

5 Het kwalitatieve karakter en de binding van rechtsopvolgers en gebruikers

5.1 INLEIDING

Het bijzondere karakter van de kwalitatieve verplichting is, zoals al veelvuldig is aangehaald, gelegen in het gegeven dat aan een verbintenis een zekere mate van zaaksgevolg kan worden verleend. Hoe nu dit zaaksgevolg moet worden gekenschetst, zal in dit hoofdstuk nader worden onderzocht.

Letterlijk zegt artikel 6:252 lid 1 BW:

‘Bij overeenkomst kan worden bedongen (...) zal overgaan op degenen die het goed onder bijzondere titel zullen verkrijgen en dat mede gebonden zullen zijn zij die van de rechthebbende een recht tot gebruik van het goed zullen verkrijgen’.

Uit deze zin kunnen veel elementen worden gelicht om nader te bekijken. De binding waarover in artikel 6:252 lid 1 BW wordt gesproken bijvoorbeeld, is er één van onduidelijke aard gezien het gebruik van de woorden ‘bedongen’ en ‘mede’. Betekent het begrip ‘medebinding’ dat binding van de gebruikers slechts aan de orde kan zijn indien en op het moment dat tevens de rechtsopvolgers onder bijzondere titel gebonden zijn, of kan de verplichting ook worden aangegaan ten aanzien van genoemde gebruikers alléén? En wat is dan de precieze aard en rechtsgrond van die binding? Wat moet worden verstaan onder ‘bedingen’ van binding? Ook het woord ‘rechthebbende’ behoeft nadere invulling evenals de woorden ‘recht tot gebruik van het goed’. Achtereenvolgens zullen de afzonderlijke elementen worden besproken om uiteindelijk inzichtelijk te maken waar nu precies de beoogde binding op berust en wat de inhoud ervan is.

Om te beginnen zal ik nagaan wie precies kunnen worden beschouwd als verkrijgers onder bijzondere titel van het goed, en wie als gebruikers. Vervolgens zal ik nagaan hoe nu precies de binding van de verkrijgers, en daarna hoe die van gebruikers kan worden gekenschetst.

Dat er in de praktijk de behoefte bestaat aan het binden van zowel de verkrijgers onder bijzondere titel van het goed, als gebruikers ervan moge blijken uit het navolgende voorbeeld:

Eigenaar A van een kantoorpand komt met zijn buurman, makelaar B, overeen dat A in het betreffende kantoorpand geen makelaarsactiviteiten uit zal oefenen (verplichting X). Omdat het kantoorpand steeds aan anderen wordt verhuurd, bedingt buurman B dat ook toekomstige huurders C van het pand aan verplichting X gebonden zullen zijn.

Bij eerste lezing van artikel 6:252 BW lijkt de enige mogelijkheid dat zowel de rechtsverkrijgers van het goed van A als de huurders C gebonden zijn aan de verplichting met inhoud X, maar het is de moeite waard te bekijken of het verschil in hoedanigheid tussen verkrijgers en gebruikers ruimte biedt voor variatie in de binding.

Samenvattend kan er een onderscheiding worden aangebracht aan de hand van de volgende vragen:

1. Wie wordt/worden er gebonden?
2. Waaraan worden zij gebonden?

Uit ons principe van contractsvrijheid en de Parlementaire Geschiedenis valt op te maken dat partijen de vrijheid wordt gelaten om al dan niet rechtsopvolgers te binden en dat er bovendien vanuit moet worden gegaan dat zij de vrijheid hebben restricties aan te brengen in de groep rechtsopvolgers die zij gebonden willen achten.¹ Dit strookt met het principe van de contractsvrijheid.

Achtereenvolgens zal ik bekijken wie aan te merken zijn als verkrijgers onder bijzondere titel, hoe hun binding aan de verplichting kan worden gekenschetst en in hoeverre de bepalingen aangaande contractuele schuldovername van overeenkomstige toepassing kunnen zijn.

Vervolgens zal ik mij richten op de gebruikers van het goed, en ook voor hen kijken waarop hun binding berust, of zij aanspraak kunnen maken op een bedongen tegenprestatie en zo ja, wat daarvan de gevolgen kunnen zijn.

5.2 DE GRENS TUSSEN VERKRIJGERS EN GEBRUIKERS

Dat het afbakenen van de grens tussen de verkrijgers onder bijzondere titel van het goed en de gebruikers van groot belang is, is duidelijk. Het binden van de gebruikers is immers afhankelijk van de afspraak tussen partijen; spreken deze hieromtrent niets af dan zijn de gebruikers niet gebonden. Onder 'verkrijging van het belaste' goed² moet worden begrepen verkrijging op grond van overdracht, verja-

1 Zo is het mogelijk de binding van de rechtsopvolgers in de tijd te beperken, aan voorwaarden te onderwerpen, deze slechts uit te laten strekken tot bepaalde rechtsopvolgers (bijvoorbeeld slechts zij die met of op het registergoed commerciële doelen na gaan streven) en ga zo maar door. Ook kan in de basisovereenkomst bepaald worden dat de verkrijgers onder bijzondere titel gebonden zullen zijn aan een verplichting met inhoud X terwijl voor de gebruikers inhoud Y zal gelden, en is het buiten de situatie van onderling overleg mogelijk via de al in §3.8 besproken artikelen 6:248, 258 en 259 BW wijziging aan te brengen in de inhoud van de verplichting, zodat de diverse betrokkenen aan verplichtingen met verschillende inhoud gebonden kunnen zijn, zij het dat de aanpassing van artikel 6:258 BW slechts zal gelden in de een-op-een-relatie tussen partijen.

2 Het goed' waar het bij de kwalitatieve verplichting om draait is ieder willekeurig registergoed, zodat naast de (volle of blote) eigendom ook bijvoorbeeld rechten van erfpacht, vruchtgebruik of opstal object van de verplichting kunnen zijn.

ring, onteigening of een van de overige op de wet aangegeven wijzen van verkrijging. Binnen het bestek van dit boek laat ik de verkrijging door verjaring en onteigening buiten beschouwing.³

Is de verplichting aangegaan ten aanzien van de volle eigendom, en gaat de eigendom over dan is duidelijk sprake van verkrijging onder bijzondere titel van het goed. Voor de zakelijke genotsrechten moet voor de goede orde worden onderscheiden in twee mogelijke situaties:

1. Is het goed ten aanzien waarvan een kwalitatieve verplichting is aangegaan een zakelijk genotsrecht, bijvoorbeeld een recht van erfpacht, dan zal degene aan wie het recht van erfpacht wordt overdragen kunnen worden aangemerkt als verkrijger onder bijzondere titel van het goed.
2. Is de verplichting 'gevestigd' op de eigendom, en wordt daarna een recht van erfpacht gevestigd, dan is de vraag of de erfpachter moet worden beschouwd als verkrijger onder bijzondere titel of als gebruiker.

In de Parlementaire Geschiedenis worden degenen die nadien een beperkt zakelijk genotsrecht op het goed verkrijgen beschouwd als gebruikers en op één lijn gesteld met bijvoorbeeld huurders of pachters, zoals blijkt uit de volgende passage:⁴

'In de tweede plaats kan worden bedongen dat degenen die van de rechthebbende een recht tot gebruik van het goed zullen verkrijgen, zoals huurders, pachters, erfpachters of vruchtgebruikers, ook gebonden zullen zijn. Het beding kan ten aanzien van beide groepen of van een van beide worden gemaakt.'⁵

Van der Ploeg merkt hieromtrent op, dat erfpachters en vruchtgebruikers zijns inziens zonder meer aan een anterieure kwalitatieve verplichting gebonden zijn, nu de posterieure erfpachter of vruchtgebruiker een afsplitsing krijgt van het 'belaste' eigendomsrecht. Huurders en pachters verkrijgen juridisch-technisch geen deel van het eigendomsrecht, aldus Van der Ploeg, en zijn dus ook niet zonder meer gebonden te achten.⁶

Naar mijn mening is de Parlementaire Geschiedenis hier duidelijk, en is het dus afhankelijk van de inhoud van de overeenkomst tot kwalitatief maken of gerechtigden tot een beperkt zakelijk genotsrecht aan de verplichting worden gebonden. Mocht dit onwenselijk lijken, bij de behandeling van de kring van gebonden gebruikers zal blijken dat het gezien de ratio van de figuur meer voor de hand ligt

3 In die zin dat de verjaring als wijze van verkrijging/tenietgaan van de kwalitatieve verplichting zelf (niet van het object ervan) zal worden behandeld en dat op de onteigening in het geheel niet zal worden ingegaan.

4 Anders Cahen, t.a.p., p. 38, die tot de verkrijgers onder bijzondere titel tevens rekent zij die een beperkt recht op het registergoed verkrijgen en tot de gebruikers slechts hen die een persoonlijk gebruiksrecht verkrijgen.

5 Parl. Gesch. Boek 6, p. 937 (TM).

6 Van der Ploeg, t.a.p., p. 414. Zie ook Cahen, t.a.p.

de beperkt zakelijk gerechtigden onder deze noemer te vatten en niet te beschouwen als verkrijgers onder bijzondere titel van het goed.

5.3 AARD EN GRONDSLAG VAN DE BINDING VAN VERKRIJGERS

Hoe de binding van de partijen bij de overeenkomst zelf tot stand komt is duidelijk, maar met het binden van derden aan hun partijafpraak is op vijf maart 1905 met het eerder genoemde arrest Blaauboer/Berlips in principe korte metten gemaakt. Het binden van derden vindt sindsdien plaats ofwel door het vestigen van een zakelijk recht ofwel door de betreffende derde via een kettingbeding partij bij de overeenkomst te laten worden. Bij de kwalitatieve verplichting kunnen partijen *bedingen* dat de verplichting zal overgaan op verkrijgers onder bijzondere titel van het goed. Betekent vorenstaande dat de verplichting kan worden ingeroepen tegen eenieder die inbreuk zou kunnen maken op het ongestoord uitoefenen van het recht door de crediteur, evenals bij een zakelijk recht het geval is? Bij zakelijke rechten immers (denk hierbij aan de erfdiensbaarheid) dient eenieder (ook gebruikers) zich te onthouden van verrichtingen die tot strijd met het recht van de rechthebbende zouden kunnen leiden.

Is de binding gebaseerd op partijafpraak, op de wet of op beide, of wordt de derdenwerking bewerkstelligd door de inschrijving in de openbare registers?⁷ En hoe verhoudt zij zich tot het al in Hoofdstuk 2 genoemde beginsel dat overeenkomsten slechts van kracht zijn tussen de handelende partijen? En als we de grondslag van de binding hebben vastgesteld, wat is dan de precieze aard ervan?

5.3.1 De aard van de binding van verkrijgers

Dat de verplichting eenzelfde werking ten opzichte van derden heeft als een zakelijk recht lijkt aannemelijk als we de Parlementaire Geschiedenis als leidraad nemen en vooral de al eerder geciteerde passage uit de Memorie van Antwoord.⁸

‘De figuur die in artikel 6.5.3.4. wordt mogelijk gemaakt is vergelijkbaar met een erfdiensbaarheid zonder heersend erf. (...) Intussen is er in het gewijzigd ontwerp wel zorg voor gedragen dat tussen de regeling van artikel 6.5.3.4. en die van de erfdiensbaarheden geen onnodige verschillen bestaan.’

Uit deze en andere passages⁹ blijkt dat de wetgever de figuur vrijwel identiek heeft willen maken aan de erfdiensbaarheid, met dien verstande dat de keuze voor het

7 In deze zin Van Maanen, Leidt publicatie van rechtsfeiten in de openbare registers tot derdenwerking?, WPNR 6208 (1996).

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

9 O.m. Parl. Gesch. Boek 6 p. 944 inzake de wijzigingsbevoegdheid.

verbintenissenrecht is gemaakt vanwege de voor partijen daaruit voortvloeiende toegang tot de verbintenisrechtelijke acties.¹⁰ Het gelijkstellen van de binding aan een zakelijk recht, lijkt daarentegen wel in strijd te komen met de beperking die de wetgever heeft willen opleggen aan partijen om vrijelijk zakelijke rechten te creëren. Een beginsel van ons goederenrecht is immers dat er een gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten bestaat en dat partijen slechts vrij zijn rechten in het leven te roepen die passen binnen het stramien van de goederenrechtelijke rechten die door de wetgever uitdrukkelijk als zodanig zijn toegestaan. Weliswaar hebben partijen enige vrijheid in het vorm geven van het betreffende recht, maar voor het zaaksgevolg van de bepalingen blijft de eis dat er voldoende verband met dat recht moet bestaan.¹¹ Nu de wetgever uitdrukkelijk de keuze heeft gemaakt voor plaatsing van de figuur in het verbintenissenrecht zou het alsnog gelijkstellen van de figuur met een goederenrechtelijk recht strijden met de geslotenheid van het stelsel van goederenrechtelijke rechten. Ook strookt de gedachte dat de verplichting qua binding op een lijn moet worden gesteld met een goederenrechtelijk recht, niet met eerder genoemde passage uit de Toelichting dat partijen zelf mogen bepalen of zij die een gebruiksrecht zullen verkrijgen gebonden zullen zijn, noch met het principe dat anterieure, persoonlijke gerechtigden nooit aan de verplichting te binden zijn.¹² Bij goederenrechtelijke rechten is zoals gezegd binding ook zonder een daartoe strekkende bepaling een feit. Alhoewel ook binnen de goederenrechtelijke rechten enige ruimte voor partijautonomie bestaat, gaat deze niet zover, dat partijen vrij zijn de werking ten opzichte van derden te bepalen.

Sommigen zullen aan het argument dat de verplichting in het verbintenissenrecht is opgenomen om de verbintenisrechtelijke acties toepasselijk te laten zijn, weinig waarde hechten. Zo betoogt Schoordijk¹³ dat de verbintenisrechtelijke acties ook op de beperkte zakelijke rechten van toepassing zijn, een opvatting die wordt gedeeld door Van Velten.¹⁴ Rank-Berenschot echter is duidelijk in de opvatting dat binnen het goederenrecht geen plaats is voor verbintenissenrecht en dat de twee stelsels geheel gescheiden van elkaar behoren te worden gehouden.¹⁵ Wat hier ook van zij, de wetgever heeft uitdrukkelijk de plaatsing in Boek 6 beargumenteerd met

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

11 Parl. Gesch. Boek 5, p. 3 waarin woordelijk staat vermeld: 'In de continentale rechtsstelsels vormt het Zakenrecht – anders dan het contractenrecht: artikel 1374 lid 1 BW – een gesloten systeem. Dat ook het ontwerp hiervan uitgaat, blijkt uit artikel 3.4.1.2, bepalende dat men alleen de in de wet genoemde beperkte rechten kan vestigen, hetgeen dus ook voor de beperkte zakelijke rechten geldt. Een door partijen geschapen recht zal derhalve alleen een zakelijk recht zijn, indien het kan worden gebracht onder de definitie van de in de wet geregelde zakelijke rechten. Is dit het geval, dan kunnen partijen binnen de grenzen van de wettelijke definitie in beginsel aan dat recht inhoud geven die zij wensen, behoudens de volgende restricties.' Zie ook Asser-Mijnssen-De Haan, nr. 39 en natuurlijk HR 3 maart 1905, W 8191 (Blaauboer/Berlips) en Parl. Gesch. Boek 5, p. 297.

12 Zie artikel 6:252 lid 3 sub a BW.

13 NJB 1992, p. 1202 e.v.

14 Van Velten, t.a.p., p. 367.

15 T.a.p.

het oog op de toepasselijkheid van de verbintenisrechtelijke acties. Daarnaast zou het beschouwen van de verplichting als zakelijk recht tot de conclusie moeten leiden dat ook anterieure gebruikers van het goed aan de verplichting gebonden kunnen worden, iets wat strijdt met de bewoordingen van het artikel.

5.3.2 De grondslag van de binding van verkrijgers

Het antwoord op de vraag waar nu precies de binding van derdeverkrijgers op berust, ligt voor de hand: naast de partijafpraak berust deze rechtstreeks op de wet. Niet alleen partijen binden de derden (het oorspronkelijke 'bepalen' dat derden gebonden zijn is in de loop van de wetgeschiedenis vervangen door het neutraler 'bedingen') maar ook de wettelijke bepaling zelf, in die zin dat een uitdrukkelijke wettelijke bepaling nodig is om – in afwijking van het gewone contractenrecht – een dergelijke binding van derden door middel van een partijafpraak mogelijk te maken.

Bij een kettingbeding daarentegen is naast het bepalen door partijen, bij gebreke van een wettelijke bepaling, ook aanvaarding door de derdegebruiker noodzakelijk. Ook bij huur is het de wetsduiding die bij overname van het 'belaste' goed de nieuwe eigenaar bindt aan een persoonlijke verplichting die door de vorige recht-hebbende is aangegaan. Het is een binding die geen overnamehandeling vereist, die niet voortvloeit uit of overeen komt met een zakelijk recht, maar uit een directe wettelijke ingreep in (en daarmee breuk met) het verbintenisrechtelijke systeem hetgeen (bij huur) zorgt voor een 'contractovername op grond van de wet'. De wet bindt dus uiteindelijk de derden, maar hoe is precies die binding te duiden? Zijn de derden buitenstaanders bij de overeenkomst, of worden ze door de wettelijke interventie rechtstreeks partij? En als dit laatste het geval is, hoe dan?

Bij de kwalitatieve verplichting vindt binding van de verkrijgers onder bijzondere titel en/of de gebruikers plaats door een wettelijk opgelegde schuldoverneming in combinatie met een daartoe strekkende partijafpraak. De verkrijgers onder bijzondere titel, worden direct partij bij de overeenkomst en debiteur van de verplichting. Met deze herpositionering krijgen zij tevens alle verbintenisrechtelijke mogelijkheden als ontbinding en schadevergoeding,¹⁶ wat ook met de plaatsing in Boek 6 expliciet was beoogd.¹⁷ Aangezien de kwalitatieve verplichting in de meeste gevallen berust op een overeenkomst is met betrekking tot de binding van verkrijgers in de regel sprake van een wettelijke vorm van contractsoverneming evenals bij huur. Nu het mij vooral gaat om de aard van de binding aan de *verplichting*, zal

16 Alhoewel normaliter slechts de crediteur uit de verplichting tot dulden of niet doen behoefte zal hebben aan deze acties is het denkbaar dat de debiteur wil ontbinden of schadevergoeding wil vorderen. De crediteur uit de basisverplichting kan immers tekortschieten in de betaling van een bedongen tegenprestatie.

17 Zie het reeds in de Inleiding van dit boek aangehaalde citaat uit Parl. Gesch. Boek 6, p. 942.

in het navolgende gesproken worden van schuldovername en zal worden gezien in hoeverre de bepalingen van afdeling 6.2.3 (schuld- en contractovername, artikelen 6:155-157 BW) van betekenis kunnen zijn voor de figuur van de kwalitatieve verplichting.

Ten aanzien van de gebruikers ligt het genuanceerder. In welke gevallen ook hier sprake kan zijn van schuldovername zal worden besproken in §5.4.

5.3.2.1 *De binding van verkrijgers in het licht van schuldovername*

De schuldovername die bij de kwalitatieve verplichting plaatsvindt, vindt plaats op grond van de wet en is daarmee een andere dan die welke partijen op grond van het bepaalde in artikel 6:155 BW kunnen overeen komen. Moet er bij contractuele schuldovername sprake zijn van toestemming van de schuldeiser en mededeling van de partijen aan deze, bij de kwalitatieve verplichting gaat de schuld zonder nadere toestemming of mededeling over.

Toch kan de wettelijke regeling voor schuldovername zoals deze is neergelegd in de artikelen 6:155 BW wel dienst doen in die situaties waarin de wet bij de kwalitatieve verplichting niet heeft voorzien. Te denken valt bijvoorbeeld aan de aansprakelijkheid voor bedongen renten en boeten, maar ook aan tot zekerheid van de schuld strekkende rechten van pand en hypotheek. In deze gevallen kan de voor contractuele schuldovername in het leven geroepen regeling wellicht ook analogisch worden toegepast bij overgang van de schuld ex artikel 6:252 BW. Bij een zogeheten 'voltooide schuldovername' waarbij een derde met toestemming bij voorbaat van de crediteur een schuld overneemt van een debiteur die zelf wordt bevrijd, en van deze overname aan de crediteur kennis geeft, blijft de *oorspronkelijke* verbintenis in stand. Dit is anders indien sprake is van schuldvernieuwing (passieve novatie). Hierbij komt er weliswaar ook een nieuwe schuldenaar in de plaats van de oude, maar wordt de oude schuldenaar van zijn verbintenis ontslagen¹⁸ en wordt met de nieuwe schuldenaar een nieuwe verbintenis aangegaan. Bij de schuldovername in de zin van artikel 6:156 BW is sprake van een voltooide schuldovername en neemt dus de nieuwe schuldenaar de plaats in van de oude.

De voor een (voltooide) schuldovername vereiste toestemming van de crediteur, zal voor overgang van de verplichting niet nodig zijn. Dat voor een 'reguliere' schuldovername medewerking in de vorm van toestemming van de crediteur nodig is ligt voor de hand; de nieuwe schuldenaar kan bijvoorbeeld minder solva-

18 Formeel geschiedt dit doordat de crediteur ten opzichte van de oude debiteur afstand doet van zijn vorderingsrecht. Gebeurt dit niet dan heeft de crediteur twee debiteuren ten opzichte van dezelfde vordering.

bel zijn dan zijn oude. Bij de kwalitatieve verplichting ligt dit anders, nu geldt dat de toestemming bij voorbaat is gegeven door het feit dat de crediteur uit de verplichting met de oorspronkelijke debiteur is overeen gekomen de verplichting kwalitatief te maken.¹⁹ Sterker nog: waar het bij de reguliere schuldovername in principe van de welwillendheid van de crediteur zal afhangen of hij instemt met wijziging van zijn debiteur, zal bij de kwalitatieve verplichting de crediteur degene zijn die de debiteurswisseling bij overdracht van het goed heeft bedongen.

Ook de ex artikel 6:155 BW vereiste kennisgeving door partijen aan de crediteur is voor overgang van de verplichting niet noodzakelijk. Door het vereiste van inschrijving van de verplichting in de openbare registers is voor de crediteur steeds duidelijk wie de gerechtigde tot het 'dienend erf' is. Nadere kennisgeving van overdracht van dit erf is aldus niet vereist. Anders is het bij degenen die een persoonlijk gebruiksrecht als een huur- of pachtrecht verkrijgen. Omdat deze rechten niet zonder meer kenbaar zijn, weet de crediteur niet automatisch wie zijn debiteur is. In tegenstelling tot bij de contractuele schuldovername, waar de overgang niet plaatsvindt indien de kennisgeving niet heeft plaatsgevonden, is de kracht van de kwalitatieve verplichting gelegen in de directe doorwerking van de verplichting en kennisgevingen verdragen zich hier slecht mee. Er moet dan ook vanuit worden gegaan dat de wet de directe binding tot stand brengt ongeacht (een gebrek aan) kennisgeving. Toch acht ik het onwenselijk dat de crediteur actief onderzoek moet doen naar de identiteit van zijn nieuwe debiteur. Als A en B een verplichting zijn aangegaan ten behoeve van A en ten laste van een bedrijfsverzamelgebouw van B, inhoudende dat tevens de gebruikers van het gebouw gebonden zullen zijn, kan het voor A een hele toer zijn te achterhalen wie nu de precieze gebruikers zijn. Het ligt op de weg van B en degenen aan wie hij een gebruiksrecht verleent om hiervan aan A kennis te geven. Omdat het niet wenselijk zou zijn voor te stellen dat de gebruikers niet gebonden zijn zolang de kennisgeving niet heeft plaatsgevonden, pleit ik er voor aan de verplichting zelf een nevenverplichting te verbinden, inhoudende dat eenieder die een gebruiksrecht verleent of verkrijgt, gehouden is hiervan schriftelijk kennis te geven aan A, een en ander op verbeurte van een boete. Alhoewel vorenstaande een verplichting om te doen is, en zoals we in Hoofdstuk 3 hebben gezien het in beginsel niet is toegestaan nevenverplichtingen om te doen op te leggen,²⁰ is bedoelde kennisgeving zo essentieel voor uitoefening van zijn recht door de crediteur en de mogelijkheid van incasseren van de boete, dat dit een goed voorbeeld oplevert van een wel toelaatbare nevenverplichting om te doen.²¹ Nog een stap verder gaat het om deze verplichting tot het doen

19 Asser-Hartkamp 4-I (nr. 600) is overigens van mening dat medewerking van de crediteur niet nodig is, maar miskent m.i. hiermee de mogelijkheid van de in de overeenkomst verdisconteerde toestemming bij voorbaat. Wel moet natuurlijk worden bedacht dat het in casu geen verlening van een gunst door de crediteur is maar veeleer een verzoek van de crediteur zelf.

20 Afgezien van de wel toegestane boeteclausule.

21 Zie Asser-Hartkamp 4-II, nr. 407.

van kennisgeving te baseren op de redelijkheid en billijkheid, zodat die ook zonder uitdrukkelijk beding kan gelden, en dus niet expliciet door de crediteur bij de overeenkomst behoeft te worden bedongen.

5.3.2.2 *Bedongen zekerheidsrechten*

Gaat de verplichting over op een nieuwe schuldenaar, en heeft de crediteur van zijn oude debiteur een hypotheekrecht op het 'belaste' goed bedongen tot zekerheid voor de nakoming van de verplichting, dan blijft het hypotheekrecht op het 'belaste goed' rusten, meestal zonder dat dit tot problemen leidt. De nieuwe gerechtigde zal immers meestal ook de nieuwe debiteur zijn. Dit is echter niet altijd het geval; zoals we hebben gezien is het mogelijk dat wel de gebruikers maar niet de verkrijgers onder bijzondere titel van het goed aan de verplichting gebonden zijn. Is dat laatste het geval, dan staat het verbonden goed van de nieuwe eigenaar garant voor de verplichting van een ander. Ook zal de nieuwe, gebonden, eigenaar niet altijd even gelukkig zijn met de wetenschap dat zijn goed tevens garant staat voor de nakoming van de verplichting door mede-gebonden gebruikers.

Bij de contractuele schuldoverneming geldt artikel 6:157 lid 2 BW. Op grond hiervan blijven tot zekerheid van de overgegangene schuld strekkende rechten van pand en hypotheek op een aan een der partijen toebehorend goed bestaan, maar gaan die op een niet aan partijen toebehorend goed en rechten uit borgtocht teniet. Zijn slechts gebruikers gebonden dan is sprake van een zekerheidsrecht op een goed dat niet aan een der partijen toebehoort, en is het naar mijn mening redelijk artikel 6:157 lid 2 BW analogisch toe te passen zodat het zekerheidsrecht teniet zal gaan. In een dergelijke situatie zal bij de overgang van het goed op de nieuwe verkrijger het hypotheekrecht door de crediteur moeten worden geroyeerd. De crediteur verliest dan met de verlening van het gebruiksrecht zijn zekerheid.

5.3.2.3 *Aansprakelijkheid voor tekortkomingen/bedongen renten en boeten*

Is de voormalig debiteur tekort geschoten in de nakoming van de verplichting dan is de vraag of de hieruit voortspruitende schade ook op enige wijze verhaald kan worden op de nieuwe debiteur, dan wel of deze laatste slechts aangesproken kan worden voor zijn eigen tekortschieten. Bij de contractuele schuldoverneming is het op grond van artikel 6:157 lid 4 BW zo, dat bedongen renten en boeten, evenals dwangsommen die vóór de overgang aan de schuldenaar zijn opgelegd, door de nieuwe in plaats van de oude schuldenaar verschuldigd worden, voor zover zij ná het tijdstip van de overgang opeisbaar zijn geworden of verbeurd.

In de oorspronkelijke redactie van het ontwerp werd bepaald dat nevenverplichtingen slechts op de nieuwe schuldenaar kwamen te rusten voor zover zij niet al

opeisbaar waren op het tijdstip van de overgang van de schuld. Zoals blijkt uit de toelichting op dit artikellid kwam hierin tot uitdrukking dat:

‘(...) de overnemer alleen aansprakelijk was voor de door hemzelf gepleegde wanprestatie (...), terwijl de boete wegens een door de oorspronkelijke schuldenaar gepleegde wanprestatie en de achterstallige renten slechts verschuldigd blijven door de oorspronkelijke schuldenaar.’²²

Naar mijn mening verzet niets zich ertegen voormelde bepaling bij de kwalitatieve verplichting analogisch toe te passen. Indien de oude debiteur is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichting of een boete heeft verbeurd, zijn dus de verschuldigde bedragen door hemzelf verschuldigd. Indien de wanprestatie voortduurt na het moment van overgang (de oude schuldenaar heeft bijvoorbeeld in strijd met de verplichting een muur opgericht en daarmee een bedongen recht van overpad illusoir gemaakt, terwijl de nieuwe schuldenaar de muur nog niet heeft afgebroken), is de nieuwe schuldenaar aansprakelijk voor de alsdan intredende schade.

De nieuwe schuldenaar heeft jegens de schuldeiser dezelfde verweermiddelen als de oude schuldenaar had.²³

5.4 DE BINDING VAN GEBRUIKERS

Het staat er zo achteloos in de eerste zin van het artikel: ‘(...) en dat mede gebonden zullen zijn zij die van de rechthebbende een recht tot gebruik van het goed zullen verkrijgen’. Toch roept deze passage naar mijn mening de meest ingewikkelde problemen op. Daartegenover staat echter, dat hier tevens grote toepassingsmogelijkheden van de figuur geschapen worden. In de voorgaande passages is al aangegeven dat bepaalde situaties anders kunnen liggen indien sprake is van gebondenheid van gebruikers. In de navolgende paragrafen zal ik ingaan op de term ‘gebruikers’, kijken wat moet worden verstaan onder de ‘medebinding’, de aard en grondslag van de gebondenheid onder de loep nemen, kijken welke inhoud de binding van gebruikers kan hebben en hoe zij eindigt.

5.4.1 Wie zijn de te binden gebruikers?

De laatste zin van een al eerder geciteerd gedeelte van de Parlementaire Geschiedenis geeft grond aan de gedachte dat partijen de vrijheid hebben zelf te bepalen wie ze aan de verplichting binden: verkrijgers onder bijzondere titel, gebruikers of beide:

²² Parl. Gesch. Boek 6, p. 582.

²³ Zie hieromtrent uitgebreid Asser-Hartkamp 4-I, nr. 605.

‘Men kan bedingen dat de verplichting zal overgaan op degenen die het goed onder bijzondere titel zullen verkrijgen; krachtens artikel 3.4.1.1. lid 3 valt daaronder degene die door verjaring verkrijgt, hetgeen vooral voor het bewijs van belang is. De positie van degene die door onteigening verkrijgt zal in de Onteigeningswet moeten worden geregeld.

In de tweede plaats kan worden bedongen dat degenen die van de rechthebbende een recht tot gebruik van het goed zullen verkrijgen, zoals huurders, pachters, erfpachters of vruchtgebruikers, ook gebonden zullen zijn. Het beding kan ten aanzien van beide groepen **of van een van beide** [vet, NvO] worden gemaakt.²⁴

In §5.2 hebben we al gezien dat de beperkt zakelijk gerechtigden in twee hoedanigheden op kunnen treden:

1. De kwalitatieve verplichting wordt aangegaan ten aanzien van hun beperkte recht (hun registergoed). In dit geval is de beperkt gerechtigde de debiteur uit de verplichting en is degene op wie het beperkte recht overgaat een ‘verkrijger onder bijzondere titel van het goed’.
2. Ten aanzien van een bepaald registergoed is een kwalitatieve verplichting aangegaan, waarbij is bepaald dat ook gebruikers van het goed aan de verplichting gebonden zullen zijn. De gerechtigde tot het registergoed vestigt vervolgens een beperkt recht. In dit geval is de beperkt gerechtigde te kenschetsen als gebruiker.²⁵

De hoedanigheid die de beperkt gerechtigde heeft is, zoals in dit hoofdstuk zal blijken, bijzonder relevant. De aard van de binding aan de kwalitatieve verplichting is namelijk geheel anders in het eerste geval (contractspartij/verkrijger onder bijzondere titel), dan in het tweede (gebruiksgerechtigde). Het grootste probleem ligt zoals eerder uiteen is gezet bij degenen die een persoonlijk gebruiksrecht krijgen, bijvoorbeeld huurders, pachters of verkrijgers van een persoonlijk recht van gebruik en bewoning, en ten aanzien van wie moet worden vastgesteld welke aard de betreffende binding precies heeft.

5.4.2 Wat is ‘medebinding’?

Partijen kunnen bedingen dat ‘mede’ gebonden zullen zijn zij die van de gerechtigde een recht tot gebruik van het registergoed zullen verkrijgen. Het begrip ‘medebinding’ roept vragen op, zelfs na lezing van het hierboven nogmaals geciteerde gedeelte uit de Parlementaire Geschiedenis en bovenstaande uiteenzetting. Zou het zin hebben om in de praktijk slechts de gebruikers te binden en niet de verkrijgers onder bijzondere titel?

24 Parl. Gesch. Boek 6, p. 937 (TM).

25 Anders Cahen, t.a.p., §5.2.

Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de restaurantruimte in een aan de overheid toebehorend ziekenhuis. Een grote cateraar komt met het Ministerie van WVS overeen dat in de restaurantruimte van ziekenhuizen geen gebruik zal worden gemaakt van de diensten van concurrerende cateraars. Het is volstrekt ondenkbaar dat het Ministerie zelf dergelijke activiteiten zal gaan verrichten, maar omwille van het creëren van de figuur gaat het Ministerie de verplichting aan. Nu dikwijls de restaurantruimtes verpacht worden, is binding van de gebruiksgerechtigden bijzonder relevant. Mocht het Ministerie ooit overgaan tot verkoop van een bepaald ziekenhuis aan bijvoorbeeld een particulier, dan is het vrijwel ondenkbaar dat de nieuwe verkrijger onder bijzondere titel zelf cateringactiviteiten gaat ondernemen. Een voorbeeld dus, waarin binding van de verkrijger niet belangrijk is, maar van de gebruikers wel.

Alhoewel de tekst van de wet suggereert dat de binding van gebruikers er een is die is afgeleid van die van verkrijgers onder bijzondere titel, en die niet kan bestaan zonder dat de rechthebbende gebonden is, zijn naar mijn mening beide groepen uiteindelijk *afzonderlijk* te binden.²⁶ Weliswaar moet degene die op het moment van het aangaan van de basisovereenkomst gerechtigde tot het te 'belasten' registergoed is gebonden worden (het betreft immers de verplichting *van een der partijen* die kwalitatief gemaakt gaat worden), maar verder biedt de wet de ruimte om te bepalen dat niet de verkrijgers onder bijzondere titel aan de verplichting gebonden zullen zijn, maar slechts de toekomstige gebruikers.

Zou nu de tekst van de wet leidend moeten zijn in die zin dat gebruikers slechts gebonden kunnen zijn samen met de eigenaar/rechthebbende, dan strijdt dit met de tekst van de Parlementaire Geschiedenis waarin duidelijk wordt gezegd dat het beding ten aanzien van beide groepen (rechtsopvolgers en gebruikers) of een van beide kan worden gemaakt.

Voordeel van het volgen van de uitleg in de Parlementaire Geschiedenis is, dat de variatie in toepassingsmogelijkheden toeneemt, wat van belang kan zijn voor de rechtspraktijk. Daarnaast past een dergelijke vrijheid bij de partijautonomie die eigen is aan het contractenrecht.²⁷ Nadeel is, dat door het uitbreiden van de mogelijkheden de figuur gecompliceerder wordt. Zo kan direct de vraag worden gesteld of het dan ook mogelijk is dat de verplichting een andere inhoud heeft ten opzichte van de rechthebbende dan ten opzichte van de gebruikers.²⁸

Nu er een keuze moet worden gemaakt tussen de tekst van de bepaling en wat blijktens de toelichting in de Parlementaire Geschiedenis is bedoeld te regelen, kies ik voor laatstgenoemde uitleg. Een eerste argument hiervoor is dat de wetgever het blijkbaar zo heeft bedoeld, terwijl het mij tevens de mogelijkheid geeft de extra moeilijkheden die de lezing oplevert te behandelen, zodat de rechtspraak deze aspecten beter tegen elkaar zal kunnen afwegen. Zelf ben ik van mening dat de

26 Zie hetgeen hieromtrent in §5.2 is opgemerkt.

27 Uit artikel 6:250 BW valt af te leiden dat artikel 6:252 lid 1 BW van regelend recht is. Weliswaar heeft de wetgever niet bedoeld dat er van de beperking tot dulden en niet doen kan worden afgeweken, maar er is ten aanzien van de flexibele binding niet a priori een formele blokkade in de wet.

28 Zie §5.4.3.

complicaties nogal meevallen en in elk geval niet tot onoplosbare situaties leiden, terwijl ook het gegeven dat de toepassingsmogelijkheden voor de praktijk worden vergroot voor mij van groot belang is.

5.4.2.1 *Pluraliteit van debiteuren?*

Zijn naast de verkrijgers onder bijzondere titel van het goed²⁹ ook gebruikers gebonden dan is sprake van een pluraliteit van debiteuren³⁰ en is de vraag wat hun onderlinge relatie is. Het zou wellicht kunnen zijn dat er sprake is van een hoofdelijke binding. Het verschijnen van een nieuwe debiteur kan zoals al eerder opgemerkt op twee manieren plaatsvinden: enerzijds kan de nieuwe debiteur in de plaats treden van een andere debiteur (denk aan een nieuwe verkrijger of een nieuwe gebruiker van het gebonden goed) terwijl anderzijds de nieuwe debiteur kan komen te staan naast een of meer andere debiteuren (denk aan het verlenen van nieuwe gebruiksrechten). Komt er een nieuwe debiteur in de plaats van een der andere debiteuren, dan is binnen die relatie sprake van de eerder besproken schuldoverneming op grond van de wet. Bij de contractuele schuldoverneming heeft de wetgever uitdrukkelijk een onderscheid gemaakt in de situatie van schuldoverneming en die van hoofdelijkheid:

‘In het gewijzigd ontwerp wordt nog verduidelijkt dat het bij schuldoverneming gaat om overgang van de schuld van de schuldenaar op een derde. Indien partijen een rechtshandeling verrichten met de strekking dat de oude en de nieuwe schuldenaar naast elkaar hoofdelijk aansprakelijk worden, is er derhalve geen sprake van schuldoverneming in de zin van afdeling 6.2.3.’³¹

Een voorbeeld laat het onderscheid zien:

De gebonden B draagt de eigendom van het ‘belaste’ pand over aan C die het vervolgens verhuurt aan D. In de lijn B-C is sprake van schuldoverneming, in de lijn C-D is sprake van het toevoegen van een debiteur.

Kunnen C en D hoofdelijk gebonden zijn? Bij een pluraliteit van schuldenaren is hoofdelijkheid een uitzondering, zo valt af te leiden uit artikel 6:6 lid 1 BW. Slechts indien de prestatie ondeelbaar is of uit de wet, gewoonte of rechtshandeling dit voortvloeit, is hoofdelijkheid de regel. De prestatie die onderwerp is van de kwalitatieve verplichting (het dulden of niet-doen), is naar zijn aard ondeelbaar. Dit zou kunnen leiden tot de conclusie dat bij de kwalitatieve verplichting sprake is van hoofdelijkheid. Een complicerende factor is echter, dat een van de kenmerken van hoofdelijkheid is dat nakoming van de verplichting door een van de debiteuren,

29 Of natuurlijk degene aan wie ten tijde van het aangaan van de verplichting het goed toebehoort.

30 Overigens is ook bij mede-eigendom van het ‘belaste’ goed sprake van een pluraliteit van debiteuren.

31 Parl. Gesch. Boek 6, p. 578.

de andere schuldenaren bevrijdt.³² Bij een verplichting tot dulden of niet-doen zal van nakoming niet snel gesproken kunnen worden. Uit de aard van de voortdurende verplichting, vloeit een constante verplichting voort.³³

Een ander kenmerk van hoofdelijkheid, namelijk dat ieder van de schuldenaren jegens de schuldeiser tot de gehele prestatie verplicht is, komt wel terug bij de kwalitatieve verplichting, zij het dat belangrijk is nogmaals te benadrukken dat bij de kwalitatieve verplichting de inhoud waaraan de te onderscheiden debiteuren gebonden zijn, kan verschillen. Slechts indien de diverse schuldenaren tot *dezelfde* prestatie gehouden zijn, kan sprake zijn van hoofdelijkheid.³⁴ Kunnen de bepalingen omtrent hoofdelijkheid nu wel of niet op de verplichting van toepassing zijn? Naar mijn mening wel. Het voldoen van de prestatie in die zin dat deze vervalt, zal gezien het bijzondere, voortdurende, karakter van de verplichting normaliter niet aan de orde zijn. Wordt de prestatie wel door een van de schuldenaren verricht, bijvoorbeeld bij de verplichting te dulden dat bij een koninklijk huwelijk het balkon van het huis wordt gebruikt door een cameraploeg, dan verzet niets zich ertegen dat de andere schuldenaren van eenzelfde verplichting worden bevrijd. Indien de gebruikers aan een inhoudelijk andere verplichting gebonden zijn dan de verkrijgers onder bijzondere titel/de contractspartijen is er geen sprake van hoofdelijke gebondenheid.

5.4.2.2 *Gevolgen van hoofdelijkheid*

A en B spreken af dat het aan A toebehorende pand nooit in de door B verfoeide kleur rood mag worden geleverd, dit op straffe van een forse boete, en tevens dat in of aan het pand niets in genoemde kleur mag worden bevestigd. Deze verplichting moet ook gelden voor eventuele huurders van het betreffende pand. A verhuurt een gedeelte van het pand aan C en D, terwijl hij zelf het resterende gedeelte in gebruik heeft. D plakt in verkiezingstijd een poster van zijn favoriete politieke partij op het raam, een rode. B is woedend en spreekt alle drie personen aan op het gewraakte gedrag.

In bovenstaand voorbeeld is sprake van een pluraliteit van debiteuren, waarbij gezien de aard van de verplichting en het gegeven dat de verplichting voor alle betrokken gelijk is, de debiteuren hoofdelijk gebonden zijn. Indien in een dergelijk geval één van de debiteuren handelt in strijd met de verplichting en een op de overtreding geplaatste boete verbeurt, betekent dit nog niet dat de crediteur iedere willekeurige debiteur kan aanspreken tot voldoening van de boete, nu moet worden aangenomen dat de schuldeiser jegens ieder van de schuldenaren een – althans in dit opzicht – afzonderlijk vorderingsrecht heeft. Schending van de verplichting

³² Artikel 6:7 lid 2 BW. Zie ook Asser-Hartkamp 4-I, nr. 92.

³³ Zie wat in §3.1 omtrent de duurovereenkomst is opgemerkt.

³⁴ In gelijke zin Asser-Hartkamp 4-I, nrs. 93 en 98, anders Rank Berenschot, Goederenrecht, nr. 728 die onverkort hoofdelijkheid aanneemt.

door één van de schuldenaren leidt dus niet tot aansprakelijkheid van de anderen.³⁵ Handelingen door of tegen één der schuldenaren verricht hebben in het algemeen geen gevolgen ten aanzien van de overigen tenzij de wet anders bepaalt.³⁶ Komt één van de schuldenaren zijn verplichting niet na, dan heeft dat niet tot gevolg dat de andere schuldenaren tot vergoeding van de intredende schade verplicht zijn. Een andere visie zou er in het gegeven voorbeeld toe leiden dat bijvoorbeeld A door B aangesproken zou kunnen worden tot betaling van de boete.³⁷

5.4.3 De inhoud van de verplichting voor de gebruikers

Ten aanzien van de inhoud van deze verplichting geldt hetzelfde als hetgeen werd besproken in Hoofdstuk 3. Slechts verplichtingen tot een dulden of niet-doen kunnen inhoud van de verplichting zijn, met dien verstande dat, zoals gezegd, een nevenverplichting tot een doen mogelijk zou moeten zijn, bijvoorbeeld als het betreft kennisgeving aan de crediteur van de gebondenheid. Daarnaast is al eerder het standpunt ingenomen dat de Parlementaire Geschiedenis de ruimte biedt om gebruikers ook afzonderlijk, los van de rechthebbende/eigenaar, aan een kwalitatieve verplichting te binden. Thans rijst de vraag of de inhoud van de verplichting bij meerdere debiteuren – rechthebbenden/eigenaar en/of gebruikers – steeds gelijk moet zijn, of dat die ook kan variëren. Is het mogelijk dat de eigenaar gebonden is aan inhoud X, gebruiker I aan inhoud Y en gebruiker II aan inhoud Z etcetera? De Parlementaire Geschiedenis geeft hierop geen antwoord. Het gebruik van het woord 'mede' duidt op het eerste gezicht eerder in de richting van gelijkheid, maar doorslaggevend is dat niet. Hetzelfde kan worden gezegd met betrekking tot de vraag of uitsluitend gebruikers kunnen worden gebonden, waar het woord 'mede' blijkbaar ook niet aan in de weg staat. En als men die mogelijkheid aanvaardt, dan kan vervolgens op grond van de redenering dat wie het meerdere mag (helemaal geen binding) ook het mindere mag (een andere binding) ook het laten variëren van de inhoud ten opzichte van de verschillende debiteuren worden bepleit.³⁸ Verder geldt ook hier het beginsel van de partij-autonomie in het contractenrecht.³⁹ Tenslotte is het denkbaar dat ook het beroep van een individuele debiteur op de wijzigingsmogelijkheden van de artikelen 6:258 en 259 BW tot verschillen aanleiding geeft.

35 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 95.

36 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 93 en HR 28 mei 1999, NJ 2000, 290 (Spektrum Financieringen/Van der Valk) waarin werd beslist dat bij een vordering tegen meer dan één (hoofdelijk verbonden) schuldenaar niet tegen alle schuldenaren in gelijke zin behoeft te worden beslist.

37 Nog afgezien van de vraag of je iemand wettelijk wel mag beperken in het uiten van zijn politieke voorkeur.

38 Anders Berger, in een reactie op eerder genoemd artikel van Wibbens-de Jong, Artikel 6:252 BW (kwalitatieve verplichting) versus artikel 3:264 BW (huurbeding), in WPNR 6064 (1992), p. 711 en Pleysier, in een reactie op hetzelfde artikel in WPNR 6091 (1992) p. 316 met name nt. 8.

39 Artikel 6:150 BW staat niet aan een dergelijke interpretatie in de weg.

Bij inhoudelijke aanpassing van de overeenkomst zal het van de omstandigheden van het geval afhangen – de bedoeling van partijen, de inhoud van een rechterlijke uitspraak – of de opvolgende verkrijgers/gebruikers met dezelfde gewijzigde inhoud te maken krijgen, dan wel of de wijziging alleen dient te gelden tussen de partijen bij de wijzigingsovereenkomst.

5.4.4 Gebruikers en de tegenprestatie

Zijn de gebruikers nu wel of niet aan te merken als ‘partij’ bij de overeenkomst, op grond waarvan aan hen acties als opzegging en ontbinding toekomen? Naar mijn mening is dat niet het geval in de situatie dat zij wel aan de verplichting gebonden zijn, maar geen recht hebben op enige tegenprestatie. Rust op hen slechts een verplichting, dan is geen sprake van een overeenkomst maar slechts van een enkele, door wet en partijafsprake opgelegde, verplichting. Anders wordt het ingeval aan de gebruikers wel recht op een tegenprestatie toekomt. Zoals hierna zal worden uiteengezet, kunnen in een dergelijk geval de bepalingen aangaande de wederkerige overeenkomsten van overeenkomstige toepassing worden. Acties als ontbinding en opzegging, alsook de mogelijkheid van artikel 6:258 BW komen dan binnen het bereik van de gebruiker.

Hoe onredelijk het in voorkomende gevallen ook kan zijn, zoals in §3.5 is aangestipt komt aan de gebonden gebruikers geen automatische aanspraak toe op de tegenprestatie als bedoeld in artikel 6:252 lid 4 BW. Slechts indien aan hen (een gedeelte van) het recht is gecedeerd of indien dit uitdrukkelijk door de partijen bij de overeenkomst is bedongen in de vorm van een derdenbeding kunnen zij rechten in die zin doen gelden. Dit is anders voor vruchtgebruikers of erfpachters indien deze als gebruikers zijn te beschouwen, nu voor hen in principe geldt dat de vruchten die tijdens het bestaan van hun recht opeisbaar worden aan hen toekomen.⁴⁰

‘De Commissie heeft zich bij dit lid [lid 4, NvO] in de eerste plaats afgevraagd hoe het gaat met het recht op de tegenprestatie wanneer geen sprake is van een overgang van een goed, maar daarop door de eigenaar aan een ander een gebruiksrecht wordt gegeven. Ingevolge lid 1 zijn dan ook deze gebruikers – waaronder ook zakelijk gerechtigden als een vruchtgebruiker of een erfpachter – aan het in lid 1 bedoelde beding gebonden. De Commissie heeft aangenomen dat het recht op de in lid 4 bedoelde tegenprestatie in deze gevallen bij gebreke van een ‘overgang’ bij de mede aan het beding gebonden eigenaar blijft, tenzij dat recht krachtens een overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar (derdenbeding ten behoeve van de gebruikers) of krachtens overdracht aan de gebruiker toekomt. De ondergetekende merkt naar aanleiding daarvan op dat de veronderstelling van de Commissie juist is, behalve voor zover het de vruchtgebruiker en de erfpachter

40 Respectievelijk de artikelen 3:216 en 5:90 BW. Overigens wordt in beide artikelen het voorbehoud gemaakt dat in de akte van vestiging van het betreffende recht anders kan zijn bepaald.

betreft. Uit de regeling van de rechten van vruchtgebruik en erfpacht vloeit voort dat de hier bedoelde voordelen in de regel aan de vruchtgebruiker c.q. de erfpachter zullen toekomen; men zie de artikelen 3.8.14 en 5.7.1.4. [resp. 3:216 en 5:90 BW, NvO]⁴¹

De wetgever maakt hiermee duidelijk dat zowel ingeval de vruchtgebruiker/erfpachter optreedt als rechthebbende/verkrijger onder bijzondere titel als wanneer hij dit doet als gebruiker, hem in beginsel de tegenprestatie toe zal komen.

Voor de andere gebruikers, zoals de huurders, geldt dit niet. Uit het gegeven dat aan deze gebruikers niet automatisch een recht op de tegenprestatie toekomt, blijkt wederom het karakter van de schuldoverneming. Geen contractsoverneming, maar slechts een wettelijke⁴² overgang van de schuld. Voor de verkrijgers onder bijzondere titel van het goed geldt artikel 6:252 lid 4 BW op basis waarvan de tegenprestatie met de verplichting mee over gaat.

5.4.4.1 *Cessie van het recht op de tegenprestatie*

Cessie van het recht op de tegenprestatie aan een gebruiker kan voor de hand liggen nu het heel goed kan zijn dat de verplichting de facto het hardst op de betreffende gebruiker drukt.

Te denken valt aan het geval dat op een belegger evenals op diegenen die van hem een recht tot gebruik van een bepaald pand zullen verkrijgen, de verplichting rust zich te onthouden van het maken van gerucht na 20.00 uur 's avonds. De belegger zal dit minder hard voelen dan de feitelijke gebruiker.⁴³ Het is in dat geval ook redelijk dat de gebruiker meedeelt in de tegenprestatie, zij het dat wellicht niet de gehele tegenprestatie bij de gebruiker terecht behoort te komen. In dat geval zou een deel van de vordering kunnen worden gecedeerd.

Omdat natuurlijk het recht op de tegenprestatie samenhangt met het bestaan van de verplichting moet worden voorkomen dat de tegenprestatie wordt gecedeerd en de gebruiker vervolgens de overeenkomst beëindigt. Dit resultaat kan worden bereikt door de cessie onder een ontbindende voorwaarde plaats te laten vinden, zodat bij bijvoorbeeld opzegging of vermenging het recht op de tegenprestatie terugkeert naar de cedent, of door het recht op ontbinding van de overeenkomst uit te sluiten.⁴⁴

41 Parl. Gesch. Boek 6, p. 946.

42 Omdat de binding berust op zowel de wet als op partijafpraak is semi-wettelijk wellicht een betere term.

43 Al belemmert de bepaling de belegger wellicht in zijn verhuur mogelijkheden.

44 Een dergelijk beding kan natuurlijk weer wel figureren op de zwarte lijst van artikel 6:236 sub b BW.

5.4.4.2 *Een derdenbeding*

Een beding ten behoeve van een derde als bedoeld in artikel 6:253 BW schept een direct recht voor de derde, vooropgesteld dat deze het beding aanvaardt. De derde geldt als partij bij de overeenkomst⁴⁵ en kan direct nakoming vorderen jegens degene die tot de prestatie verplicht is. Stel nu dat partijen bij de kwalitatieve verplichting een derdenbeding overeen komen, op basis waarvan aan een gebruiker een gedeelte van de tegenprestatie toekomt, welk beding door de derde in dankbaarheid wordt aanvaard. Is nu het derdenbeding op basis waarvan de gebruiker recht krijgt op (een gedeelte van) de tegenprestatie onderdeel geworden van de basisovereenkomst of is het een daarvan losstaande overeenkomst? De relevantie van het onderscheid wordt gevonden in bijvoorbeeld de mogelijkheid tot ontbinding. Op grond van artikel 6:279 lid 2 BW⁴⁶ kan de partij die een verbintenis op zich heeft genomen ter verkrijging van een daartegenover van een of meerdere partijen bedongen prestatie, haar recht op ontbinding gronden op een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis tegen zichzelf. Zou de gebruiker kunnen worden gezien als 'de partij die een verbintenis op zich heeft genomen ter verkrijging van een daartegenover van een of meerdere partijen bedongen prestatie'? Hoewel van een 'op zich nemen' niet kan worden gesproken vanwege de wettelijke grondslag van de binding, is dit mijns inziens heel goed mogelijk; denkbaar is immers dat de tegenprestatie van dien aard is dat hij ruimschoots opweegt tegen de (geringe) inbreuk die de verplichting op het gebruiksrecht maakt en dat de derde daarom het gebruiksrecht wenst te verkrijgen (hij huurt bijvoorbeeld appartement A met de verplichting en de tegenprestatie, terwijl hij ook appartement B had kunnen huren). In een dergelijk geval kan de gebruiker bij een niet correcte betaling van de tegenprestatie van haar kant de overeenkomst ontbinden omdat op het samenstel van verbintenissen de regels betreffende wederkerige overeenkomsten van toepassing zijn.⁴⁷

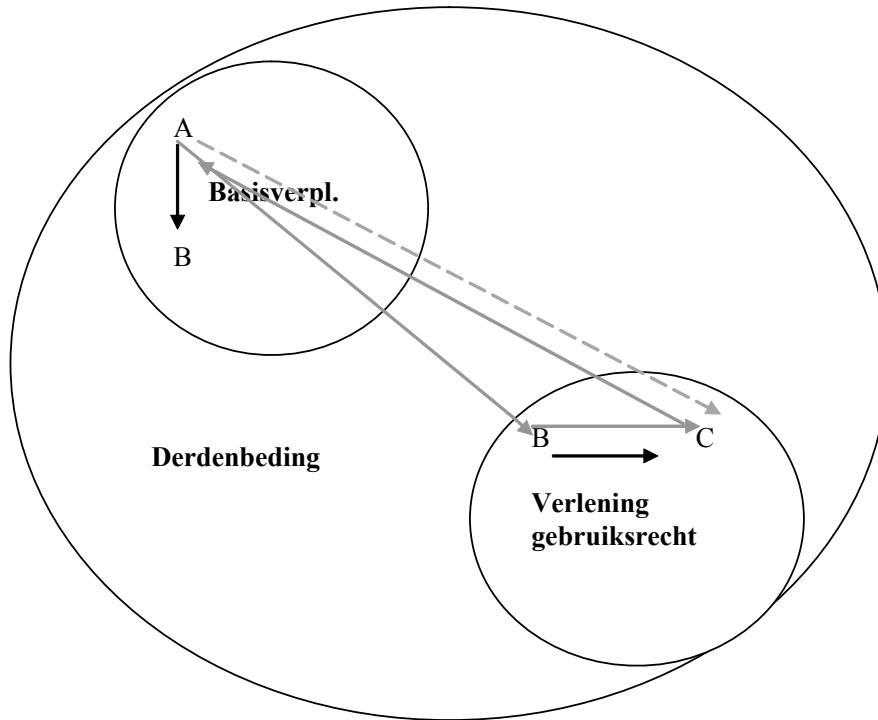
Vorenstaande wordt schematisch weergegeven op de volgende pagina.

A en B zijn partijen bij de oorspronkelijke overeenkomst (een verplichting tot dulden met daartegenover een tegenprestatie, aangeduid met de cirkel linksboven) en komen overeen dat gebruikers van het goed eveneens aan de verplichting gebonden zijn. Na enige tijd verleent B een huurrecht aan C (aangeduid met de cirkel rechtsonder). Weer later bedingt B ten behoeve van C een recht op een tegenprestatie van A, een zogeheten derdenbeding dat door C wordt aanvaard. Er ontstaat de door de grote cirkel aangegeven relatie A-B-C.

45 Artikel 6:254 lid 1 BW.

46 Een artikel dat specifiek geldt voor meerpartijenovereenkomsten.

47 Artikel 6:261 BW.



5.4.4.3 *Gevolgen van het verkrijgen van een recht op tegenprestatie*

Verkrijgt de gebruiker een recht op de tegenprestatie, of dit nu via een derdenbeding of via cessie is, dan vinden via artikel 6:261 lid 2 BW de bepalingen omtrent de wederkerige overeenkomst toepassing. Met deze bepaling komen acties als ontbinding en opschorting binnen bereik van de debiteur-gebruiker die oorspronkelijk slechts debiteur van een verplichting was. In de relatie met de crediteur als hierboven visueel gemaakt komt er dus een relatie bij, de gestreepte lijn A-C.

De crediteur die zo vriendelijk is geweest mee te werken aan het derdenbeding dat aan de gebruiker een recht op tegenprestatie toekent, kan op deze wijze worden geconfronteerd met gevolgen die hij niet heeft beoogd. Nog onverwacht kan de crediteur wiens debiteur (een deel van) het recht op de tegenprestatie heeft geceedeerd aan de gebruiker worden verrast. De oplossing voor de crediteur kan worden gevonden in de algemene mogelijkheid de overdraagbaarheid van het recht op de tegenprestatie uit te sluiten op basis van het bepaalde in artikel 3:83 lid 2 BW. Op deze wijze wordt voorkomen dat de oorspronkelijke debiteur aan een gebruiker naast het opleggen van een verplichting, een recht op (een gedeelte van) de tegenprestatie toekent. Bij het meewerken aan een derdenbeding dat de debiteur-gebruiker (een deel van) de tegenprestatie toekent kan de oplossing worden gevonden in

het uitsluiten van de mogelijkheid voor de (nieuwe) debiteur ontbinding van de basisovereenkomst te vorderen.⁴⁸ Op deze wijze wordt voorkomen dat de gebruiker bij niet-nakoming van de verplichting tot betaling van de tegenprestatie gebruik maakt van zijn mogelijkheid ontbinding te vorderen.

5.4.5 Gevolgen van tekortschieten door de crediteur

Wanneer de crediteur tekort schiet in zijn verplichtingen uit het derdenbeding (hij betaalt de tegenprestatie niet of niet correct) kan de debiteur zoals we hierboven zagen in de regel ontbinden. Werkt nu die ontbinding door de gebruiker alleen in diens individuele relatie met de crediteur, of is met de ontbinding misschien de gehele basisovereenkomst verdwenen? Naar mijn mening kan de gebruiker de basisovereenkomst ontbinden voor zover het betreft de binding van gebruikers. Hoewel hij onder omstandigheden als partij bij de basisovereenkomst kan worden beschouwd⁴⁹ kan het naar mijn mening niet zo zijn dat het in zijn macht zou liggen de gehele overeenkomst te laten vervallen. Bij binding van zowel verkrijgers onder bijzondere titel als gebruikers zal toch het zwaartepunt moeten liggen bij de verkrijger onder bijzondere titel en is de rol van de gebruiker in die zin ondergeschikt. Waar in mijn visie de wederpartij uit de basisovereenkomst wel door zijn ontbindingsmogelijkheid kan bewerkstelligen dat de gehele verplichting eindigt (dus inclusief de binding van de gebruikers) gaat het toekennen van eenzelfde gevolg aan ontbinding door een gebruiker te ver. De conclusie moet dan ook zijn dat bij ontbinding door de gebruiker, de binding van de gerechtigde tot het goed en diens verkrijgers onder bijzondere titel, intact blijft.

Een andere mogelijkheid die bij niet (correcte) nakoming tot de mogelijkheden behoort, is opschorting van de prestatie door de debiteur.⁵⁰ Probleem bij deze mogelijkheid is dat opschorten van een verplichting om niet te doen meestal niet bijzonder effectief zal zijn. Houdt de verplichting in een verbod om een pand rood te schilderen bijvoorbeeld, dan zal de debiteur bij niet correcte betaling door de crediteur niet snel de rode verf tevoorschijn halen.

Iets anders is het als het een verbod om te slopen betreft. De debiteur zou in een dergelijk geval tot verrichtingen over kunnen gaan die de nakoming geheel onmogelijk maken. Nu een dergelijk handelen niet in verhouding staat tot de niet correcte nakoming door de debiteur mag dit mijns inziens niet als toegestaan handelen na opschorting worden gezien. Evenals bij ontbinding zullen de gevolgen

48 Deze bepaling kan wel op bezwaren stuiten als hij wordt opgenomen in algemene voorwaarden en wordt gebruikt in de relatie met een niet-professionele wederpartij, hij komt dan voor op de zogeheten zwarte lijst van artikel 6:236 sub b BW.

49 Zie de bepaling van artikel 6:279 lid 2 BW.

50 Omdat het samenstel van rechtshandelingen tot van overeenkomstige toepassing-verklaring van de artikelen omtrent wederkerige overeenkomsten leidt, zijn de bepalingen van Boek 6, titel 5, afdeling 5 van toepassing.

van de opschorting in verhouding moeten zijn met de tekortkoming van de crediteur.⁵¹

5.5 VERKRIJGING VAN DE RECHTHEBBENDE

Of nu de gebruikers gebonden worden naast, of uiteindelijk zelfs zónder de verkrijger onder bijzondere titel, duidelijk is dat wat de vorm betreft de initiële⁵² binding van gebruikers tot stand komt op dezelfde wijze als de binding voor verkrijgers onder bijzondere titel wordt bewerkstelligd, namelijk door de inschrijving van een daarop gerichte akte in de openbare registers. Voor de rechtsgeldigheid van de binding geldt echter, dat het gebruiksrecht moet zijn verleend door iemand die als 'rechthebbende' kan worden gekwalificeerd. Rechthebbende is normaliter degene aan wie een bepaald goed toebehoort, dat wil zeggen de persoon van wiens vermogen een bepaald goed (zaak of vermogensrecht) deel uitmaakt.⁵³

Vraag is nu of het vasthouden aan deze uitleg niet leidt tot een te grote inperking van de mogelijkheid gebruikers te binden, juist ten nadele van de rechthebbende. Het strikt uitleggen van het begrip 'rechthebbende' als degene aan wie het goed toebehoort zou er bijvoorbeeld toe leiden dat bij onderhuur de onderhuurder niet gebonden is aan de verplichting.

Kan slechts de eigenaar van een zaak of degene met het meest volledige recht op een registergoed worden beschouwd als rechthebbende in de zin van het artikellid of kan bijvoorbeeld ook iemand aan wie rechtsgeldig een huurrecht is verleend binnen de grenzen van zijn recht overgaan tot het verlenen van een gebruiksrecht, met als gevolg dat de gebruiksgerechtigde, bijvoorbeeld de onderhuurder, aan de verplichting is gebonden?

In de lijn van wat in Hoofdstuk 4 over het in het leven roepen van de verplichting is gezegd, zou ook hier kunnen worden gesteld dat slechts zij die beschikkingsbevoegd zijn over het goed, kunnen worden beschouwd als rechthebbende. Hoe begrijpelijk deze stellingname ook is, evenzeer kan verdedigd worden dat nu aan partijen de discretionaire bevoegdheid toekomt te bepalen wie wel of niet gebonden zullen zijn, aan hen (indirect) ook de bevoegdheid toekomt de term 'rechthebbende' nader in te vullen.

51 Artikel 6:262 lid 2 BW.

52 Voor iedere individuele gebruiker wordt natuurlijk de binding bewerkstelligd door de verlening van het gebruiksrecht in combinatie met de tussen de oorspronkelijke partijen overeengekomen afspraak de gebruikers te binden.

53 Groefsema, t.a.p., p. 19. In het BW van 1992 is de term eigendom beperkt tot zaken, terwijl de term 'toebehoren' ook aan kan geven dat iemand rechthebbende is op een vorderingsrecht. Van Dam/Hondius, t.a.p., p. 350.

Ik licht dit nader toe: nu aan partijen de bevoegdheid toekomt te bepalen dat er helemaal *geen* binding plaatsvindt of juist dat *iedere* gebruiker gebonden is, komt hen op grond van de regel dat wie het meerdere mag ook het mindere mag, ook de bevoegdheid toe te bepalen dat bijvoorbeeld slechts erfpachters gebonden zijn, of slechts huurders.

Nu slechts de eigenaar een recht van erfpacht kan verlenen is daarmee door partijen indirect bepaald wie als rechthebbende moet worden beschouwd. Bepalen partijen daarentegen dat mede gebonden zullen zijn zij die van de rechthebbende een huurrecht zullen verkrijgen, dan kan de term rechthebbende veel ruimer worden geïnterpreteerd. Bevoegd tot het verlenen van een huurrecht is niet slechts de eigenaar, maar ook bijvoorbeeld de erfpachter,⁵⁴ de opstaller,⁵⁵ de vruchtgebruiker⁵⁶ of zelfs de huurder.⁵⁷ Door het specificeren van de term 'recht van gebruik' wordt dus ook de term 'rechthebbende' nader ingevuld.

Vorenstaande gedachte gaat ver en geeft ruim baan aan de partijautonomie, maar toch ligt het voor de hand de bepaling in deze zin uit te leggen. Niet valt in te zien waarom slechts de eigenaar van het goed, en niet bijvoorbeeld de erfpachter, gebruikers aan een bestaande kwalitatieve verplichting zou kunnen binden. Deze laatste kan immers even rechtsgeldig een huurovereenkomst aangaan.

Zij die betogen dat onder 'rechthebbende' slechts kan worden verstaan de eigenaar van het goed (bij vermogensrechten: de rechthebbende op het vermogensrecht) zullen aanvoeren dat als de eigendom wordt 'belast' de eigenaar ook degene is die de gebruiksrechten verleent. Dat de eigenaar rechthebbende is spreekt voor zich. Is bijvoorbeeld een erfpachtrecht onderwerp van 'belasting', dan is de erfpachter als 'rechthebbende tot het erfpachtrecht' bevoegd tot het verlenen van gebruiksrechten. De term rechthebbende behoeft dus niet te worden ingevuld aan de hand van de partijwil.

Vorenstaande opvatting gaat voorbij aan de geschetste mogelijkheid dat een gebruiksgerechtigde op zijn beurt een recht tot gebruik verleent aan een ander. Zou hij niet als rechthebbende worden beschouwd, dan moet de conclusie zijn dat degenen aan wie de gebruiker een gebruiksrecht verleent niet gebonden kan zijn. Zoals al eerder betoogd mag artikel 6:252 lid 3 BW niet a contrario gelezen worden in die zin dat eenieder wiens situatie niet door genoemd artikellid wordt bestreken wél gebonden zou zijn.

Het kan gezien de achtergrond van het artikel niet de bedoeling zijn dat de binding van derden aan de verplichting zo snel kan stranden. Aangenomen moet daarom worden dat het begrip 'rechthebbende' in het licht van artikel 6:252 lid 1 BW veel ruimer moet worden geïnterpreteerd dan normaal het geval is, namelijk als degene die bevoegd is het gebruiksrecht te verlenen. Ik ben dan ook van mening dat voor

54 Indien deze mogelijkheid niet expliciet in de erfpachtakte is uitgesloten ex artikel 5:94 BW.

55 Artikel 5:104 lid 2 jo. 5:94 BW.

56 Artikel 3:217 lid 1 BW.

57 In beginsel toegestaan aldus artikel 7:221 BW.

het rechtsgeldig verlenen van een gebruiksrecht in die zin dat de gebruiker ook gebonden is aan een eerder ten aanzien van het gebruikte registergoed overeen gekomen kwalitatieve verplichting, beschikkingsbevoegdheid geen vereiste is. Eenieder die het betreffende gebruiksrecht kan aangaan kan in die opvatting dan ook gelden als rechthebbende. Omdat in het Burgerlijk Wetboek de term rechthebbende echter wordt gebruikt om degene aan te duiden aan wie het goed toebehoort, verdient het aanbeveling in artikel 6:252 lid 1 BW niet te spreken van rechthebbende maar van 'daartoe gerechtigde'. Op deze wijze wordt duidelijk dat de bevoegdheid tot het verlenen van gebruiksrechten ook kan geschieden door anderen dan degene(n) aan wie het goed toebehoort.

5.5.1 Zullen verkrijgen

Duidelijk is dat zij die al een gebruiksrecht hebben op het moment van het aangaan van de kwalitatieve verplichting (onverschillig of dit nu een zakelijk of persoonlijk gebruiksrecht is), niet aan de verplichting gebonden zijn. Vorenstaande accentueert wederom het verbintenisrechtelijke karakter van de figuur. Bij een zakelijk recht als bijvoorbeeld een erfdiensbaaerheid, zijn gebruikers uit een persoonlijk recht, ook zij wier recht anterieur is aan de verplichting, direct aan het zakelijk recht gebonden,⁵⁸ en is de enige actie die zij vervolgens kunnen ondernemen het ontbinden van de overeenkomst die zij met de rechthebbende op het goed hebben of schadevergoeding uit wanprestatie vorderen.

Zou de binding van gebruikers gelijk worden geacht aan die van een zakelijk recht, dan zou dit in strijd zijn met deze woorden in het artikel.

Omgekeerd mag niet worden geconcludeerd dat zij die na inschrijving een recht verkrijgen wel aan de verplichting gebonden zijn, wat hierboven al enkele malen is aangetoond.

5.6 SAMENVATTING

De binding die voortvloeit uit een kwalitatieve verplichting is er een die deels voortvloeit uit partijovereenkomst en deels uit de wet. Dat heeft tot gevolg dat enerzijds de partijen grote invloed hebben op de aard van de binding, maar anderzijds dat de wet beperkingen stelt aan deze autonomie. De binding komt voor verkrijgers onder bijzondere titel en gebruikers tot stand door de enkele partijafpraak in samenhang met de daarop toegesneden wettelijke bepaling. Alhoewel de aard van de binding gebaseerd is op de figuur van de schuldovername is er slechts sprake van beperkte analogie met de contractuele schuldovername als bedoeld in afdeling 6.2.3.

58 Een wettelijke uitzondering als bijvoorbeeld bij huur ex artikel 7:226 lid 1 of 7:227 BW daargelaten.

Omdat het voor een soepele werking van de figuur noodzakelijk is dat de crediteur zijn debiteur(en) kent, is het redelijk om aan de verplichting een nevenverplichting te verbinden, inhoudende de verplichting voor de rechthebbende om bij de verlening van een gebruiksrecht hiervan kennis te geven aan de crediteur. Deze verplichting zou tevens moeten komen te rusten op de nieuwe debiteur. Hoewel nevenverplichtingen om te doen bij de kwalitatieve verplichting in beginsel niet zijn toegestaan, ligt het voor de hand voor een verplichting met bovengenoemde inhoud een uitzondering aan te nemen, mede omdat bij gebreke aan kennis van zijn debiteur de crediteur geen baat zal kunnen hebben van een overeengekomen, toegestaan, boetebeding.

De verplichting kan behalve op verkrijgers onder bijzondere titel, worden opgelegd aan gebruikers van het goed, waaronder (naast beperkt zakelijk gerechtigden) ook zij die een persoonlijk recht van gebruik verkrijgen moeten worden begrepen.

Omdat de bedoeling van de verplichting is het in het algemeen kunnen binden van posterieure derden, moet worden aangenomen dat ook indien zij die een beperkt zakelijk recht op, of persoonlijk recht van gebruik van het goed hebben een gebruiksrecht verlenen, de verplichting over gaat op de gebruiker. Alhoewel voor het aangaan van de verplichting noodzakelijk is dat degene die de verplichting aangaat rechthebbende is ten aanzien van het 'te belasten' registergoed, – en naar mijn mening tevens beschikkingsbevoegdheid noodzakelijk is – is dat bij het verlenen van gebruiksrechten niet het geval. Het stellen van een beschikkingsbevoegdheidseis zou bij het verlenen van gebruiksrechten ertoe kunnen leiden dat vele gebruikers niet aan de verplichting gebonden zijn en dat deze de verplichting zouden kunnen schenden zodanig dat verdere nakoming illusoir wordt (bijvoorbeeld een concurrentiebeding).