende partij toebehooren wil het zaaksgevolg tot stand kunnen komen. Maar wat geldt nu, indien de rechthebbende, bijvoorbeeld als gevolg van faillissement, niet tevens beschikkingsbevoegd is? Wat prevaleert dan: het 'toebehoren' aan de failliet of de beschikkingsbevoegdheid van de curator? Naar mijn mening de beschikkingsbevoegdheid. De onderbouwing hiervan vindt (wederom) plaats door vergelijking van de verplichting met huur.

Wordt een onroerende zaak door de curator verhuurd, dan zal toch niemand willen beweren dat die huurovereenkomst teniet zal gaan bij vervreemding van het verhuurde goed omdat niet de curator maar de failliet eigenaar is. Hetzelfde zal dus moeten gelden voor de kwalitatieve verplichting; niet de failliet maar de curator kan een geldige kwalitatieve verplichting 'vestigen'. Vorenstaande impliceert dat het uiteindelijk – dat wil zeggen in de gevallen dat toebehoren en beschikkingsbevoegdheid niet samenvallen – aankomt op beschikkingsbevoegdheid en niet op het toebehoren.

De conclusie moet dan ook luiden dat hoewel de verplichting uit twee obligatoire elementen bestaat, toch beschikkingsbevoegdheid in goederenrechtelijke zin noodzakelijk is om het gewenste zaaksgevolg te bewerkstelligen. 'Ten aanzien van een aan een der partijen toebehorend registergoed' moet dan ook worden gelezen als 'ten aanzien van een registergoed waarover een der partijen beschikkingsbevoegd is'.

#### 4.4.3.2 *Het 'te belasten' object*

Een onderscheid met de erfdiensbaarheid wordt gevonden in het gegeven dat de kwalitatieve verplichting kan worden aangegaan ten aanzien van een *registergoed*, waar de erfdiensbaarheid wordt gevestigd op een onroerende zaak. Vorenstaande biedt bij een kwalitatieve verplichting de mogelijkheid verplichtingen aan te gaan ten laste van bijvoorbeeld een vruchtgebruik of zelfs een hypotheekrecht. Waarom dit onderscheid is gemaakt wordt nergens in de Parlementaire Geschiedenis toegelicht. Een kwalitatieve verplichting ten aanzien van een hypotheekrecht zou tot inhoud kunnen hebben de verplichting voor de hypotheekhouder geen gebruik te maken van zijn recht dan op een bepaalde wijze of onder bepaalde voorwaarden. Zo zou de eigenaar van het bezwaarde goed met de hypotheekhouder nadere afspraken kunnen maken over de uitwinningsmogelijkheden (mits niet strijdig met de dwingendrechtelijke bepalingen van Boek 3). Bij cessie van de vordering waarop het hypotheekrecht ziet is de nieuwe verkrijger gebonden aan de gemaakte afspraak.

Opvallend is, dat in de Parlementaire Geschiedenis wordt opgemerkt ten aanzien van het bezwaar tegen toelaatbaarheid van de kwalitatieve verplichting:

‘het eerste bezwaar [verkrijgers lopen het risico verplichtingen op de hals te krijgen die zij bij verkrijging niet kenden en niet konden kennen, NvO] kan in een nieuw wetboek worden ondervangen door kwalitatieve verplichtingen alleen bij registergoederen toe te laten en daarbij inschrijving in de openbare registers als vereiste te stellen.’<sup>49</sup>

Met bovenstaande passage is niet de vraag beantwoord waarom een uitbreiding naar registergoederen heeft plaatsgevonden, boven op toelaatbaarheid ten aanzien van slechts onroerende zaken. Voor de overdracht van onroerende zaken is immers ook inschrijving in de openbare registers een vereiste. Voor de erfdienstbaarheid is de beperking tot onroerende zaken logisch: het betreft feitelijke handelingen ten aanzien van erven.<sup>50</sup> Uit de aard van de figuur (de *erfdienstbaarheid*) en de praktische toepassingen door de tijd heen, ligt uitbreiding dan ook zeker niet voor de hand. Als we echter kijken naar de bedoeling van de wetgever voor de introductie van de kwalitatieve verplichting (een alternatief bieden voor het kettingbeding)<sup>51</sup> ligt het echter voor de hand het toepassingsbereik uit te breiden tot registergoederen.

#### 4.4.4 Kan een kwalitatieve verplichting worden ‘gevestigd’ op een toekomstig registergoed (art. 3:97 BW)?

In paragraaf 4.4.3.1 zagen we dat voor het bewerkstelligen van het zaaksgevolg beschikkingsbevoegdheid vereist is (in ieder geval het zijn van rechthebbende), waarmee een duidelijke parallel met het goederenrecht kan worden getrokken. Brengt vorenstaande met zich mee dat ook artikel 3:97 BW van toepassing is met betrekking tot het ‘vestigen’ van een kwalitatieve verplichting op een toekomstig registergoed?

Stel dat A een pand heeft gekocht grenzend aan het perceel van B. B, eigenaar van een drukkerij, wil koste wat kost voorkomen dat A ooit een drukkerij in gemeld pand vestigt of laat vestigen. Vooruitlopend op de levering van het pand aan A komen A en B overeen dat A in gemeld pand nooit een drukkerij zal (doen) vestigen, en bovendien dat deze verplichting kwalitatief van aard zal zijn.

In artikel 3:97 BW is het verbod neergelegd registergoederen bij voorbaat te leveren.

Achtergrond van deze bepaling is het voorkomen van registervervuiling:

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

50 Parl. Gesch. Boek 5, p. 253.

51 Parl. Gesch. Boek 5, p. 251.

‘Registergoederen zijn uitgezonderd [van de mogelijkheid toekomstige goederen bij voorbaat te leveren, NvO], omdat voorkomen moet worden dat de registers met allerlei inschrijvingen worden bezwaard, alleen verricht in de hoop dat een willekeurige derde eenmaal rechthebbende zal worden.’<sup>52</sup>

Gezien de ratio van de bepaling ligt het voor de hand te concluderen dat het ook niet mogelijk moet zijn toekomstige registergoederen te bezwaren met een kwalitatieve verplichting.

#### 4.5 ONTSTAAN OP ANDERE WIJZE(N)

Kan afgezien van ontstaan op de wijze als hiervoor behandeld (een basis verplichting – meestal overeenkomst – gevolgd door een overeenkomst tot kwalitatief maken) ook verjaring oorzaak zijn van het ontstaan van een kwalitatieve verplichting? Een erfdiensbaarheid kan ontstaan door vestiging of verjaring, zo wordt vastgesteld in artikel 5:72 BW. Ook is voor de kwalitatieve verplichting uitdrukkelijk bepaald dat er voor het tenietgaan door verjaring geen verschil mag bestaan met de erfdiensbaarheid.<sup>53</sup> Over het ontstaan van de kwalitatieve verplichting door verjaring zwijgt de Parlementaire Geschiedenis echter, maar wellicht kunnen aan de hand van wat geldt voor de erfdiensbaarheid conclusies worden getrokken.

##### 4.5.1 Ontstaan door verjaring van een erfdiensbaarheid

Met betrekking tot de verjaring van artikel 3:99 BW (de acquisitieve of verkrijgende verjaring) geldt dat een recht van erfdiensbaarheid door een bezitter te goeder trouw wordt verkregen indien deze gedurende een periode van tien jaren onafgebroken het bezit heeft gehad. Is geen sprake van goede trouw aan de zijde van de bezitter dan kan uitgeweken worden naar artikel 3:105 BW, de extinctieve of bevrijdende verjaring. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat degene die een goed bezit, na verloop van de termijn waarbinnen een gerechtigde een beroep kan doen op beëindiging van het bezit door een ander, het goed verkrijgt. Op grond van artikel 3:306 BW is deze termijn 20 jaar, hetgeen inhoudt dat de gerechtigde na ommekeer van de termijn van 20 jaar het recht heeft verspeeld te ageren tegen een bezitter te kwader trouw, waarna door de werking van artikel 3:105 BW de bezitter tot eigenaar wordt verheven.<sup>54</sup>

Bij de erfdiensbaarheid is onderwerp van discussie de vraag wat nu onder ‘bezit’ van een erfdiensbaarheid moet worden verstaan. Bij het als voorbeeld onvermijde-

<sup>52</sup> Parl. Gesch. Boek 3, p. 401 e.v.

<sup>53</sup> Parl. Gesch. Boek 6, p. 942.

<sup>54</sup> Zie o.m. Van Schaick, Verkrijgende verjaring soms in strijd met art. 1 EP bij het EVRM, NTBR 2006/3, p. 90.

lijke recht van overpad wordt opgemerkt dat het enkele gedogen van een gebruik niet de berusting is in bezitsdaden. Bezit van een erfdiensbaarheid is het zichzelf, ten opzichte van het erf waarop inbreuk gemaakt wordt, duidelijk gedragen alsof men rechthebbende tot de erfdiensbaarheid is. Wil op grond van artikel 3:99 BW worden verkregen, dan zal men er vanuit moeten zijn gegaan dat op enig moment een erfdiensbaarheid is verkregen zo stelde Meijers in zijn toelichting op het huidige artikel 5:72 BW.<sup>55</sup> In het voetspoor van Meijers wordt in de literatuur wel betoogd dat bezit te goeder trouw van een erfdiensbaarheid slechts mogelijk is, indien sprake is geweest van een (gebrekkige) vestigingshandeling en inschrijving.<sup>56</sup>

Echte consensus over de vraag hoe en wanneer nu een erfdiensbaarheid door verjaring kan ontstaan, bestaat echter nog niet.<sup>57</sup>

#### 4.5.2 Ontstaan door verjaring van een kwalitatieve verplichting?

Voor de kwalitatieve verplichting is in de wet geen regeling voor verjaring opgenomen. Artikel 3:99 BW is naar de letter niet op de kwalitatieve verplichting van toepassing nu het spreekt over rechten *op* goederen, waar de kwalitatieve verplichting een recht *ten aanzien van* een registergoed is. De vraag is bovendien of er wel enige parallel te trekken valt. Bezit van een erfdiensbaarheid is gekoppeld aan het dulden van feitelijke handelingen of het dulden van bepaalde feitelijke toestanden. Bij de kwalitatieve verplichting moet de pretenderende gerechtigde niet alleen uitstralen dat deze een bepaald recht op dulden of niet doen tegenover de grondeigenaar heeft, maar ook dat gemeld recht bedoeld wordt kwalitatief te zijn.

Is 'bezit van kwalitatief zijn' mogelijk? Het kwalitatief zijn kan, zoals we eerder zagen, slechts worden bewerkstelligd door een notariële akte en inschrijving. Bezit zou aldus bezien aan de orde kunnen zijn bij een inschrijving die geen effect heeft bijvoorbeeld omdat er vestigingsgebreken aan kleven. Het feitelijk karakter van bezit als teken van gerechtigheid naar buiten toe, vloeit hier uitsluitend voort uit de inschrijving in de registers.

Bij de beoordeling of er sprake is goede of kwade trouw, gaat het er dus uitsluitend om of de crediteur wel of niet weet dat de inschrijving in de openbare registers onterecht is geschied.

<sup>55</sup> Parl. Gesch. Boek 5, p. 261. Aan zijn stellingname legt Meijers twee arresten van de Hoge Raad ten grondslag te weten HR 16 november 1934, NJ 1935, 446 en HR 16 december 1942, NJ 1943, 61.

<sup>56</sup> Asser/Beekhuis II, 12e druk, Zwolle 1990, nr. 250.

<sup>57</sup> Zie ook HR 15 januari 1993, NJ 1993, 178 (Baaijens-Funt/Wijers) en Van Vliet, Verjaring en erfdiensbaarheid, NTBR 2004/5.

Alhoewel de beoogd crediteur te kwader trouw is, is er dan sprake van een naar buiten toe kenbare pretentie van een kwalitatieve verplichting (want kenbaar uit de inschrijving) die als bezit van 'kwalitatief zijn' kan worden beschouwd.<sup>58</sup>

Naast de 'basisverplichting' die natuurlijk in ieder geval door verjaring kan ontstaan (zij het waarschijnlijk slechts voor verplichtingen tot een dulden) kan via een inschrijving in de openbare registers geconcludeerd worden tot het bezit van een recht waar een verplichting met zaaksgevolg tegenover staat.

#### 4.6 ONTSTAAN EN DERDENBESCHERMING

Voor de verkrijgers van een beperkt recht zijn in de wet diverse regelingen opgenomen om te voorkomen dat zij na hun verkrijging worden geconfronteerd met onvolkomenheden in de totstandkoming of overdracht van hun recht. Zo biedt artikel 3:24 BW de verkrijger van een beperkt recht bescherming tegen feiten die vatbaar zijn voor inschrijving in de openbare registers, maar die ten tijde van de verkrijging van het recht niet in de registers waren ingeschreven. Artikel 3:88 BW beschermt onder omstandigheden de verkrijger van een beperkt recht tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder. Bij de kwalitatieve verplichting is geen sprake van een te verkrijgen beperkt recht, maar van een te verkrijgen vordering. Komt nu de crediteur uit de verplichting een soortgelijke bescherming toe als de verkrijger van een beperkt recht? Ofwel: kunnen ook op het gebied van de derdenbescherming de bepalingen van het goederenrecht analogisch worden toegepast?

Achtereenvolgens kijken we naar de mogelijke toepasselijkheid van artikel 3:24 BW, 3:88 BW en 5:110 BW.

##### 4.6.1 Artikel 3:24 BW

Op grond van artikel 3:24 BW wordt de verkrijger van een recht op een registergoed beschermd tegen feiten die vatbaar zijn voor inschrijving in de openbare registers, maar die ten tijde van de inschrijving van het recht niet waren ingeschreven. Hierop wordt een uitzondering gemaakt indien de verkrijger het niet ingeschreven feit *kende*.

58 Zie voor een overweging in deze zin ten aanzien van een gepretendeerde erfdiensbaarheid Rechtbank Breda 27 juli 2005, NJF 2005, 309 waarin wordt overwogen: 'De rechtbank overweegt dat ter vaststelling van dit bezit, bij gebreke van een inschrijving in de openbare registers, feiten of omstandigheden aanwezig dienen te zijn waaruit een naar buiten blijkende wil tot het uitoefenen van een zakelijk recht van erfdiensbaarheid blijkt. Of sprake is van een zodanige wilsuïting dient te worden beoordeeld aan de hand van de verkeersopvattingen. Omdat zodanige wilsuïting evenwel verstrekkende consequenties kan hebben dient bij het aannemen daarvan terughoudendheid te worden betracht. De maatstaf is dat de mededelingen of gedragingen van [Gedaagde] voor [Eisers] dan wel voor hun rechtsvoorgangers zo duidelijk moeten zijn (geweest) dat zij daaruit niet anders hebben kunnen afleiden dan dat [Gedaagde] een recht van erfdiensbaarheid pretendeerde.'

A verkoopt en levert een registergoed aan B. B 'vestigt' op gemeld registergoed een kwalitatieve verplichting ten gunste van C. Voordat de kwalitatieve verplichting wordt 'gevestigd', is echter de koopovereenkomst tussen A en B vernietigd, maar de vernietiging wordt niet ingeschreven in de openbare registers. C is niet op de hoogte van de vernietiging. Wordt C beschermd door artikel 3:24 BW?

Zo op het eerste gezicht niet; hij die crediteur uit een kwalitatieve verplichting wordt, verkrijgt een recht *ten aanzien van* een registergoed en niet een recht *op* een registergoed.<sup>59</sup> In deze benadering zou de situatie zich dan voordoen, dat de crediteur uit een kwalitatieve verplichting zijn recht illusoir ziet worden, zonder dat hem een andere weg open staat dan een vordering wegens wanprestatie. Voor een zuiver verbintenisrechtelijke figuur is dit normaal, voor een zuiver goederenrechtelijke figuur is dat anders. Opnieuw doet zich de vraag voor: wat moet nu gelden voor een hybridische figuur als de kwalitatieve verplichting?

In eerste instantie stond Meijers bij het ontwerp van het artikel een zeer brede bescherming voor ogen. Hij formuleerde het als volgt:

'Niemand kan een feit dat hij in de registers had kunnen doen inschrijven, maar dat niet ingeschreven is, tegenwerpen aan derden die daarvan onkundig zijn (...)'.<sup>60</sup>

Op basis van deze formulering zou de vernietiging niet aan onze crediteur tegenoverstaan kunnen worden. In het latere wetgevingsproces is de bepaling echter flink gepreciseerd. Slechts zij die een *registergoed*<sup>61</sup> verkrijgen worden tot de te beschermen personen gerekend omdat:

'(...) alleen van hen die een registergoed beogen te verkrijgen kan worden verlangd dat zij laten onderzoeken of in de registers voor hen nadelige feiten zijn ingeschreven. Juist omdat dit onderzoek van hen kan worden verlangd, wordt onbekendheid met uit het register kenbare feiten voor hun risico gebracht. In dezelfde gedachtegang behoort ook de door het onderhavige artikel geboden bescherming tegen een beroep op onbekende, niet ingeschreven feiten zich niet tot alle derden uit te strekken. Slechts met het oog op de belangen van hen op wier weg het in die gedachtegang ligt de registers te raadplegen en daarbij op hun volledigheid te vertrouwen, is het redelijk dat de ver gaande gevolgen die hier aan het enkele niet ingeschreven zijn van een voor inschrijving vatbaar feit zijn verbonden, voor rekening komen van degene die dat feit wil invoeren'.<sup>62</sup>

59 Het vorderingsrecht dat uit de verplichting voortvloeit is een regulier vorderingsrecht dat kan worden geëdeerd, bezwaard, beslagen etcetera. In het bestek van dit boek wordt op de vordering niet specifiek ingegaan.

60 Parl. Gesch. Boek 3, p. 130.

61 Een recht op een registergoed is zelf ook een registergoed. Zie artikel 3:10 jo. 3:89 jo. 3:98 BW.

62 Parl. Gesch. Boek 3, p. 132.

Kan het vorderingsrecht uit de verplichting wellicht met een registergoed worden gelijkgesteld? Deze vraag is minder vreemd dan hij in eerste instantie lijkt; het betreft immers een goed (vermogensrecht) voor de verkrijging waarvan inschrijving in de openbare registers noodzakelijk is.<sup>63</sup> De Toelichting maakt korte metten met deze poging het recht als registergoed aan merken want vermeldt uitdrukkelijk:

‘de inschrijving moet een noodzakelijke voorwaarde zijn voor de overdracht of de vestiging wil van een registergoed sprake zijn. Niet voldoende is dus, dat de overdracht of de vestiging buiten de inschrijving tot stand komt en deze de handeling alleen een krachtiger werking zou geven, b.v. haar tegen derden te goeder trouw doet werken.’<sup>64</sup>

Uit vorenstaande passage blijkt duidelijk dat de kwalitatieve verplichting, die als verplichting al tussen partijen geldt voordat inschrijving heeft plaatsgevonden, niet als registergoed kan worden beschouwd.

Naar mijn mening is een beperkte uitleg die aan de crediteur uit de verplichting de bescherming van artikel 3:24 BW zou onthouden, onbevredigend. De ratio van artikel 6:252 BW is immers het verbinden van zaaksgevolg aan een verbintenis. De positie van de crediteur uit de verplichting komt daarmee dicht bij de positie van een beperkt gerechtigde (bijvoorbeeld tot een erfdiensbaarheid). Zeker nu de wetgever meermaals heeft aangegeven dat de kwalitatieve verplichting moet worden beschouwd als een ‘erfdienstbaarheid zonder heersend erf’ en dat het eigenlijk niet zo verschrikkelijk belangrijk is of gekozen wordt voor een zakelijk recht met verbintenisrechtelijke aspecten of een verbintenis met zaaksgevolg,<sup>65</sup> ligt het voor de hand de bescherming van artikel 3:24 BW ook toe te kennen aan de crediteur uit de kwalitatieve verplichting.<sup>66</sup>

Ook de reden waarom het brede toepassingsgebied dat Meijers oorspronkelijk voor ogen stond is ingeperkt, geeft een argument vóór toekennen van de bescherming aan de crediteur uit de verplichting. Doorslaggevend voor het al dan niet toekennen van registerbescherming, lijkt te zijn de vraag of van de betreffende crediteur kan worden verlangd dat hij de registers raadpleegt. Aan hem van wie geen raadpleging mag worden verlangd, komt ook geen registerbescherming toe. Bij de kwalitatieve verplichting ligt het voor de hand dat de crediteur de registers raadpleegt, gezien

63 Artikel 3:10 BW.

64 Parl. Gesch. Boek 3, p. 96.

65 Zie §1.3. Zie ook de opmerkingen Snijders en Beekhuis in het verslag van de Studieconferentie Boek 5 NBW, WPNR 5286 (1974), p. 825. Beekhuis geeft hier aan dat men, als men zou willen, het hele zakenrecht (met uitzondering van de eigendom) zou kunnen onderbrengen in de Boeken 6 en 7.

66 Ook al stelt Bartels in zijn genoemde dissertatie op p. 105 dat de bepalingen van artikel 3:24 BW e.v. zich naar hun aard niet voor analogische toepassing lenen. Zie overigens voor het standpunt dat ook de crediteur uit de verplichting een beroep kan doen op artikel 3:24 BW, Losbladige Vermogensrecht, Art. 24, aantekening 5.

het zaaksgevolg dat hij van de met zijn recht corresponderende verplichting verlangt.<sup>67</sup>

Bovengenoemde argumenten pleiten mijns inziens er dan ook voor ook aan de crediteur uit de verplichting de bescherming van artikel 3:24 BW toe te kennen. Op dezelfde gronden moet worden vastgesteld dat ook een eventueel beroep op de artikelen 3:25 en 26 BW kan slagen. Waar de crediteur uit de verplichting mogelijk ook een beroep op kan doen is de bescherming van artikel 3:36 BW.<sup>68</sup>

#### 4.6.2 Artikel 3:88 BW

Nu al eerder is verdedigd dat voor het 'vestigen' van een kwalitatieve verplichting door de debiteur beschikkingsbevoegdheid is vereist, ligt het voor de hand de vraag te stellen of dan ook de crediteur beschermd wordt bij het ontbreken van die beschikkingsbevoegdheid.

Artikel 3:88 BW beschermt de verkrijger aan wie (bijvoorbeeld) een registergoed wordt overgedragen tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder. Voorwaarde voor bescherming is wel dat de derde te goeder trouw is, dat de onbevoegdheid van de vervreemder moet voortvloeien uit de ongeldigheid van een eerdere overdracht en dat die ongeldigheid niet het gevolg mag zijn van beschikkingsonbevoegdheid van de toenmalige vervreemder.

A verkoopt en levert een registergoed aan B. B 'vestigt' op gemeld registergoed een kwalitatieve verplichting ten gunste van C. Achteraf wordt de overdracht van het registergoed vernietigd wegens een wilsgebrek. B is dus nooit rechthebbende geweest en was dus ook nooit beschikkingsbevoegd. Kan C een beroep doen op de werking van artikel 3:88 BW?

Het antwoord is naar mijn mening bevestigend. C verkrijgt weliswaar gewoon de vordering die correspondeert met de basisverplichting, maar door het gebrek aan beschikkingsbevoegdheid aan de zijde van B, ontbreekt het gewenste kwalitatieve karakter van de vordering. Nu de oorzaak van het ontbreken van die beschikkingsbevoegdheid binnen de grenzen van artikel 3:88 BW valt, en nu het gaat om een met het goederenrecht corresponderend element, het zaaksgevolg, is naar mijn

---

67 Een vergelijking met de huurder, aan wie een vorderingsrecht uit de huurovereenkomst toekomt gaat hier niet op. Aan de huurder komt niet de bescherming toe van artikel 3:24 BW als mocht blijken dat op de door hem gehuurde woning lasten of beperkingen rusten die hem in zijn genot beperken. De enige aanspraak die hij heeft is er een uit wanprestatie. Reden van het onderscheid is, dat slechts beschermd worden zij die 'een rechtshandeling tot verkrijging van een recht op een registergoed onder bijzondere titel hebben doen inschrijven'. [Parl. Gesch. Boek 3, p. 132]. De huurder verkrijgt een recht dat geheel niet in de openbare registers in te schrijven is, zodat raadplegen van de registers – behoudens voor wat betreft hypotheek met het huurbeding – alleen daarom al niet op zijn weg zal liggen.

68 Een beroep op dit artikel lijkt zo uitzonderlijk dat er in het bestek van dit onderzoek niet nader op in zal worden gegaan.



mening de meest bevredigende oplossing om artikel 3:88 BW ook op deze situatie van toepassing te laten zijn.

Toegegeven, het vereist wat rek- en strekwerk om tekstueel gezien de kwalitatieve verplichting onder de werkingssfeer van artikel 3:88 BW te laten vallen. Toch kan gezien de ratio van de bepaling, alsook de parallellen met de vestiging van beperkte rechten die we al eerder gezien hebben, artikel 3:88 BW van overeenkomstige toepassing worden geacht.<sup>69</sup>

#### 4.6.3 Artikel 5:110 BW

Hoewel de bescherming die dit artikel biedt veel minder zal worden ingeroepen dan die welke voortvloeit uit de eerder behandelde artikelen, verdient het toch kort de aandacht.

Bij splitsing van een gebouw in appartementsrechten is beschikkingsbevoegdheid noodzakelijk van degene die tot splitsing overgaat. Ontbreekt de beschikkingsbevoegdheid, dan is in principe de splitsing ongeldig tenzij de (ongeldige) splitsing is gevolgd door een (daardoor eveneens ongeldige) overdracht van een appartementsrecht of vestiging van een beperkt recht op een appartementsrecht.<sup>70</sup> Is het denkbaar dat een ongeldige splitsing geheeld wordt doordat er rechtsgeldig een kwalitatieve verplichting op gevestigd wordt? De Parlementaire Geschiedenis zegt hier niets over<sup>71</sup> en ook in de literatuur kunnen geen aanwijzingen in die richting worden gevonden.<sup>72</sup> Gezien echter de ratio van de bepaling en wederom de grote parallellen die het recht dat de keerzijde uit de verplichting vormt, vertoont met een beperkt recht, is het logisch ook hier een beroep op de derdenbeschermende regel toe te staan. Niet goed valt in te zien waarom de vestiging van een erfdiensbaarheid met dezelfde inhoud als een kwalitatieve verplichting dit effect wel zou hebben, en de kwalitatieve verplichting niet.

Alhoewel dit verstrekkende consequenties kan hebben (de verplichting om geen uitzendbureau te vestigen in een bepaald 'appartement' zou in deze gedachte kunnen leiden tot het helen van een ongeldige splitsing van een enorm kantoren-complex) ligt analogische toepassing voor de hand.

---

69 Zo ook Bartels, t.a.p. p. 106, maar wel met enige aarzeling en Van Straaten, t.a.p., p. 207 e.v. die ook ruimhartige toepasselijkheid van artikel 3:88 BW bepleit.

70 Zie voor de mogelijke situaties die zich hier voor kunnen doen Van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2e (herziene) druk, Deventer 2006, p. 303 e.v.

71 Parl. Gesch. Boek 5, p. 382.

72 Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten, nr. 400 e.v.

#### 4.7 SAMENVATTING

Alhoewel de plaatsing in Boek 6 doet vermoeden dat aan de totstandkoming van de kwalitatieve verplichting geen formele eisen worden gesteld is dit niet het geval. Weliswaar kunnen de beide overeenkomsten die tezamen de verplichting vormen vormvrij tot stand komen, maar voor het verkrijgen van zaaksgevolg zijn opname in een notariële akte en inschrijving van die akte in de openbare registers weldegelijk vereist. Daarnaast vallen er zeker parallellen te trekken met de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan wil een goederenrechtelijk recht rechtsgeldig worden gevestigd. Zo zal bij ontstentenis van een geldige titel de rechtsgrond ontvallen aan een goederenrechtelijk recht, terwijl bij ontstentenis van een van beide overeenkomsten waaruit de kwalitatieve verplichting is samengesteld het kwalitatieve karakter ervan wegvalt. Daarnaast vereist de wet dat het goed 'toebehoort' aan degene die de verplichting aangaat, wil de verplichting zaaksgevolg hebben. Evenals ingeval van huur, moet dit toebehoren worden gelezen als 'het zijn van rechthebbende'. Is echter de rechthebbende, degene aan wie het goed toebehoort, niet beschikkingsbevoegd dan kan de verplichting niet het beoogde zaaksgevolg verkrijgen, evenmin als een goederenrechtelijk recht kan worden gevestigd door iemand die niet beschikkingsbevoegd is.

Gezien bovenstaande, ligt het voor de hand de verkrijger van het vorderingsrecht uit de verplichting de mogelijkheid te bieden een beroep te doen op de derdenbeschermende bepalingen van de artikelen 3:24-26, 36 en 88 BW alsook op de bepaling van artikel 5:110 BW. Op het gebied van de totstandkoming van de verplichting zien we dus grote parallellen met de goederenrechtelijke rechten. Dit betekent echter niet dat we de kwalitatieve verplichting tot zakelijk recht mogen bestempelen. Onder meer waar het gaat om de vrijheid die partijen hebben bij de vaststelling van de inhoud of de binding van derden zien we de duidelijk verbintenrechtelijke kant van de figuur.