

6 Tenietgaan

6.1 INLEIDING

Het is duidelijk dat beperkte rechten tenietgaan op de wijzen als genoemd in artikel 3:81 BW alsook op de verder in de wet omschreven manieren.¹ Voor het tenietgaan van verbintenissen zijn in de wet weer geheel eigen regelingen opgenomen. Hoofregel is dat een verbintenis tenietgaat door nakoming, onder welk begrip een groot aantal wijzen van voldoening is begrepen. Daarnaast zijn verrekening, vermenging, kwijtschelding, vernietiging en afstand wijzen waarop de verbintenis kan eindigen. Bij duurverbintenissen kan hier nog de opzegging aan worden toegevoegd.

In hoeverre de kwalitatieve verplichting eindigt op de hiervoor omschreven manieren zal in de navolgende paragrafen worden onderzocht. Dat op de kwalitatieve verplichting de acties uit Boek 6 onverkort van toepassing zijn, waaronder begrepen de ontbindingsactie, is door de Minister bij de totstandkoming van de figuur met zoveel woorden gezegd, maar uit de wetsgeschiedenis is tevens duidelijk dat op het tenietgaan van de verplichting niet slechts Boek 6 van toepassing is.^{2,3} Hoe werken bijvoorbeeld de regels van de verjaring uit op de kwalitatieve verplichting? Is de relatieve werking van tenietgaan van artikel 3:81 lid 3 BW een factor van betekenis? Juist op het terrein van tenietgaan, een op het eerste gezicht volkomen heldere kwestie, blijkt het ambivalente van de figuur.

Een kwalitatieve verplichting kan ook tenietgaan doordat nakoming blijvend onmogelijk wordt.⁴ Dit zou het gevolg kunnen zijn van schending door de debiteur, reden dat ik de schending behandel in het hoofdstuk over tenietgaan. Omwille van de leesbaarheid zal ik beginnen met schending van de verplichting. Volgens bekiijk ik in hoeverre de wijzen van tenietgaan van verbintenissen ook gelden voor de kwalitatieve verplichting, waarna vervolgens de manieren van tenietgaan van beperkte rechten tegen het licht worden gehouden. Gezien de aard van de figuur (een dulden of niet-doen) valt niet goed in te zien hoe hij bijvoorbeeld teniet kan gaan door verrekening, reden dat niet alle wijzen van tenietgaan even uitputtend zullen worden besproken.

1 Denk aan de specifieke regelingen voor erfpacht en opstal, alsmede aan een figuur als de zuivering.

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

3 Zie §2.11.2.

4 Natuurlijk blijft juridisch de verplichting bestaan en zal zij ontbonden moeten worden.

6.2 SCHENDING VAN DE KWALITATIEVE VERPLICHTING⁵

Bij verbintenissen die verplichtingen tot een doen als inhoud hebben heeft de crediteur bij niet (juiste) nakoming door zijn debiteur verschillende mogelijkheden, die te vinden zijn in de Boeken 3, 6 en 7.⁶ Wat de inhoud van de kwalitatieve verplichting anders maakt dan die van een 'reguliere verbintenis', is dat het afdwingen van de nakoming van een verplichting om niet te doen impliceert dat er al iets is geschied dat gecompenseerd zal moeten worden. In het verleden is immers niet nagekomen, de verplichting is geschonden. Enerzijds ligt dus compensatie voor (eventueel) geleden schade voor de hand, terwijl anderzijds de crediteur zeker zal willen stellen dat in de toekomst schending achterwege blijft.

Bij schending van een verplichting om niet te doen heeft de schuldeiser de keuze tussen wat Hartkamp noemt 'directe reële executie' (optreden met de sterke arm, één en ander als bedoeld in artikel 3:299 BW) en schadevergoeding. Onderscheid moet dan worden gemaakt tussen acties om in het verleden door schending van de verplichting veroorzaakte schade te herstellen, en acties om te voorkomen dat in de toekomst schendingen van de verplichting plaatsvinden.

Voor schade die reeds is veroorzaakt, kan op grond van artikel 3:299 lid 2 BW rechterlijke machtiging worden verkregen om wat in strijd met een verplichting is verricht teniet te doen. Deze actie is er één tot nakoming, wat voor de crediteur het voordeel biedt dat deze geen schade of toerekenbaarheid van de tekortkoming hoeft te bewijzen. Ook kan op grond van artikel 6:103 BW schadevergoeding anders dan in geld worden gevraagd, wat zich in de praktijk kan vertalen in de verplichting herstel in de oude toestand te bewerkstelligen. Voormelde acties zien slechts op teniet doen van feitelijke handelingen.⁷

Betreft de schending echter handelingen die niet feitelijk vernietigd kunnen worden, of rechtshandelingen (Hartkamp noemt als voorbeelden het weigeren van toegang of het aangaan van een rechtshandeling in strijd met de verbintenis)⁸ dan zal de oplossing moeten worden gezocht in het vorderen van schadevergoeding. Overigens kan deze schadevergoeding op grond van het bepaalde in artikel 6:103 BW ook hier in een andere vorm dan geld worden toegewezen: een in strijd met de verplichting verrichte rechtshandeling kan nietig worden verklaard en de schuldenaar zou kunnen worden veroordeeld tot het aangaan van een nieuwe rechtshande-

5 Buiten faillissement. Voor schending in faillissement zie Hoofdstuk 7.

6 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 181 e.v.

7 Parl. Gesch. Boek 3, p. 898-899. In de parlementaire behandeling werd in het Voorlopig Verslag de vraag gesteld of bij de verbintenis tot het niet verrichten van een rechtshandeling wellicht de toevlucht kon worden genomen tot een verbod, versterkt door een dwangsom. De Minister gaf aan dat dit inderdaad tot de mogelijkheden behoorde. Ook gaf hij aan dat in het geval de verplichting tot nalaten reeds is geschonden, de regeling van een dwangsom geen soelaas kon bieden en schadevergoeding anders dan in geld (herstel in de oude toestand) gevorderd kon worden. Overigens is het artikel over de dwangsom (artikel 3.11.5) niet ingevoerd.

8 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 646 e.v. alsook nr. 411.

ling waarmee de oude ongedaan wordt gemaakt. Heeft de schuldenaar nog verdere schade geleden, dan kan ook vergoeding van deze schade worden gevorderd.

Voor de toekomst staat de crediteur eveneens de weg van directe reële executie open evenals die van schadevergoeding anders dan in geld. Betreft het wederom een rechtshandeling in plaats van een feitelijk handelen, dan kan worden gedacht aan een verbod versterkt met een dwangsom.

6.3 HET TENIETGAAN VAN VERBINTENISSEN

6.3.1 Tenietgaan door nakoming

Een verbintenis gaat teniet wanneer hij is nagekomen. Deze wijze van tenietgaan was zo voor de hand liggend dat er geen wetsbepaling met deze inhoud is opgenomen. Wel wordt uit de artikelen die in Titel 1 afdeling 6 zijn opgenomen duidelijk dat door het betalen op de genoemde wijzen, aan de verbintenis is voldaan. Bij de kwalitatieve verplichting houdt nakoming in dat aan de passieve zijde (het dulden of niet doen) de debiteur zijnerzijds aan de verplichting heeft voldaan. Gezien de kwalificatie van de verplichting als duurovereenkomst kan niet worden gezegd dat de verplichting is nagekomen als de debiteur zich gedurende een deel van die periode van de afgesproken handeling heeft onthouden.

Indien A en B zijn overeengekomen dat A voor onbepaalde tijd moet dulden dat B een reclamebord op A's grond plaatst, kan niet na een week worden gezegd dat A zijn verplichting is nagekomen. Iets anders is het, als de verplichting is aangegaan voor bijvoorbeeld een jaar. Na gemelde periode gaat de verbintenis teniet. Ook kan het zijn dat de prestatie een eenmalige is. Denk aan de afspraak tussen een omroep en een particulier, woonachtig aan het Noordeinde, dat op de dag dat Prinses Amalia trouwt de omroep cameramensen mag stationeren op het aan de betreffende particulier toebehorende balkon.⁹ Na ommekomst van de trouwdag van de Prinses is de verplichting uitgewerkt.

Aan de zijde van de crediteur is er meestal slechts de verplichting om een tegenprestatie te voldoen, welke verplichting doorgaans zal eindigen als de verplichting van de oorspronkelijke debiteur eindigt.¹⁰

⁹ Een geenszins denkbeeldige afspraak; in het buitenland bestaan dergelijke afspraken met particulieren die uitkijken op St. Pauls Cathedral. Deze afspraken betreffen overigens niet een enkele gebeurtenis.

¹⁰ De *exceptio non adimpleti contractus* van artikel 6:262 BW geeft slechts een opschortingsrecht en bevrijdt de crediteur uit de kwalitatieve verplichting niet van zijn verplichting tot voldoen van een tegenprestatie indien de debiteur uit de verplichting niet (correct) presteert.

6.3.2 Tenietgaan door opzegging

De figuur van de opzegging is er één die niet terug te vinden is in het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht. Dit algemeen gedeelte gaat conform het wettelijk stelsel immers uit van een éénmalig te verrichten prestatie die de verbintenis teniet doet gaan. Opzegging ziet in het bijzonder op duurovereenkomsten.¹¹ Voor een begripsomschrijving van opzegging moet men te rade gaan bij de literatuur,¹² waar men omschrijvingen vindt als: 'beëindigen voor de toekomst door een verklaring die de ene partij tot de andere richt'¹³ of 'een eenzijdige aan mededeling onderworpen wilsverklaring die aan de opgezegde overeenkomst voor de toekomst hare werking ontnemt en de in het verleden uit die overeenkomst geboren vorderingen, voor zover zij niet vervallen zijn, opeisbaar doet worden'.¹⁴ De opzegging werkt anders dan de ontbinding, die immers niet alleen gevolgen heeft voor nog te verrichten prestaties, maar tevens ten aanzien van reeds verrichte prestaties tot ongedaanmakingsverbintenissen leidt. De opzegging laat in het verleden verrichte prestaties in stand en werkt slechts voor de toekomst. De twee begrippen zijn, hoewel in de praktijk vaak wel als zodanig gebruikt, zeker niet synoniem.¹⁵

Is een duurovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan, dan is deze in beginsel niet opzegbaar.¹⁶ Toch kan dit onder omstandigheden anders zijn. Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest van der Werff/ABP ondermeer:

'2. De eerste twee onderdelen betreffen de verwerping door het hof van het betoog van Van der Werff in hoger beroep dat de onderhavige overeenkomst – kort samengevat – in elk geval zou voortduren gedurende de periode dat de voormelde beide uitvoerders naar verwachting ziek zouden zijn en dat de overeenkomst niet door een opzegging op een kortere termijn gedurende die periode zou kunnen eindigen. Deze onderdelen gaan er terecht van uit dat de vraag wat op dit punt tussen partijen is overeengekomen in beginsel moet worden beantwoord aan de hand van een in de rechtspraak ontwikkelde maatstaf volgens welke het aankomt op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs – gezien de omstandigheden van het concrete geval – aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij op dit punt redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.'¹⁷

11 HR 16 december 1977, NJ 1978, 156 (Ziekenfonds/X).

12 Zie ook Hammerstein, De opzegging als precisie-instrument, p. 103.

13 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 310.

14 Strijbos, Opzegging van duurovereenkomsten, p. 15 e.v.

15 In deze zin ook De Vries, 'Opzegging' en 'ontbinding' wegens wanprestatie van (duur)overeenkomsten in het zicht van het NBW: begripsverwarring, WPNR 5811 (1987), p. 5-8. Over de mogelijkheid van tussentijdse ontbinding ex 6:258 BW, Abas in WPNR 6307 (1998), p. 211-213.

16 HR 21 oktober 1988, NJ 1988, 439 (Mondia/Calanda).

17 Aldus HR 21 september 1990, NJ 1991, 4 (Van der Werff/APF) waarin hij het criterium hanteert gegeven in HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

Ook ingeval de duurovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan, zoals in geval van de kwalitatieve verplichting meestal het geval zal zijn, is het de vraag of de overeenkomst tussentijds kan worden opgezegd. In het verleden werd aangenomen dat tussentijdse opzegging altijd mogelijk was, zij het dat het redelijk werd geacht aan de opzegging een termijn te verbinden.¹⁸ Toetsing vond later plaats aan de hand van de redelijkheid en billijkheid en de omstandigheden van het geval. In het arrest Kakkenberg/Kakkenberg¹⁹ overwoog de Hoge Raad:

‘Het onderdeel is gegrond, aangezien het Hof heeft miskend dat bij de beoordeling van hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid met zich meebrengen, alle omstandigheden van het geval een rol kunnen spelen (...).’

Van Dunné noemt in zijn noot onder bovengenoemd arrest als van belang zijnde elementen de duur en aard van de overeenkomst, de onderlinge verhoudingen, de gewekte verwachtingen, de zwaarwichtigheid van de redenen, evenals de ernst van de gevolgen voor de andere partij.²⁰

Is de overeenkomst waar de verbintenis onderdeel van uitmaakt aangegaan voor bepaalde tijd of voor het bereiken van een bepaald resultaat, dan kan hij in beginsel niet tussentijds worden opgezegd tenzij anders is overeen gekomen of de wet anders bepaalt.²¹ Is de overeenkomst echter aangegaan voor een onbepaalde tijd, dan kan wel worden opgezegd, tenzij partijen de mogelijkheid tot opzegging hebben uitgesloten²² of de wet aan partijen de bevoegdheid tot tussentijdse opzegging van de overeenkomst ontnemt.²³ Wanneer partijen niets over de bevoegdheid tot opzegging hebben vastgelegd, kan uit de wet, de gewoonte of de bedoeling van partijen²⁴ voortvloeien dat opzegging mogelijk moet zijn.²⁵ Ook kan in een concrete situatie worden betoogd dat uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat aan partijen een dergelijke bevoegdheid moet toekomen.

18 O.a. Asser-Rutten II (1982) p. 243, Strijbos, t.a.p., p. 69.

19 HR 21 april 1995, NJ 1995, 437.

20 AA 1997, p. 513-521.

21 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 310, Strijbos, t.a.p., p. 74 e.v. en HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (Maison Louis Latour SARL/De Bruijn Wijnkopers) alsmede genoemd arrest Kakkenberg/Kakkenberg.

22 Welk beding overigens kan stranden op het bepaalde in artikel 6:248 BW.

23 Als voorbeeld wordt wel genoemd de arbeidsovereenkomst, waar in artikel 7:670 BW diverse opzegverboden zijn opgenomen.

24 Van toepassing zal ook hier zijn de Haviltexdoctrine zoals neergelegd in HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

25 In HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602 (VVE/CSM N.V.) wordt benadrukt dat de mogelijkheid een duurovereenkomst te wijzigen op grond van artikel 6:258 BW niet aan een opzeggingsbevoegdheid (eventueel voortvloeiend uit de toepasselijkheid van artikel 6:248 BW) in de weg staat.

6.3.2.1 *Opzegging bij de kwalitatieve verplichting*

Zonder te kijken naar de technische (on-)mogelijkheden om de kwalitatieve verplichting op te zeggen, staat vast dat de *aard* van de verplichting (het kwalitatieve karakter) zich juist tegen opzegging verzet. Partijen hebben de verplichting kwalitatief gemaakt met de gedachte dat de verplichting stand zal houden, ook na vervreemding door de schuldenaar van het 'belaste' perceel. Een algemene opzeggingsbevoegdheid zou deze gedachte doorkruisen. Wil een der partijen desondanks van de verplichting af, dan staan de wegen van artikel 6:258 en 259 BW open.

Wanneer de verplichting is aangegaan voor een bepaalde tijd of het bereiken van een bepaald resultaat geldt wat hieromtrent in §6.3.2 werd opgemerkt, en komt aan de debiteur sowieso niet de bevoegdheid toe de basisovereenkomst op te zeggen.²⁶ Zou opzegging toch mogelijk zijn, bijvoorbeeld indien die uitdrukkelijk is overeengekomen, of omdat de redelijkheid en billijkheid dit in casu toch meebrengen, dan eindigt de basisovereenkomst (ervan uitgaande dat er geen binding van gebruikers bestaat) en zal aan de voortbouwende overeenkomst geen betekenis meer toekomen; de inschrijving ervan wordt waardeloos. Zij kan met een verklaring van waardeeloosheid worden doorgehaald.²⁷ De overeenkomst tot kwalitatief maken is geen duurovereenkomst zodat de beginselen van opzegging hier niet kunnen worden toegepast. De opzegging van de basisovereenkomst kan overigens vormvrij geschieden.

Op de vraag of aan gebonden gebruikers de bevoegdheid tot opzegging toe kan komen wordt ingegaan in §6.5.1.

6.3.3 **Tenietgaan door ontbinding**

De basisovereenkomst kan – mits zij wederkerig is – worden ontbonden bij iedere tekortkoming in de nakoming die de ontbinding rechtvaardigt.²⁸ In hoeverre de crediteur bij niet correcte nakoming over zal gaan tot ontbinding is de vraag. Bij ontbinding eindigt de overeenkomst en gaat de verplichting teniet. Slechts indien de nakoming van de verplichting helemaal niet meer mogelijk is (bijvoorbeeld indien bij een verbod om een monument te slopen toch is gesloopt en herstel in de oude toestand niet meer mogelijk) is het denkbaar dat dit voor de crediteur de beste keuze is. In andere gevallen zal een verbodsactie of een vordering tot schadevergoeding meer voor de hand liggen. Nadeel is dat slechts in geval van toerekenbaarheid van de tekortkoming schadevergoeding zal kunnen worden geëist.

26 Het in bovenstaande alinea genoemde bezwaar zal wanneer slechts de oorspronkelijke partijen betrokken zijn minder zwaar wegen dan wanneer er sprake is van gebonden gebruikers of van rechtsverkrijgers.

27 Uitgaande van de parallel met het causale stelsel als uiteengezet in §4.4.1.

28 Artikel 6:265 BW.

Ook de overeenkomst tot kwalitatief maken kan worden ontbonden, bijvoorbeeld indien door een van partijen niet binnen een afgesproken termijn wordt voldaan aan de verplichting mee te werken aan het opmaken van een notariële akte. Ook na het opmaken van de akte en inschrijving ervan is ontbinding mogelijk, bijvoorbeeld als een tegenprestatie voor het kwalitatief maken is bedongen die niet wordt voldaan, tenzij in de akte uitdrukkelijk afstand is gedaan van het recht ontbinding te vorderen. Het ontbinden van deze overeenkomst zal geen directe invloed hebben op de basisovereenkomst, tenzij natuurlijk basisovereenkomst en de overeenkomst tot kwalitatief maken zodanig met elkaar verbonden zijn dat er niet van te onderscheiden overeenkomsten kan worden gesproken.²⁹

In beide gevallen (ontbinding van de basisovereenkomst of van de overeenkomst tot kwalitatief maken) verdient het aanbeveling de ontbinding schriftelijk te laten geschieden, en zal voor de doorhaling van de inschrijving in de openbare registers ex artikel 3:28 lid 1 BW een schriftelijke verklaring van waardeeloosheid moeten worden opgesteld.³⁰

6.3.3.1 *Gevolgen van ontbinding van de basisovereenkomst*

Ontbinding heeft sinds 1992 geen terugwerkende kracht meer.³¹ Op grond van artikel 6:271 BW zullen al verrichte prestaties ongedaan moeten worden gemaakt. Wat betreft de door de crediteur verrichte prestaties is dit eenvoudig: de ontvangen tegenprestatie moet worden gerestitueerd. Maar hoe wordt een niet-doen ongedaan gemaakt? Het bijzondere karakter van de verplichting uit de basisovereenkomst (het dulden of niet doen) kan het voldoen aan de ongedaanmakingsverplichting bijzonder ingewikkeld maken. Daarnaast speelt een rol het feit dat sprake is van een duurovereenkomst. De relatie tussen partijen kan zich over lange tijd hebben uitgestrekt. Zou een van partijen na jarenlang vlekkeloos presteren door beide partijen op enige grond ontbinden, dan zou de ongedaanmakingsverplichting wel eens heel onredelijk uit kunnen pakken en een te zwaar gevolg kunnen zijn.³² In een dergelijk geval ligt gedeeltelijke ontbinding meer voor de hand. Door het wegvallen van de basisovereenkomst ontvalt de grondslag aan de overeenkomst tot kwalitatief maken en daarmee het kwalitatieve karakter.³³

29 Zie §4.4.1.

30 Er kan natuurlijk ook sprake zijn van een gedeeltelijke ontbinding, met slechts een gedeeltelijke waardeeloosheid.

31 Artikel 6:269 BW.

32 Zie artikel 6:265 lid 1 laatste zin BW, Asser-Hartkamp 4-II, nr. 516 en Bakels, Ontbinding van wederkerige overeenkomsten, p. 233.

33 Zie §4.4.1.

6.3.3.2 *Gevolgen van ontbinding van de overeenkomst tot kwalitatief maken*

Bij ontbinding van de overeenkomst tot kwalitatief maken, is het gevolg dat aan de verplichting het kwalitatieve karakter komt te ontvallen, terwijl de basisovereenkomst in stand blijft. De ongedaanmakingsverbintenis die uit de ontbinding van deze overeenkomst voortkomt, zal meestal slechts zijn een verbintenis tot meewerken aan de doorhaling van de inschrijving in de openbare registers. Het kan zijn dat voor het kwalitatief maken op zich ook een tegenprestatie bedongen is, in welk geval deze tegenprestatie natuurlijk zal moeten worden gerestitueerd. Het is na het tot stand komen van de ontbinding zaak zo spoedig mogelijk de openbare registers in overeenstemming te brengen met de werkelijkheid.³⁴

Het is mogelijk dat een 'lichte' kwalitatieve verplichting is aangegaan tussen A en B, rustend op grond van B, waar een prima tegenprestatie voor is overeengekomen. Verplichting en tegenprestatie zijn in de openbare registers ingeschreven. Na het ontbinden van de overeenkomst tot kwalitatief maken, maar vóór het up-to-date brengen van de registers,³⁵ wordt het 'dienend erf' door B overgedragen aan C. C is in de veronderstelling dat de kwalitatieve verplichting nog bestaat en dat hij periodiek een aardige tegenprestatie tegemoet kan zien. Deze veronderstelling blijkt onjuist te zijn. Kan C een beroep doen op het bepaalde in artikel 3:24 BW? Het antwoord is naar mijn mening negatief. Het artikel is immers in de wet opgenomen om A te beletten de inschrijving aan C tegen te werpen terwijl C juist wil dat de inschrijving gestand wordt gedaan.³⁶ C kan slechts zijnerzijds de koopovereenkomst ontbinden (indien deze mogelijkheid in de leveringsakte is open gelaten) of proberen schadevergoeding van B te vorderen wegens wanprestatie, waarbij de hoogte van de schade kan worden gerelateerd aan de gederfde tegenprestatie.³⁷

6.3.4 **Tenietgaan door vermenging**

De term vermenging ziet op de situatie dat de hoedanigheden van schuldeiser en schuldenaar zich in één persoon verenigen door overgang van de vordering of de schuld.³⁸

34 Dit geldt natuurlijk ook bij ontbinding van de basisovereenkomst, ten gevolge waarvan de tweede overeenkomst waardeeloos wordt.

35 Alhoewel het tenietgaan van de kwalitatieve verplichting formeel geen inschrijfbaar feit is in de zin van artikel 3:17 BW (slechts voor het ontstaan maakt artikel 6:252 lid 2 jo. 3:17 lid 2 BW inschrijving mogelijk) ligt het voor de hand dat ook het tenietgaan ingeschreven kan worden, al was het maar om vervuiling van de openbare registers te voorkomen.

36 De wetgever spreekt over bescherming tegen voor de verkrijger nadelige feiten, Parl. Gesch. Boek 3, p. 132. Zie uitgebreider §6.6.

37 De rechter zal in dat geval wel mee moeten wegen dat anderzijds C geen enkele inbreuk van A behoeft te dulden, wat de geleden schade weer beperkt. Zie in dit verband ook Van Hee en Kortmann, Ongeoorloofde financiële bedingen in projectontwikkelingsovereenkomsten, *Bouwrecht*, vol. 42 (2005), afl. 11B, §3.2.

38 Artikel 6:161 lid 1 BW.

A komt met B overeen dat deze laatste diens perceel niet zal verhuren voor commerciële doeleinden. De verplichting ten laste van B wordt kwalitatief gemaakt. Na enige tijd cedeert A zijn vordering aan C die de vordering vervolgens weer overdraagt aan B.³⁹

Nu er geen anderen gebonden waren dan B, kan zonder problemen vermenging plaatsvinden en de verbintenis teniet gaan. De vraag is echter of met de vermenging de verplichting verdwenen is. Niet alleen wordt het tenietgaan van de verbintenis door vermenging in het derde lid van artikel 6:161 BW gerelativeerd, ook kan het onder omstandigheden onredelijk zijn de verbintenis als tenietgegaan aan te merken.

Zo kan de situatie zich voordoen dat ten behoeve van A een kwalitatieve verplichting is gevestigd op de grond van buurman B inhoudende dat B op de grond geen commerciële activiteiten mag (doen) verrichten. B, eigenaar van vele percelen in de buurt waarop al wel dergelijke activiteiten worden ontplooid, is van plan de grond te verkopen aan C. Het is niet B's bedoeling dat C hem gaat beconcurreren. Omdat hij niet weet hoe standvastig A zal zijn ten opzichte van C's bedoelingen weet hij A te bewegen vooruitlopend op de levering van de grond de vordering aan hem te cederen. Zou vermenging aangenomen worden, dan is hiermee de bedoeling van de cessie doorkruist.

Het is denkbaar dat in het onderhavige geval geen vermenging optreedt maar dat de vordering naast de schuld blijft bestaan.⁴⁰ In artikel 6:161 lid 2 sub c BW is als uitzondering op de hoofdregel van vermenging opgenomen de situatie dat de vereniging van hoedanigheden het gevolg is van een rechtshandeling onder ontbindende voorwaarde, zolang niet vaststaat dat de voorwaarde niet meer in vervulling kan gaan. In ons geval zou de cessie van de vordering door A aan B, welke cessie normaliter vermenging tot gevolg zou hebben, moeten geschieden onder een ontbindende voorwaarde. Deze constructie leidt ertoe dat B eigenlijk een verplichting ten laste van zichzelf (in het Duits een Eigentümergehörigkeit) kan bedingen,⁴¹ want ervoor kan zorgen dat geen vermenging optreedt tussen de vordering en de daar tegenover staande verplichting.

Naast genoemde uitzondering op de vermenging, wordt in artikel 6:161 lid 3 BW de vermenging gerelativeerd ten opzichte van hen die op de vordering een recht hebben.

Zou bijvoorbeeld de vordering uit de verplichting zijn verpand, dan blijft ten opzichte van de pandhouder de vordering (en daarmee de er tegenover staande verplichting) in stand, een regeling die grote parallellen vertoont met artikel 3:81 lid 3 BW. De relativiteit houdt in dat de verplichting uit de basisovereenkomst niet geheel verdwijnt zodat

39 Of C overlijdt en laat als enig erfgenaam B achter.

40 Vorenstaande gedachte strookt met de Duitse mogelijkheid een Eigentümergehörigkeit te vestigen, vooruitlopend op vervreemding van het Grundstück, zie hieromtrent Hoofdstuk 8.

41 Voor erfgehoorigheden niet toegestaan op grond van het principe nemo rem suam servit.

niet gezegd kan worden dat de rechtsgrond van de voortbouwende overeenkomst (die tot kwalitatief maken) wegvalt. Voor de pandhouder die een pandrecht op de vordering uit de kwalitatieve verplichting heeft, is het in stand houden van het kwalitatieve karakter van groot belang. Een vorderingsrecht waar een verplichting met een kwalitatief karakter tegenover staat, heeft natuurlijk een grotere executiewaarde dan een 'kale' vordering. Concreet zou dit inhouden dat de verplichting in beginsel door vermenging teniet is gegaan (positie van crediteur en debiteur zijn in één persoon verenigd) maar dat de verplichting ten opzichte van pandhouder op de vordering nog bestaat. Deze kan de vordering executeren waardoor er een nieuwe crediteur uit de kwalitatieve verplichting opkomt.⁴²

Als er wél medegebonden gebruikers zijn, dan is er nog veel minder of geen aanleiding voor volledig tenietgaan door vermenging. Zoals we in het vorige hoofdstuk hebben gezien, is het mogelijk dat als gevolg van de overeenkomst ook gebruikers aan de verplichting zijn gebonden. Tenietgaan van de overeenkomst ten opzichte van de in het eerdere voorbeeld genoemde B hoeft niet te impliceren dat de overeenkomst ook ten opzichte van de gebruikers teniet gaat. Wellicht ziet het gecedeerde vorderingsrecht immers slechts op de vordering tegenover B en is het vorderingsrecht ten opzichte van de gebruikers bij A gebleven. In een dergelijk geval vindt er slechts vermenging plaats voor het gedeelte dat de grondeigenaar betrof (i.e. waar deze schuldenaar van was). Ten aanzien van de gebruikers blijft de verplichting/vordering gewoon in stand. Zou de vordering zijn verpand dan gaat de vordering ten aanzien van de grondeigenaar in beginsel teniet door vermenging, maar blijft hij in stand ten opzichte van de pandhouder (relativiteit) terwijl ten aanzien van de gebruikers de vordering in ieder geval in stand bleef.

6.3.5 Tenietgaan door afstand (en kwijtschelding)

Een verbintenis kan teniet gaan doordat de schuldeiser met de schuldenaar overeenkomt afstand te doen van zijn vorderingsrecht ofwel om niet (in welk geval we van kwijtschelding kunnen spreken) ofwel om baat.⁴³ De overeenkomst van afstand is vormvrij.⁴⁴ Voor afstand geldt hetzelfde als is opgemerkt ten aanzien van de vermenging, namelijk dat de mogelijkheid bestaat dat ten aanzien van de gebruikers andere afspraken zijn gemaakt.⁴⁵ Bovendien kunnen gerechtigden op de vordering geen nadeel ondervinden van de afstand. Zo is het voor pandhouders mogelijk de afstand door de pandgever te vernietigen op basis van de Pauliana van 3:45 BW, dient de crediteur van de vordering waar een vruchtgebruik op rust de afstand tezamen met de vruchtgebruiker te doen (3:207 lid 2 BW) en kan jegens

42 Artikel 3:246 BW vindt hier geen toepassing.

43 Artikel 6:160 lid 1 BW. Vindt de afstand om baat plaats dan kan die baat bestaan uit een geldelijke vergoeding, maar ook uit een andere tegenprestatie bijvoorbeeld een vorderingsrecht op basis waarvan een ander dulden kan worden afgedwongen.

44 Parl. Gesch. Boek 6, p. 588.

45 Zie de hoofdstukken 3 en 5.

de derdebeslaglegger de afstand niet worden ingeroepen ex artikel 475h Rv.⁴⁶ Het is mogelijk afstand te doen van een gedeelte van het recht. Bij de verplichting die uit meerdere componenten is opgebouwd (een verplichting meerdere (rechts-)handelingen te dulden bijvoorbeeld) zouden schuldenaar en schuldeiser overeen kunnen komen dat de schuldeiser afstand doet van een gedeelte van zijn vordering, wellicht tegen een bepaalde vergoeding.

6.3.6 Tenietgaan door verrekening

Een verbintenis gaat volgens artikel 6:127 lid 2 BW teniet door verrekening indien aan de daar genoemde vereisten is voldaan. Naast het feit dat de schuldenaar een prestatie te vorderen moet hebben van dezelfde wederpartij, de prestatie aan de schuld moet beantwoorden en de schuldenaar bevoegd moet zijn om de schuld te betalen, moet hij ook bevoegd zijn betaling van zijn vordering af te dwingen. Bij de kwalitatieve verplichting is aan het eerste vereiste voldaan indien een tegenprestatie verschuldigd is, maar al bij het tweede vereiste gaat het mis. De prestatie moet aan de schuld beantwoorden, wat zoveel inhoudt dat de 'schuldenaar bevoegd zou zijn de schuld met het hem verschuldigde te betalen' ofwel: heeft de schuldenaar op zijn beurt van zijn schuldeiser eenzelfde prestatie te vorderen als hijzelf verplicht is te leveren (het leveren van soortzaken, het betalen van een geldsom) dan is verrekening mogelijk.⁴⁷

Nu gezien de aard van de verplichting (dulden of niet doen) aan de schuldenaar niet de bevoegdheid zal toekomen door via betaling in geld aan zijn verplichting te voldoen, zal tenietgaan door verrekening op basis van artikel 6:127 lid 2 BW dan ook niet aan de orde zijn.

6.3.7 Tenietgaan door vernietiging

Vernietiging van de overeenkomst houdende het kwalitatief maken of houdende de verplichting tot dulden of niet doen, leidt in ieder geval tot het einde van de *kwalitatieve* verplichting.⁴⁸ Is het de overeenkomst tot kwalitatief maken die wordt vernietigd, dan blijft in beginsel de basisovereenkomst in stand. De vernietiging heeft terugwerkende kracht wat ofwel – bij vernietiging van de basisovereenkomst – inhoudt dat de verplichting geacht wordt nooit bestaan te hebben, ofwel – bij vernietiging van de overeenkomst tot kwalitatief maken – geacht wordt nooit kwalitatieve werking gehad te hebben.⁴⁹

Evenals bij de eerder besproken ontbinding zijn partijen ten gevolge van de vernietiging gehouden al verrichte verbintenissen ongedaan te maken, met als

46 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 619 en de aldaar genoemde vindplaatsen.

47 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 534.

48 Zie §4.4.1.

49 Artikel 3:53 lid 1 BW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 238 e.v.

verschil met de ontbinding dat vernietiging 'ex tunc' plaatsvindt zodat verrichte prestaties ex artikel 6:203 e.v. BW onverschuldigd betaald zijn. Ook hier doet zich het probleem voor dat naar haar aard de verplichting tot dulden of niet-doen niet ongedaan kan worden gemaakt. In een dergelijk geval moet degene die de prestatie heeft 'ontvangen' de waarde ervan vergoeden.⁵⁰ Zouden de gevolgen van een rechtshandeling 'bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt' (artikel 3:53 lid 2 BW), dan kan de rechter desgevraagd aan een vernietiging geheel of gedeeltelijk haar werking ontzeggen.

Het is mogelijk dat in de tussenliggende periode derden zijn afgegaan op de inschrijving van de verplichting in de openbare registers, zoals in het eerder gegeven voorbeeld van degene die het 'dienend erf' koopt in de veronderstelling dat tegenover de 'lichte verplichting' een goede tegenprestatie staat. Vindt de vernietiging plaats nog vóór de levering van het perceel, dan is het goed te kijken in hoeverre artikel 7:15 lid 2 BW, waarin de eis van juridische conformiteit is vastgelegd, a contrario kan worden toegepast. Ofwel: staat de verkoper in voor de aanwezigheid van lasten en beperkingen die ten tijde van de koop in de openbare registers zijn ingeschreven? Naar mijn mening niet. Volgens artikel 7:15 lid 2 BW staat de verkoper er voor in dat er *geen* last of beperking bestaat die *niet* is ingeschreven. Een bevestigend antwoord zou de toerekenbaarheid van de tekortkoming geven, en daarmee de weg naar schadevergoeding wegens wanprestatie openen.⁵¹

Het is ook mogelijk dat de basisovereenkomst wordt vernietigd. In dat geval zal de overeenkomst tot kwalitatief maken, voor zover deze niet reeds is tenietgegaan door nakoming, eveneens vervallen nu hiervoor de rechtsgrond gaat ontbreken.

6.3.8 Tenietgaan door verjaring

In de Parlementaire Geschiedenis is uitdrukkelijk bepaald, dat de verplichting door verjaring teniet kan gaan,⁵² en wel in een passage die aangeeft dat er op dat punt zo min mogelijk verschil mag bestaan tussen de regeling van de erfdiensbaarheid en die van de kwalitatieve verplichting.

Op zich is deze passage opmerkelijk: voor een beperkt recht als de erfdiensbaarheid is uitdrukkelijk in artikel 3:106 BW bepaald, dat wanneer de rechtsvordering van een beperkt gerechtigde jegens de hoofdgerechtigde tot opheffing van een met het beperkte recht strijdige toestand wordt voltooid, het beperkte recht teniet gaat voor zover de uitoefening daarvan door die toestand is belet.

50 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 485.

51 Zie ook §6.3.3.2.

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

Bij de erfdiensbaarheid wordt dikwijls gebruik gemaakt van het voorbeeld dat er een erfdiensbaarheid bestaat die de eigenaar van het heersend erf een recht van uitweg met zijn auto geeft. Nadien wordt het gebruikte pad dusdanig versmald dat een uitweg met de auto niet meer mogelijk is. Wordt hier gedurende 20 jaar niet tegen geageerd, dan eindigt de erfdiensbaarheid in haar oorspronkelijke vorm door verjaring, maar kan het zijn dat er een recht van uitweg voor een fiets of personen te voet resteert.⁵³

Bij verbintenissen is de techniek een andere. Is er sprake van de extinctieve verjaring dan gaat weliswaar op grond van het bepaalde in artikel 3:306 BW het vorderingsrecht (de actie) teniet, maar blijft de verbintenis als een natuurlijke verbintenis in stand.⁵⁴

Volgens welk 'regime' moet nu de kwalitatieve verbintenis worden benaderd? In beginsel is het een verbintenisrechtelijke figuur, en zou volgens de regels van het verbintenissenrecht het vorderingsrecht vervallen maar de verbintenis niet.

Is er echter aanleiding om de (verdergaande) regel van artikel 3:106 BW (de extinctieve verjaring) analogisch van toepassing te laten zijn? Naar mijn mening zijn daar wel degelijk argumenten voor aan te voeren:

- zoals hiervoor reeds is aangevoerd moet er volgens de Parlementaire Geschiedenis waar het betreft tenietgaan door verjaring zo min mogelijk onderscheid met de erfdiensbaarheid bestaan;
- indien het vorderingsrecht zou vervallen maar de verbintenis zou blijven bestaan, is nog maar de vraag of ex artikel 3:28 BW doorhaling van de inschrijving van de verplichting in de Openbare Registers met een akte van waardeeloosheid verlangd kan worden. De verbintenis bestaat immers nog al is de rechtsvordering verjaard. Het lijkt niet wenselijk voor het rechtsverkeer indien de Openbare Registers inschrijvingen zouden blijven bevatten die feitelijk niet meer afdwingbaar zijn.

Bovenstaande in aanmerking nemende ligt het voor de hand om voor het tenietgaan van de kwalitatieve verplichting artikel 3:106 BW analogisch toe te passen.

Opmerking verdient dat zoals al eerder gememoreerd er nog een andere groep 'gebonden' kan zijn; de gebruikers. Tegenover hen blijft de verplichting gewoon in stand, wat de vraag doet rijzen wat nu in de openbare registers moet worden aangetekend.

Een projectontwikkelaar heeft met een uitzendorganisatie afgesproken dat hij in het door hem te ontwikkelen bedrijfsverzamelgebouw geen uitzendactiviteiten zal verrichten. Tevens is overeen gekomen dat ook de gebruikers van het gebouw aan de verplichting gebonden zullen zijn. Het gebouw wordt opgedeeld in 20 afzonderlijke units. In 1 van

⁵³ Berger, t.a.p., p. 174 e.v., Parl. Gesch. Boek 3, p. 421.

⁵⁴ Asser-Hartkamp 4-I, nr. 49 en 648 e.v. (m.n. nr. 654) die hierbij spreekt over de 'zwakke werking van de verjaring'.

de units vestigt zich toch een uitzendbureautje. Twintig jaar lang blijft deze activiteit onopgemerkt voor de crediteur uit de verplichting.

Het is niet reëel aan te nemen dat de langjarige schending door één van de gebruikers zou leiden tot tenietgaan door verjaring van de verplichting voor de eigenaar en alle 20 gebruikers. Veel meer voor de hand ligt het aan te nemen dat de verplichting eindigt voor de betreffende unit, al is deze unit goederenrechtelijk niet als afzonderlijke juridische 'entiteit' te kenschetsen. Hoe de precieze inschrijving van het einde in de openbare registers zal moeten worden aangetekend is de vraag. Wellicht kan de oplossing gevonden worden in het inschrijven in de openbare registers van een tekening van het gebonden goed, op welke tekening precies wordt aangegeven ten aanzien van welk gedeelte de verplichting is geëindigd. Op dezelfde wijze als wel bij een splitsingstekening geschiedt, kan bijvoorbeeld met een arcering de betreffende unit worden aangeduid. Probleem is en blijft echter dat er geen sprake is van een afzonderlijk kadastraal nummer.

6.4 HET TENIETGAAN VAN BEPERKTE RECHTEN

Ook al zijn er bepaalde wijzen van tenietgaan die naar hun aard zijn voorbehouden aan (*lichamelijke*) zaken zoals natrekking en schatvinding, toch geldt voor het tenietgaan van beperkte rechten dat de mogelijke situaties waarin het betreffende recht teniet gaat grotendeels parallel lopen met die waarin verbintenissen tenietgaan. Zo gaan ex artikel 3:81 BW beperkte rechten teniet door vervulling van een voorwaarde of verschijning van een in een tijdsbepaling genoemd moment (het verstrijken van de tijd waarvoor het recht is aangegaan), afstand, vermenging en opzegging,⁵⁵ en is ook de hierboven behandelde verjaring een grond van tenietgaan. Al lijken de situaties van tenietgaan op elkaar, toch zijn er significante verschillen. Zo vindt afstand van een beperkt recht op een registergoed plaats op dezelfde wijze als vestiging van dat beperkte recht, dus door inschrijving van een akte in de openbare registers, waarbij zowel een geldige titel als beschikkingsbevoegdheid noodzakelijk zijn.⁵⁶ Zoals we al bij de totstandkoming van de kwalitatieve verplichting zagen is beschikkingsbevoegdheid in principe in het verbintenissenrecht geen relevante factor maar zou het bij het aangaan van een kwalitatieve verplichting onlogisch zijn geen beschikkingsbevoegdheid te verlangen. Bij opzegging van een beperkt recht geldt dat de mogelijkheid daartoe expliciet in de vestigingsakte moet zijn toegekend (tenzij deze mogelijkheid rechtstreeks voortvloeit uit de wet zoals bij erfpacht), terwijl bij duurovereenkomsten de redelijkheid en billijkheid doorslaggevend kunnen zijn.

55 Zij het dat de mogelijkheid hiertoe bij de wet of de vestiging van het recht aan de hoofdgerechtigde, de beperkt gerechtigde of beiden moet zijn toegekend.

56 Artikel 3:98 jo. 3:84 BW.

Moet nu bij het in kaart brengen van de wijze(n) van tenietgaan van de verplichting aangehaakt worden bij de (veelal vormvrije) verbintenisrechtelijke wijze(n), of zijn begrippen als akte, beschikkingsbevoegdheid en titel relevant? Naast bovengenoemde beëindigingsgronden, is er voor de beperkte rechten nog een manier van tenietgaan mogelijk (de zuivering), die wellicht ook bij de kwalitatieve verplichting toepasselijk zou kunnen zijn. Vervalt de kwalitatieve verplichting door zuivering of mag de verplichting niet zomaar met een beperkt recht op een lijn worden gesteld en blijft hij dus na executoriale verkoop in beginsel in stand?

6.4.1 Het tenietgaan van beperkte rechten algemeen

In artikel 3:81 BW worden limitatief de wijzen van tenietgaan van beperkte rechten uiteen gezet. Een beperkt recht gaat teniet als het recht waaruit het is afgeleid teniet gaat,⁵⁷ bij verloop van de tijd waarvoor zij is gevestigd of vervulling van een ontbindende voorwaarde waaronder het beperkte recht is gevestigd, door afstand, opzegging en vermenging en voorts op de overige, in de wet voor iedere soort aangegeven wijzen van tenietgaan als bijvoorbeeld verjaring, natrekking, verlies of zuivering. Handelen van de bloot eigenaar en/of de beperkt gerechtigde is noodzakelijk voor tenietgaan door opzegging en afstand, handelen door een derde voor tenietgaan door zuivering. In de overige gevallen gaat het beperkte recht van rechtswege teniet. Bij het zoeken naar toepasselijkheid op de kwalitatieve verplichting zijn de wijzen waarop een beperkt recht van rechtswege tenietgaat niet zo interessant;⁵⁸ genoemde beëindigingsgronden zijn identiek aan die voor verbintenissen. Wél interessant is het gegeven dat bij afstand van een beperkt recht vereist is dat degene die afstand doet daartoe bevoegd is, nu artikel 3:98 BW bepaalt dat voor afstand van een beperkt recht dezelfde eisen gelden als voor vestiging of overdracht van het betreffende recht. Bij een beperkt recht impliceert dit dat degene die afstand doet beschikkingsbevoegd moet zijn, dat voor de afstand een geldige titel bestaat en dat degene die afstand doet een akte moet opstellen die wordt ingeschreven in de openbare registers. Voor afstand van een recht uit een verbintenis gelden geheel andere vereisten. Voor opzegging van een beperkt recht geldt dat de beperkt gerechtigde en de eigenaar kunnen opzeggen.⁵⁹ Zouden we aannemen dat een kwalitatieve verplichting als een beperkt recht behandeld moet worden, dan impliceert dat, dat ook bij tenietgaan door afstand een rechtvaardiging daarvoor, beschikkingsbevoegdheid en een akte gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers noodzakelijk zijn.

57 Bij een roerende zaak zal bijvoorbeeld een vruchtgebruik op een klok tenietgaan als de klok (= de eigendom van de klok) teniet gaat.

58 Met uitzondering van de verjaring, zie hiervóór.

59 Voor de rechten van erfpacht en opstal slechts mits dit in de akte van vestiging is bepaald en voor de eigenaar slechts onder stringente voorwaarden, zie de artikelen 5:87 en 104 BW.

Moet voor het doen van afstand van een kwalitatieve verplichting sprake zijn beschikkingsbevoegdheid aan de zijde van (een van) partijen? Voor de erfdiensbaarheid wordt deze vraag bevestigend beantwoord door de artikelen 3:81 jo. 3:84 jo. 3:98 BW.

Beschikkingsbevoegdheid in goederenrechtelijke zin is slechts vereist aan de zijde van de eigenaar van het heersend erf.⁶⁰

Bij de kwalitatieve verplichting zal het de crediteur zijn die afstand zal willen doen van zijn vorderingsrecht. Zoals gezien vindt afstand van een vorderingsrecht plaats op de wijze als bepaald in artikel 6:160 BW. Beschikkingsbevoegdheid is in het verbintenissenrecht geen vereiste, zij het dat indien de crediteur onder bewind is gesteld of failliet is, zijn wettelijk vertegenwoordiger zal optreden. Geeft nu het kwalitatieve aspect de vordering een zodanig ander karakter dat de eis van beschikkingsbevoegdheid moet worden gesteld? Bij het 'vestigen' van het recht werd de beschikkingsbevoegdheidseis gerechtvaardigd door de eis dat de debiteur rechthebbende van het te 'bezwaren' registergoed moet zijn. Aan de actieve zijde was beschikkingsbevoegdheid geen relevante factor. Bij afstand is de vraag wat een parallel met artikel 3:98 BW zou toevoegen. Slechts degene aan wie het vorderingsrecht toekomt, degene die rechthebbende is tot het vorderingsrecht⁶¹ zal ervan afstand kunnen doen bepaalt artikel 6:160 BW. Staat hij onder bewind of is hij failliet dan zal de bewindvoerder of curator ingeschakeld moeten worden. Deze vaststelling maakt de vraag naar de noodzaak van beschikkingsbevoegdheid als bedoeld in artikel 3:84 BW overbodig. Met artikel 6:160 BW wordt hetzelfde resultaat bereikt.

Aan de passieve zijde geldt dat nu afstand een tweezijdige rechtshandeling is, alle debiteuren (indien er sprake is van een pluraliteit van debiteuren) mee zullen moeten werken. Dat beschikkingsbevoegdheid in goederenrechtelijke zin aan de passieve zijde niet aan de orde kan zijn blijkt al uit het feit dat de gebruikers gebonden kunnen zijn – en dus mee zullen moeten werken aan het doen van afstand – terwijl zij geen goederenrechtelijke relatie tot het goed hebben.

6.4.2 Zuivering

Artikel 3:273 BW bevat de figuur van de zuivering; het principe dat na levering als gevolg van een executoriale verkoop door een hypotheekhouder en betaling alle hypotheeken tenietgaan, en de beslagen en die beperkte rechten die niet tegen de verkoper (executant) ingeroepen kunnen worden vervallen. De figuur van de zuivering is in de wet opgenomen om te voorkomen dat na executoriale verkoop van een overbelaste onroerende zaak, door een tegenvallende opbrengst de zaak niet van alle hypothecaire belastingen/beslagen bevrijd zou zijn en de koper de zaak in

⁶⁰ Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten, nr. 203.

⁶¹ Het spreken van 'degene die met betrekking tot het vorderingsrecht beschikkingsbevoegd is', zou tot teveel onduidelijkheid leiden.

belaste staat zou verkrijgen. Gevolg hiervan zou immers zijn dat de houder van nog op de zaak rustende hypotheek/beslagen alsnog tot executie onder de koper over kan gaan, en de koper uiteindelijk met lege handen achterblijft. Om te voorkomen dat dergelijke situaties zich voordoen en woningen in de praktijk onverkoopbaar zouden worden,⁶² is de zuivering in de wet opgenomen.⁶³

6.4.2.1 Vereisten voor zuivering

Voor zuivering moet cumulatief voldaan zijn aan de navolgende vereisten: executorialie verkoop door een hypotheekhouder, levering en storting van de koopprijs in handen van de notaris.

De levering moet plaatsvinden ingevolge executorialie verkoop, hetzij een openbare in de zin van 3:268 lid 1, hetzij een onderhandse in de zin van 3:268 lid 2. Na een openbare executorialie verkoop vindt levering plaats door inschrijving in de openbare registers van het proces-verbaal van toewijzing, bij onderhandse verkoop door inschrijving van de op grond van de koopovereenkomst opgemaakte leveringsakte.⁶⁴

Als bij de levering de koopsom nog niet is betaald, ontbreekt de grond om de hypotheek teniet te laten gaan. Voor daadwerkelijke betaling in de zin van artikel 3:273 BW moet de koopprijs zijn gestort in handen van de notaris te wiens overstaan de openbare verkoop plaats heeft gevonden dan wel door wie de akte van levering ingevolge de onderhandse verkoop is verleden.⁶⁵

Het is niet vereist dat de executerend hypotheekhouder geheel uit de koopsom kan worden voldaan; hem resteert immers steeds nog een vordering die hij op het vermogen van zijn schuldenaar kan verhalen, zij het dat hij deze niet verzekerd ziet door een hypotheek.⁶⁶

6.4.2.2 Gevolgen van zuivering

Ingevolge artikel 3:273 BW vervallen van rechtswege alle genoemde beperkte rechten en beslagen, zij het dat op grond van de prior tempore-regel de eerder dan de hypotheek gevestigde beperkte rechten in stand blijven.⁶⁷ De executant kan er echter op grond van artikel 517 lid 2 Rv. voor kiezen het goed belast met een bepaald recht of bepaalde beperking te veilen, zij het dat andere schuldeisers van

62 En daarmee in het algemeen financiers zeer terughoudend zouden worden met hun financieringen.

63 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 893.

64 Artikel 525 Rv.

65 Artikel 3:270 BW.

66 Uitgezonderd de situatie dat er meerdere panden verbonden waren voor gemelde hypothecaire schuld.

67 Deze formulering is niet geheel zuiver: een eerder gevestigd beperkt recht kan immers door rangwisseling als bedoeld in artikel 3:262 BW lager in rang zijn dan de jongere hypotheek, en derhalve niet tegen de hypotheekhouder ingeroepen worden. Parl. Gesch. Boek 3, p. 838.

de geëxecuteerde zich tegen zodanige verkoopvoorwaarden kunnen verzetten wanneer het recht niet tegen hen ingeroepen kan worden.

Een zaak wordt in erfpacht uitgegeven, verhypothekend en vervolgens belast met een erfdienstbaarheid. Wanneer de hypotheekhouder er om hem moverende redenen voor kiest het goed belast met de erfdienstbaarheid te veilen, kan de erfpachter hier tegen opkomen.

De positie van hypotheekhouders, beslagleggers en beperkt gerechtigden die hun rechten verloren zien gaan, wordt in een aantal gevallen nog enigszins beschermd. De beperkt gerechtigde wiens recht op grond van artikel 3:273 BW vervalt, krijgt op grond van het bepaalde in artikel 3:282 BW met voorrang onmiddellijk na hem tegen wie hij zijn recht niet kon invoeren een vergoeding uitgekeerd ter zake van zijn schade, terwijl de beslaglegger wiens beslag vervalt wel meedeelt in de executieopbrengst zij het na de eerder genoemde hypotheekhouders en beperkt (genots-)gerechtigden.⁶⁸ De hypotheekhouder wiens recht door de zuivering teniet gaat tenslotte, en die niet of niet geheel voldaan is, behoudt weliswaar zijn vordering maar deze wordt niet meer door hypotheek gedekt. Hij komt als concurrent schuldeiser op in de rangregeling. De vervallen rechten zijn waardeloos geworden. Om dit kenbaar te maken kan een verklaring van waardeloosheid in de registers worden ingeschreven.⁶⁹

6.4.2.3 *Zuivering en de kwalitatieve verplichting*

De kwalitatieve verplichting vormt een vreemde eend in de zuiveringsrechtelijke bijt, daar nergens in artikel 3:273 BW wordt gesproken over de kwalitatieve verplichting, zodat de conclusie zou kunnen zijn dat zij bij executie door een hypotheekhouder niet van rechtswege vervalt.

Ten aanzien van perceel A is ten gunste van B de (kwalitatieve) verplichting gevestigd dat het zich op het perceel bevindende gebouw niet mag worden gesloopt. Na vestiging van de verplichting wordt ten behoeve van de X-bank een recht van hypotheek gevestigd. Het perceel wordt executoriaal verkocht en er vindt zuivering plaats. Het hypotheekrecht gaat van rechtswege teniet, de kwalitatieve verplichting blijft in stand. De koper op de veiling is aan de verplichting gebonden.

Vorenstaande zou impliceren dat de gerechtigde tot een anterieure kwalitatieve verplichting een recht heeft dat te vergelijken is met een anterieur beperkt recht.⁷⁰

68 Alhoewel aan de beslaglegger geen wettelijk voorrang toekomt als bedoeld in afdeling 2 van titel 10 Boek 3, kan er onder omstandigheden toch sprake zijn van een 'feitelijke preferentie'. Zie Albers-Dingemans, Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht, p. 36.

69 Artikel 3:273 leden 2 en 3 BW.

70 Zie ook Van Oostrom, De kwalitatieve verplichting na executoriale verkoop, WPNR 6666 (2006), p. 379 e.v.

Wanneer we de casus wijzigen in die zin dat de kwalitatieve verplichting ná het hypotheekrecht werd aangegaan geeft artikel 6:252 lid 3 sub a BW zelf het antwoord: het recht heeft geen werking tegen de hypotheekhouder (sub a) noch tegen iemand die het goed van deze verkrijgt (sub c). Nergens staat echter dat het recht vervalt of waardeloos is geworden zoals in artikel 3:273 BW voor de andere, beperkte, rechten wel expliciet is bepaald. Sterker nog: de conclusie zou kunnen zijn dat de derde die verkrijgt van de koper op een veiling wél weer aan de verplichting gebonden is. De derde kan immers niet worden beschouwd als een verkrijger als bedoeld in artikel 6:252 lid 3 sub c BW. De verplichting werkt dus niet tegenover de koper op een veiling, maar vervolgens wel weer tegenover diens rechtsverkrijgers. Ook blijft de verplichting gelden ten opzichte van gebonden gebruikers.

Een tweetal voorbeelden illustreert vorenstaande:

De eigenaar van een al met hypotheek belast perceel verhuurt, na latere vestiging van een kwalitatieve verplichting, het pand aan X. Na executie zonder het recht (artikel 6:252 lid 3 sub a BW) komt het goed toe aan B die ex artikel 6:252 lid 3 sub c BW niet aan de verplichting gebonden is. Indien de huurder het pand niet behoefde te verlaten⁷¹ is deze mijns inziens nog steeds aan de verplichting gebonden.

Vershil met bijvoorbeeld een erfdiensbaarheid die na de hypotheek is gevestigd, is dat op grond van de wet (artikel 3:273 BW) de erfdiensbaarheid vervalt, waardeloos wordt, terwijl de kwalitatieve verplichting op zich in stand blijft maar 'relatief nietig' is. Het recht blijft als het ware sluimeren. Een tweede voorbeeld illustreert de onwenselijkheid van de strikt tekstuele uitleg:

Ten aanzien van een pand is een kwalitatieve verplichting aangegaan, met als inhoud het verbod voor de verkrijger of gebruiker iets aan het pand te wijzigen, dit tegen een riante vergoeding. Het pand wordt in het openbaar verkocht door een hypotheekhouder met een anterieur recht. De koper op de veiling is op grond van artikel 6:252 lid 3 sub c BW niet aan de verplichting gebonden en mag het pand wijzigen. Zou de niet gebonden veilingkoper het pand verkopen en leveren aan een derde, dan is deze laatste weer gebonden aan eerder genoemde kwalitatieve verplichting.

Duidelijk is dat genoemde, op de wettekst gebaseerde, conclusie onwenselijk is nu artikel 6:252 lid 3 sub c BW geheel doel zou missen. Tevens zijn in de Parlementaire Geschiedenis argumenten te vinden die op een andere interpretatie wijzen. Zoals in §2.10 al aan de orde kwam, was de oorspronkelijke redactie van artikel 6.5.3.4 een andere. Het toenmalige lid 2, betreffende de werking van de verplichting jegens derden, luidde als volgt:

71 Het huurbeding wordt niet ingeroepen of wel ingeroepen maar de rechter staat het uitoefenen ervan niet toe.

2. Het beding heeft geen gevolg ten aanzien van degene die zijn recht heeft verkregen:
 - a. op het ogenblik dat het beding niet in de openbare registers stond ingeschreven, of
 - b. van een rechthebbende die zelf niet of niet meer gebonden was.

In deze redactie was duidelijk zichtbaar dat de verplichting evenmin behoorde te kunnen worden ingeroepen jegens diegenen die op hun beurt verkregen van de niet gebonden veilingkoper. Tijdens de verdere behandeling van het artikel is de redactie gewijzigd, echter zonder dat er aanleiding bestaat te veronderstellen dat de wetgever hiermee een inperking van de beschermende werking van lid 2 beoogde.

Een argument dat eveneens in de richting wijst van verval van de verplichting, is de in de Parlementaire Geschiedenis gevoerde discussie aangaande het toekennen van een vergoeding aan de (voormalig) crediteur uit een kwalitatieve verplichting. Indien namelijk zou moeten worden aangenomen dat de wetgever het verval van de kwalitatieve verplichting heeft beoogd, is er geen wettelijke regeling die aan de (gewezen) crediteur een vergoedingsrecht toekent, iets wat wel zo is bij het vervallen door zuivering van beperkte rechten.⁷²

Naar mijn mening dient de verplichting te vervallen op gelijke wijze als een beperkt recht vervalt, en is dit ook door de wetgever beoogd. Om iedere onduidelijkheid uit te sluiten verdient het mijns inziens aanbeveling artikel 6:252 lid 3 sub c te wijzigen in navolgende zin:

- c. jegens hen die hun recht hebben verkregen van iemand die niet aan de bedongen verplichting gebonden was.⁷³

Nemen we aan dat de verplichting vervalt op gelijke wijze als beperkte rechten vervallen, dan is de vraag of aan de (voormalig) crediteur uit de verplichting eenzelfde bevoorrechte schadevergoedingsvordering toekomt als aan de beperkt gerechtigde die zijn recht heeft zien vervallen. In artikel 3:282 BW wordt wederom de kwalitatieve verplichting niet genoemd, maar wordt slechts gesproken over beperkte rechten.

In de Parlementaire Geschiedenis op artikel 6.5.3.4 heeft ook de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer gesignaleerd dat er een inconsequentie in het systeem dreigde te ontstaan. Van Opstall deed de suggestie de crediteur uit de verplichting dezelfde positie te verschaffen als de beperkt gerechtigde die na executie zijn recht verloren zag gaan, te weten een bevoorrechte schadevergoedingsvordering op de opbrengst van het geëxecuteerde goed. De Commissie was hiervan niet gecharmeerd.

⁷² Artikel 3:282 BW.

⁷³ Een soortgelijke redactie vinden we in artikel 7:3 lid 3 sub b BW.

‘Degene wiens beperkte recht door de executie door de hypotheekhouder is tenietgegaan, heeft een vordering tot vergoeding van zijn schade, welke vordering bevoorrecht is op de opbrengst van het goed (art. 3.10.1.3d Gew. Ontw.). Het zou niet juist zijn de schuldeiser uit een verplichting met kwalitatieve werking een dergelijke voorrang boven andere schuldeisers te geven’.⁷⁴

Verder filosoferend over de positie van de verplichting in gevallen van executoriale verkoop meende de Commissie:

‘Het komt de Commissie voor – men zie de vorige alinea – dat deze verplichtingen, ook al hebben zij kwalitatieve werking, niet in deze zin zakelijke werking dienen te hebben, dat zij in feite de schuldeiser voorrang geven boven concurrente schuldeisers. Dit brengt haars inziens mede dat in geval van executoriale verkoop van het registergoed door een schuldeiser van de eigenaar de verplichting teniet moet gaan, zodat de schuldeiser uit de kwalitatieve verplichting voor een vordering tot vergoeding van zijn schade gelijk opdeelt met andere concurrente schuldeisers in het bedrag dat het goed zonder de daarop rustende verplichting opbrengt.’⁷⁵

Een duidelijke stellingname, met als achterliggende gedachte dat de kwalitatieve verplichting primair een verbintenis is, en ook als zodanig behandeld moet worden. De Commissie bepleitte verval van de verplichting bij executoriale verkoop of verkoop door de curator, met een schadevergoedingsvordering voor de crediteur. De Minister ging hier niet uitdrukkelijk in op de stelling van de Commissie dat de verplichting zou moeten vervallen, maar wel was hij mét de Commissie van mening dat artikel 3:282 BW dat aan de voormalig beperkt gerechtigde een bevoorrechte schadevergoedingsvordering geeft, niet van overeenkomstige toepassing moest zijn op de kwalitatieve verplichting.

Uit de Parlementaire Geschiedenis lijkt te volgen dat het beding teniet zal gaan net als een beperkt recht vervalt, echter zonder dat er een bevoorrechte vergoedingsvordering tegenover staat. De *paritas creditorum* zou moeten gelden. Alhoewel ik zoals gezegd van mening ben dat het beding in het genoemde geval inderdaad zou moeten vervallen, wordt met het ontzeggen van een bevoorrechte vergoedingsvordering aan de voormalig crediteur geen recht gedaan aan het bijzondere karakter van de kwalitatieve verplichting dat immers grote parallellen met de erfdiensbaarheid vertoont. Naar mijn mening zou tegenover verval van de verplichting een bevoorrechte vordering voor de voormalig crediteur moeten staan en zou artikel 3:282 BW in die aangepast moeten worden.

74 Parl. Gesch. Boek 6, p. 939.

75 Parl. Gesch. Boek 6, p. 939 e.v.

6.4.2.4 Executie door de beslaglegger

Wordt geëxecuteerd door een beslaglegger dan moet de vraag wat er met de kwalitatieve verplichting gebeurt, worden beantwoord aan de hand van de regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Artikel 517 lid 2 Rv. geeft iedere belanghebbende de mogelijkheid in de veilingvoorwaarden op te laten nemen, dat de zaak wordt verkocht vrij van 'daarop rustende verplichtingen of beperkingen die niet tegen het recht van de belanghebbende kunnen worden ingeroepen'.

Volgens de Parlementaire Geschiedenis moeten onder 'verplichtingen of beperkingen' ook worden begrepen huur, pacht of kwalitatieve verplichtingen.⁷⁶ Posterieure kwalitatieve verplichtingen kunnen door de beslaglegger op die manier terzijde worden geschoven; de koper is niet gebonden.

Artikel 526 Rv. bepaalt:

1. Artikel 273 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek is van toepassing.
2. Op de in dat artikel aangegeven wijze vervallen ook beperkte rechten die wel tegen de verkoper ingeroepen kunnen worden, indien de zaak vrij van deze rechten is verkocht overeenkomstig artikel 517, tweede lid.

Praktisch gezien houdt dit artikel in, dat bij executie door een beslaglegger, een eerdere hypotheekhouder (die om welke reden ook de executie niet overneemt) kan verlangen dat de zaak wordt verkocht vrij van kwalitatieve verplichtingen die later dan de hypotheek maar eerder dan het beslag zijn gevestigd.

Vervalt daarmee de verplichting ook, of is zij relatief nietig zoals hierboven al aan de orde gesteld? De Parlementaire Geschiedenis is hier duidelijk:

'Artikel 526 lid 2 Rv. is daarop [huur, pacht en kwalitatieve verplichtingen, NvO] evenwel niet van toepassing. De vraag in hoeverre zij aan kopers ter executie kunnen worden tegengeworpen moet dus worden beantwoord aan de hand van de artikelen 7.4.4.1. e.v., 7.5.6.3 en 6.5.3.4 lid 3 BW.'

Geen zuivering (verval) van de verplichting dus, maar een verwijzing naar lid 3 van 6:252 BW.

In ons voorbeeld van de beslaglegger die heeft geëxecuteerd vrij van rechten als bedoeld in artikel 517 lid 2 Rv. moeten we dus kijken naar lid 3 sub b: de beslaglegger wiens beslag eerder was gelegd dan de kwalitatieve verplichting werd ingeschreven, is niet gebonden. Ook de verkrijger van een niet gebonden beslaglegger is niet gebonden. Is nu de verkrijger van een beslaglegger die zelf wél ge-

⁷⁶ Parl. Gesch. Inv. Boek 3, 5, 6, p. 240.

bonden is, maar die ex artikel 517 lid 2 Rv. (met dank aan een andere belanghebbende) vrij van rechten heeft verkocht wel of niet gebonden? Die verkrijger is weer wél gebonden: artikel 526 Rv. was immers niet van toepassing, zodat er geen zuivering op voet van artikel 3:273 BW plaatsvindt.

Op voormelde wijze heeft de kwalitatieve verplichting een positie verworven die sterker is dan een beperkt recht. Dit kan gezien de plaatsing in Boek 6 niet de bedoeling zijn en doorkruist de ratio van artikel 517 Rv. Toch lijkt de toelichting geen andere interpretatie toe te laten dan dat een beslaglegger die executeert, evenals zijn koper, gebonden is aan een oudere kwalitatieve verplichting, waar oudere beperkte rechten kunnen vervallen. Jongere verplichtingen kunnen weliswaar niet aan de koper worden tegengeworpen, maar vervallen niet zodat zij kunnen 'herleven'. Naar mijn mening geldt ook hier, dat de ratio van de wet uitkomst moet bieden nu een zuiver tekstuele uitleg tot onwenselijke uitkomsten zou leiden die in strijd zijn met de strekking van de wet, en artikel 517 Rv. tot een dode letter zou maken.

6.4.2.5 Conclusie ten aanzien van de zuivering

In artikel 3:273 BW is geen regeling getroffen voor de kwalitatieve verplichting, en de regeling in artikel 6:252 lid 3 BW die het ontstane hiaat zou moeten opvullen doet dit maar ten dele. Om onwenselijke uitkomsten te voorkomen moet er vanuit worden gegaan dat de kwalitatieve verplichting in een geval als bedoeld in artikel 3:273 BW vervalt op gelijke wijze als een beperkt recht. Om recht te doen aan het bijzondere karakter van de verplichting, zou tevens artikel 3:282 BW moeten worden aangepast in die zin dat de voormalig crediteur uit de verplichting een bevoorrechte vergoedingsvordering verkrijgt.

Vindt de executoriale verkoop plaats door een beslaglegger, dan laat de wet ook een leemte zien. Op grond van artikel 517 Rv. is het mogelijk dat bij executoriale verkoop een belanghebbende verlangt dat het goed wordt verkocht vrij van lasten en beperkingen die wel tegen de verkoper, maar niet tegen de belanghebbende kunnen worden ingeroepen. Artikel 526 Rv. vervolgens, verklaart artikel 3:273 BW in een dergelijk geval van overeenkomstige toepassing. De Parlementaire Geschiedenis echter stelt buiten twijfel dat genoemde toepasselijkheid niet opgaat ten aanzien van kwalitatieve verplichtingen, maar dat artikel 6:252 lid 3 BW uitkomst moet bieden. En dat biedt het niet expliciet, zo zagen we.

Ook hier moet gezien de strekking van de wet worden aangenomen dat de verplichting is vervallen overeenkomstig het bepaalde in artikel 3:273 BW, en dat aan de voormalig crediteur een bevoorrechte vergoedingsvordering toekomt.

6.5 HET EINDIGEN VAN DE BINDING VAN GEBRUIKERS

Net als bij het tenietgaan van de verplichting bij een verkrijger onder bijzondere titel van het goed, kan het tenietgaan van de verplichting in de relatie tot gebruikers tot gevolg hebben dat er nog maar één gebruiker overblijft, in welk geval geen sprake meer is van hoofdelijke gebondenheid, of zelfs dat de gehele verplichting eindigt.

6.5.1 Opzegging door gebruikers

Indien de gebruikers kunnen worden beschouwd als contractspartij,⁷⁷ komt aan hen natuurlijk in beginsel eenzelfde bevoegdheid tot opzegging toe als aan de verkrijgers onder bijzondere titel. Wat hiervoor in §6.3.2 is gezegd betreffende de bevoegdheid tot opzegging van de overeenkomst voor de eigenaar van het ‘dienend erf’ geldt ook voor de gebruikers, met dien verstande dat de opzegging slechts hun eigen verplichting kan betreffen. Andere gebruikers of de verkrijgers onder bijzondere titel worden door de opzegging niet getroffen. Dit spreekt in het bijzonder als de inhoud van de binding van gebruikers een andere zou zijn dan die van verkrijgers onder bijzondere titel. Ook voor de gebruikers geldt echter dat de aard van de figuur zich in beginsel tegen opzegging zal verzetten.

6.5.2 Vermenging

Wanneer een gebruiker door bijvoorbeeld cessie de vordering uit de verplichting verkrijgt, vindt vermenging plaats (artikel 6:161 BW) doch slechts voor wat betreft zijn eigen gedeelte van de vordering. De andere gebruikers alsook de eigenaar van het goed blijven gebonden.

6.6 TENIETGAAN EN DERDENBESCHERMING

Derdenbescherming kan bij het tenietgaan aan twee verschillende zijden worden verlangd: enerzijds kan het voorkomen dat de vordering uit een kwalitatieve verplichting gecedeerd wordt, en later blijkt dat de verplichting vóór de cessie reeds teniet was gegaan. Anderzijds kan het zo zijn dat degene aan wie het ‘dienend erf’ wordt overgedragen, dit heeft gekocht in de veronderstelling dat op het erf een relatief lichte verplichting rustte met een zeer royale tegenprestatie, terwijl de verplichting niet meer blijkt te bestaan.

In het eerste geval is sprake van de verkrijging van een recht op naam, ten aanzien waarvan bij gebreken in de overdracht uiteraard geen beroep kan worden gedaan

⁷⁷ Zie voor de omstandigheden waaronder dit het geval is §5.4.3.

op het bepaalde in artikel 3:88 BW. Dit zou bij de verkrijging van een niet meer bestaand beperkt recht niet anders zijn. Het manco is immers niet gelegen in beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder.

Het tweede geval betreft de derde die heeft gehandeld in de veronderstelling dat er ten aanzien van een bepaald goed een kwalitatieve verplichting bestond (denk aan een verkrijger van een perceel grond die er vanuit is gegaan dat er een relatief weinig belastende kwalitatieve verplichting met een hoge tegenprestatie op de grond rustte). Zoals in alle gevallen kan hij zijn wederpartij bij de koopovereenkomst proberen aan te spreken wegens wanprestatie. Of artikel 7:15 lid 2 BW a contrario kan worden toegepast is maar zeer de vraag. Mag de koper van een zaak erop vertrouwen dat de gekochte zaak wél behept is met die lasten en beperkingen die blijken uit de openbare registers, of is gemeld artikel niet voor dat doel geschreven? Instaan voor de *afwezigheid* van bepaalde lasten en beperkingen is iets wezenlijk anders dan instaan voor de *aanwezigheid* van andere lasten en beperkingen. Naar mijn mening mag aan artikel 7:15 lid 2 BW in dit verband dan ook geen betekenis worden toegekend. Ook kan geen beroep worden gedaan op artikel 3:26 BW dat betrekking heeft op de inschrijving van onjuiste feiten. Slechts indien de feiten ab initio onjuist zijn is dit artikel van toepassing, niet indien het feit bij inschrijving juist is maar later onjuist wordt.

‘De gedachtengang die aan deze regel ten grondslag ligt, is dat men van een rechthebbende kan vergen dat hij inschrijfbaar feiten ook daadwerkelijk doet inschrijven, maar niet ook dat hij daarnaast – ook na zijn verkrijging – blijft nagaan of ten aanzien van het registergoed geen nieuwe inschrijvingen plaats vinden of dat aanvankelijk juiste inschrijvingen ook juist zijn gebleven.’⁷⁸

Wel zou wederom een rol kunnen spelen artikel 3:36 BW dat beschermt tegen de opgewekte schijn.⁷⁹ Jegens degene die als derde op grond van een verklaring of gedraging het bestaan van een bepaalde rechtsbetrekking heeft aangenomen, en in redelijk vertrouwen op de juistheid van die veronderstelling heeft gehandeld, kan door degene om wiens verklaring of gedraging het gaat met betrekking tot deze handeling op de onjuistheid van die veronderstelling geen beroep worden gedaan. Zou degene die voorheen debiteur van de verplichting was op enige wijze de indruk hebben gewekt dat hij nog steeds debiteur van de verplichting is (met de daarbij behorende tegenprestatie), en zou deze opgewekte schijn worden ondersteund door de inschrijving van de verplichting in de openbare registers dan kan de derde tegenover de voormalig debiteur een beroep doen op artikel 3:36 BW. Of dit veel soelaas biedt naast de al bestaande actie uit wanprestatie is maar zeer de vraag. Meer effect kan wellicht worden bereikt in de relatie ten opzichte van de

78 Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), p. 1105 e.v.

79 Zie ook Bartels, t.a.p., p. 186.

voormalig crediteur, indien ook deze de indruk heeft gewekt dat de verplichting nog bestond.

Een mogelijke situatie is de volgende:

A vestigt onder ontbindende voorwaarde een kwalitatieve verplichting op zijn grond ten gunste van B. In ruil hiervoor bedingt hij een meer dan aantrekkelijke tegenprestatie.

De voorwaarde wordt vervuld, de verplichting vervalt. Geen van partijen schrijft het vervullen van de voorwaarde in de openbare registers in, noch halen zij de inschrijving door. A verkoopt zijn perceel grond aan C die in de veronderstelling is dat de verplichting nog op de grond rust en de tegenprestatie zijn kant op zal komen. Kan C stellen dat hij recht heeft op de ingeschreven tegenprestatie?

De Minister zegt hier het volgende over:

‘Voorts heeft de Commissie er naar aanleiding van een opmerking van Van der Ploeg (WPNR 4723) de aandacht op gevestigd dat het recht op de tegenprestatie dat volgens de tweede zin van dit lid kan worden ingeschreven ook zonder inschrijving op latere verkrijgers van het goed overgaat. Ook de ondergetekende meent dat de bepaling in dit opzicht duidelijk genoeg is. De betekenis van een zodanige inschrijving is niet alleen dat het recht aldus kenbaar is voor eventuele latere verkrijgers, maar ook zal een latere verkrijger er zich jegens degene die de prestatie verschuldigd is, op kunnen beroepen dat hij recht heeft op wat daaromtrent uit de registers blijkt. Indien in de inschrijving niet is vermeld dat het recht op een wellicht periodiek verschuldigde tegenprestatie na een bepaalde tijd zal eindigen, of indien slechts een lager bedrag verschuldigd is dan dat wat in de registers is genoemd, zullen de desbetreffende feiten ingevolge artikel 3.1.2.7. [3:24 BW, NvO] (of eventueel artikel 3.1.2.8a) [3:26, NvO] niet aan de verkrijger tegengeworpen kunnen worden.’⁸⁰

Kan C een beroep doen op artikel 3:24 BW? Kan hij betogen dat de voorwaarde niet is ingeschreven (wat wel mogelijk is) en dat jegens hem de ingeschreven tegenprestatie geldt, of kon hij de voorwaarde uit de registers kennen en had hij bedacht moeten zijn op de vervulling ervan? Van Straaten betoogt dat bescherming ingevolge artikel 3:24 BW in een dergelijk geval slechts aan de orde kan zijn indien aan de vervulling van de voorwaarde een termijn is gekoppeld. Geldt de voorwaarde zonder termijn, dan dient de verkrijger hem tegen zich te laten gelden ook al is de termijn al verstreken.⁸¹ Wellicht kan een beroep op artikel 3:36 BW de verkrijger baten. Hij zal dan kunnen betogen dat de schijn van het bestaan van de verplichting was gewekt en dat hij op basis van die veronderstelling heeft gekocht. Slaagt dit beroep dan is maar de vraag of C de tegenprestatie kan claimen. Bij strikte lezing van de Parlementaire Geschiedenis niet, er is immers geen sprake van

80 Parl. Gesch. Boek 3, p. 947.

81 Van Straaten, kadaster, openbare registers en derdenbescherming, p. 195.

een artikel 3:24 of 3:26 BW situatie. Toch wil ik ervoor pleiten in een dergelijk geval de derde (in casu C) een gelijksoortige bescherming te bieden en hem aldus recht te geven op de ingeschreven tegenprestatie.

Overigens zal de veronderstelling dat sprake is van een kwalitatieve verplichting wel door een inschrijving moeten worden gestaafd, en kan artikel 3:24 BW hierin geen rol spelen. Is de verplichting immers niet ingeschreven dan zal zij niet kwalitatief zijn.

6.7 SAMENVATTING

Bij de kwalitatieve verplichting is de vraag in hoeverre voor de wijze(n) van tenietgaan aansluiting moet worden gezocht bij de beperkte rechten dan wel in hoeverre de wijze(n) van tenietgaan van verbintenissen maatgevend zijn. Het onderscheid wordt voornamelijk hierin gevonden, dat bij beperkte rechten bij afstand factoren als beschikkingsbevoegdheid en een geldige titel relevant zijn, wil sprake zijn van een rechtsgeldige wijze van tenietgaan terwijl in het verbintenissenrecht ook voor het tenietgaan vormvrijheid regel is.

Nu we hebben geconcludeerd dat voor de totstandkoming van de verplichting aan de eisen van artikel 3:84 BW moet worden voldaan in die zin dat degene die de verplichting aangaat beschikkingsbevoegd moet zijn, en dat de 'vestigingshandeling' plaats moet vinden op grond van een daartoe strekkende rechtshandeling, ligt het voor de hand ook bij het tenietgaan van de verplichting bij de vereisten voor het tenietgaan van beperkte rechten aan te sluiten.

Toch voegt het stellen van de eisen die in het goederenrecht gelden bij het tenietgaan van de verplichting niets toe aan het resultaat. Ook bij het volgen van de verbintenisrechtelijke weg zal degene die van het recht afstand doet gerechtigd moeten zijn tot de vordering in die zin dat hij niet onder bewind staat of niet failliet is. Hij zal eigenaar moeten zijn van, gerechtigd moeten zijn tot, de vordering. Aan de passiefzijde van de verplichting is beschikkingsbevoegdheid evenmin aan de orde. De eigenaar van het dienend erf wordt zijnerzijds bevrijd van een schuld en behoeft slechts de afstand aan te nemen. Vanuit verbintenisrechtelijk oogpunt is het kwalitatieve karakter van de vordering op dat moment irrelevant. Bij vestiging is dat vanzelfsprekend anders. Ook de gebruikers die aan de verplichting gebonden kunnen zijn, zullen de afstand aan moeten nemen. Beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van het 'belaste' goed is in dat verband vanzelfsprekend helemaal niet aan de orde.

De zuiveringsregel die ingeval van executoriale verkoop ervoor moet zorgen dat het geëxecuteerde goed 'schoon' bij de koper terecht komt is niet geheel sluitend als het op de kwalitatieve verplichting aankomt. Door een hiaat in de wet wordt de indruk gewekt dat de verplichting blijft sluimeren en niet vervalt, zoals bij posterieure beperkte rechten wel het geval is. Het verdient daarom aanbeveling artikel

3:273 BW zodanig te wijzigen dat expliciet wordt bepaald dat de kwalitatieve verplichting zal vervallen in dezelfde situaties als beperkte rechten dat doen. Tevens is het redelijk in een dergelijk geval aan de gewezen crediteur een bevoorrechte vergoedingsvordering tot te kennen op basis van artikel 3:282 BW. Ten aanzien van de bescherming van derden tegen het teniet gegaan zijn van de verplichting die nog wel in de openbare registers is ingeschreven, geldt grotendeels hetzelfde als bij bescherming tegen ongeldige totstandkoming van de verplichting. Een verschil is wel, dat in het laatste geval artikel 3:88 BW een rol behoort te spelen wat bij bescherming tegen tenietgaan niet mogelijk is.