

De kwalitatieve verplichting

Verzorging binnenwerk: G.J. Wiarda Instituut, Utrechts Instituut voor Rechts-
wetenschappelijk Onderzoek, Boothstraat 6, 3512 BW Utrecht

© 2006 N.C. van Oostrom/Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN-10 90 5454 773 1
ISBN-13 978 90 5454 773 0
NUR 822
www.bju.nl

De kwalitatieve verplichting

The qualitative obligation

(with a summary in English)

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Universiteit Utrecht
op gezag van de rector magnificus, prof. dr. W.H. Gispen,
ingevolge het besluit van het college voor promoties
in het openbaar te verdedigen op
donderdag 21 december 2006 des middags te 4.15 uur

door

Nora Cecilia van Oostrom-Streep

geboren op 27 februari 1972
te Tiel

Promotor: prof. mr. H.W. Heyman

Woord vooraf

Artikel 6:252 BW. 'Eén artikel', zo vertelde mijn promotor me, 'maar ik heb het onderbuikgevoel dat er veel in zit'.

Dat onderbuikgevoel bleek juist. Dat één artikel zou kunnen leiden tot zo'n 250 pagina's beschouwingen voorzag ik toen (gelukkig?) niet. Vorenstaande neemt echter niet weg dat ik gaande het traject plezier kreeg in het vinden van de gaten in de wetgeving, me verwonderde over het gebrek aan literatuur en oprecht geïnteresseerd raakte in alles wat met de verplichting samenhang. Nu, aan het eind van het promotietraject, hoop ik een aantal dingen. Ten eerste een goede aanzet te hebben gegeven voor het in kaart brengen van het vrijwel onontgonnen gebied van de kwalitatieve verplichting. Tevens hoop ik een praktisch boek geschreven te hebben dat niet gedoemd is te verstoffen in bibliotheken, maar dat de praktijk ten dienste zal staan en een oplossing kan bieden bij opdoemende problemen. Ten minste hoop en verwacht ik met dit boek een stimulans gegeven te hebben tot het denken over deze intrigerende figuur die alles in zich heeft om de praktijk van groot nut te kunnen zijn en wel een juridische 'Barbapapa' mag heten.

Woorden van dank horen er bij. Allereerst natuurlijk aan mijn promotor Hans Heyman. Hans, het schip is in de haven. Heel veel dank voor het op koers houden, zelfs in het meest woelige getij. Alhoewel we enkele malen vreesden dat het zou stranden op onvoorziene zandbanken, zijn we er steeds weer in geslaagd het vlot te trekken. Dank voor je zeer grote hulp, je geweldige feedback, je humor en je vriendschap.

Bedankt leden van de leescommissie voor uw bereidheid het manuscript te beoordelen.

Bedankt collega's bij het Molengraaff Instituut, met name alle vaste en 'invliegende' collega's van de sectie handelsrecht/notariaat (in het bijzondere Renée en Fred) voor jullie interesse en collegialiteit.

Vereerd ben ik dat ik over de figuur van gedachten mocht wisselen met Prof. mr. W. Sniijders alsook met mr. R.J. Verschoof, president van de Rechtbank Dordrecht, mr. W. Louwman en mr. B. van Dam van de Dienst voor het Kadaster en de Openbare Registers.

Prof. dr. V. Sagaert, hoogleraar aan de K.U.L.A.K. en U.A. dank ik voor zijn interesse en het mij uit eigen beweging voorzien van zeer nuttige informatie over de mogelijkheden tot het aangaan van kwalitatieve verplichtingen onder Belgisch en Frans recht.

In Edinburgh was dr. Andrew Steven van grote hulp bij het totstandkomen van het 'Schotse Hoofdstuk', thank you Andrew.

De opmaak werd op bliksemsnelle en accurate wijze verzorgd door Titia Kloos en Willemien Vreekamp van het Wiarda Instituut, terwijl Peter Morris de samenvatting in het Engels vertaalde. Zeer veel dank!

Er is ook leven buiten het werk (al twijfelde ik daar de laatste maanden wel eens aan) en ook daar zijn woorden van dank op hun plaats.

Allereerst aan mijn ouders. Basis van alles, steun in alles. Dank voor alles.

Mijn zus Cynthia, alter ego en spiegel, geweten en anker. Woorden zijn niet nodig. Mijn lieve vrienden die mij met beloften over grazige weiden na het voltooiën van het boek over de finish lokten en mij met kaartjes, mailtjes, sms'jes of via andere media, oppasaanbiedingen of kooksessies ondersteunden. Bedankt allemaal voor jullie support, in het bijzonder David, Farah, Ilse, Bert, Monique, Dirk en dames van de kookclub.

Bedankt lieve schoonmoeder die zoveel kaarsjes voor mij brandde dat het een wonder is dat er niets in vlammen is opgegaan.

Dank tot slot natuurlijk mijn liefste Tom. Jij bleef mijn blik richten op onze horizon. Jij bent degene *dankzij* wie dit proefschrift tot stand is gekomen.

Dit boek draag ik op aan Tomas en Emma. Zij leveren het meest overtuigende bewijs van de stelling dat de meest absoluut werkende kwalitatieve verplichting, het moederschap, tevens het meest onbetwiste voorrecht met zich brengt.

Inhoudsopgave

Woord vooraf	v
Lijst van afkortingen	xv
Hoofdstuk 1 Inleiding op het onderwerp, presentatie van de onderzoeksvraag	1
1.1 Inleiding	1
1.2 De mogelijkheden	2
1.3 De vraag	4
1.4 De methode	5
1.4.1 Het afzetten van de verplichting tegen de andere bestaande mogelijkheden	5
1.4.2 Externe rechtsvergelijking	6
1.5 Samenvattend	6
Hoofdstuk 2 Geschiedenis	9
2.1 Inleiding	9
2.2 Jurisprudentie en wetgeving in de 19 ^e eeuw	10
2.3 Pothier	10
2.4 Enkele commentaren op de Code	12
2.4.1 Inleiding	12
2.4.2 Commentaren op de Code	13
2.5 De codificatie in Nederland	14
2.5.1 Inleiding	14
2.5.2 Bedoeling van de wetgever	15
2.6 De rechtspraak in de 19 ^e eeuw	15
2.6.1 Inleiding	15
2.6.2 De Leidse Schouwburg	16
2.6.3 Latere rechtspraak	17
2.7 De literatuur in de 19 ^e eeuw	18
2.7.1 Inleiding	18
2.7.2 De commentatoren	19
2.7.3 De mening van Feith	21
2.8 Het arrest Blaauboer/Berlips	22
2.9 Na 3 maart 1905	23
2.10 Het Ontwerp NBW	26
2.10.1 De toelichting van Meijers	27
2.10.2 De reacties op het Ontwerp	28

viii	DE KWALITATIEVE VERPLICHTING		
	2.10.3	De mening van Van der Ploeg	28
	2.10.4	Het preadvies Maeijer/Smalbraak	29
	2.10.4.1	De visie van Maeijer	29
	2.10.4.2	De visie van Smalbraak	31
	2.10.5	De reacties van Lubbers en Van Opstall	32
	2.10.6	De Commissie Verbintenissenrecht van de Broederschap der Notarissen	32
	2.10.7	Pitlo en Rijtma	33
2.11		De verdere parlementaire ontwikkeling	34
	2.11.1	Het voorlopig verslag	35
	2.11.2	De Memorie van Antwoord	35
	2.11.3	Curaçao/Boyé	40
	2.11.4	Weer een aanpassing	41
2.12		Samenvatting	41
	Hoofdstuk 3	Inhoud	43
3.1		Inleiding	43
3.2		De inhoud van de basisverplichting volgens de wetgever	45
	3.2.1	De inhoudelijke beperking bij de erfdienstbaarheid	48
	3.2.2	De grenzen van de limitering	51
	3.2.3	Nevenverplichtingen om te doen	54
	3.2.4	De inhoudelijke grenzen bij de kwalitatieve verplichting	55
	3.2.5	De vervreemdingsbeperking van lid 5	57
3.3		Duurovereenkomst	59
3.4		Het boetebeding	59
3.5		De tegenprestatie	61
3.6		Het kettingbeding	63
	3.6.1	Binding van derden aan kettingbedingen	64
	3.6.2	Relevante civiele rechtspraak	65
	3.6.3	De inconsequentie van de wetgever	67
	3.6.4	Problemen geëcarteerd?	69
	3.6.5	Alternatieve oplossingen	70
3.7		Het nutsvereiste	71
	3.7.1	Het nutsvereiste bij de erfdienstbaarheid	71
3.8		Wijziging van de inhoud van de verplichting	73
	3.8.1	Wijziging van de inhoud van de erfdienstbaarheid	76
	3.8.2	De verhouding tussen de diverse artikelen	77
	3.8.3	Afwijken van de beschermende bepalingen	78
	3.8.4	Voorziene of voorzienbare omstandigheden?	79
	3.8.5	Wijziging ten aanzien van gebruikers	79
3.9		Samenvatting	80

Hoofdstuk 4	Ontstaan	81
4.1	Inleiding	81
4.2	De totstandkoming van de basisovereenkomst	82
4.2.1	Vormvereisten	83
4.2.2	Overige vereisten	83
4.3	De totstandkoming van de overeenkomst tot kwalitatief maken	84
4.3.1	Vormvrijheid	84
4.3.2	Bij overeenkomst	85
4.3.3	De kwalificatie hulpovereenkomst	86
4.4	De kwalitatieve verplichting in goederenrechtelijk perspectief	87
4.4.1	Een geldige titel	88
4.4.2	De levering	90
4.4.2.1	Wat moet worden ingeschreven?	91
4.4.2.2	Moeten beide partijen meewerken aan inschrijving?	93
4.4.3	Een 'toebehorend' registergoed: is beschikkingsbevoegdheid vereist?	94
4.4.3.1	Beschikkingsbevoegdheid	97
4.4.3.2	Het 'te belasten' object	97
4.4.4	Kan een kwalitatieve verplichting worden 'gevestigd' op een toekomstig registergoed (art. 3:97 BW)?	98
4.5	Ontstaan op andere wijze(n)	99
4.5.1	Ontstaan door verjaring van een erfdienstbaarheid	99
4.5.2	Ontstaan door verjaring van een kwalitatieve verplichting?	100
4.6	Ontstaan en derdenbescherming	101
4.6.1	Artikel 3:24 BW	101
4.6.2	Artikel 3:88 BW	104
4.6.3	Artikel 5:110 BW	105
4.7	Samenvatting	106
Hoofdstuk 5	Het kwalitatieve karakter en de binding van rechtsoptvolgers en gebruikers	107
5.1	Inleiding	107
5.2	De grens tussen verkrijgers en gebruikers	108
5.3	Aard en grondslag en aard van de binding van verkrijgers	110
5.3.1	De aard van de binding van verkrijgers	110
5.3.2	De grondslag van de binding van verkrijgers	112
5.3.2.1	De binding van verkrijgers in het licht van schuldoverneming	113
5.3.2.2	Bedongen zekerheidsrechten	115

5.3.2.3	Aansprakelijkheid voor tekortkomingen/bedongen renten en boeten	115
5.4	De binding van gebruikers	116
5.4.1	Wie zijn de te binden gebruikers?	116
5.4.2	Wat is 'medebinding'?	117
5.4.2.1	Pluraliteit van debiteuren?	119
5.4.2.2	Gevolgen van hoofdelijkheid	120
5.4.3	De inhoud van de verplichting voor de gebruikers	121
5.4.4	Gebruikers en de tegenprestatie	122
5.4.4.1	Cessie van het recht op de tegenprestatie	123
5.4.4.2	Een derdenbeding	124
5.4.4.3	Gevolgen van het verkrijgen van een recht op tegenprestatie	125
5.4.5	Gevolgen van tekortschieten door de crediteur	126
5.5	Verkrijging van de rechthebbende	127
5.5.1	Zullen verkrijgen	129
5.6	Samenvatting	129
Hoofdstuk 6	Tenietgaan	131
6.1	Inleiding	131
6.2	Schending van de kwalitatieve verplichting	132
6.3	Het tenietgaan van verbintenissen	133
6.3.1	Tenietgaan door nakoming	133
6.3.2	Tenietgaan door opzegging	134
6.3.2.1	Opzegging bij de kwalitatieve verplichting	136
6.3.3	Tenietgaan door ontbinding	136
6.3.3.1	Gevolgen van ontbinding van de basisovereenkomst	137
6.3.3.2	Gevolgen van ontbinding van de overeenkomst tot kwalitatief maken	138
6.3.4	Tenietgaan door vermenging	138
6.3.5	Tenietgaan door afstand (en kwijtschelding)	140
6.3.6	Tenietgaan door verrekening	141
6.3.7	Tenietgaan door vernietiging	141
6.3.8	Tenietgaan door verjaring	142
6.4	Het tenietgaan van beperkte rechten	144
6.4.1	Het tenietgaan van beperkte rechten algemeen	145
6.4.2	Zuivering	146
6.4.2.1	Vereisten voor zuivering	147
6.4.2.2	Gevolgen van zuivering	147
6.4.2.3	Zuivering en de kwalitatieve verplichting	148
6.4.2.4	Executie door de beslaglegger	152
6.4.2.5	Conclusie ten aanzien van de zuivering	153

6.5	Het eindigen van de binding van gebruikers	154
6.5.1	Opzegging door gebruikers	154
6.5.2	Vermenging	154
6.6	Tenietgaan en derdenbescherming	154
6.7	Samenvatting	157
Hoofdstuk 7 Faillissement en beslag		159
7.1	Inleiding	159
7.2	Faillissement algemeen	159
7.2.1	Niet door het faillissement bestreken vermogen; hoogst persoonlijke rechten	160
7.3	Verbintenissen om te dulden of niet te doen in faillissement algemeen	161
7.3.1	De 'complete' kwalitatieve verplichting in faillissement	163
7.3.2	Gebondenheid van de curator in de 'rusttoestand'	164
7.3.3	De opzeggingsbevoegdheid van de curator	166
7.4	De verplichting was nog niet 'compleet'	166
7.4.1	Vóór faillissement was er slechts een basisovereenkomst	167
7.4.2	De overeenkomsten bestaan al, er is nog geen notariële akte	168
7.4.3	Alleen de inschrijving in de openbare registers ontbreekt	168
7.4.3.1	Is beschikkingsbevoegdheid noodzakelijk?	169
7.5	De rol van artikel 37 Fw. bij de verplichting in faillissement	171
7.5.1	De verplichting is nog niet compleet	172
7.5.2	De verplichting was al wel compleet	173
7.6	Handelen van de failliet vlak vóór of na het intreden van het faillissement	174
7.6.1	Schending van de verplichting tijdens faillissement door de failliet	175
7.7	Beslag	176
7.8	Samenvatting	178
Hoofdstuk 8 Duits recht		181
8.1	Inleiding	181
8.2	Het wettelijk systeem	181
8.2.1	De te vergelijken rechten	183
8.3	De Dienstbarkeiten	184
8.3.1	De Grunddienstbarkeit	185
8.3.1.1	Het ontstaan	185
8.3.1.2	De inhoud van de Dienstbarkeit	187
8.3.1.3	Wijziging van de inhoud	190

xii	DE KWALITATIEVE VERPLICHTING	
8.3.1.4	De mogelijke begunstigde(n)	191
8.3.1.5	De tegenprestatie	192
8.3.1.6	Tenietgaan van de Dienstbaarheid	192
8.3.2	De beschränkte persönliche Dienstbarkeit	193
8.3.2.1	Ontstaan en inhoud van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit	193
8.3.2.2	De begunstigde(n)	194
8.3.2.3	Onoverdraagbaarheid, overlaten uitoefening	194
8.3.2.4	Tenietgaan	196
8.3.3	De Reallast	196
8.3.3.1	Ontstaan en tenietgaan	197
8.4	Vergelijking met het Nederlandse systeem	198
Hoofdstuk 9	Schots recht	201
9.1	Inleiding	201
9.2	Het stelsel in Schotland; de totstandkoming	202
9.3	Het stelsel vóór 28 november 2004	203
9.3.1	De servitudes vóór the appointed day	204
9.3.2	Real burdens vóór the appointed day	205
9.4	Het stelsel onder The Title Conditions (Scotland) Act 2003	205
9.4.1	Real burdens sinds the appointed day	206
9.4.1.1	De inhoud en kenmerken van een real burden	206
9.4.1.2	De totstandkoming van real burdens	207
9.4.2	Personal real burdens	208
9.5	Het recht om de burden af te dwingen	210
9.6	The servitudes na the appointed day	211
9.7	Wijziging van title conditions	212
9.8	Beëindiging van title conditions	213
9.9	Samenvatting	214
Hoofdstuk 10	Samenvatting en conclusies	217
10.1	Inleiding	217
10.2	De inhoud van de kwalitatieve verplichting en wijziging daarvan	218
10.3	Het totstandkomen van de kwalitatieve verplichting	220
10.4	Wie zijn er nu gebonden en wat is de aard van de binding?	223
10.5	Het tenietgaan van de verplichting	225
10.6	De positie van de verplichting na beslag en faillissement	228
10.7	De mogelijkheden in Duitsland	229
10.8	De mogelijkheden in Schotland	230
10.9	Conclusies	230

10.9.1	Is het een geschikt instrument om verplichtingen aan onroerende zaken te verbinden?	231
10.9.2	Welke plaats neemt de verplichting in ons rechtsstelsel in?	232
10.9.3	Suggesties voor wetswijziging	234
	Summary and Conclusions	237
	Bijlage I	255
	Bijlage II	259
	Bijlage III	261
	Literatuurlijst	265
	Jurisprudentieregister	275
	Artikelenregister	279
	Trefwoordenregister	285
	Curriculum vitae	291

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
Aant.	aantekening(en)
Abs.	<i>Absatz</i> (artikellid)
Afd.	afdeling
A-G	Advocaat-Generaal
Alg.	Algemeen
Art.	artikel(en)
Aufl.	<i>Auflage</i> (druk)
a.w.	aangehaald werk
BCN/BNN	Broederschap van candidaat notarissen in Nederland (en zijne koloniën) (tot 1975)/(Koninklijke) Broederschap der Notarissen in Nederland (tot 1975)
BayObLG	<i>Bayerisches Oberstes Landesgericht</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BgBl.	<i>Bundesgesetzblatt</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BGHZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen</i>
BW	Nederlands Burgerlijk Wetboek
Oud-BW	Nederlands Burgerlijk Wetboek van 1838
Cc	<i>code civil (français)</i>
ch.	<i>chapter</i> (hoofdstuk)
chap.	<i>chapitre</i> (hoofdstuk)
diss.	dissertatie
DnotZ	<i>Deutsche Notar-Zeitschrift</i>
e.a.	en andere
e.d.	en dergelijke
ed.	<i>editor</i> (redacteur)
EGBGB	<i>Einführungsgesetz zum BGB</i>
EJCL	<i>Electronic Journal of Comparative Law</i>
ErbvVO	<i>Erbbaurechtsverordnung</i>
e.v.	en volgende
GBO	<i>Grundbuchordnung</i>
GWB	<i>Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen</i>
Fw.	Faillissementswet
hfs.	hoofdstuk
HR	Hoge Raad
i.h.b.	in het bijzonder
Inl.	Inleiding
i.p.v.	in plaats van
j ^o	juncto
KNB	Koninklijke Nederlandse Broederschap/Beroepsorganisatie
Ktr.	Kantonrechter
LIV.	Livre (boek)

M.	<i>Macpherson's Session Cases</i>
m.b.t.	met betrekking tot
Mor.	<i>Morison's Dictionary of Decision, Court of Session</i>
n.a.v.	naar aanleiding van
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NJW-RR	<i>NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht</i>
No.	Number (nummer)
nr.	nummer(s)
nt.	noot
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk recht
OLG	<i>Oberlandesgericht</i>
p.	pagina('s)
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek
Pres.	President
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
Red.	<i>Redaktion</i> (redactie)
RM Themis	rechtsgeleerd magazijn Themis
Rob	<i>Robinson's Appeals, House of Lords</i>
Rn.	<i>Randnummer</i>
r.o.	rechtsoverweging
Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
s.	<i>section</i> (onderdeel/artikel)
SC (HL)	<i>Scottish Court (House of Lords)</i>
SLT	<i>Scots Law Times</i>
Stb.	Staatsblad
t.a.p.	ter aangehaalder plaatse
t.a.v.	ten aanzien van
Tit.	<i>Titre</i> (titel)
TM	Toelichting Meijers (ontwerp-BW)
TvP	Tijdschrift voor Privaatrecht
TvR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
UvA	Universiteit van Amsterdam
Vol.	<i>Volume</i> (nummer)
VU	Vrije Universiteit (Amsterdam)
W.	Weekblad van het recht
WEG	<i>Wohnungseigentumsgesetz</i>
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
ZIP	<i>Zeitschrift für Wirtschaftsrecht</i>
z.j.	zonder jaar

1 Inleiding op het onderzoek, presentatie van de onderzoeksvraag

1.1 INLEIDING

Zoals iedere jurist-in-wording al in het begin van de juridische studie wordt ingeprent, is een van de belangrijkste uitgangspunten van ons wettelijk systeem dat van de scheiding tussen het goederen- en verbintenissenrecht. Het principiële verschil tussen rechten die tegenover eenieder en rechten die slechts tegen een of meer specifieke personen ingeroepen kunnen worden, leidt tot het naast elkaar bestaan van twee, schijnbaar strikt van elkaar gescheiden, werelden.

Ook Meijers spreekt in zijn Toelichting van een Zakenrecht dat – anders dan het (*daar tegenover staande, NvO*) contractenrecht – een gesloten systeem vormt,¹ dit geheel in lijn met de eerdere codificaties² die alle het onderscheid tussen *ius in re* en *ius ad personam* als uitgangspunt hanteerden. Grondgedachte achter dit onderscheid is de gedachte dat een persoonlijk recht een recht op een prestatie geeft en daarom onmiddellijk op een persoon gericht is, waar een zakelijk recht de onmiddellijke heerschappij over een zaak verschaft en daarom gericht is op een zaak.³ Hoewel voormeld dogma nog steeds overeind staat (al is het relativiteitsbeginsel niet meer met zoveel woorden in het wetboek opgenomen),⁴ zijn er maatschappelijk tendensen merkbaar die aan de fundamentele van gemeld uitgangspunt knagen.⁵ Al eeuwen lang is er maatschappelijk gezien behoefte aan de mogelijkheid verbintenissen aan een zaak te verbinden zodanig dat deze bij overgang onder bijzondere titel of faillissement in stand blijven. En zoals het bloed kruipt waar het niet gaan kan, zo vindt ook de praktijk steeds weer wegen om deze gewenste uitkomst te bewerkstelligen en bieden rechtspraak en wetgever, daartoe door de praktijk ‘geïnspireerd’, meer en meer mogelijkheden om dat resultaat te bereiken.⁶ Deze praktijk-

1 Parl. Gesch. Boek 5, p. 3.

2 Het klassieke onderscheid zou zijn ingevoerd door de Humanisten. Hugo de Groot maakt een onderscheid tussen beheering en inschuld. Volgens Dubischar zou De Groot de basis hebben gelegd voor het begrip subjectief recht. Pitlo was het hier niet mee eens en noemde de klassieke driedeling van personen, van zaken en van acties als product van de Romeinse rechtsgeleerden (Pitlo, p. 63). In het ontwerp Kemper (1814-1816) ofwel het ontwerp 1816 zijn 3 hoofdafdelingen geschapen en 4 boeken. Daarbij is uitgegaan van het onderscheid tussen rechten *op* een zaak en rechten *tot* een zaak.

3 Asser-Hartkamp 4-I nr. 16.

4 Dit in tegenstelling tot het Oud BW waar in artikel 1376 uitdrukkelijk was vastgelegd dat verbintenissen alleen werking hebben tussen partijen.

5 Zie ook Asser-Hartkamp 4-I nr. 16 en de aldaar vermelde vindplaatsen alsook al Meijers, De algemene begrippen van het burgerlijk recht, p. 273.

6 Denk hierbij aan de nader te bespreken mogelijkheid dat een derde door medewerking aan de wanprestatie van een der contractspartijen onrechtmatig handelt jegens de andere contractspartij, en de verzakelijking van persoonlijke rechten als bijvoorbeeld het retentierecht in artikel 3:291 BW en het huurrecht in artikel 7:226 BW.

vormen bieden weliswaar een (tijdelijk?) antwoord op maatschappelijke vraag, maar hebben tot gevolg dat er een 'vervaging optreedt tussen het goederen- en verbintenissenrecht'.⁷

De reden van deze voortdurende zoektocht van de praktijk is evident: Is bijvoorbeeld met de eigenaar van een perceel overeengekomen dat er een recht van overpad zal bestaan ten behoeve van de buurman, dan is deze laatste er mee gediend dat deze verplichting ook gerespecteerd zal moeten worden door degene die vervolgens het perceel verkrijgt. Een recht met zaaksgevolg dus. Ook zal de buurman een recht ambiëren dat bestand is tegen beslag en dat niet teniet gaat in faillissement.

Andere voorbeelden dan voormeld (feitelijk) recht van overpad, zijn het niet vestigen van een bakkerij in een perceel naast dat waar al een bakkerij gevestigd is, of het niet verhuren van een pand aan bepaalde categorieën ondernemers, het niet afnemen van olie van bijvoorbeeld Shell of het dulden dat iemand activiteiten verricht die in strijd zijn met het burendrecht.

Het gewenste recht kan in vele hoedanigheden voorkomen, maar blijft als belangrijkste eis houden dat opvolgers in de eigendom evenzeer gebonden moeten zijn als diegene die gerechtigde was toen het recht ontstond.

1.2 DE MOGELIJKHEDEN

In het huidige Nederlandse recht is er een aantal instrumenten dat de mogelijkheid verschaft om bovengenoemde resultaten te bereiken. De belangrijkste zijn achtereenvolgens:

- de erfdienstbaarheid als geregeld in artikel 5:70 e.v. BW;
- het kettingbeding;
- de kwalitatieve verplichting (6:252 BW);
- het 'incorporeren' van de gewenste verplichting in een beperkt recht als erfpacht (5:85 BW) of opstal (5:101 BW).

Hoewel genoemde instrumenten gemeen hebben dat zij verplichtingen aan zaken kunnen verbinden, verschillen zij aanzienlijk. Zo is de juridische verschijningsvorm anders. De erfdienstbaarheid, het recht van erfpacht en het recht van opstal zijn beperkte zakelijke rechten terwijl het kettingbeding een wederkerige overeenkomst is en ook de kwalitatieve verplichting haar regeling vindt in Boek 6.

De bron van de kwalitatieve verplichting kan echter ook gelegen zijn in bijvoorbeeld een legaat of een rechterlijke uitspraak, en dus in het geheel niet in een wederkerige overeenkomst.⁸ De relevantie van het gemaakte onderscheid kan

⁷ Van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, (2^e herziene druk, Deventer 2006), p. 556.

⁸ Zie voor de bronnen van verbintenissen uitvoeriger Asser-Hartkamp 4-I, nr. 51 e.v.

worden gevonden bijvoorbeeld in het gegeven dat de 'basisovereenkomst' afzonderlijk van de 'overeenkomst tot kwalitatief maken' kan worden ontbonden of aangetast kan worden op deze wijzen waarop overeenkomsten in het algemeen kunnen worden aangetast.⁹

Ook qua reikwijdte lopen de verschillende rechtsfiguren op vele punten sterk uiteen. Zo is bij het kettingbeding inhoudelijk vrijwel alles mogelijk,¹⁰ terwijl de erfdiensbaarheid en de kwalitatieve verplichting slechts op een dulden of niet-doen mogen zien.¹¹ Een ander belangrijk verschil is dat de erfdiensbaarheid aan beide zijden kwalitatief is (gebonden immers aan een heersend en een lijdend erf), terwijl de kwalitatieve verplichting slechts een 'lijdend erf' kent en het kettingbeding zelfs in het geheel niet aan erven gebonden is.

Hoe het ook zij, de grote verscheidenheid in juridische mogelijkheden onderstreept de behoefte die er in de praktijk bestaat en die geïllustreerd wordt door de ruime mate waarin van alle vier mogelijkheden gebruik wordt gemaakt.¹²

Dat er vier mogelijkheden zijn, is echter relatief nieuw; pas in 1992 werd de kwalitatieve verplichting aan het rijtje toegevoegd als antwoord van de wetgever op een steeds sterker wordende, jarenlange roep van de praktijk.¹³ Waar het kettingbeding als belangrijkste bezwaar had dat het geen zaaksgevolg had en relatief 'breekbaar' was, had de erfdiensbaarheid als lastige beperking de noodzaak van een heersend erf.¹⁴ De kwalitatieve verplichting werd als ideale tussenweg ingevoerd, namelijk als een erfdiensbaarheid zonder heersend erf,¹⁵ ingebed in de flexibiliteit van het verbintenissenrecht, maar mét het zo begeerde zaaksgevolg.¹⁶

Nomen est omen; de kwalitatieve verbintenis is in de eerste plaats een verbintenis. De plaatsing van de figuur in boek 6 en wel in de 5^e titel (overeenkomsten in het algemeen) en de 4^e afdeling (rechtsgevolgen van overeenkomsten) geeft uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever aan de verplichting in eerste instantie een verbintenis te laten zijn. Dat de inhoud, behoudens de beperking tot een dulden of

9 Zie voor deze begrippen uitgebreid Hoofdstuk 3.

10 Vrijwel, want als alle overeenkomsten ex artikel 3:40 BW gelimiteerd door de wet, de openbare orde en de goede zeden.

11 Respectievelijk artikel 5:73 lid 1 BW met een beperkte uitzondering in lid 2 en artikel 6:252 lid 1 BW.

12 Zie voor cijfers van de Dienst van het Kadaster en de Openbare Registers, Bijlage I.

13 Daartoe 'gedwongen' door het arrest Blaauboer/Berlips van 3 maart 1905 (waarover meer in §2.8) dat een einde maakte aan de gewoonte contractuele verplichtingen gewoon met het goed mee over te laten gaan.

14 Art. 5:70 lid 1 BW. Overigens is in het kader van de wetsherziening ook uitdrukkelijk besproken of de eis van het heersend erf niet moest worden losgelaten, zie Parl. Gesch. Boek 5 BW, p. 252.

15 Parl. Gesch. Boek 6, p. 765.

16 Bij a contrario lezing van artikel 6:252 lid 3 BW waar overigens het nodige op af te dingen valt, zie Hoofdstuk 5.

niet doen, aan partijen wordt overgelaten,¹⁷ ligt in de lijn van de partijautonomie die eigen is aan het verbintenissenrecht. Toch worden in de literatuur veel vragen gesteld bij de plaatsing van de figuur in Boek 6. Met het verlenen van zaaksgevolg als bedoeld in artikel 6:252 lid 1 jo. lid 3 BW aan een verbintenis zou inbreuk worden gemaakt op het gesloten stelsel van zakelijke rechten.¹⁸ Misschien had de wetgever er ook beter aan gedaan de kwalitatieve verplichting als een nieuw zakelijk recht in Boek 5 op te nemen. In voormeld kader is het goed de uitgangspunten voor het verdere onderzoek op een rij te zetten, zonder een waardeoordeel over deze uitgangspunten uit te willen spreken.

1.3 DE VRAAG

Met de invoering van de kwalitatieve verplichting is de wetgever zoals gezegd tegemoet gekomen aan de wensen van de praktijk, maar in de haast dit te doen is een aantal principiële vragen onbeantwoord gebleven. Zo is de nieuwe figuur nadrukkelijk geplaatst in het verbintenissenrecht (Boek 6), maar heeft het met het aan het verbintenissenrecht vreemde zaaksgevolg tevens trekken van een beperkt recht. Of echter naast het zaaksgevolg meerdere parallellen met beperkte rechten te vinden zijn, is niet meteen duidelijk. Zo kan de vraag rijzen of de kwalitatieve verplichting bestand is tegen faillissement en of bijvoorbeeld aan de 'vestiging' van de verplichting de eis van beschikkingsbevoegdheid wordt gesteld.

Over de vraag naar de plaatsing van de verplichting in het wetboek zegt de wetgever letterlijk:

'Intussen meent de ondergetekende [de minister, NvO] – in afwijking van een deel van de literatuur over dit artikel – dat de vraag of artikel 6.5.3.4. [6:252 BW, NvO] al dan niet aan het gesloten zijn van dit stelsel afbreuk doet, goed beschouwd slechts van ondergeschikt belang is. De figuur die in artikel 6.5.3.4. wordt mogelijk gemaakt is vergelijkbaar met een erfdiensbaarheid zonder heersend erf. De vraag die zich hier aan de wetgever voordoet is dan ook vooral of, er vanuit gaande dat de praktijk aan deze figuur behoefte heeft, daaraan de vorm moet worden gegeven van een zakelijk recht, zij het ook met verbintenisrechtelijke aspecten, dan wel van een overeenkomst, waaraan dan een zekere mate van zakelijke werking zal moeten worden toegekend, uiteraard met de daarbij behorende waarborgen ter bescherming van derden'.¹⁹

17 Daarmee al vrijer dan de inhoud van de erfdiensbaarheid die weliswaar ex artikel 5:71 BW ook wordt beperkt tot een dulden of niet-doen maar bovendien moet zien op een dulden of niet-doen op, boven of onder een erf. Hiermee worden rechtshandelingen al buiten het bereik van de erfdiensbaarheid gebracht.

18 Zie onder meer voor een overzicht Rank-Berenschot, Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht, (diss. Leiden, 1992), p. 157 e.v. alsook Hoofdstuk 2 en Asser-Hartkamp 4-I, nr. 18.

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

Deze en nog vele andere vragen maken de kwalitatieve verplichting tot een figuur die nader onderzoek rechtvaardigt. Wat in dit verband goed is te weten, is dat er over de kwalitatieve verplichting tot op heden geen jurisprudentie van betekenis bestaat.²⁰

De vraag waarop dit proefschrift zich zal concentreren is die hoe de kwalitatieve verplichting past in ons rechtsstelsel, welke toepassingsmogelijkheden deze figuur heeft en wat de precieze gevolgen van toepassing zijn.

1.4 DE METHODE

1.4.1 Het afzetten van de verplichting tegen de andere bestaande mogelijkheden

Het bepalen van de precieze plaats van de verplichting in ons wettelijk stelsel is niet eenvoudig. De wetgever heeft weliswaar een duidelijke en gemotiveerde keuze gemaakt voor de plaatsing in boek 6, maar zoals hierboven uiteen gezet zijn er tevens argumenten aan te voeren voor plaatsing elders. Om te kunnen bepalen of de huidige plaats ook de meest wenselijke is, is het zaak de verplichting, na globale bestudering, af te zetten tegen de overige mogelijkheden, van welke de plaatsing onomstreden is. Omdat in de gehele ontstaansgeschiedenis van de verplichting de erfdiensbaarheid en het kettingbeding een prominente rol vervullen in die zin dat de nieuwe figuur tegen de beide bestaande figuren wordt afgezet, zijn het dan ook deze beide figuren die worden belicht.

Gezien de omvang van het mogelijk te onderzoeken veld, zal ik de kwalitatieve verplichting slechts plaatsen tegenover de erfdiensbaarheid en het kettingbeding. De eerder genoemde mogelijkheid die het inbedden van de verplichting in een beperkt recht biedt, zal ik buiten beschouwing laten. Ook blijft het onderzoek beperkt tot de mogelijkheden verplichtingen te binden aan onroerende zaken, hoewel de kwalitatieve verplichting tevens kan zien op overige registergoederen.²¹ Omdat er tot op heden (september 2006) rechtspraak noch literatuur van betekenis over de kwalitatieve verplichting is verschenen,²² dient vooral de Parlementaire Geschiedenis als directe bron van informatie, reden dat hier regelmatig uit geciteerd zal worden.

²⁰ Met uitzondering van een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 23 november 2005, welke aan de orde komt in §3.2.3.

²¹ Waarop in Hoofdstuk 4 over de inhoud wel in zal worden gegaan.

²² Met uitzondering van genoemde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam die niet bijzonder verrassend is te noemen.

1.4.2 Externe rechtsvergelijking

Naast genoemde 'interne' rechtsvergelijking is het ook nuttig de verplichting in een breder, internationaal, perspectief te plaatsen door in enkele buitenlandse rechtsstelsels te bezien welke mogelijkheden daar bestaan om het gewenste resultaat te bereiken.

Kennen ons omringende rechtsstelsels equivalenten van, dan wel varianten op de kwalitatieve verplichting en zo ja welke? Worden er in deze stelsels andere eisen gesteld of mogelijkheden bereikt dan bij ons en in hoeverre kunnen de antwoorden op deze vragen bruikbaar zijn in onze zoektocht naar de ultieme mogelijkheid verplichtingen te binden aan een goed?

Een snelle blik op de ons omringende rechtsstelsels leert dat van Frankrijk en België weinig verrassends te verwachten valt.²³ Duitsland daarentegen kent een figuur die inhoudelijk grote gelijkenis vertoont met onze kwalitatieve verplichting, te weten de *beschränkte persönliche Dienstbarkeit*, alsook een geheel andere figuur waar het beoogde resultaat wellicht mee kan worden bereikt, de *Reallast*. Gezien de inhoudelijke parallellen met onze figuur is het Duitse stelsel dan ook aangewezen om nader te bestuderen, al zijn er natuurlijk wel fundamentele verschillen te onderkennen tussen het Duitse en het Nederlandse goederenrechtelijke systeem waarover later meer. Ten noorden bestaat in Schotland eveneens een interessante mogelijkheid in de vorm van de *personal real burdens*. Wat het Schotse stelsel zo geschikt maakt om in de vergelijking te betrekken is, dat in november 2004 het goederenrechtelijk stelsel integraal is hervormd.²⁴ De keuzes die bij het vaststellen van het nieuwe regime, en het introduceren van bepaalde goederenrechtelijke figuren zijn gemaakt, zijn alle in de recente wetsgeschiedenis gemotiveerd. Dat bij het komen tot die keuzes ook gekeken is naar het Nederlandse stelsel maakt vergelijking natuurlijk extra boeiend en laat ons het eigen stelsel zien vanuit een geheel ander perspectief.

1.5 SAMENVATTEND

Voor het verbinden van verplichtingen aan de eigendom van een zaak zijn in de geschiedenis minstens zoveel argumenten vóór als tegen aangevoerd. Tegenstanders grijpen vrijwel alle naar de inbreuk op het gesloten stelsel van zakelijke rechten als argument waarom het 'contractueel inperken van de eigendom' niet zou moeten worden toegestaan. Voorstanders zijn wat meer divers in hun argumentatie,

23 Zie hier alvast voor een globaal overzicht Sagaert, Het goederenrecht als systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten, TVP 2005-3.

24 Als neergelegd in de Title Conditions (Scotland) Act 2003, ingevoerd op 28 november 2004.

maar ook hier is een constante te ontdekken; de behoefte die de praktijk aan een dergelijke figuur heeft.²⁵

Vanuit dogmatisch oogpunt is het nodige aan te merken op het door de wetgever tegemoet komen aan de wens van de praktijk via de figuur van artikel 6:252 BW. De vraag is natuurlijk ook of een praktijkbehoefte altijd voldoende argument is om inbreuk te maken op een weldoordacht wettelijk systeem. Anderzijds is het systeem gecreëerd door maar bovenal vóór mensen en kan het niet zo zijn, dat een dogmatisch kader verwordt tot een onnodig beperkend keurslijf. Of de kwalitatieve verplichting een breuk vormt met het systeem dan wel of de codificatie van de figuur een logisch gevolg is van een in 1905 ingezette en onontkoombare rechtsontwikkeling zal blijken als het antwoord gevonden wordt op de navolgende rechtsvraag:

Is de kwalitatieve verplichting een geschikt instrument om verplichtingen te binden aan onroerende zaken en welke plaats neemt deze figuur in ons rechtsstelsel in?

25 Zie voor een overzicht van 'uitingen van praktijkbehoefte' TK 1975-1976, 7729, p. 219.

2 Geschiedenis

2.1 INLEIDING

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

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

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

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

2.2 JURISPRUDENTIE EN WETGEVING IN DE 19^E EEUW

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

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

Ook was echter opgenomen artikel 1122, volgens welk artikel:

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

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

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

2.3 POTHIER

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

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

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

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

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

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

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

De vier genoemde situaties waren de volgende:

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

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

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

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

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

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

8 Qui pascitur, sibi hereditate, suo pacisci intellegitur.

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

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

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

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

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

Dat Pothier geenszins een algemene regel beoogde te geven maar slechts doelde op het specifieke 'pactum de non petendo' bleek volgens Meijers uit de centraal gestelde Romeinsrechtelijke regel D.2.14.17.5.¹³

Hierin is terug te vinden dat:

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

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

2.4 ENKELE COMMENTAREN OP DE CODE

2.4.1 Inleiding

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

11 Volgens Meijers geheel in lijn met de postglossatoren.

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

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

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

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

2.4.2 Commentaren op de Code

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.5 DE CODIFICATIE IN NEDERLAND

2.5.1 Inleiding

In 1838 werd, na enkele 'mislukte' ontwerpen²³ het Burgerlijk Wetboek ingevoerd, waarin grotendeels de Franse wetgeving was overgenomen. Het voormelde artikel 1121 Cc, werd uiteindelijk tekstueel vrijwel ongewijzigd overgenomen in artikel

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

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

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

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

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

2.5.2 Bedoeling van de wetgever

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

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

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

2.6 DE RECHTSPRAAK IN DE 19^E EEUW

2.6.1 Inleiding

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

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

25 HR 28 januari 1841, W. 157.

2.6.2 De Leidse Schouburg

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

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

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

De Hoge Raad overwoog:

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

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

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

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

2.6.3 Latere rechtspraak

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

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

Onder het begrip 'bedongen' als gehanteerd in artikel 1354 moest 'contracteren' worden verstaan, het aangaan van rechten én verplichtingen dus. Argument daarvoor was onder meer de gelijkstelling in het artikel van de erfgenamen met de rechtverkrijgenden op welke eersten natuurlijk ook de verplichtingen overgingen. De onder meer door advocaat Thorbecke in het arrest van 1884³¹ aangevoerde stelling – als zou artikel 1354 slechts de mogelijkheid van overdraagbaarheid, van cessie, geven,³² – werd door de Hoge Raad afgewezen. Zou dit wel het geval zijn dan zou het artikel naast het toenmalige artikel 668 (betreffende de cessie) geheel overbodig zijn. De enige verdere beperking die de Hoge Raad aanbracht op haar algemene uitgangspunt dat onder 'bedongen' in artikel 1354 'contracteren' en dus tevens het aangaan van verplichtingen moest worden verstaan, en dat onder 'recht-hebbenden' niet slechts de cessionarissen begrepen waren, is te vinden in het arrest van 8 januari 1897;³³ de overgang van een persoonlijke verbintenis welk recht in de vorm van een zakelijk recht gegoten moest worden (in de casus een erfdiensbaardheid) kon nooit worden gebaseerd op artikel 1354 BW. Letterlijk zei de Hoge Raad in dit arrest:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.7 DE LITERATUUR IN DE 19^E EEUW

2.7.1 Inleiding

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

Zo betoogde Moltzer:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.7.2 De commentatoren

Opvallend is, dat de grote commentatoren als Diephuis, De Pinto⁴¹ en Opzoomer vrijwel geen woorden vuil maakten aan artikel 1354. Opzoomer betoogde dat het diende te worden gelezen als de weerslag van een algemeen beginsel van erfrecht, namelijk dat de erfgenamen treden in de verbintenissen die door de erflater zijn aangegaan.⁴² In zijn optiek was het artikel dan ook overbodig en onnodig verwar-

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

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

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

41 De Pinto, II (1885), §578.

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

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

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

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

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

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

in de wet werd bepaald dat verbintenissen op de volgende verkrijgers overgingen⁴⁵ mocht zijns inziens niet leiden tot het aannemen van een algemene regel. Een ruimere toepassing dan door de wet zelf gemaakt, zou artikel 1354 'in onverzoenlijke strijd brengen met artikel 721'. Daarnaast was hij van mening dat het verband tussen de zaak en de stipulatie te onbepaald zou zijn.⁴⁶

2.7.3 De mening van Feith

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

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

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

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

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

45 Genoemd wordt artikel 263 WvK.

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

47 Themis 1897, p. 629 e.v.

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

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

2.8 HET ARREST BLAAUBOER/BERLIPS

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

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

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

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

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

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

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

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

2.9 NA 3 MAART 1905

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

Het kettingbeding kan worden gekwalificeerd als een bepaalde verplichting voor de eigenaar van een goed (met als inhoud een dulden, een niet-doen maar ook een doen), met daaraan gekoppeld de gehoudenheid voor deze eigenaar gemelde verplichting door te geven aan zijn al zijn verkrijgers onder bijzondere titel, een en ander onder een verbeurte van een boete ten laste van de (opvolgend) eigenaar die in strijd met het beding handelt, ten behoeve van de oorspronkelijke crediteur. Zowel de eigenlijke verplichting als de verplichting tot doorgifte moeten aan de verkrijger worden opgelegd wil de ketting in stand blijven.⁵¹ Omdat de effectiviteit van een kettingbeding afhankelijk is van de wil van de opvolgende verkrijgers de verplichtingen aan hun opvolgers onder bijzondere titel op te leggen en bovendien het kettingbeding geen stand houdt in faillissement (zie hierover uitgebreider Hoofdstuk 7) gingen al op de Algemeene Vergadering van de Broederschap der Notarissen in 1914 stemmen op terug te keren naar het stelsel van voor 1905.⁵² In het preadvies dat onderwerp van gesprek was in voormelde vergadering, gaven de preadviseurs Wildervanck de Blécourt en Van der Tuuk⁵³ hun visie op de volgende drie vragen:

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

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

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

53 Respectievelijk notaris te Bloemendaal en Groningen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

59 Dullemond, t.a.p.

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

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

2.10 HET ONTWERP NBW

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

In de literatuur werd er tijdens het wetgevingsproces voorzichtig op aangedrongen toch de mogelijkheid van 'kwalitatieve verplichtingen' in de wet op te nemen.⁶⁴ Dit was aanleiding voor het Driemanschap⁶⁵ aan het notariaat een aantal vragen voor te leggen over de praktijk van de kettingbedingen, waarschijnlijk om te bezien of

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

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

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

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

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

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

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

- '1. Bij een overeenkomst kan worden bepaald dat de verplichting van een der partijen om iets te dulden of niet te doen ten aanzien van een haar toebehorend registergoed, zal overgaan op degenen die het goed onder bijzondere titel zullen verkrijgen, en dat mede gebonden zullen zijn degenen die van de rechthebbende een recht tot gebruik van het goed zullen verkrijgen.
2. Het beding heeft geen gevolg ten aanzien van degene die zijn recht heeft verkregen:
 - a. op het ogenblik dat het beding niet in de openbare registers stond ingeschreven, of
 - b. van een rechthebbende die zelf niet of niet meer gebonden was.
3. Elk der partijen is verplicht desverlangd mede te werken aan het opmaken van de in te schrijven akte.
4. Is voor de verplichting een tegenprestatie overeen gekomen dan gaat bij de overgang van de verplichting het recht op de tegenprestatie mede over, voor zover deze betrekking heeft op de periode na de overgang. Bedingen omtrent deze tegenprestatie kunnen mede worden ingeschreven in de openbare registers.⁶⁷

2.10.1 De toelichting van Meijers

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

66 WPNR 4531 (1958), p. 148.

67 T-M, p. 233.

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

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

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

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

2.10.2 De reacties op het Ontwerp

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

2.10.3 De mening van Van der Ploeg

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

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

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

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

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

71 Zie hierover meer uitgebreid Hoofdstuk 5.

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

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

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

2.10.4 Het preadvies Maeijer/Smalbraak

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

2.10.4.1 De visie van Maeijer

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

⁷² Zie verder §3.5.

⁷³ Parl. Gesch. Boek 6, p. 937.

⁷⁴ Preadvies over Erfdiensbaarheden en kwalitatieve verbintenissen (huidig en wordend recht).

⁷⁵ T.a.p., p. 66.

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

Volgens Maeijer stond het voorgestelde artikel 6.5.3.4 aantasting en ondermijning van het gesloten systeem van zakelijke rechten toe, iets wat in zijn optiek door de publicatieplicht niet goed werd gemaakt. Gezien de onbeperkte inhoudelijke mogelijkheden die de nieuwe figuur bood, zou de hypotheekbewaarder niet dan na zorgvuldige lezing kunnen beoordelen of sprake was van een kwalitatieve verplichting dan wel van een andere, niet inschrijfbaar, figuur. Dit bezwaar zou kunnen worden ondervangen door met behulp van een beperkt aantal categorieën de verplichtingen in een helder en overzichtelijk systeem te rangschikken.⁷⁷ Volgens Maeijer was de eis van publiciteit die in het gesloten systeem van het goederenrecht zo deugdelijk kon worden gerealiseerd, 'in de bijt van het meer open verbintenissenrecht een vreemde en neer te schieten eend'.⁷⁸ Daarnaast achtte hij de repressieve mogelijkheid van herziening van de verplichting niet afdoende: het kwaad diende niet te worden opgeroepen, opdat het ook niet behoefde te worden bestreden. Voorgesteld werd dan ook door Maeijer de door de praktijk gewenste⁷⁹ bouw- en gebruiksbedingen in publiekrechtelijke voorschriften vast te leggen, en slechts de concurrentiebedingen als kwalitatieve verplichting toe te staan. Deze concurrentiebedingen zouden als aan de passieve zijde kwalitatieve rechtsverhouding, niet slechts gebonden moeten mogen zijn aan onroerend goed, maar bijvoorbeeld ook aan een onderneming. Ook opperde hij de mogelijkheid speciaal voor deze laatste soort bedingen een nieuw beperkt zakelijk recht in het leven te roepen waarbij in tegenstelling tot de erfdiensbaarheid niet wederzijds kwalitatieve rechtsbetrekkingen zouden voortvloeien, maar alleen passief kwalitatieve.⁸⁰

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

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

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

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

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

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

2.10.4.2 *De visie van Smalbraak*

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

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

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

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

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

2.10.5 De reacties van Lubbers en Van Opstall

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

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

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

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

2.10.6 De Commissie Verbintenissenrecht van de Broederschap der Notarissen

Ook de Commissie Verbintenissenrecht van de Broederschap der Notarissen was niet onverdeeld gelukkig met het beoogde artikel 6.5.3.4⁸⁶ en deed de aanbeveling het gesloten systeem van zakelijke rechten te handhaven en daartoe voor het

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

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

86 WPNR 4982 (1968), p. 75.

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

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

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

2.10.7 Pitlo en Rijtma

Pitlo had een andere benadering.⁸⁷ Op basis van enkele na 1905 gewezen arresten⁸⁸ concludeerde hij dat zich een tendens had ingezet tot het verbinden van derdenwerking aan verplichtingen met betrekking tot onroerend goed aangegaan, en wel via de onrechtmatige daad. Pitlo formuleerde het als volgt:

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

⁸⁷ Pitlo, Na 3 maart 1905, in: Onroerend Goed, p. 246.

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

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

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

Pitlo stelde vervolgens:

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

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

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

2.11 DE VERDERE PARLEMENTAIRE ONTWIKKELING

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

⁸⁹ Rijtma, Beekhuisbundel (1969), p. 227.

2.11.1 Het voorlopig verslag

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

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

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

2.11.2 De Memorie van Antwoord

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De Minister verduidelijkte dat de ‘ongewenste consequenties’ die de Commissie had gesignaleerd niet zouden optreden, nu onder ‘degene die zijn recht heeft verkregen’ als bedoeld in lid 2 van het Ontwerp, ook moesten worden begrepen zij die op dat goed een recht van hypotheek hadden verkregen⁹⁴ en zij die op het goed beslag hadden gelegd. Voor de duidelijkheid (want beter aansluitend bij artikel 3.1.2.7 (thans artikel 3:24 BW)) werd lid 3 als volgt aangepast:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Het artikel zag er inmiddels als volgt uit:

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

⁹⁶ Zie uitgebreid Hoofdstuk 5.

⁹⁷ Zie uitgebreid §3.2.5.

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

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

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

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

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

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

2.11.3 Curaçao/Boyé

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

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

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

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

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

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

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

2.11.4 Weer een aanpassing

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

Ook lid 3 werd opnieuw geformuleerd en luidde:

Ook na inschrijving heeft het beding geen werking:

- a. jegens hen die voor de inschrijving onder bijzondere titel een recht op het goed of tot gebruik van het goed hebben verkregen;
- b. jegens een beslaglegger op het goed of een recht daarop, indien de inschrijving op het tijdstip van het proces-verbaal van inbeslagneming nog niet had plaatsgevonden;
- c. jegens hen die hun recht hebben verkregen van iemand die ingevolge het onder a of b bepaalde niet aan de bedongen verplichting gebonden was.

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

Met deze wijzigingen had het artikel zijn definitieve vorm gekregen.

2.12 SAMENVATTING

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

¹⁰³ Zie Kleijn, t.a.p., en Rank-Berenschot, t.a.p., nt. 95.

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

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

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

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

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

3 Inhoud

3.1 INLEIDING

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4 Hierover uitgebreid Hoofdstuk 5.

5 Artikel 3:38 BW.

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

3.2 DE INHOUD VAN DE BASISVERPLICHTING VOLGENS DE WETGEVER

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14 Vanwege het gestelde nutsvereiste.

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

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

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

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

3.2.1 De inhoudelijke beperking bij de erfdienstbaarheid

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

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

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

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

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

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

19 Artikel 5:71 lid 1 BW.

20 Artikel 6:252 lid 1 BW.

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

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

1. Bij overeenkomst kan worden bedongen dat de verplichting van een van partijen om *iets te dulden of niet te doen ten aanzien van een haar toebehorend registergoed* zal overgaan op degenen die het goed onder bijzondere titel zullen verkrijgen, en dat mede gebonden zullen zijn diegenen die van de rechthebbende een recht op gebruik van het goed zullen verkrijgen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.2 De grenzen van de limitering

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.3 Nevenverplichtingen om te doen

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

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

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

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

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

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

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

3.2.4 De inhoudelijke grenzen bij de kwalitatieve verplichting

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

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

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

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

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

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

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

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

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

46 WPNR 6091 (1992), p. 320.

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

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

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

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

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

48 Dig. 8,1,15,1.

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

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

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

3.2.5 De vervreemdingsbeperking van lid 5

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3 DUUROVEREENKOMST

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

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

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

3.4 HET BOETEBEDING

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

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

57 Zie §7.5.

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

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

In de memorie van antwoord wordt opgemerkt:⁶⁰

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

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

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

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

⁵⁹ Zie hierover §6.2.

⁶⁰ Parl. Gesch. Boek 6, p. 944.

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

3.5 DE TEGENPRESTATIE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.6 HET KETTINGBEDING

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

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

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

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

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

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

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

3.6.1 Binding van derden aan kettingbedingen

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

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

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

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

72 Cahen, Overeenkomst en derden, Hoofdstuk II.

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

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

3.6.2 Relevante civiele rechtspraak

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

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

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

76 Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 19 januari 2006, LJN AV0591.

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

78 Respectievelijk NJ 2005, 513 en 2006, 33.

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

79 En wel op p. 55 e.v.

80 Zie §2.11.4.

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

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

3.6.3 De inconsequentie van de wetgever

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.6.4 Problemen geëcarteerd?

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

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

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

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

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

86 A contrario §1105 BGB alsmede uitgebreid Hoofdstuk 8.

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

88 Zie §4.4.2.1.

89 Zie §3.2.1.

3.6.5 Alternatieve oplossingen

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

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

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

3.7 HET NUTSVEREISTE

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

3.7.1 Het nutsvereiste bij de erfdiensbaaheid

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

99 §1091 BGB alsmede uitgebreid Hoofdstuk 8.

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

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

3.8 WIJZIGING VAN DE INHOUD VAN DE VERPLICHTING

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

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

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

102 Artikel 3:303 BW.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.8.1 Wijziging van de inhoud van de erfdiensbaaerheid

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

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

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

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

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

3.8.2 De verhouding tussen de diverse artikelen

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

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

Zo merkt de Minister op:

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

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

113 Artikel 6:213 BW.

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

115 Toel. OM, p. 771.

3.8.3 Afwijken van de beschermende bepalingen

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

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

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

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

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

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

3.8.4 Voorziene of voorzienbare omstandigheden?

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

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

3.8.5 Wijziging ten aanzien van gebruikers

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

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

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

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

3.9 SAMENVATTING

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

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

4 Ontstaan

4.1 INLEIDING

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

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

Kortom: welke plaats in het spanningsveld tussen goederen- en verbintennisrecht komt de in de basis verbintenisrechtelijke figuur toe? Het belang van deze vraag is erin gelegen, dat hoe meer parallellen er gevonden worden met het goederenrecht, hoe meer het voor de hand ligt ook andere, in het goederenrecht geldende, regels op de kwalitatieve verplichting van overeenkomstige toepassing te laten zijn om tot acceptabele en praktische resultaten te komen. Te denken valt hierbij aan de regels die beschermen tegen beschikkingsonbevoegdheid (artikel 3:88 BW) of tegen onvolledigheid van de registers (artikel 3:24 BW). Ook artikel 35 Fw. zou dan mogelijk in acht genomen moeten worden en bij het tenietgaan¹ zouden de bepalingen over bijvoorbeeld de zuivering (artikel 3:273 BW) ook van overeenkomstige toepassing zijn op de kwalitatieve verplichting.

1 Te bespreken in Hoofdstuk 6.

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

4.2 DE TOTSTANDKOMING VAN DE BASISOVEREENKOMST

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

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

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

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

van een wederkerige overeenkomst waarbij weldegelijk een tegenprestatie verschuldigd is.³

4.2.1 Vormvereisten

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

4.2.2 Overige vereisten

Voor een rechtsgeldige totstandkoming van de kwalitatieve verplichting moet de basisovereenkomst in ieder geval een inhoud hebben die voldoet aan de al in het vorige hoofdstuk beschreven kenmerken. Of sprake is van een eenzijdige dan wel meerzijdige overeenkomst is niet van belang voor de wijze van totstandkoming, aangezien in beide gevallen wederzijdse toestemming noodzakelijk is. Bij de totstandkoming van de basisovereenkomst zijn – evenals bij het kettingbeding⁸ – factoren als beschikkingsbevoegdheid of – in het algemeen – eigendom van het object waarop de verplichting betrekking heeft, niet relevant. Nu alles zich slechts tussen de contractspartijen afspeelt, zal bij problemen in de nakoming een beroep op ontbinding of wanprestatie voor de hand liggen. Is een van partijen handelingsonbekwaam, of komt de verplichting tot stand onder invloed van een wilsgebrek,

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

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

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

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

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

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

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

4.3 DE TOTSTANDKOMING VAN DE OVEREENKOMST TOT KWALITATIEF MAKEN

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

1. *Bij overeenkomst* [curs., NvO] kan worden bedongen dat de verplichting van een van partijen om iets te dulden of niet te doen ten aanzien van een haar toebehorend registergoed zal overgaan op degenen die het goed onder bijzondere titel zullen verkrijgen, en dat mede gebonden zullen zijn diegenen die van de rechthebbende een recht op gebruik van het goed zullen verkrijgen.

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

4.3.1 Vormvrijheid

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

⁹ Zie hierover uitgebreid Asser-Hartkamp 4-II.

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

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

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

4.3.2 Bij overeenkomst

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

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

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

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

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

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

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

4.3.3 De kwalificatie hulpovereenkomst

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

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

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

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

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

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

4.4 DE KWALITATIEVE VERPLICHTING IN GOEDERENRECHTELIJK PERSPECTIEF¹⁸

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

De verplichting tot dulden of niet doen wordt aangegaan *ten aanzien van* een registergoed. Hoewel de woorden 'ten aanzien van' nog eens het verbintenisrechtelijke karakter van de figuur onderstrepen, is het maken van een vergelijking met de goederenrechtelijke rechten interessant. In beide gevallen is immers sprake van zaaksgevolg dat ertoe leidt²¹ dat derden (de toekomstige verkrijgers en/of gebruikers) eveneens gebonden zijn aan de verplichting, en dat de figuur een (zeker) absoluut karakter verleent.²² In praktische resultaat komt de kwalitatieve verplichting een beperkt goederenrechtelijk recht wel heel nabij.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.4.1 Een geldige titel

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

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

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

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

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

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

1. partijen komen overeen²⁷ een bepaalde verplichting om iets te dulden of niet te doen ten aanzien van een aan een van hen toebehorend registergoed, ofwel (bij de erfdiensbaarheid) op te nemen in een te vestigen erfdiensbaarheid, ofwel kwalitatief te maken als bedoeld in artikel 6:252 BW;
2. partijen geven gevolg aan deze afspraak door het opmaken van een notariële akte en inschrijving daarvan in de openbare registers.

Bovenstaande uitsplitsing maakt duidelijk dat de grondslag²⁸ van de kwalitatieve verplichting niet slechts de basisovereenkomst is. Deze obligatoire rechtsverhouding is weliswaar de grondslag voor de voortbouwende overeenkomst maar niet de directe aanleiding tot het kwalitatief maken. De voortbouwende overeenkomst vervolgens bevat wel de afspraak om tot kwalitatief maken over te gaan (dus om een akte op te stellen en deze in de openbare registers in te schrijven), maar moet worden uitgevoerd door de overeenkomst neer te leggen in een notariële akte en deze akte in te schrijven in de openbare registers. Dat de grondslag voor de kwalitatieve werking mede gelegen is in overeenkomst tot kwalitatief maken blijkt er uit dat in de basisovereenkomst geen enkele kiem voor kwalitatieve werking besloten ligt. Pas bij het aangaan van de overeenkomst tot kwalitatief maken komt dit aspect aan de orde.

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

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

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

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

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

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

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

De conclusie moet dus luiden dat er ook bij de kwalitatieve verplichting sprake is van causaliteit. Zowel bij het tot stand komen van de kwalitatieve verplichting als gedurende haar bestaan is het noodzakelijk dat de samenstellende elementen ook daadwerkelijk in stand blijven. Valt een van beide elementen weg, dan heeft dit tot gevolg dat de zakelijke werking wegvalt. Onder omstandigheden zullen derden een beroep kunnen doen op derdenbeschermende bepalingen.³²

4.4.2 De levering

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

30 Zie meer uitgebreid Hoofdstuk 6.

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

32 Zie §4.6.

Dat voor de 'vestiging' van een kwalitatieve verplichting een notariële akte noodzakelijk is, werd ingevoerd na een opmerking in die zin van de zijde van Van der Ploeg.³³ De Raad van State overwoog in zijn advies³⁴ dat de Wet van 28 juni 1956³⁵ er inderdaad toe noopte deze aanvulling te maken. In genoemde wet, waarbij artikel 671a (oud) BW werd ingevoerd, werd bepaald dat de akte tot levering van onroerende zaken en tot vestiging van zakelijke rechten op onroerende zaken, notarieel moest worden verleden. Achtergrond van deze bepaling was de wens van de praktijk slechts leveringsakten toe te staan die met notariële zorgvuldigheid waren opgesteld.³⁶ Met het ook bij de kwalitatieve verplichting invoeren van de eis van een notariële akte – het introduceren van een vormvereiste in het in principe vormvrije verbintenissenrecht –, zien we zoals hierboven al opgemerkt een duidelijke parallel met het goederenrecht. Overigens was de achterliggende gedachte van de akte en de inschrijving het waarborgen van de kenbaarheid van de belasting, reden ook dat de figuur alleen bij registergoederen is toegestaan.³⁷

4.4.2.1 *Wat moet worden ingeschreven?*

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

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

De vraag wat precies 'de overeenkomst tussen partijen' is die in de openbare registers moet worden ingeschreven, wordt door de wettekst niet helder beantwoord. Is dat slechts de overeenkomst tot kwalitatief maken³⁸ of ook de inhoud van de basisovereenkomst? Met andere woorden: kan worden volstaan met het inschrijven van een notariële akte tot kwalitatief maken van een overeenkomst die nader wordt gespecificeerd in een onderhandse basisovereenkomst waarnaar in de akte wordt verwezen, of moet in de akte de integrale inhoud van de basisovereenkomst worden vermeld? Dit laatste ligt uit het oogpunt van de kenbaarheid voor de hand, maar toch staat nergens expliciet vermeld dat in de betreffende akte ook de inhoud van de basisovereenkomst moet zijn vermeld. Toch zal ieders rechtsgevoel zeggen dat ook de basisovereenkomst in de in te schrijven akte moet worden opgenomen.

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

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

35 Stb. 376.

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

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

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

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

De Parlementaire Geschiedenis biedt in dit verband geen soelaas:

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

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

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

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

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

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

4.4.2.2 *Moeten beide partijen meewerken aan inschrijving?*

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

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

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

40 Terminologie ontleend aan artikel 24 lid 4 Kadasterwet.

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

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

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

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

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

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

De vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede kamer was het in die zin met Van der Ploeg eens, dat inderdaad de redelijkheid en billijkheid al op een verplichting tot medewerking wijzen, maar volgens haar was het niet ongebruikelijk en bovendien nuttig, partijen nog eens uitdrukkelijk op hun verantwoordelijkheden te wijzen en zij verzocht de Minister hier duidelijkheid over te verschaffen. De Minister ging hier eerst later op in en bevestigde⁴⁵ dat de medewerking van beide partijen vereist was.

4.4.3 Een 'toebehorend' registergoed: is beschikkingsbevoegdheid vereist?

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

44 Op p. 414.

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

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

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

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

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

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

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

Kijken we naar de mogelijkheid om zaaksgevolg te verbinden aan een huurovereenkomst dan zien we daar dat het goed ook in goederenrechtelijke zin moet toebehoren aan degene die de overeenkomst aangaat, aldus de Hoge Raad in HR 5 maart 2004.⁴⁸ De Hoge Raad overwoog:

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

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

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

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

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

4.4.3.1 *Beschikkingsbevoegdheid*

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

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

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

4.4.3.2 *Het 'te belasten' object*

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

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

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

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

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

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

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

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

Achtergrond van deze bepaling is het voorkomen van registervervuiling:

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

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

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

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

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

4.5 ONTSTAAN OP ANDERE WIJZE(N)

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

4.5.1 Ontstaan door verjaring van een erfdiensbaarheid

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

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

⁵² Parl. Gesch. Boek 3, p. 401 e.v.

⁵³ Parl. Gesch. Boek 6, p. 942.

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

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

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

4.5.2 Ontstaan door verjaring van een kwalitatieve verplichting?

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

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

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

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

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

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

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

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

4.6 ONTSTAAN EN DERDENBESCHERMING

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

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

4.6.1 Artikel 3:24 BW

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

63 Artikel 3:10 BW.

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

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

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

het zaaksgevolg dat hij van de met zijn recht corresponderende verplichting verlangt.⁶⁷

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

4.6.2 Artikel 3:88 BW

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

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

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

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

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

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

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

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

4.6.3 Artikel 5:110 BW

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

Bij splitsing van een gebouw in appartementsrechten is beschikkingsbevoegdheid noodzakelijk van degene die tot splitsing overgaat. Ontbreekt de beschikkingsbevoegdheid, dan is in principe de splitsing ongeldig tenzij de (ongeldige) splitsing is gevolgd door een (daardoor eveneens ongeldige) overdracht van een appartementsrecht of vestiging van een beperkt recht op een appartementsrecht.⁷⁰ Is het denkbaar dat een ongeldige splitsing geheeld wordt doordat er rechtsgeldig een kwalitatieve verplichting op gevestigd wordt? De Parlementaire Geschiedenis zegt hier niets over⁷¹ en ook in de literatuur kunnen geen aanwijzingen in die richting worden gevonden.⁷² Gezien echter de ratio van de bepaling en wederom de grote parallellen die het recht dat de keerzijde uit de verplichting vormt, vertoont met een beperkt recht, is het logisch ook hier een beroep op de derdenbeschermende regel toe te staan. Niet goed valt in te zien waarom de vestiging van een erfdiensbaarheid met dezelfde inhoud als een kwalitatieve verplichting dit effect wel zou hebben, en de kwalitatieve verplichting niet.

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

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

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

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

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

4.7 SAMENVATTING

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

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

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 schuldoverneming 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

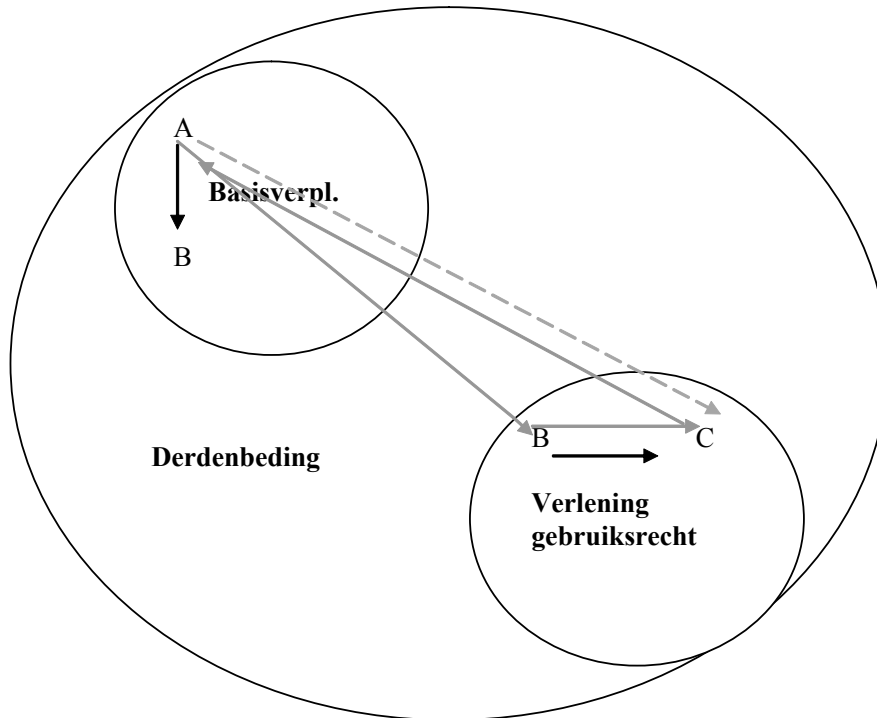
Vorenstaande wordt schematisch weergegeven op de volgende pagina.

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 anterior 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 schuldovertrening is er slechts sprake van beperkte analogie met de contractuele schuldovertrening 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).

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 bekijk 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 hypotheken 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.

Verskil 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.

7 Faillissement en beslag

7.1 INLEIDING

Bijzondere aandacht bij het bestuderen van de figuur van de kwalitatieve verplichting verdienen de situaties van beslag en faillissement. Zowel in het geval dat de verplichting ten tijde van het intreden van het faillissement al was gecompleteerd, als in het geval dat dit nog niet zo was, zal het intreden van een faillissement grote invloed hebben.

Welke invloed heeft het intreden van een faillissement op het tot stand komen van een kwalitatieve verplichting precies? Wat is de situatie indien partijen de verplichting ten tijde van het beslag of faillissement al overeen gekomen waren, maar deze nog niet in de openbare registers hadden ingeschreven? Speelt de goede trouw van de wederpartij van de failliet in dat geval een rol? Kan of moet in een dergelijk geval de verplichting alsnog in de registers worden ingeschreven? Is de boedel gebonden aan een ná het uitspreken van het faillissement door de failliet aangevane verplichting? Anderzijds is de vraag of de beslaglegger of curator gebonden is aan een eerder aangevane kwalitatieve verplichting en in hoeverre in geval van faillissement parallellen kunnen worden getrokken met de beperkte zakelijke rechten. Dit laatste is zeer relevant nu de wederpartij van de failliet slechts een persoonlijke vordering ter verificatie in zal kunnen dienen terwijl de zakelijk gerechtigde in het faillissement een separatistenpositie inneemt.

In dit hoofdstuk zal ik een tweedeling maken in enerzijds de situatie dat de verplichting nog niet tot stand is gekomen, en anderzijds die waarin dat wel het geval is. Ik zal eerst kort ingaan op faillissement in het algemeen, het door faillissement bestreken vermogen, nagaan wat in het algemeen de regels zijn voor verbintenissen in faillissement, hoe het bijzondere karakter van een verbintenis om te dulden of niet te doen zich hiertoe verhoudt en wat het kwalitatieve karakter hier nog aan toevoegt. Hierna zal ik bekijken hoe de tweedeling van de kwalitatieve verplichting relevant is voor de vraag wat er in faillissement gebeurt, wat het belang is van inschrijving van de verplichting en wat de rol is van artikel 37 Fw. Tot slot bekijk ik hoe een beslag zich verhoudt tot een kwalitatieve verplichting. Door alle onderwerpen heen speelt ook de positie van de erfdiensbaaerheid en het kettingbeding in faillissement.

7.2 FAILLISSEMENT ALGEMEEN

Faillissement vloeit voort uit een situatie waarin de schuldenaar heeft opgehouden te betalen, en is kort gezegd een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van

de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke crediteuren. Doel van het faillissement is verdeling door de curator van het vermogen van de schuldenaar onder zijn gezamenlijke schuldeisers.¹

Essentieel voor een goede afwikkeling van het faillissement is een goed overzicht van datgene wat onder het faillissementsbeslag valt, van de handelingen waarmee de failliet de boedel nog kan binden en daarmee van de positie van schuldeisers.

Indien een faillissement wordt uitgesproken omvat dit op grond van artikel 20 Fw. het gehele vermogen van de gefailleerde ten tijde van de faillietverklaring, evenals al wat gedurende het faillissement verworven wordt. Het begrip vermogen dient hier anders te worden geïnterpreteerd dan het gebruikelijke 'geheel van rechten en verplichtingen die aan iemand op een bepaald tijdstip toekomen'.² Onder 'vermogen' als bedoeld in artikel 20 Fw. dienen namelijk slechts te worden verstaan de activa; de goederen of baten als bedoeld in artikel 3:1 BW,³ en wel ongeacht de waarde van deze activa en slechts voor zover ze te gelde kunnen worden gemaakt. Het betreft het geheel van positieve vermogensbestanddelen, zonder dat de verplichtingen van de failliet hieronder worden gerekend. In faillissement wordt het geheel van activa en passiva de (failliete) boedel genoemd.⁴ Vorenstaand uitgangspunt – slechts de activa vallen onder het faillissementsvermogen – strookt met het beslagkarakter dat faillissement heeft. In ons rechtssysteem is beslag op schulden niet mogelijk.⁵

7.2.1 Niet door het faillissement bestreken vermogen; hoogst persoonlijke rechten

Net zoals op grond van het bepaalde in artikel 1:94 lid 3 BW de aan de persoon van een der echtgenoten verknochte goederen buiten de algehele gemeenschap van goederen vallen, blijven buiten het faillissement, naast enkele andere goederen, ook de hoogst persoonlijke rechten, zijnde;

'Rechten die een hoogst persoonlijk karakter hebben omdat zij zo nauw de persoon van de gerechtigde raken dat uitsluitend aan hem het oordeel behoort te verblijven of en in hoeverre hij daarvan gebruik zal maken en daarover zal beschikken.'⁶

Hoogst persoonlijke rechten zijn weliswaar zaken of vermogensrechten die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of door hem gedurende faillissement wor-

1 HR 22 juli 1988, NJ 1988, 912 (Offermans/Lucassen).

2 Zoals bijvoorbeeld in artikel 1:94 BW voor de wettelijke algehele gemeenschap van goederen.

3 Polak, Faillissementsrecht, p. 43.

4 Zie ook HR 8 juni 1973, NJ 1975, 76 m.nt. B.W.

5 Polak-Wessels, Insolventierecht II, p. 11.

6 HR 27 februari 1942, NJ 1942, 350. Zie ook in dit verband HR 22 juli 1991, NJ 1991, 749 (ADB/Planex) aangaande het recht op huurbescherming. Anders Polak, nr. 199, p. 56.

den verworven, maar zij kunnen niet te gelde worden gemaakt en vallen daarom in beginsel niet onder de omschrijving van vermogen als hiervoor bedoeld.⁷ Voorbeelden van deze hoogst persoonlijke rechten zijn de rechten van gebruik en bewoning (artikel 3:226 BW), pensioenrechten, persoonlijkheidsrechten als auteursrechten voor zover deze niet vatbaar zijn voor beslag (artikel 2 lid 3 Auteurswet) en het ouderlijk vruchtgenot (artikel 1:251 BW).

Heeft de failliet een vorderingsrecht uit een kwalitatieve verbintenis, dan rijst allereerst de vraag of er wellicht sprake is van een hoogst persoonlijk recht dat op grond van wat hierboven is vermeld, niet in het faillissement valt. Vast staat dat de inhoud van de verplichting kan variëren en dat het alleszins denkbaar is dat aan de verplichting een inhoud kan worden gegeven die slechts voor de oorspronkelijke gerechtigde relevant is. Mocht dit het geval zijn, dan is mijns inziens verdedigbaar dat er sprake is van een hoogst persoonlijk recht dat buiten het faillissement valt. Ten aanzien van deze hoogst persoonlijke rechten geldt in faillissement dat de failliet hierover nog steeds de beschikkingsmacht en het beheer heeft.⁸

Met betrekking tot de passieve zijde van de verbintenis zal deze problematiek niet spelen nu juist beoogd is de verplichting los te maken van de persoon van de schuldenaar en diens kwaliteit als uitgangspunt voor gebondenheid te nemen. Een eventuele vordering die de schuldenaar uit de verplichting als tegenprestatie bedongen heeft, zal dan ook uit de aard van de verplichting waar de tegenprestatie mee samenhangt niet hoogstpersoonlijk zijn.

7.3 VERBINTENISSEN OM TE DULDEN OF NIET TE DOEN IN FAILLISSEMENT ALGEMEEN

Zoals we al in §3.1 hebben gezien, is de kwalitatieve verplichting een verbintenis inhoudende een dulden of niet-doen, die een voortdurend karakter heeft.

Het is de moeite waard te kijken in hoeverre het bijzondere karakter van de te verrichten prestatie (het dulden of niet doen, een negatieve prestatie) in het faillissement van de debiteur een factor van betekenis is.

Nergens is uit de wet op te maken dat het verschil maakt of de prestatie waartoe de failliet verplicht is een positieve of negatieve inhoud heeft. Indien de failliet voorafgaand aan het faillissement verbintenissen is aangegaan, geldt de hoofdregel van artikel 26 Fw., namelijk dat de vorderingen die daaruit voortvloeien slechts ter verificatie kunnen worden ingediend. Deze categorie vorderingen (die voldoening

7 De woorden 'in beginsel' geven aan dat genoemde rechten onder omstandigheden wel in de failliete boedel vallen (bijvoorbeeld ex artikel 21 lid 4 BW de opbrengst van het ouderlijk vruchtgenot).

8 Schuldeisers wier vorderingen na de faillietverklaring zijn ontstaan en die niet in een faillissementsregeling zijn betrokken, kunnen hierop dus beslag leggen (Hof Amsterdam 29 juni 1950, NJ 1951, 28).

van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben) onderscheidt zich van die van artikel 25 Fw., welke omvat de vorderingen 'die rechten of verplichtingen tot de boedel behorende' ten onderwerp hebben. Tot de tweede categorie kunnen onder meer worden gerekend de vernietiging van een testament of het opvorderen van eigendom.⁹ Bij het begrip 'voldoening van een verbintenis uit de boedel' moet worden gedacht aan alle schulden die uit de failliete boedel moeten worden voldaan, en ten aanzien waarvan de failliet de verplichting tot nakoming heeft. Vorenstaande omschrijving impliceert dat alle vormen van nakoming hieronder kunnen worden begrepen, en dat ook de nakoming van persoonlijke verbintenissen bedoeld wordt.¹⁰ Omdat naar het systeem van de Faillissementswet de failliet de debiteur uit de verbintenis blijft, is de curator niet gehouden na te komen; de vordering tot nakoming van de wederpartij zal zich oplossen in een vordering in geld die ter verificatie kan worden ingediend. Overigens is van belang te weten dat in de navolgende paragrafen de vraag of de curator aan een verplichting 'gebonden' is, moet worden gelezen als de vraag of de curator gehouden is de verplichting na te komen en niet of de vordering uit de verplichting wel ter verificatie kan worden ingediend.

Omdat de verplichtingen die uit een kettingbeding voortvloeien van obligatoire aard zijn, is een curator niet gehouden de verplichtingen na te komen, noch om ze bij vervreemding van het goed waarop het kettingbeding ziet, op te leggen op de opvolgende verkrijgers.¹¹

Bij een verplichting tot dulden of niet doen zal nakoming door de curator regel zijn. Het vereist immers niets anders dan een stilzitten, een niet-handelen. Van niet-nakoming zal slechts sprake zijn indien de failliet of de curator de verplichting schendt, wat een doelbewust handelen impliceert. Moet nu een doelbewust handelen van failliet of curator, welk handelen de niet-nakoming (de schending) van een verplichting tot dulden of niet-doen tot gevolg heeft, op dezelfde manier worden behandeld als een niet-handelen door de curator welk niet-handelen de schending van een verplichting om te doen tot gevolg heeft?

In de wet of de jurisprudentie wordt geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen positieve en negatieve verplichtingen.^{12,13} Bij de erfdiensbaarheid, die ook slechts

9 Polak, Faillissementsrecht, p. 62 e.v.

10 HR 23 oktober 1981, NJ 1982, 173 m.nt. B.W. (Gemeente Heiloo/De Ruuk en Herschdorfer q.q.).

11 F.J.H. Mijnsen et. al., KNB-advies 1983, p. 33, 74, 77.

12 Iets waarover Van Opstall al opmerkt dat het wellicht beter was verplichtingen om niet te doen niet als *verbintenissen* om niet te doen te beschouwen, maar als 'andere rechtsplichten', dit omdat de rechtsgevolgen van het niet-nakomen van verbintenissen daarbij niet passen, maar wel die van andere rechtsplichten waarvan de schending een onrechtmatige daad oplevert. Van Opstall, Wat is een verbintenis?, in: WPNR 5236 (1973), p. 467.

13 Wel kwam de verplichting tot dulden aan de orde in de casus die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 26 april 2002, NJ 2002, 180. De A-G Langemeijer is in r.o. 4.15 van mening, anders dan de annotator S.J.J.C. Kortmann, dat de curator niet gebonden is aan contractuele verplichtingen van de schuldenaar jegens een hypotheeknemer buiten de in het goederenrecht geregelde bedingen. Zie in

een dulden of niet-doen tot inhoud kan hebben,¹⁴ is duidelijk dat het faillissement geen invloed op het recht heeft. Door het zakelijke karakter blijft het recht ook in faillissement in stand,¹⁵ dient de curator het recht gedurende het faillissement te respecteren en kan hij het belaste goed slechts vervreemden bezwaard met het betreffende recht.

Nu nakoming van de verplichting tot dulden of niet doen in beginsel niet van de curator gevegd kan worden, afgezien van de situatie dat deze zich tot nakoming bereid heeft verklaard,¹⁶ zal de oplossing gevonden moeten worden in een ter verificatie in te dienen vordering. Wanneer de curator de verplichting schendt zal, hoewel het staken van de 'verboden' handeling gewenst is, de in te dienen schadevergoedingsvordering er een moeten zijn die te herleiden is naar een vordering in geld. De vordering wordt ter verificatie ingediend en neemt een concurrente positie in. De weg van reële executie om aan de tegenstrijdige toestand een einde te maken, staat slechts open indien de curator heeft aangegeven de verbintenis gestand te willen doen, en daarmee een boedelschuld heeft gecreëerd.

Alhoewel er wetsystematisch niets tegen lijkt een verplichting tot dulden of niet doen hetzelfde te behandelen als een verplichting om te doen, ligt dit naar mijn mening toch genuanceerder. Het doelbewuste handelen dat de schending oplevert, zal mijns inziens sneller als onrechtmatig kunnen worden beschouwd dan een stilzitten.

7.3.1 De 'complete' kwalitatieve verplichting in faillissement

Nu duidelijk is hoe in het algemeen een verplichting om te dulden of niet te doen in faillissement wordt behandeld (niet anders dan een verplichting tot een geven of een doen), is de vraag of het kwalitatieve karakter van de verplichting hier nog iets aan verandert. Maakt het voor de acties die de crediteur heeft verschil of hij ageert wegens schending van een 'gewone' verplichting tot dulden of niet doen of van een *kwalitatieve* verplichting tot dulden of niet doen? Het antwoord is niet eenduidig te geven. Het feit dat de verplichting een kwalitatief karakter heeft, zegt immers slechts iets over de overgang van de verplichting op anderen, wat pas aan de orde komt indien het goed wordt vervreemd of aan anderen in gebruik wordt gegeven. Zolang het goed zich in 'rusttoestand' in de boedel bevindt, is het kwali-

gelijke zin als Kortmann het preadvies van Verstijlen voor de Vereniging van Burgerlijk recht 2006, materieel faillissementsrecht: de betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement, p. 121.

14 Daargelaten de toegestane nevenverplichtingen tot een doen.

15 Onverminderd de mogelijke situatie dat een separatist, wiens recht anterior was aan dat van de beperkt gerechtigde, gebruik heeft gemaakt van zijn recht van parate executie en de erfdiensbaarheid door zuivering ex artikel 3:273 BW is vervallen. In dat geval heeft de voormalig gerechtigde tot de erfdiensbaarheid recht op een vergoeding ex artikel 3:282 BW. Overigens valt de (voormalig) beperkt gerechtigde buiten de omslag van de faillissementskosten ex artikel 182 lid 1 slot Fw.

16 Waarover meer in §7.5.

tatieve karakter irrelevant. Gaat echter de curator over tot verkoop uit de boedel van het registergoed dan zal hij – wat kan worden afgeleid uit artikel 35a Fw. – slechts kunnen verkopen mét de verplichting. Met deze veronderstelling wordt aansluiting gezocht bij het expliciet voor het beslag in artikel 6:252 lid 3 BW bepaalde. Hoewel ik hierboven aangaf dat het kwalitatieve karakter van de verplichting de verplichting ‘in de rusttoestand’ niet anders maakt dan een willekeurige verplichting tot een dulden of niet doen, valt hier toch wel iets op af te dingen. In de navolgende paragraaf zal blijken dat bij een handelen door de curator dat tegengesteld is aan de verplichting tot dulden of niet doen, er bij een kwalitatieve verplichting toch andere regels gehanteerd moeten worden dan bij een soortgelijk handelen bij een ‘reguliere’ verplichting tot dulden of niet doen.

7.3.2 Gebondenheid van de curator in de ‘rusttoestand’¹⁷

Gedurende de looptijd van het faillissement zou zich de situatie kunnen voordoen dat de curator in strijd met de verplichting het registergoed gaat bezwaren, verhuuren of verpachten, of het goed zelf gaat bewonen. De vordering die de crediteur in zal willen stellen, is er een tot staken van de schending. Zoals we in de vorige paragraaf zagen onderscheidt een verplichting tot dulden of niet doen zich in beginsel niet van een tot een geven of doen zodat de conclusie moet luiden dat de crediteur slechts een schadevergoedingsvordering ter verificatie in kan dienen. Deze constatering legt het accent duidelijk op het verbintenisrechtelijke karakter van de verplichting, omdat bij een zakelijk recht eenieder, dus ook de curator aan de verplichting gebonden is. Een argument om het zwaartepunt te leggen bij het verbintenisrechtelijke karakter kan worden gevonden in de Parlementaire Geschiedenis bij artikel 3:273 BW,¹⁸ op grond van welk artikel beperkte rechten en kwalitatieve verplichtingen zouden moeten vervallen ten gevolge van parate executie gevolgd door betaling en levering. Aan de orde was de vraag of de vergoeding die als gevolg van artikel 3:282 BW wordt toegekend aan voormalig beperkt gerechtigden wier recht is vervallen door zuivering, ook moest toekomen aan (voormalig) gerechtigden tot een kwalitatieve verplichting. De wetgever maakte een uitdrukkelijk verschil tussen de beide groepen gerechtigden met het argument dat de kwalitatieve verplichting primair een verbintenis was en bleef, en het niet aanging de gerechtigde uit de verplichting een sterker positie te verschaffen dan die van andere schuldeisers. Getransponeerd naar de situatie van faillissement ligt het in de lijn ook hier het verbintenisrechtelijke karakter voorop te stellen en de gerechtigde slechts recht te geven op een ter verificatie in te dienen concurrente vordering. Gaat de curator gedurende het faillissement echter over tot flagrante schending van de verplichting, bijvoorbeeld van een bouwverbod, dan zal een vordering in geld niet

17 Zoals gezegd moet onder gebondenheid worden verstaan of de curator gehouden is de verplichting na te komen, niet of de vordering ter verificatie kan worden ingediend.

18 Waarover uitgebreid § 6.4.2.3 en Parl. Gesch. Boek 6, p. 939.

zijn wat recht doet aan het bijzondere karakter van de verplichting. Zou de curator bijvoorbeeld het registergoed tegen de geest van de verplichting in onomkeerbaar verbouwen en vervolgens verhuren, dan is degene aan wie wordt verhuurd op grond van artikel 6:252 lid 1 BW wél aan de kwalitatieve verplichting gebonden,¹⁹ maar dat neemt niet weg dat het leed al is geschied: het registergoed is verbouwd. Een argument dat nu gebruikt zou kunnen worden om toch directe gebondenheid van de curator aan de verplichting aan te nemen in die zin dat hij gehouden is de verplichting te respecteren, is de ratio van artikel 35a Fw. Zoals we zagen is de curator bij verkoop van het registergoed niet gebonden aan verplichtingen ter zake van het goed, die ten tijde van het faillissement niet waren ingeschreven. A contrario is hij wel gebonden aan wél ingeschreven verplichtingen, die immers stand houden in faillissement. Ratio van deze regeling zal zijn geweest het bestendigen van de verplichting, iets wat zich niet verdraagt met de mogelijkheid dat de verplichting de facto al vóór verkoop door de curator blijvend gefrustreerd zou kunnen worden.

Uit het hierboven gegeven voorbeeld blijkt dat een onderscheid gemaakt moet worden tussen de situatie dat de verplichting op zich geschonden wordt, maar de schending niet leidt tot een definitief illusoir worden van de verplichting, en de situatie waarin dit wel zo is.

In het eerste geval – de curator verhuurt bijvoorbeeld een goed gedurende de periode dat dit zich in de boedel bevindt, een en ander in weerwil van een verbod tot verhuur –, zal de schadevergoedingsvordering ter verificatie moeten worden ingediend. In het tweede geval – de curator sloop bijvoorbeeld het goed, in weerwil van een verbod tot sloop, zodat de facto de verplichting is uitgewerkt – is mijns inziens wel sprake van directe binding van de curator en kan direct actie jegens de curator ondernomen worden. Immers, als hij het goed verkoopt en levert moet hij dit doen met oplegging van de kwalitatieve verplichting die dan inhoudsloos is geworden. Vorenstaande conclusie doet enerzijds recht aan het verbintenisrechtelijke karakter van de verplichting, dat de conclusie rechtvaardigt dat het indienen ter verificatie van een vordering de enige mogelijkheid is, terwijl anderzijds recht wordt gedaan aan het kwalitatieve karakter door in situaties van onherstelbare schending het accent naar het zakelijke karakter te verleggen.

Van een andere orde is de situatie dat de curator aan heeft gegeven de overeenkomst gestand te willen doen en aldus een boedelschuld heeft gecreëerd. Zou hij overgaan tot schending van de verplichting dan levert dit wanprestatie van de curator op (onder omstandigheden wellicht zelfs een onrechtmatige daad) en daarmee een boedelschuld.²⁰

19 Indien dit tenminste in de overeenkomst was bedongen, zie Hoofdstuk 5.

20 Zie hieromtrent §7.5 waar uitgebreid in wordt gegaan op artikel 37 Fw.

7.3.3 De opzeggingsbevoegdheid van de curator

Zoals in §6.3.2 aan de orde is geweest, is de kwalitatieve verbintenis een duurovereenkomst; een overeenkomst die voortdurende verbintenissen in het leven roept en die onder omstandigheden door partijen kan worden opgezegd.²¹ In het kader van de vraag naar gebondenheid van de curator, rijst de vraag of hem wellicht de bevoegdheid toekomt de verbintenis gedurende het faillissement, nog vóór verkoop van het betreffende registergoed, op te zeggen. Net als in de situatie buiten faillissement, zal naar mijn mening ook in faillissement terughoudend moeten worden omgegaan met het aannemen van een opzeggingsbevoegdheid. Toepassing van de artikelen 6:258 en 259 BW ligt eerder in de rede.

7.4 DE VERPLICHTING WAS NOG NIET 'COMPLEET'

De tweedeling van de kwalitatieve verplichting in een basisovereenkomst en een verplichting tot kwalitatief maken blijkt in vele opzichten relevant. Indien beide elementen ten tijde van het faillissement al waren gecompleteerd, geldt wat in de voorgaande paragrafen is uiteen gezet. Was de verplichting echter ten tijde van het intreden van het faillissement nog niet compleet, dan loont het de moeite onderscheid te maken in de navolgende situaties:

1. alleen de basisovereenkomst bestaat, er is nog geen overeenkomst tot kwalitatief maken;
2. beide elementen bestaan al, maar er is nog geen notariële akte opgemaakt;
3. er is al wel een akte opgemaakt, maar deze is nog niet ingeschreven.

In voorgaande paragrafen is steeds uitgegaan van de situatie dat de kwalitatieve verplichting al was aangegaan en ingeschreven ('compleet' was), vóór de dag van het uitspreken van het faillissement. Uitgangspunt in faillissement is het zogenaamde 'fixatiebeginsel'; het principe dat door het intreden van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt.²² De failliet en zijn wederpartij blijven onverkort gebonden aan de door hen voordien gemaakte afspraken,²³ zij het dat het vermogen van de failliet niet meer te zijner beschikking staat.

De Memorie van Toelichting formuleert het als volgt:

21 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 71.

22 HR 31 december 1909, W 8957 en in gelijke zin HR 5 januari 1923, NJ 1923, 359, W 11 022 waarin gesproken wordt van 'het systeem van fixatie van de rechten van crediteuren op het ogenblik van het faillissement'.

23 Polak/Wessels 2465, p. 253.

Het faillissement betreft uitsluitend de goederen van de schuldenaar, niet ook diens persoon. Het vonnis van faillietverklaring spreekt de gerechtelijke inbeslagneming van de boedel uit, laat daarentegen de persoon van den schuldenaar geheel ongemoeid. (...) Maar evenals deze [degene op wiens vermogen beslag is gelegd, NvO] het gelegde beslag moet eerbiedigen en zich dus heeft te onthouden van zoodanige beschikkingen over de in beslag genomen voorwerpen waardoor de in beslag nemende schuldeischers benadeeld of het doel der beslagneming verijdeld zou kunnen worden, zoo heeft ook de schuldenaar wiens gehele boedel gerechtelijk in beslag genomen, m.a.w. failliet verklaard is, dit gerechtelijke beslag te eerbiedigen en zich te onthouden van al wat het effect daarvan zou kunnen verijdelen of verminderen. De failliet staat niet, zoals wel beweerd is, onder curateele; integendeel, hij is bekwaam om te handelen speciaal om overeenkomsten te sluiten; hij kan zich verbinden gelijk voorheen; tot nakoming dier verbintenissen kan tegen hem in rechte geageerd worden; de vonnissen deswege tegen hem gewezen kunnen in het algemeen ten uitvoer gelegd worden; alleen niet op zijn in beslag genomen vermogen.

Uit vorenstaande vloeit in beginsel voort dat indien de failliet op of ná de dag van uitspreken van het faillissement een verplichting aangaat, hij evenzeer gebonden is als wanneer hij de verplichting vóór faillissement zou zijn aangegaan, maar dat bij diens niet-nakoming de wederpartij zich zal dienen te onthouden van verhaal op het door het faillissementsbeslag bestreken vermogen. Indien de kwalitatieve verplichting nog niet gecompleteerd is (er is nog geen inschrijving in de openbare registers) is de vraag of het completeren überhaupt nog wel mogelijk is.

7.4.1 Vóór faillissement was er slechts een basisovereenkomst

Een eerste mogelijkheid is dat de gefailleerde al ten aanzien van een hem toebehorend registergoed een verplichting tot dulden of niet-doen met een wederpartij was aangegaan. Hoewel deze verplichting beoogd wordt derdenwerking te hebben, is er nog geen notariële akte van opgemaakt en is er niets ingeschreven in de openbare registers. In dit geval geldt dat indien de failliet de crediteur is, de curator als vertegenwoordiger van de failliet²⁴ nakoming van de verplichting zal kunnen vorderen en hem alle rechten ten dienste zullen staan die een partij bij een overeenkomst heeft bij niet-nakoming door diens wederpartij. Hierbij kan worden gedacht aan ontbinding (artikel 6:265 BW), opschorting zijnerzijds van zijn verplichtingen (artikel 6:262 BW) of het vorderen van schadevergoeding bij wanprestatie (artikel 6:74 BW). Ook de reële executie kan hier soelaas bieden. De wederpartij kan wellicht op zijn beurt artikel 37 Fw. in stelling brengen, waarover meer in §7.5.

²⁴ MvT op Fw 25: De curator wordt daarom in 't Ontwerp beschouwd als de wettelijk vertegenwoordiger van de schuldeischers, en omdat hij dit is, tevens als de vertegenwoordiger van den schuldenaar.

Is daarentegen de failliet de debiteur, dan geldt wat hierboven al is uiteen gezet: uit de aard van de verplichting vloeit voort dat bij een gebleken schending door de debiteur-failliet of door de curator zelf de curator in principe niet tot nakoming kan worden gedwongen, wat de acties van de crediteur terugbrengt tot de ter verificatie in te dienen vordering tot schadevergoeding.

7.4.2 De overeenkomsten bestaan al, er is nog geen notariële akte

Bestaan de basisovereenkomst en de overeenkomst tot kwalitatief maken al, maar is van deze laatste overeenkomst nog geen akte opgesteld dan geldt hetzelfde als hierboven vermeld.

Bij beide overeenkomsten zal de wederpartij van de failliet slechts een concurrente vordering hebben, die hij ter verificatie moet indienen. Bij faillissement van de crediteur zou voor de curator van de crediteur-failliet een mogelijkheid kunnen zijn het vragen van een rechterlijke uitspraak als bedoeld in artikel 3:300 BW. Voor de wederpartij van de debiteur-failliet blijft echter de hoofdregel staan, dat de curator niet tot nakoming kan worden gedwongen en dat reële executie niet leiden kan tot een verplichting tot medewerking van de curator. Bovendien bestaat er nog de complicatie van het al eerder besproken artikel 35a Fw. welk artikel bepaalt:

‘Indien een beding als bedoeld in artikel 252 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek op de dag van faillietverklaring nog niet in de openbare registers was ingeschreven, kan de curator het registergoed ten aanzien waarvan het is gemaakt, vrij van het beding overeenkomstig de artikelen 101 of 176 verkopen.’

In deze tekst wordt benadrukt dat de wetgever de curator bij verkoop niet gebonden acht aan de eerder gesloten overeenkomst als bedoeld in artikel 6:252 BW. Vorenstaande strookt met wat in het algemeen geldt voor verbintenissen in faillissement, en lijkt in die zin dan ook een open deur. Ook ten aanzien van door de failliet aangegane (obligatoire) kettingbedingen geldt dat de curator bij verkoop niet aan deze bedingen gebonden geacht wordt, ook al is de failliet ze wel zelf aangegaan.²⁵

7.4.3 Alleen de inschrijving in de openbare registers ontbreekt

Kan ingeval de akte al door partijen was opgemaakt de curator van de crediteur-failliet eigenmachtig inschrijving in de openbare registers bewerkstelligen? In het algemeen wordt aangenomen dat inschrijving in de openbare registers kan geschieden door degene die bij die inschrijving belang heeft.²⁶ En is, indien de failliet de

25 HR 17 mei 1985, NJ 1986 (Curaçao/Boyé) en Van Huizen, Overgangsrecht NBW, WPNR 6007 (1991), p. 381.

26 Van Straaten, Kadaster, openbare registers en derdenbescherming, p. 55 die als voorbeeld aanhaalt artikel 3:89 lid 1 BW op basis waarvan vervreemder en verkrijger gelijkelijk tot inschrijving bevoegd zijn.

debiteur is, de wederpartij van de failliet hiertoe gerechtigd? Moet in casu een parallel getrokken worden met enerzijds het bepaalde in artikel 3:84 lid 1 BW – op basis waarvan ten tijde van de levering (i.e. de inschrijving in de openbare registers) sprake moet zijn van beschikkingsbevoegdheid van de ‘vestiger’ – en anderzijds met artikel 35 Fw.? In dit laatste artikel dat spreekt over levering, wordt bepaald dat indien op de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen die voor een levering door de schuldenaar nodig zijn hebben plaatsgevonden, de levering niet meer rechtsgeldig kan geschieden. Inschrijving van de akte zal dan niet het gewenste resultaat hebben.

7.4.3.1 *Is beschikkingsbevoegdheid noodzakelijk?*

In §4.4.3.1 heb ik betoogd dat voor het verlenen van het gewenste effect aan een kwalitatieve verplichting, beschikkingsbevoegdheid aan de zijde van de debiteur vereist is. In faillissement geldt dan hetzelfde, wat betekent dat indien ten tijde van het intreden van het faillissement nog niet alle formaliteiten zijn verricht, door het verliezen van de beschikkingsonbevoegdheid rechtsgeldige voltooiing niet meer mogelijk is. Kan in dit licht bezien de curator die de kwalitatieve verplichting wél wil voltooien zich opwerpen als vertegenwoordiger van de failliet en alsnog inschrijving van de verplichting bewerkstelligen? Uit de redactie van artikel 35a Fw. blijkt dat de curator het registergoed *kan* verkopen vrij van het beding. Hij is hiertoe echter niet verplicht en heeft dus met het oog op slechts dat artikel de vrijheid wel mee te werken aan inschrijving van het beding in de openbare registers en verkoop van het goed mét het beding. Alhoewel ‘belasting’ van een tot het vermogen van de failliet behorend registergoed in strijd lijkt met de taak van de curator, zijnde het vertegenwoordigen van de belangen van de schuldeisers (en failliet), kan het belang van ‘bezwaar’ gelegen zijn in een eventueel verschuldigde tegenprestatie door de wederpartij, welke tegenprestatie ex artikel 6:252 lid 4 BW na inschrijving ervan mét de verplichting overgaat op verkrijgers van het goed. Door de verkregen tegenprestatie zou de waarde van het goed mét de verplichting hoger kunnen zijn dan zonder.

Zou de curator besluiten zijn medewerking te verlenen aan de inschrijving van het beding in de registers, dan is de vraag of deze inschrijving het gewenste gevolg heeft of dat artikel 35 Fw. roet in het eten gooit. In het arrest Van Mosselaar Vastgoed/Lagero²⁷ bepaalde de Hoge Raad over de reikwijdte van artikel 35 lid 1 Fw.:

‘Anders dan het onderdeel betoogt kan ook de curator in een geval als hier aan de orde is, de levering niet voltooien. Zou de curator een tot levering van een registergoed bestemde akte, die vóór de faillietverklaring van de vervreemder is verleden, na diens faillietverklaring kunnen doen inschrijven, dan zou uit de openbare registers blijken dat

27 HR 14 juli 2000, NJ 2001, 685 m.nt. SCJJK, zie ook Asser-Mijnssen-De Haan, nr. 210.

een voor de dag van de faillietverklaring verleden tot levering bestemde akte, na dat tijdstip is ingeschreven. Uit de registers blijkt niet dat degene die deze akte heeft doen inschrijven, daartoe bevoegd was. De mogelijkheid daartoe moet dan ook worden verworpen omdat aanvaarding daarvan de rechtszekerheid, die met het stelsel van openbare registers wordt beoogd, geweld zou aandoen. Nu art. 35 lid 1 voor alle groepen van goederen geldt, zal ook ten aanzien van een levering die is vereist voor de overdracht van een goed als bedoeld in art. 3:94 moeten worden aangenomen dat de curator deze levering niet kan voltooien. Het onderdeel faalt derhalve.'

Alhoewel Kortmann in zijn noot onder het arrest zijn vraagtekens zet bij de juistheid van deze uitspraak, merkt hij op:

'De beslissing is niet voor tweeërlei uitleg vatbaar: een levering die op het moment van het faillissement van de vervreemder nog niet volledig is verricht, kan nadien niet meer rechtsgeldig worden voltooid, noch door de vervreemder, noch door de verkrijger, en ook niet door de curator in het faillissement van de vervreemder.'

Gezien de achtergrond van de beslissing van de Hoge Raad (toelaten van inschrijving door de curator zou tot onduidelijkheid kunnen leiden bij inzage in de registers) en de parallel die ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid voor de verplichting al gemaakt is met een beperkt recht, neem ik aan dat ook voor de verplichting geldt dat een reeds verleden akte door de curator niet meer met het gewenste gevolg in de registers kan worden ingeschreven.

Wat nu als het aangaan van de verplichting bijzonder in het belang van de boedel zal zijn? Kan dan de curator een nieuwe overeenkomst tot kwalitatief maken met de crediteur aangaan, hiervan een notariële akte opstellen en deze laten inschrijven in de openbare registers of loopt deze weg reeds hierom dood omdat het goed niet aan de curator 'toebehoort'?

Indien het in artikel 6:252 lid 1 BW gebruikte begrip 'toebehoren' niet zou mogen worden gelezen als 'beschikkingsbevoegd', zou dit tot de conclusie leiden dat het de curator, aan wie immers de eigendom van het registergoed niet toekomt (deze berust immers nog steeds bij de failliet), niet is toegestaan een nieuwe overeenkomst aan te gaan. Hij zou wel beperkte rechten mogen vestigen, maar geen kwalitatieve verplichting, wat m.i. niet de bedoeling kan zijn. In mijn opvatting waarin het uiteindelijk gaat om beschikkingsbevoegdheid in die gevallen waarin die niet samenvalt met toebehoren, is de curator wel bevoegd een nieuwe overeenkomst tot kwalitatief maken aan te gaan en deze vast te leggen in een notariële akte, welke vervolgens door (of vanwege) zowel de crediteur als de curator in de openbare registers kan worden ingeschreven.

7.5 DE ROL VAN ARTIKEL 37 Fw. BIJ DE VERPLICHTING IN FAILLISSEMENT

Zowel ten aanzien van de basisovereenkomst als van de overeenkomst tot kwalitatief maken kan de vraag worden gesteld of hier sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 37 Fw.

Artikel 37 Fw. bepaalt in het algemeen voor wederkerige overeenkomsten dat indien geen van partijen geheel aan zijn verplichtingen heeft voldaan, de wederpartij van de gefailleerde de curator schriftelijk een redelijke termijn kan stellen waarbinnen deze de overeenkomst gestand kan doen, op straffe van verval van het recht zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen.²⁸

Over de vraag of bij duurverbintenissen artikel 37 Fw. van toepassing is, zijn in de literatuur de meningen verdeeld. Kern van de discussie is of door het enkele aangaan van de verplichting door de debiteur deze aan zijn verplichting voldaan heeft, dan wel of er sprake is van een repeterende verplichting. In de discussie wordt als voorbeeld genomen de huurovereenkomst ten aanzien waarvan wel wordt betoogd dat door het enkele ter beschikking stellen van de te (ver-)huren ruimte, de verhuurder aan zijn verplichting heeft voldaan. Mijns inziens is deze opvatting onjuist. Zou in het geval van huur aangenomen worden dat de verhuurder met het enkele overhandigen van de sleutels aan zijn verplichting zou hebben voldaan, dan zou dit miskennen dat gedurende de gehele duur van de huurovereenkomst de verhuurder gehouden is die ruimte ter beschikking te blijven stellen, een voortdurende actieve prestatie derhalve. De stelling dat de verhuurder zich slechts gedurende de termijn van de huurovereenkomst dient te onthouden van het maken van inbreuk op het woongenot, miskent allereerst dat het verrichten van een prestatie ook een niet-doen of dulden kan omvatten, alsmede dat een dergelijke opvatting de deur open zou zetten voor misbruik. Het niet maken van inbreuk op woongenot is immers de negatieve kant van het actieve verschaffen van woongenot. Het kan niet zo zijn dat door het negatief formuleren van een verplichting regels buiten spel worden gezet.²⁹ Daarnaast zou het aannemen van een enkele verplichting tot de conclusie moeten leiden dat betaling van de huurtermijnen eigenlijk een uitgestelde betaling is. Al bij het ter beschikking stellen van de sleutels zou dan eigenlijk de gehele huursom voldaan moeten worden. Vorenstaande opvatting strookt niet met het gezonde verstand, noch met het gegeven dat de huurtermijnen eerst vervallen als ook daadwerkelijk het huurgenot wordt verschaft.

28 Op grond van artikel 68 Fw. zal de curator indien deze zich tot nakoming van de overeenkomst bereid wil verklaren, hiervoor machtiging van de rechter-commissaris behoeven.

29 Zoals bijvoorbeeld ook dikwijls wordt aangevoerd bij het negatief formuleren van de inhoud van een kwalitatieve verplichting, die uiteindelijk een doen beoogt, zoals de verplichting om geen ander bier te schenken dan merk X, wat de facto neerkomt op de verplichting om merk X te schenken.

In die zin bezien vormen de huurtermijnen toekomstige vorderingen en is er geen sprake van een vordering onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling.³⁰ Deze termijnen vervallen immers ook steeds na ommekomst van een periode van verschaffing van huurgenot.

Als er sprake is van een repeterende verplichting zal dus (vrijwel) steeds sprake zijn van een situatie waarin door één van de partijen, in casu de debiteur van de kwalitatieve verplichting, nog niet volledig aan de overeenkomst is voldaan. (Bij een periodieke tegenprestatie zal dit eveneens gelden voor de crediteur.) Artikel 37 Fw. is dan vanuit dit perspectief (vrijwel) altijd van toepassing. Dat zou alleen anders zijn als zou moeten worden aangenomen dat dit artikel niet van toepassing is op duurovereenkomsten. Anders dan de meeste auteurs meen ik met Polak dat dit wel het geval is.³¹ Ook voor de verplichting tot kwalitatief maken echter heeft artikel 37 Fw. betekenis, zij het dat deze overeenkomst natuurlijk niet als duurovereenkomst kwalificeert. Ik zal vorenstaande toelichten zowel voor de situatie dat de verplichting nog niet 'compleet is', als die waarin dat wel het geval is.

7.5.1 De verplichting is nog niet compleet

Ook bij de verplichting tot het opmaken van de akte en inschrijving daarvan in de openbare registers kan artikel 37 Fw. van toepassing zijn. Beide partijen zijn overeen gekomen dat de verplichting uit de basisovereenkomst kwalitatief wordt gemaakt, en beiden zijn gehouden hun afspraak na te komen. Vorenstaande moet zich uiten in het opmaken van een notariële akte en inschrijving ervan in de openbare registers. Moet de akte nog worden opgemaakt dan geldt voor beide partijen dat zij de overeenkomst nog niet geheel hebben uitgevoerd. Aan de wederpartij van de failliet komt de bevoegdheid toe de curator een termijn te stellen waarbinnen deze aan kan geven of hij de overeenkomst gestand doet. Geeft de curator aan de overeenkomst gestand te willen doen, dan transformeert de verplichting hiermee tot een boedelschuld die geen verificatie behoeft en een onmiddellijke aanspraak op de boedel geeft.³² Voor boedelschulden is ex artikel 24 Fw. de boedel aansprakelijk. De curator is dan bovendien gehouden zekerheid te stellen voor de nakoming van zijn verplichtingen.

Indien de curator ex artikel 37 Fw. zou aangeven mee te willen werken aan het opmaken van de akte en inschrijving van de verplichting in de openbare registers (er ontstaat een boedelschuld) om dit vervolgens feitelijk toch niet te doen, zou

30 Zie HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 m.nt. WMK (Stichting Ontwikkelingsfonds Visserij/ABN) waarin onderscheid werd gemaakt tussen toekomstige vorderingen en vorderingen onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling.

31 Zie voor de discussie hieromtrent Polak-Wessels I, par. 1321.

32 HR 27 mei 1988, NJ 1988, 964 m.nt. G (AMRO-bank/Den Hollander q.q.) en HR 28 november 1930, NJ 1931, p. 253 (Teixera de Mattos).

zich de vreemde situatie kunnen voordoen dat de curator met de wet in de hand over zou kunnen gaan tot verkoop ex artikel 35a Fw. zónder de verplichting. Kan in dat geval wel worden gezegd dat hij wanprestatie pleegt nu de wet hem expliciet de gelegenheid geeft zonder de verplichting te verkopen? Naar mijn mening wel. Heeft de curator expliciet te kennen gegeven zijnerzijds de overeenkomst gestand te willen doen, dan valt dit te beschouwen als het doen van 'afstand' van de hem op grond van artikel 35a Fw. toekomstige bevoegdheid en pleegt hij wanprestatie jegens de crediteur, wat een boedelschuld oplevert. Bovendien zou betoogd kunnen worden dat de derde aan wie het registergoed zonder de verplichting wordt verkocht en geleverd, onrechtmatig handelt jegens de stipulator, dit afhankelijk van de vraag of de derde te goeder trouw was.³³

7.5.2 De verplichting was al wel compleet

De curator behoeft gedurende de 'rusttoestand' de verplichting in beginsel niet te respecteren zagen we in §7.3.2. Zou de curator ertoe neigen de verplichting te schenden of wil de crediteur gewoon duidelijkheid, dan geldt wat hiervoor in het algemeen voor duurovereenkomsten is opgemerkt namelijk dat artikel 37 Fw. van toepassing is en ook hier de curator gevraagd kan worden of hij de overeenkomst gestand wil doen. Geeft de curator te kennen de overeenkomst niet gestand te willen doen, dan heeft de wederpartij het recht om, naast bijvoorbeeld het invoeren van de exceptio non adimpleti contractus (hij behoeft een eventuele tegenprestatie niet te betalen),³⁴ gehele of gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst te bewerkstelligen met eventueel aanvullende schadevergoeding of vervangende schadevergoeding.³⁵ Nu ontbinding geen terugwerkende kracht heeft maar ongedaanmakingsverbintenissen dan wel waardevergoedingsaanspraken in het leven roept, zal in de praktijk ex artikel 37a Fw. de schuldeiser als concurrent crediteur opkomen en zullen de vorderingen ter verificatie moeten worden ingediend. Lastig zal in dat geval zijn het aantonen dan wel begroten van eventuele schade.

Het lijkt onlogisch dat een crediteur de overeenkomst ontbindt. Ook als de curator niet nakomt, geldt immers bij een 'complete verplichting' dat het goed slechts mét de verplichting kan worden verkocht. Op dat moment krijgt de verplichting weer inhoud. Gedurende de 'rusttoestand' waarin de curator de verplichting schendt zal de crediteur zijn eventuele tegenprestatie op kunnen schorten op grond van artikel 6:262 BW. Zou echter de crediteur al van de overeenkomst af gewild hebben, bijvoorbeeld omdat hij de tegenprestatie niet (meer) in verhouding vindt staan met zijn recht uit de kwalitatieve verplichting, dan heeft hij hier een mogelijkheid om te ontbinden en ook voor de toekomst van de verplichting af te zijn.

33 Zie ook de discussie hieromtrent bij kettingbedingen in §3.6.

34 Artikel 6:262 BW.

35 Respectievelijk artikel 6:265 BW, 6:277 BW en 6:87 BW.

Wil de curator de verplichting wél gestand doen, dan behoeft hij ex artikel 68 lid 2 Fw. de goedkeuring van de rechter-commissaris. Bij het gestand doen van een overeenkomst kan er immers een breuk ontstaan met de *paritas creditorum*.³⁶ De curator zal het belang van de overige schuldeisers moeten zetten tegenover het belang van de crediteur die zijnerzijds de nakoming van de tegenprestatie opschort.

7.6 HANDELEN VAN DE FAILLIET VLAK VÓÓR OF NA HET INTREDEN VAN HET FAILLISSEMENT

In de voorgaande paragrafen hebben we de situaties bekeken dat de (latere) failliet de verplichting (ruim) voor het intreden van het faillissement heeft gecompleteerd of dat de curator dit na het intreden van het faillissement doet.

Het is natuurlijk ook mogelijk dat de verplichting wordt aangegaan door de (aanstaand) failliet vlak voor het uitspreken van het faillissement (maar wel op dezelfde dag), dan wel vlak erna. Op grond van het bepaalde in artikel 23 Fw. verliest de failliet vanaf de dag van zijn faillietverklaring, die dag daaronder begrepen, de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen. Het faillissement maakt de failliet niet handelingsonbekwaam, maar zijn handelingen kunnen in beginsel geen invloed hebben op het vermogen waarop het faillissementsbeslag rust.³⁷ De woorden in beginsel, hebben betrekking op het bepaalde in artikel 24 Fw., op grond waarvan de failliete boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar ná de faillietverklaring aangegaan, dan zover deze ten gevolge daarvan is gebaat.³⁸

De boedel kan gebaat zijn in twee situaties:

- a. de eerder genoemde situatie dat er een grote tegenprestatie wordt bedongen, en
- b. indien de failliet de crediteur uit de verbintenis is en aan het recht een bepaalde 'nuisance-value' kan worden toegekend.

Indien de verbintenis op de dag van het uitspreken werd aangegaan (gecompleteerd), nog voordat het faillissement werd ingeschreven, kan worden aangevoerd dat de wederpartij van de failliet niet op de hoogte kón zijn van het faillissement en daarom enige vorm van bescherming zou verdienen. Mag op de bepaling van artikel 24 Fw. een uitzondering worden gemaakt voor de situatie dat de failliet op de dag van faillissement, derhalve voorafgaand aan de inschrijving van het faillissement, heeft meegewerkt aan de inschrijving van een kwalitatieve verplichting in de openbare registers? Wordt de wederpartij die niet van het faillissement op de

36 HR 20 maart 1981, NJ 1981, 640 m.nt. CJHB (Veluwse Nutsbedrijven) en HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896 (Van der Hel/Edon).

37 Polak, Faillissementsrecht, p. 58.

38 HR 11 januari 1980, NJ 1980, 563 m.nt. BW (ABC/Emmerig) en Polak, Faillissementsrecht, p. 60 en de verwijzingen aldaar.

hoogte kón zijn op enige wijze beschermd? De faillissementswet maakt geen melding van derdenbeschermende bepalingen. Het faillissement werkt jegens derden vanaf 0.00 uur van de dag waarop het faillissement werd uitgesproken, dit ongeacht het moment van publicatie. Of de derde die handelde met de (aankomend) failliet te goeder trouw is niet relevant.³⁹

Zou de derde als crediteur uit de kwalitatieve verplichting eventueel een beroep kunnen doen op het bepaalde in artikel 3:24 BW? Volgens dit al eerder besproken artikel⁴⁰ wordt de verkrijger van een recht op een registergoed onder bijzondere titel⁴¹ beschermd tegen voor inschrijving in de openbare registers vatbare feiten met betrekking tot dat registergoed, indien dat betreffende feit ten tijde van de verkrijging niet in de openbare registers ingeschreven was. Weliswaar wordt er voor het faillissement een uitzondering gemaakt in artikel 3:24 lid 2 sub c BW, maar slechts indien het betreffende feit (het faillissement) ten tijde van de verkrijging ook daadwerkelijk in het faillissementsregister was ingeschreven. Mag hieruit worden geconcludeerd dat indien de verplichting wordt ingeschreven in de openbare registers op een moment waarop het faillissement wel al is uitgesproken maar nog nergens is ingeschreven, dat wil zeggen noch in het faillissementsregister noch in de openbare registers, de derdeverkrijger toch bescherming kan ontleenen aan artikel 3:24 lid 1 BW? Hierover zijn de meningen verdeeld. Van Hees is van mening dat dit inderdaad het geval is, terwijl Kortmann een andere mening voorstaat.⁴² Naar mijn mening moet artikel 3:24 lid 2 sub c BW aldus worden gelezen dat er inderdaad slechts een uitzondering op de bescherming van lid 1 wordt aangenomen, indien het faillissement daadwerkelijk in het faillissementsregister is ingeschreven. Vorenstaande leid ik af uit het gegeven dat er niet – zoals in artikel 3:24 lid 1 sub a BW – wordt gesproken van feiten die ‘vatbaar zijn voor inschrijving’, maar om ‘ingeschreven rechterlijke uitspraken’. Hoewel nergens in de Parlementaire Geschiedenis expliciet op dit dilemma wordt ingegaan,⁴³ lijkt deze uitleg het meest te stroken met de bedoeling van de wetgever. Zou iets anders worden aangenomen dan mist lid 2 sub c in een faillissementssituatie iedere betekenis.

7.6.1 Schending van de verplichting tijdens faillissement door de failliet

Heeft de schending door de debiteur-failliet plaats tijdens faillissement, dan kan de crediteur de failliet zelf aanspreken. De failliet is immers gewoon handelingsbe-

39 HR 11 januari 1980, NJ 1980, 563 (ABC/Emmerig).

40 §4.6.1.

41 In §4.6.1 betoogde ik al dat het aangaan van een kwalitatieve verplichting voor de toepassing van dit artikel moet worden beschouwd als een recht op een registergoed.

42 Van Hees, notaris en faillissement, in: Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht, p. 97 en Kortmann, Derden in het faillissementsrecht, AAe 46 (1997), p. 320.

43 Parl. Gesch. Boek 3, p. 136.

kwaam,⁴⁴ maar kan niet de boedel binden. Een eventuele veroordeling tot schadevergoeding in geld kan dus de failliete boedel niet binden (behoudens indien de boedel bij de schending is gebaat) maar slechts het buiten faillissement blijvende vermogen kan de crediteur tot verhaal dienen. Meer baat zal de crediteur hebben bij directe reële executie (fysiek tegenhouden van de schending).

De vordering die de crediteur uit de verplichting jegens de failliet heeft kan niet ter verificatie worden ingediend nu zij na het intreden van het faillissement is ontstaan.

7.7 BESLAG

Is bij faillissement sprake van een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de failliet, bij het zogeheten 'bijzondere beslag' is sprake van beslag op specifieke vermogensbestanddelen met ofwel als doel het behouden van verhaalsvermogen (conservatoir beslag), ofwel het te gelde maken van het beslagen goed teneinde een vordering op de opbrengst ervan te verhalen (executoriaal beslag).

Beslag wordt door een schuldenaar gelegd door tussenkomst van een deurwaarder. Deze schrijft een proces-verbaal van beslag in in de openbare registers. Eerst vanaf het moment van inschrijving heeft het beslag werking jegens derden. Bij een bijzonder beslag is geen sprake van beschikkingsonbevoegdheid van de beslagene, al wordt er soms wel van 'relatieve beschikkingsonbevoegdheid' gesproken. De beslagene kan het goed waarop beslag is gelegd gewoon vervreemden en bezwaren, maar jegens de beslaglegger kan geen beroep op de vervreemding of bezwaring worden gedaan.⁴⁵ Vorenstaande houdt in, dat indien een derde door vervreemding rechthebbende is geworden van een beslagen goed, de beslaglegger zijn verhaal op het betreffende goed gewoon voort kan zetten ook al is een derde eigenaar van het goed geworden. Dat geldt echter alleen indien het beslag al in de openbare registers was ingeschreven vóórdat de vervreemding was ingeschreven, en er geen sprake is van een leveringsakte die voor het moment van beslaglegging is verleden en uiterlijk een werkdag nadien wordt ingeschreven.^{46,47}

Ten aanzien van een kwalitatieve verplichting geldt ex artikel 6:252 lid 3 sub b BW dat het beding ook na inschrijving ervan geen werking heeft jegens een beslaglegger op het goed of een recht daarop indien de inschrijving van het beding op het tijdstip van inschrijving van het proces-verbaal van inbeslagneming nog niet had plaatsgevonden. Kort gezegd: was het beslag al ingeschreven toen het beding werd

44 Wat relevant is bij het aangaan van rechtshandelingen zoals bijvoorbeeld verhuur waarbij de boedel is gebaat.

45 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, Deventer, 2001, p. 115.

46 Artikel 505 lid 3 Rv. na HR 30 januari 1981, NJ 1982, 56 m.nt. WMK (Krans/Tan).

47 Met dien verstande dat artikel 505 lid 3 Rv. niet geldt voor bijvoorbeeld het maritale beslag of het beslag tot levering, zie artikel 734 Rv.

ingeschreven, dan is de beslaglegger niet aan het beding gebonden. Geldt ten aanzien van het beslag daarnaast ook het bepaalde in artikel 505 lid 3 Rv.? Goed beschouwd immers heeft de beslaglegger als het een kwalitatieve verplichting betreft een rianter positie dan wanneer het een beperkt recht betreft. Bij de vestiging van een beperkt recht is van toepassing het bepaalde in artikel 505 lid 3 Rv., dat letterlijk luidt:

‘Indien de akte betreffende de vervreemding of bezwaring voor de inschrijving van het beslag reeds was verleden, kan de vervreemding of bezwaring nog tegen de beslaglegger worden ingeroepen, mits de inschrijving van deze akte uiterlijk geschiedt de eerste dag, waarop het kantoor van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers na de dag van de inschrijving van het beslag voor het publiek opengesteld is’.

Niet valt in te zien waarom voor de kwalitatieve verplichting niet de extra bescherming van artikel 505 lid 3 Rv. zou gelden. Zowel bij de beperkte rechten als bij het aangaan van de verplichting betreft het het verkrijgen van zaaksgevolg, met dien verstande dat bij de kwalitatieve verplichting tussen partijen de verplichting al geldt. Naar mijn idee is dit des te meer reden om de partijen uit de overeenkomst ook de extra dag toe te kennen, mits natuurlijk aan de vereisten van lid 3 is voldaan. De wetgever heeft echter anders geoordeeld. Op een uitdrukkelijke vraag naar de toepasselijkheid van de leden 2 en 3 van artikel 505 Rv. heeft de Minister expliciet aangegeven:⁴⁸

‘De vraag in hoeverre een beding als bedoeld in artikel 6.5.3.4 lid 3 tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen, moet worden beantwoord aan de hand van de bijzondere regel van artikel 6.5.3.4 lid 3 aanhef en onder a en niet aan de hand van de regels van het tweede en derde lid van artikel 505. Het overeen komen van een beding als hier bedoeld kan ook niet gelden als ‘bezwaring’ in de zin van die leden, waarbij moet worden gedacht aan bezwaring met beperkte rechten als bedoeld in artikel 3.1.1.7. Wat het derde lid van artikel 505 betreft, verdient nog aantekening dat de daar opgenomen, in geval van vervreemding of bezwaring voor de verkrijger zeer gunstige regeling, niet ook behoort te gelden voor degene die zich een recht als bedoeld in artikel 6.5.3.4 bedong, maar niet terstond inschrijving heeft genomen. Er is geen reden hier af te wijken van de hoofdregel dat de volgorde van inschrijving in beginsel voor de rangorde beslissend is.’

De crediteur uit de verplichting krijgt dus niet de extra dag die aan beperkt gerechtigden wel toekomt. Uit de parlementaire geschiedenis valt niet expliciet af te leiden waarom de Minister geen aanleiding ziet aan te sluiten bij wat hieromtrent voor beperkte rechten is geregeld. Deze visie illustreert wederom de ambivalente houding van de wetgever jegens de verplichting. Enerzijds wordt de verplichting gekwalificeerd als een erfdienstbaarheid zonder heersend erf, die slechts in Boek 6

48 Parl. Gesch. Wetboek van Burg. Rv., p. 232 e.v.

is geplaatst om duidelijk de verbintenisrechtelijke acties van toepassing te laten zijn, terwijl anderzijds de plaatsing wordt gebruikt om de meeste bevoegdheden die aan beperkt gerechtigden toekomen buiten toepassing te verklaren. Naar mijn mening zou ook aan de crediteur uit de verplichting de extra dag moeten toekomen die als gevolg van artikel 505 lid 3 Rv. aan bijvoorbeeld beperkt gerechtigden toekomt. Op deze wijze wordt recht gedaan aan de 'plus' die het kwalitatief maken aan de verplichting geeft.

7.8 SAMENVATTING

In faillissement moet een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat de verplichting al in de openbare registers was ingeschreven en die waarin dit nog niet was gebeurd. In het eerste geval zal de curator in de 'rusttoestand' in beginsel niet tot nakoming kunnen worden gedwongen en zal de vordering van de crediteur zich oplossen in een geldvordering die ter verificatie kan worden ingediend. Een uitzondering moet worden aangenomen voor het geval schending een onomkeerbare situatie in het leven roept waardoor de nakoming van de kwalitatieve verplichting definitief onmogelijk is geworden. Heeft echter de curator aangegeven de overeenkomst gestand te willen doen, of handelt de curator met de niet-nakoming onrechtmatig jegens de crediteur dan zal de schuld die hieruit voortvloeit een boedelschuld zijn en preferent boven de andere schulden.

Bij verkoop van het goed uit de boedel is de curator gehouden het goed met het beding te verkopen, dit als gevolg van het bepaalde in artikel 35a Fw.

Is de verplichting nog niet 'compleet' op het moment van het intreden van het faillissement, dan moet een onderscheid worden gemaakt in drie stadia van 'ontwikkeling'. Naargelang het stadium waarin de verplichting zich bevindt kan al dan niet tot gebondenheid van de boedel en/of de curator worden geconcludeerd. Omdat artikel 35 Fw. ook van toepassing moet worden geacht op de kwalitatieve verplichting, kan een eenmaal aangevangen transactie niet meer worden gecompleteerd. Vorenstaande houdt in dat de curator een nieuwe overeenkomst tot kwalitatief maken met de crediteur zal moeten aangaan en deze zal moeten inschrijven. Zowel op de basisovereenkomst als op de overeenkomst tot kwalitatief maken kan artikel 37 Fw. van toepassing zijn. Heeft de curator eenmaal aangegeven van de geboden mogelijkheid tot gestanddoening gebruik te willen maken, dan is daarmee de weg naar artikel 35a Fw. afgesloten.

De failliet zelf kan na het intreden van het faillissement slechts een kwalitatieve verplichting aangaan indien de boedel hierbij is gebaat. Vindt inschrijving van de kwalitatieve verplichting plaats op een moment waarop het faillissement wel is uitgesproken maar nog niet is ingeschreven in het faillissementsregister, noch in de openbare registers dan zal de crediteur worden beschermd door de bepaling van

artikel 3:24 lid 1 BW, en mist de uitzondering van artikel 3:24 lid 2 sub c BW toepassing.

Tegen een beslaglegger ten slotte kan het beding niet worden ingeroepen indien het beslag al was ingeschreven op het moment dat de verplichting in de openbare registers werd ingeschreven. Een uitzondering moet worden gemaakt voor de situatie als bedoeld in artikel 505 lid 3 Rv. Er is geen reden om de verplichting voor de toepasselijkheid van dit artikel anders te behandelen dan een beperkt recht zodat de conclusie – duidelijk in afwijking van hetgeen hieromtrent in de Parlementaire Geschiedenis is gezegd – moet luiden dat ook bij vestiging van de kwalitatieve verplichting, het beslag niet zal kleven indien de akte houdende het kwalitatief maken van de verplichting is ingeschreven uiterlijk de eerste werkdag volgend op die waarop de akte werd verleden, mits natuurlijk de akte eerder is gepasseerd dan het beslag werd gelegd.

8 Duits recht

8.1 INLEIDING

Het Duitse rechtstelsel vertoont op punten grote gelijkens met ons rechtstelsel. Evenals in ons wettelijk systeem kent het Duitse recht een strikt onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten, bestaat een gesloten stelsel van zakelijke rechten, waaronder begrepen servituten, en een figuur die grote gelijkens vertoont met de kwalitatieve verplichting te weten de zogenaamde beschränkte persönliche Dienstbarkeit. Anderzijds kent Duitsland een abstract stelsel van overdracht, zijn de zakelijke rechten anders van inhoud dan bij ons en komen zij ook op andere wijze tot stand.

Om te kunnen beoordelen of er in het Duitse recht alternatieven voor dan wel equivalenten van onze kwalitatieve verplichting te vinden zijn, is het nodig eerst het Duitse wettelijk systeem in kaart te brengen. In het bijzonder is relevant te bezien welke criteria in Duitsland gelden wil aan een recht zaaksgevolg worden verleend en binnen welke rechten het vaststellen van de inhoud van zakelijke grenzen aan partijen zelf wordt overgelaten. Uitgegaan zal worden bij deze onderscheiding van het goederenrecht, waarbij op daarvoor relevante plaatsen nader op het verbintenissenrecht zal worden ingegaan. Interessant is reeds te melden dat ook in Duitsland sprake is van vervagende grenzen tussen het zaken- en het verbintenissenrecht. Zo kent het Duitse recht bijvoorbeeld het zogeheten 'Anwartschaftsrecht', het recht dat toekomt aan de koper-onder-eigendomsvoorbehoud, welk recht weer zelfstandig overdraagbaar is.¹

'Wenn von "quasi-dinglichen" Rechten die Rede ist, so wird an Rechtsinstitute angeknüpft, die wie die Vormerkung, zwischen schuld- und sachenrechtlichen Berechtigung stehen, bei denen sich die schuldrechtliche Forderung auf einen Rechtswechsel in einem beginnenden Recht an der Sache niederschlägt.'²

8.2 HET WETTELIJK SYSTEEM

Het goederenrecht is in Duitsland geregeld in het derde boek (Sachenrecht). Niet alle materiele voorschriften die betrekking hebben op het goederenrecht zijn in het

1 Zie hierover uitgebreid het zeer lezenswaardige artikel van Wolfgang Wiegand, Funktion und systematische Stellung des Sachenrechts im BGB, in: 100 Jahre BGB, 100 Jahre Staudinger, Staudinger Symposium, p. 107 ff.

2 Westermann-Sachenrecht, p. 6.

derde boek opgenomen; er zijn vele bepalingen te vinden in de andere Boeken, zoals in het algemene deel³ en het familierecht.⁴ Daarnaast zijn er bijzondere wetten waarin specifieke goederenrechtelijke regels zijn opgenomen als de Erbbauverordnung en het Wohnungseigentumsgesetz.

De afzonderlijke deelstaten (de 'Länder') komt slechts afzonderlijke wetgevende bevoegdheid op goederenrechtelijk terrein toe, voor zover dit uitdrukkelijk in het BGB is toegestaan,⁵ waarbij nog moet worden aangetekend dat het BGB de toegekende bevoegdheden op bepaalde terreinen weer kan beperken of zelfs geheel opzij kan zetten.⁶

In het Sachenrecht heeft de wetgever ervoor gekozen de onderwerpen die roerende en onroerende zaken gemeen hebben ook gezamenlijk te behandelen. Hierbij kan worden gedacht aan bepalingen betreffende bezit, de inhoud van de eigendom, de vormen van eigendom en de bescherming van de eigendom. Gescheiden van elkaar worden behandeld de afzonderlijke rechtsfiguren alsook de vestiging, overdracht en beëindiging van de eigendom en de beperkte zakelijke rechten. Hoewel in beginsel de regels van het verbintenissenrecht niet op het goederenrecht toepasbaar zijn⁷ zijn binnen het goederenrecht obligatoire rechtsverhoudingen te onderkennen.⁸ Daarnaast zijn op het Sachenrecht de algemene principes van het recht inzake rechtshandelingen van toepassing,⁹ met dien verstande dat het goederenrecht daarnaast zijn eigen specifieke regels kent.

Ook het Duitse systeem gaat uit van een gesloten stelsel van zakelijke rechten (Typenzwang). Erkend worden:

1. De eigendom.
2. Het Erbbaurecht.¹⁰
3. De Dienstbarkeiten (onder te verdelen in het Nießbrauch en de Grunddienstbarkeiten, waaronder begrepen de beschränkte persönliche Dienstbarkeiten).
4. Het Dauerwohnrecht.¹¹
5. De Reallast.
6. De dingliche Vor- und Wiederkaufsrechte.
7. De Pfandrechte.¹²

3 Denk hierbij aan begripsbepalingen als zaak, vrucht, bestanddeel etc.

4 Zoals bijvoorbeeld het vermoeden van eigendom in §1362 BGB.

5 Voorbeelden hiervan zijn te vinden in bijvoorbeeld de artikelen 106-133 EGBGB.

6 Zie voor een voorbeeld Baur/Stürner, Sachenrecht, Rn.13.

7 BGHZ 49, 263, 264 ff.

8 Denk aan de Herausgabeanspruch (restitutieaanspraak) van §§985 ff BGB.

9 Onder meer de leer met betrekking tot overeenstemming tussen wil en verklaring.

10 Opgenomen in de Erbbauverordnung.

11 Volles Nutzungsrecht an einem Grundstückszeil, opgenomen in de WEG, eigenlijk te beschouwen als een speciale vorm van mede-eigendom.

12 Ook bestaan er tussenvormen van de beide als der Besitz (§2 BGB), das Aneignungsrecht (§58 BGB) en die Vormerkung (§883 BGB).

Het meest omvattende recht dat iemand op andermans goed kan hebben is het Erbbaurecht. Voor het overige is het recht er op ingericht de gebruiksrechten inhoudelijk of in de tijd te beperken, dit om voortdurende scheiding tussen eigendom en gebruik tegen te gaan.¹³

De toegestane inhoud van de zakelijke rechten is eveneens in de wet vastgelegd (Typenfixierung). Het is in beginsel partijen niet toegestaan verdere zakelijke rechten te ontwikkelen. De partijautonomie die ook voor het Duitse verbintenissenrecht kenmerkend is, ontbreekt geheel in het goederenrecht. Vorenstaande neemt niet weg dat in de praktijk figuren zijn ontwikkeld buiten het gesloten systeem om. Te denken valt aan de Sicherungsübereignung¹⁴ en de eerder genoemde Anwartschaftsrechte. Ook heeft de wetgever zelf op plaatsen aan obligatoire rechtsverhoudingen bepaalde zakelijke trekken toegekend.

Te denken valt aan de huurder die evenals in Nederland een hoge mate van bescherming geniet,¹⁵ of aan een gebruiksafpraak tussen de deelgenoten in een gemeenschap, welke afspraak ook werking heeft jegens de verkrijger van een aandeel in het betreffende goed.¹⁶

8.2.1 De te vergelijken rechten

Wat in het kader van de vergelijking het meest voor de hand ligt is te kijken naar de Duitse equivalenten van de erfdiensbaarheid en de kwalitatieve verplichting, er voorschans vanuit gaande dat het ook in het Duitse recht mogelijk is om contractueel door middel van enige vorm van een pactum de contrahendo een kettingbeding te construeren.¹⁷ Het vruchtgebruik (Nießbrauch), in Duitsland ook een species van de Dienstbarkeiten, zal ik hier grotendeels buiten beschouwing laten, nu deze figuur inhoudelijk vrijwel overeenkomt met ons vruchtgebruik en dus de gerechtigde inhoudelijk alle genot en gebruik van de zaak toestaat. In het kader van ons onderzoek naar de kwalitatieve verplichting zoeken we echter naar een specifieke figuur die een beperking in de gebruiksmogelijkheden aanbrengt.¹⁸ Daarnaast is het recht vanwege de grote inbreuk dat het op de eigendom maakt onoverdraagbaar en niet vererfbaar.

Ook het Dauerwohnrecht dat een specifieke verschijningsvorm van de beschränkte persönliche Dienstbarkeiten is, blijft buiten beschouwing, nu dit recht slechts kan

13 Zie voor een fraai schematisch overzicht van de zakelijke rechten Baur/Stürmer, Sachenrecht, p. 27.

14 Schwab-Prütting, Sachenrecht, §34.

15 §986 BGB.

16 §746 BGB.

17 De 'bloß schuldrechtlichen Rechte, die nur durch sog Gestattungsverträge die Benützung des Grundstücks schuldrechtlich erlauben. Diese Rechte wirken unmittelbar nur zwischen den Vertragsschließenden rein schuldrechtlich'. Zie Staudinger-Wiegand, zu. §1090, 3.

18 Wat wel van toepassing is, is §1061 BGB, waarin wordt bepaald dat het vruchtgebruik eindigt bij de dood van de vruchtgebruiker.

zien op het recht een woning of woningdeel met uitsluiting van de eigenaar te bewonen (zie §1093 BGB).¹⁹

Met het (grotendeels) buiten beschouwing laten van het vruchtgebruik en het Dauerwohnrecht, resteren van de Dienstbarkeiten de Grunddienstbarkeiten en de beschränkte persönliche Dienstbarkeiten. Beide figuren vinden we terug in het derde boek, beide worden dus volledig erkend als zakelijke rechten, toegestaan binnen het gesloten systeem.²⁰ Aangezien de beschränkte persönliche Dienstbarkeiten weer een species van de Grunddienstbarkeiten uitmaken, kan voor de beschränkte persönliche Dienstbarkeit in het wetboek met zeer weinig artikelen worden volstaan (§§1090-1094 BGB). Het ligt dan ook voor de hand eerst uitgebreid naar de Dienstbarkeiten in het algemeen te kijken, om vervolgens te bezien in hoeverre de beschränkte persönliche Dienstbarkeit daar van afwijkt.

8.3 DE DIENSTBARKEITEN

Onder het hoofdbegrip 'Dienstbarkeit' heeft de Duitse wetgever een aantal gebruiksrechten samengebracht, die gemeenschappelijk hebben, dat de met de Dienstbarkeit belaste zaak aan iemand anders dienstbaar is. Inhoudelijk echter zijn de figuren heel verschillend.

In hoofdzaak zijn er twee categorieën Dienstbarkeiten te onderscheiden:

1. Het Nießbrauch.
2. De Grunddienstbarkeit/ beschränkte persönliche Dienstbarkeit.

Ad 1. Het Nießbrauch (vruchtgebruik) geeft de gerechtigde een volledig gebruiksrecht, dit met uitsluiting van de eigenaar, met dien verstande dat het recht bij de vestiging inhoudelijk beperkt kan worden.²¹ Zoals gezegd is het deze grote druk op de eigendom die maakt dat het recht in beginsel onoverdraagbaar en niet vererfbaar is, dit laatste omdat het recht uiterlijk eindigt met de dood van de vruchtgebruiker.²² Aan deze laatste beperking is te ontkomen doordat het wettelijk is toegestaan het recht te vestigen ten gunste van een rechtspersoon of een rechtsfähige Personengesellschaft. Is dit het geval dan kan, tenzij die bevoegdheid uitdrukkelijk is uitgesloten, met de overgang van de rechtspersoon of de gedreven onderneming het vruchtgebruik mee overgaan.²³ Het vruchtgebruik kan, evenals onder Nederlands recht, gevestigd worden op zaken en vermogensrechten.

19 Uitgebreid hierover Adamczyk, Dienstbarkeiten in der notariellen Praxis, Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer, Mai 1998, nr. 5, p. 111.

20 Zie voor de wijze van behandeling van de figuur in faillissement Schubert en Czub, Die Grunddienstbarkeit in der Zwangversteigerung, ZIP 1982, s. 266 ff.

21 §1030 BGB.

22 §1059 BGB.

23 §1059 a BGB alsook Baur /Stürner §32, Rn. 19.

Ad 2. De Grunddienstbarkeit (en als variant daarop de beschränkte persönliche Dienstbarkeit) geven geen alomvattend gebruiksrecht maar slechts een beperkt gebruiksrecht, waarbij de eigenaar in 'einzelnen Beziehungen zugunsten des Dienstbarheitsberechtigten beschränkt wird.'²⁴ Voorwerp van de Dienstbarkeiten kunnen slechts zijn onroerende zaken (Grundstücke). Het verschil tussen de beide categorieën zit hem in de persoon van de gerechtigde, zijnde bij de Grunddienstbarkeit de danmalige eigenaar van een andere onroerende zaak, terwijl bij de beschränkte persönliche Dienstbarkeit de gerechtigde een individueel bepaalde persoon is.

8.3.1 De Grunddienstbarkeit

De Grunddienstbarkeit (erfdienstbaarheid) behoeft twee erven, waarvan er een optreedt als heersend, en een als dienend erf. Naburigheid van de beide erven is geen vereiste, maar gezien de aard van de rechten ligt het voor de hand dat ze weldegelijk in elkaars nabijheid liggen.

8.3.1.1 *Het ontstaan*

De Dienstbarkeit ontstaat als alle zakelijke rechten ex §873 BGB door Einigung en Eintragung, wat zoveel wil zeggen als de inschrijving van de zakelijke overeenkomst in het Grundbuch (de openbare registers). In beginsel hanteert Duitsland strikt het Trennungsprinzip; obligatoire handelingen ten aanzien van een goed zijn te onderscheiden van beschikkingshandelingen ten aanzien van dat goed. Van een andere orde is het Abstraktionsprinzip: het beginsel dat de overdracht van het goed onafhankelijk is van de onderliggende obligatoire verplichting.²⁵ Wij noemen dit ook wel het abstracte stelsel, in tegenstelling tot ons causale stelsel waarin het te bereiken goederenrechtelijke gevolg (mede) afhankelijk is van de obligatoire grondslag.

In het Duitse systeem vindt bijvoorbeeld levering plaats door middel van de obligatoire Kauf (het Verpflichtungsgeschäft). Aan de koop moet gevolg worden gegeven door overdracht, welke overdracht plaats vindt door Einigung (een goederenrechtelijke overeenkomst van overdracht ofwel Erfüllungsgeschäft) en Eintragung van de Einigung in de openbare registers. Hoewel dit systeem verdacht veel lijkt op het onze, is het cruciale verschil dat in het Duitse recht de Einigung de overeenkomst is die tot overdracht strekt en voor zijn werking losstaat van de obligatoire overeenkomst ofwel het schuldrechtlichen Vertrag. Toch is het stelsel minder rigide dan het in eerste instantie lijkt. Zo is een beschikking waar geen rechtsgrond aan ten grondslag ligt (causallose Verfügung) weliswaar niet ongeldig,

24 Zie voor de precieze inhoudelijke omschrijving §1018 BGB.

25 Baur/Stürner, Sachenrecht, §5, Rn. 40 ff.

zoals bij ons,²⁶ maar kan hij via de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking worden aangepakt. Ook kent Duitsland een vrij ruime derdenbescherming (via de leer van de 'gutgläubigen Erwerb') en is het in steeds sterker mate mogelijk de geldigheid van de beschikkingshandeling te koppelen aan de geldigheid van de onderliggende overeenkomst.²⁷

Wat telt voor de inschrijving in het Grundbuch is de zakelijke overeenkomst inhoudende de uitdrukkelijke wil de verandering in de rechtstoestand tot stand te brengen, iets wat in ons systeem dikwijls niet als afzonderlijk te beoordelen element wordt beschouwd maar veeleer wordt gezien als een in de obligatoire overeenkomst geïncorporeerd element.²⁸ In het Duitse systeem daarentegen wordt de Einigung, hoewel vormvrij, als uitgangspunt genomen. De beginselen van het verbintenissenrecht zijn op de zakelijke Einigung alle onverkort van toepassing, nu de Einigung, hoewel een zakelijke, toch als een overeenkomst moet worden gezien.²⁹ Wil echter de Einigung in het Grundbuch worden ingeschreven, dan dient de Eintragungsbewilligung, de toestemming van degene wiens recht de inschrijving betreft, bewijsbaar te zijn.

De Einigung wordt onherroepelijk:³⁰

- Als de gewenste verklaringen in een notariële akte zijn opgenomen.
- Als de verklaringen door de ambtenaar van het Grundbuch zijn afgegeven.
- Als de gerechtigde wiens recht 'getroffen wordt' een formele 'Eintragungsbewilligung' conform §19 GBO afgeeft.^{31,32}

Bij de Eintragung wordt de Dienstbaarheid aangetekend op het blad van het dienend erf.

Aantekening op het blad van het heersend erf is eveneens mogelijk (§9 GBO) maar niet noodzakelijk, en zonder betekenis voor §892 BGB, dat bepaalt dat een derde mag afgaan op wat in de openbare registers is ingeschreven (het positieve stelsel). Of nu de erfdienstbaarheid wel of niet bij het heersend erf is aangetekend, hij wordt

26 Artikel 3:84 jo. 89 BW.

27 Zo kan worden gedacht aan de leer van de Fehleridentität (§138 Abs. 2 BGB), het zien van de obligatoire en de zakelijke handeling als eenheid (§139 BGB) en de mogelijkheid de geldigheid van de overeenkomst als opschortende voorwaarde aan de zakelijke beschikking te verbinden. Zie over dit alles uitgebreider Schwab-Prütting, Sachenrecht, nr. 22 ff.

28 Soms ook als aparte goederenrechtelijke overeenkomst beschouwd.

29 Hierover uitgebreid Schwab-Prütting, Sachenrecht, nr. 140.

30 §29 GBO en §873 BGB.

31 §29 Abs. 1 GBO (Grundbuchordnung): Eine Eintragung soll nur vorgenommen werden wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstige zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Andere Voraussetzungen der Eintragung bedürfen, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche Urkunden.

32 Zie over de inschrijvingsvereisten uitgebreid Demharter, Check'sche Kurz Kommentare, band 8, Grundbuchordnung von Johann Demharter, s. 568 ff.

als gevolg van het bepaalde in §96 BGB als afhankelijk van het heersend erf aangemerkt, en gaat als zodanig met het heersend erf mee over.³³ De inhoud van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit moet uitdrukkelijk zijn omschreven op het moment dat de beschränkte persönliche Dienstbarkeit wordt gevestigd. Hoewel de beschränkte persönliche Dienstbarkeit als species van de Dienstbarkeiten haar plaats in het goederenrecht heeft, zijn toch de regels van het verbintenissenrecht in specifieke verhoudingen van toepassing.³⁴

8.3.1.2 *De inhoud van de Dienstbarkeit*

Verplichtingen tot een doen kunnen geen inhoud van de Dienstbarkeit zijn, zij het dat een nevenverplichting om te doen toegestaan is voor zover het een verplichting tot onderhoud van een op het dienend erf aangebracht bouwwerk betreft,³⁵ of de verplichting krachtens de wet wordt opgelegd.³⁶ De wetgever heeft ervan afgezien speciale verschijningsvormen van de Grunddienstbarkeit vast te leggen – zoals dat in het Nederlandse recht lange tijd wel het geval was –, en zich ertoe beperkt de toegestane inhoud in zijn algemeenheid te omschrijven, en te bepalen dat het gebruik zich tot bepaalde, enkele, gebruiksmogelijkheden moet beperken, het heersend erf als zodanig tot voordeel moet strekken,³⁷ en zo voorzichtig mogelijk moet worden uitgeoefend.³⁸ Wel is uitdrukkelijk aangegeven dat de dienstbaarheid moet passen binnen bepaalde hieronder te bespreken kaders, dit om op de persoon drukende, op horigheid gelijkende lasten tegen te gaan. Ook in het Nederlandse recht zagen we deze angst (bij het introduceren van de kwalitatieve verplichting, zie Hoofdstuk 2), maar waar de Nederlandse wetgever het gevaar voornamelijk zag in de verplichtingen om te doen, heeft de Duitse wetgever andere criteria aangelegd; volgens §1018 BGB dient de inhoud van een Grunddienstbarkeit te passen in een van de drie navolgende Grundtypen, met dien verstande dat binnen een beschränkte persönliche Dienstbarkeit ook een combinatie mogelijk is. Het betreft hier:³⁹

- Benutzungsdienstbarkeiten, op basis waarvan de gerechtigde het belaste erf voor bepaalde, specifieke doeleinden mag gebruiken, iets waartoe hij zonder de dienstbaarheid niet gerechtigd zou zijn. Hierbij kan worden gedacht aan rechten van overpad (Wegrechte), rechten om leidingen op het dienend erf te hebben (Leidungsrechte) of het recht een garage te gebruiken (Garagebenutzungsrechte).

33 §96 BGB: Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind, gelten als Bestandteile des Grundstücks.

34 Zie §8.2.

35 §1021 BGB.

36 §1022 BGB.

37 §1019 BGB en bij ons voor de erfdienstbaarheid artikel 5:70 lid 1 BW.

38 §1020 BGB.

39 §1018 BGB s. 1-3, Adamczyk, t.a.p., p. 112, Staudinger/Wiegand, §1090, Rn. 8.

- Unterlassungsdienstbarkeiten, inhoudende het niet verrichten van *bepaalde (feitelijke)* handelingen, wat ook negatief beschreven kan worden, namelijk door vermelding van de wel toegestane handelingen. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld een verbod een benzinepomp te hebben.⁴⁰
- Ausschlussdienstbarkeiten, inhoudende het uitsluiten van het uitoefenen van een recht dat uit de eigendom van het dienend erf voortvloeit. Aan de eigenaar van het heersend erf komen op grond van de artikelen 903 tot en met 1004 BGB bepaalde bevoegdheden toe, waarvan de uitoefening hem op grond van §1018 s. 3 BGB kan worden verboden.

Voorbeeld is een verbod voor de eigenaar van het heersend erf om te ageren als er meer rook of roet over zijn erf geblazen wordt dan hij gehouden is op grond van §906 BGB gehouden te dulden. In tegenstelling tot bij onze erfdienstbaarheid kunnen dus ook rechtshandelingen onder het bereik van de Dienstbaarheid worden gebracht.

Zeer veel wordt gediscussieerd over de inhoudelijke grenzen van genoemde Grundtypen. Waar de eerder genoemde zakelijke rechten alle inhoudelijk duidelijk begrensd zijn, heeft de wetgever hier zeer veel aan de autonomie van partijen overgelaten wat in de praktijk tot veel discussie heeft geleid.⁴¹ Duidelijk is in ieder geval dat:⁴²

- Een beding dat al inhoud van een wetsbepaling is, niet tot inhoud van een Dienstbaarheid gemaakt kan worden.⁴³
- De inhoud van de Dienstbaarheid niet met name er een tot een doen mag zijn. Afnaveverplichtingen van bijvoorbeeld bier- of warmte leveranciers zijn dus niet toegestaan.⁴⁴ Wel toegestaan is het een verplichting tot een doen als nevenverplichting aan een dienstbaarheid te binden.⁴⁵ De grenzen hiervan zijn onderwerp van discussie.⁴⁶
- Voor slechts eenmalige gebruikshandelingen geen dienstbaarheid in het leven kan worden geroepen.
- Het slechts mag betreffen gebruik in 'einzelne Beziehungen', dus niet gebruik in zijn geheel.⁴⁷

40 De servitus de non faciendo.

41 Adamczyk, t.a.p., p. 105. Ook Staudinger/Wiegand §1090, 1.

42 Staudinger/Wiegand §1090, 9 ff.

43 Odersky, Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit als Mittel zur Sicherung öffentlicher Zwecke, s. 219.

44 Zie Münch-Komm/Joost Rn.7 alsook BGHZ 29, 244, 246 (NJW 1959, 670).

45 §§1020-1023.

46 Zie ook Schwab-Prütting, Sachenrecht, Rn. 887 die als voorbeeld aanhaalt de uitspraak BayObLG, NJW-RR 1990, 600.

47 Hiervoor is immers het vruchtgebruik geëigend. Een uitzondering wordt hier echter gemaakt voor Dienstbarkeiten die worden gevestigd ten aanzien van perceelsgedeelten (Teilfläche). Zie voor de 'techniek' hiervan o.m. BGH NJW 1981, 1781; BayObLG Rpfleger 1983, 143, 144.

- Bij een *Unterlassungsdienstbarkeit* de beperking tot een daadwerkelijke verandering in of een beperking van het gebruik moet leiden, en niet mag ingrijpen in de vrijheid of beschikkingsmacht van de eigenaar.
- De behoefte van de gerechtigde centraal staat.
- Voldaan moet worden aan de *Bestimmtheitsgrundsatz*.

In de praktijk worden de *Dienstbarkeiten* veelvuldig gebruikt voor concurrentiebeperkingen en voor zogeheten 'Wohnungsbesetzungsrechte', bepalingen die in proberen te grijpen in de vrijheid van de woningeigenaar deze te verhuren aan bepaalde (groepen van) personen. Over de problematiek die in het bijzonder uit de concurrentiebeperkende bepalingen voortvloeit, namelijk de vraag in hoeverre deze in strijd komen met het verbod in te grijpen in de beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar bestaat de nodige discussie, maar duidelijk is dat in beginsel een dergelijk recht is toegestaan. Wel is altijd de vraag of de *Dienstbarkeit* nu het heersend erf als zodanig ten goede komt, dan wel of er feitelijk een *Dienstbarkeit* ten gunste van een (rechts-)persoon is gevestigd.

Indien bijvoorbeeld op het heersend erf een accountantskantoor is gevestigd, kan ten laste van het dienend erf een *Dienstbarkeit* worden gevestigd met de inhoud dat het daar niet is toegestaan een accountantskantoor te hebben. Anders ligt het wanneer ten tijde van de vestiging op het heersend erf een warenhuis is gevestigd.⁴⁸

Gezien de beperkingen die de wetgever heeft opgelegd en de grote belangen die partijen kunnen hebben (denk bijvoorbeeld aan afnameverplichtingen voor olie of bier) is een techniek die in Duitsland gebruikt wordt om concurrentiebeperkende afspraken te maken de volgende: het is mogelijk een *Unterlassungsdienstbarkeit* op te leggen voor zover deze tot een *daadwerkelijke* (tatsächliche) verandering in of beperking van het gebruik leidt. Ingrijpen in de vrijheid of beschikkingsmacht van de eigenaar mag niet. Een verbod om goederen af te nemen van een ander dan de gerechtigde is in strijd met dit principe en dus niet toegestaan, om nog maar te zwijgen van het beginsel dat de *Dienstbarkeit* het heersend erf 'als zodanig' ten goede moet komen (de zogenaamde 'preadio utilis' of nutseis).⁴⁹ Om toch het gewenste resultaat te bereiken gaan leveranciers van bijvoorbeeld olie of bier ertoe over de eigenaar van het perceel te verbieden te handelen in olie of bier. Een beschränkte persönliche *Dienstbarkeit* met een dergelijke inhoud is uitdrukkelijk toegestaan.⁵⁰ Opvolgers in de eigendom zijn aan dit verbod (de *Unterlassungsdienstbarkeit*) gebonden. Door een separate overeenkomst met de (eigenaar van) het dienend erf en de gerechtigde tot de *Dienstbarkeit* wordt een uitzondering op het verbod geformuleerd voor waar het olie of bier van de gerechtigde betreft. Deze

48 OLG München NJW 1957, 1765.

49 Gecodificeerd in §1019 BGB. Het in het leven roepen van een recht voor een bepaalde (rechts)persoon kan slechts door de beschränkte persönliche *Dienstbarkeit*.

50 BGH NJW 1998, 2268.

overeenkomst zal vanwege de relatieve werking vanzelfsprekend met iedere opvolgende eigenaar van het dienend erf moeten worden aangegaan (kettingbeding).

Probleem met een dergelijke constructie is, dat de inhoud van de Dienstbaarheid in overeenstemming moet zijn met de Duitse wetgeving op het gebied van de mededingingsbeperking, met name §16 GWB dat afspraken met als inhoud afnameverplichtingen verbiedt, en art. 81 van het EG-Verdrag als de Dienstbaarheid het handelsverkeer tussen de lidstaten frustreert.⁵¹

8.3.1.3 *Wijziging van de inhoud*

Natuurlijk is het mogelijk de inhoud van de Dienstbaarheid gedurende zijn bestaan te wijzigen, waarbij onder 'wijziging' moet worden verstaan iedere wijziging van de 'zakelijke' inhoud van het recht die niet inhoudt vestiging, overdracht, bezwaring of opheffing ervan.

Omdat ook Duitsland de numerus fixus kent als het gaat om beperkte zakelijke rechten, en de inhoud van de betreffende rechten grotendeels vastligt, zijn globaal slechts toegestaan die wijzigingen die ofwel de wet uitdrukkelijk toestaat, ofwel die niet in tegenspraak zijn met de door de wet voorgeschreven inhoud van het recht.

Volgens het BGH wordt het antwoord op de vraag of de inhoud van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit wijzigt met de omstandigheden, bepaald door de inhoud van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit en het te bereiken doel. Zo zal een beschränkte persönliche Dienstbarkeit van weg, oorspronkelijk afgestemd op paard en wagen, met het verstrijken van de tijd kunnen worden beschouwd als ook bedoeld voor motorvoertuigen,⁵² nu dit het oorspronkelijke doel van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit het meest recht zal doen. Vorenstaand beginsel wordt echter begrensd door het principe dat de beschränkte persönliche Dienstbarkeit niet gewijzigd of verzwaaard mag worden door 'het heersend erf', dit alles tenzij het afwijkend gebruik ten tijde van de vestiging 'te voorzien' was.

De Duitse wet beschouwt de wijziging van de inhoud van een beperkt recht als een gedeeltelijk beschikken over het betreffende recht, en vereist dan ook voor wijziging.⁵³

- Een Einigung tussen de gerechtigde tot het recht en de eigenaar van de grond.
- Eintragung van de wijziging in het Grundbuch.

51 Zie voor de discussie aangaande concurrentieverboden o.a. Keller/Padberg, p. 159, Göz, Die beschränkte persönliche Verbotsdienstbarkeit, p. 24 ff., Joost, Sachenrechtliche Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Dienstbarkeiten, p. 308 ff.

52 Geheel identiek dus aan het Nederlandse systeem op dit gebied.

53 §877 BGB, zie ook Baur/Stürner, Sachenrecht, Rn. 42.

- De toestemming van derden indien deze gerechtigd zijn tot een recht dat gevestigd is op het te wijzigen recht, doch slechts indien de inhoudelijke wijziging voor de derde tot een juridisch ongunstiger positie zou leiden.
- De toestemming van hen die gerechtigd zijn tot een in rang gelijk of jonger recht, wanneer door de wijziging een recht wordt uitgebreid.

Bij de Dienstbaarheid geldt dat deze in beginsel voor eeuwig wordt aangegaan, en dat wijziging in de feitelijk uitoefening of in de behoefte van het heersend erf daar geen verandering in brengt. Is de mogelijkheid tot uitoefening (blijvend!⁵⁴) geheel vervallen dan kan de eigenaar van het heersend erf Löschung van de Grunddienstbarkeit verzoeken

Zou de eigenaar van het heersend erf van mening zijn dat er een wijziging in de uitoefening plaats zou moeten vinden, die de facto leidt tot verzwaring van de last op het dienend erf, dan geldt dat de eigenaar van het dienend erf deze verzwaarde uitoefening moet toestaan indien dit de enige wijze is waarop de Dienstbaarheid ten volle kan worden benut.

In ieder geval is de eigenaar van het heersend erf verplicht de Dienstbaarheid uit te oefenen op de voor het dienend erf minst bezwarende wijze.

Bij iedere wijziging moeten de in de openbare registers ingeschreven beperkingen voor de Dienstbaarheid in acht worden genomen. Is bijvoorbeeld bij een recht van overpad opgemerkt dat dit een recht van overpad met paarden betreft, dan blijft dit voor het zaaksgevolg van de Dienstbaarheid maatgevend en heeft een niet ingeschreven afwijking slechts obligatoire werking.

8.3.1.4 *De mogelijke begunstigde(n)*

De Grunddienstbaarheid is aan beide zijden kwalitatief en heeft zoals gezegd een heersend en een dienend erf. Het is echter mogelijk de Dienstbaarheid ten gunste te laten strekken van (de eigenaren van) meerdere heersende erven, en wel zodanig dat de gezamenlijke eigenaren ook gezamenlijk gerechtigd zijn (§428 BGB). Ook is het mogelijk indien heersend en dienend erf in één hand zijn een Grunddienstbaarheid te vestigen, waarbij kan worden gedacht aan de grondeigenaar die vooruitlopend op het vervreemden van een gedeelte van zijn perceel een Dienstbaarheid vestigt met als inhoud een verbod ten gunste van het bij hem in eigendom resterende perceel, boven een bepaalde hoogte te bouwen.⁵⁵ Wordt op het heersend erf een beperkt recht gevestigd, of wordt het heersend erf 'aan iemand anders overgelaten'⁵⁶ dan strekt de bevoegdheid van de gerechtigde zich ook uit tot de

54 BGH DnotZ 1956, 40.

55 Zoals ik eerder betoogde in §6.3.4 is een dergelijke mogelijkheid onder Nederlands recht ten onrechte niet toegestaan. Overigens geldt een soortgelijke mogelijkheid ex §1196 BGB ook voor de Grundschild.

56 Hierbij moet worden gedacht aan verhuur of verpachting van het heersend erf.

Dienstbaarheid. Zou bijvoorbeeld op het heersend erf een vruchtgebruik worden gevestigd, dan komt ook aan de vruchtgebruiker een bedongen recht van overpad toe.

8.3.1.5 *De tegenprestatie*

Het is mogelijk een tegenprestatie te bedingen, eenmalig of periodiek terugkerend. Betreft het een eenmalige tegenprestatie dan is het niet nodig deze in het Grundbuch in te schrijven omdat derden er immers geen belang bij hebben. Is de tegenprestatie zodanig geformuleerd dat hij als Reallast of Dienstbaarheid geformuleerd kan worden, dan is vanzelfsprekend inschrijving mogelijk als last op het heersend erf ten gunste van het dienend erf. Om de afhankelijkheid met de Dienstbaarheid zichtbaar te maken is het mogelijk de tegenprestatie in te schrijven onder de ontbindende voorwaarde van het tenietgaan van de Dienstbaarheid.⁵⁷

Kan de tegenprestatie niet tot inhoud van een zakelijk recht gemaakt worden,⁵⁸ dan is de vraag of de verplichting als aan de Dienstbaarheid dienstige nevenverplichting in de openbare registers kan worden ingeschreven. Het antwoord lijkt bevestigend te zijn.⁵⁹

8.3.1.6 *Tenietgaan van de Dienstbaarheid*

De Dienstbaarheid gaat teniet op de wijze waarop beperkte rechten in het algemeen teniet gaan, te weten:

- Door opheffing ex §875 BGB.
- Wanneer een met het recht strijdige toestand meer dan 30 jaar heeft voortgeduurd (Verjährung ex §1028 BGB).
- Door het vervullen/intreden van een in de Dienstbaarheid opgenomen ontbindende voorwaarde of tijdsbepaling.
- Door het blijvend wegvallen van het voordeel voor het heersend erf;

alsook door de dood van de gerechtigde.

De opheffing die in §875 BGB wordt genoemd, betreft het afstand doen door de gerechtigde van zijn recht. Ook hiervoor is de (eenzijdige!) wilsuiting tot afstand en de openbaarmaking daarvan in de openbare registers noodzakelijk. Zijn er derden wier recht getroffen wordt door het opheffen van het recht, denk bijvoorbeeld aan pandrechten op vorderingen, dan moet de betreffende derde met de opheffing instemmen. Bijzonder is het, dat indien bijvoorbeeld door de gerechtigde

57 Een methode die met name gebruikt wordt in het geval van wederzijdse dienstbaarheden, waarbij partijen over en weer rechten en verplichtingen hebben. Zie Hub, Die Inhalt von Dienstbarkeiten, s. 31 ff.

58 Bijvoorbeeld omdat het een niet toegelaten verplichting tot een doen zou inhouden.

59 Hub, t.a.p., p. 33 die hiervoor verwijst naar het bepaalde in §1021 Abs. 1, s. 2 BGB.

afstand wordt gedaan van een Dienstbaarheid, ook de gerechtigden tot een beperkt zakelijk recht op het *heersend* erf (bijvoorbeeld een hypotheekhouder), tot de afstand hun toestemming moeten geven. Achterliggende gedachte is, dat de waarde van het heersend erf door het wegvallen van het recht in negatieve zin beïnvloed kan worden.

8.3.2 De beschränkte persönliche Dienstbarkeit

Met de beschrijving van de wijzen van ontstaan, wijziging en tenietgaan en de inhoud van de Grunddienstbarkeit hebben we voor het grootste deel de wettelijke bepalingen betreffende de beschränkte persönliche Dienstbarkeit behandeld. Deze laatste figuur is immers een species van de Grunddienstbarkeit en kent slechts een viertal specifieke bepalingen te weten de §§1090-1094 BGB.

8.3.2.1 *Ontstaan en inhoud van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit*

De beschränkte persönliche Dienstbarkeit ontstaat op de wijze waarop een Dienstbarkeit in het algemeen ontstaat.

Hoofdinhoud van de figuur is de zakelijke belasting van een onroerende zaak (of daarop gelijke rechten)⁶⁰ ten gunste van een bepaalde persoon, inhoudende dat de gerechtigde het gebruik van de zaak binnen bepaalde, specifieke aangegeven, grenzen wordt toegestaan. Het betreft een subjectief, aan een persoon gebonden, recht dat niet overerfelijk en, enkele specifieke uitzonderingen daargelaten, niet overdraagbaar is.⁶¹ Inhoudelijk wordt de figuur geheel ingevuld door de bepalingen van §1018 en verder.⁶² Zo bezien is het een mengeling van de Nießbrauch en de Grunddienstbarkeit. Met het vruchtgebruik heeft de figuur gemeen dat zij ten gunste van een bepaalde persoon kan worden gevestigd en daarom niet overdraagbaar en niet vererfbaar is, terwijl zij qua inhoud vergelijkbaar is met de erfdienstbaarheid.

Omdat de beschränkte persönliche Dienstbarkeit ten gunste van een persoon zal strekken is vanzelfsprekend geen sprake van een met §1019 BGB overeenstemmend vereiste van 'praedio utilis'.⁶³ Er bestaat overigens geen vereiste dat de beschränkte persönliche Dienstbarkeit ten voordele van de gerechtigde moet strekken; ieder eigen of vreemd te beschermen belang volstaat waarbij het belang niet eens op geld waardeerbaar behoeft te zijn. Slechts indien er twijfel bestaat over

60 Zoals het Erbbaurecht, die Wohnungseigentum en bijvoorbeeld Bergwerkseigentum; Adamczyk, Dienstbarkeiten in der notariellen Praxis, p. 106.

61 Zie voor de uitzonderingen §1090 Abs. 2 en 3.

62 §1090 Abs. 2: Die Vorschriften der §§ 1020 bis 1024, 1026 bis 1029, 1061 finden entsprechende Anwendung.

63 §1091 Abs. 2 BGB verklaart §1019 BGB niet van overeenkomstige toepassing.

de inhoud van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit zal het belang van de gerechtigde als uitgangspunt worden genomen.⁶⁴

Verder gelden inhoudelijk grotendeels dezelfde mogelijkheden en beperkingen als bij de Grunddienstbarkeit, zij het dat het wegvallen van het praedio utilis vereiste enkele extra mogelijkheden biedt. Zo kan bijvoorbeeld ten behoeve van een nutsbedrijf een leidingrecht worden gevestigd.

Evenals bij de Grunddienstbarkeit is het mogelijk aan de inhoud een nevenverplichting tot een doen te verbinden, voor zover deze ziet op het onderhoud van aangebrachte bouwwerken. Hier zien we een verschil met de Nederlandse situatie waar nevenverplichtingen tot een doen bij de kwalitatieve verplichting niet zijn toegestaan. Omdat in het Duitse systeem de beschränkte persönliche Dienstbarkeit wordt beschouwd als een species van de Dienstbarkeit wordt er geen uitzondering gemaakt als het de toelaatbaarheid van verplichtingen tot een doen betreft.

Zo kan aan een leidingrecht – de verplichting om te dulden dat er waterleidingen over iemands land lopen – de nevenverplichting worden verbonden om de leidingen te onderhouden of zelfs op eigen kosten te vernieuwen.⁶⁵

8.3.2.2 *De begunstigde(n)*

De beschränkte persönliche Dienstbarkeit kan evenals de Grunddienstbarkeit worden gevestigd ten behoeve van een of meerdere natuurlijke en/of rechtspersonen (Gesamtgläubigerschaft overeenkomstig §428 BGB),^{66,67} maar ook ten gunste van de eigenaar zelf (Eigentümergebrauch) zonder dat vermenging optreedt. Bij laatstgenoemde variant wordt echter wel een bijzondere behoefte aan de zijde van de gerechtigde verlangd, bijvoorbeeld een voorgenomen vervreemding.⁶⁸

8.3.2.3 *Onoverdraagbaarheid, overlaten uitoefening*

Hoewel de beschränkte persönliche Dienstbarkeit onder voorwaarde of tijdsbepaling gevestigd kan worden is een van de belangrijkste, slechts voor de beschränkte persönliche Dienstbarkeit geldende bepalingen, §1092 BGB; de beschränkte persönliche Dienstbarkeit (de actieve zijde natuurlijk) is – dwingendrechtelijk – niet overdraagbaar en niet overerfbaar.⁶⁹ Achtergrond van deze bepaling is de

64 §1091 BGB.

65 Baur/Stürner, Sachenrecht, §35, Rn. 11.

66 Zie Adameczyk, t.a.p., p. 109.

67 Zie Staudinger/Wiegand §1090,2 ff. Waarin uitgebreid uiteen wordt gezet welke (rechts)personen als gerechtigde tot een beschränkte persönliche Dienstbarkeit kunnen optreden.

68 o.a. Münch.Komm/Joost, Rn. 24.

69 Ook is het niet mogelijk de persoon van de gerechtigde via een verandering van de inhoud ex §877 BGB te wijzigen aldus KG, JFG 20, 6(7). Dat de onoverdraagbaarheid ook bij partijovereenkomst niet overdraagbaar kan worden gemaakt is uitdrukkelijk bepaald in BayObLGZ 1980, 176, 177.

zuivere gebondenheid aan een persoon die aan de figuur eigen zou (moeten) zijn. Overdraagbaarheid en overerfbaarheid stroken niet met deze gedachte. Toch is natuurlijk een behoefte van de praktijk de verplichting voor langere tijd aan de grond te kunnen binden, reden dat diverse constructies zijn ontwikkeld om de scherpe kantjes van genoemde bepaling af te halen.

Zo is het gebruikelijk op grond van §328 BGB te bedingen dat ten behoeve van de erfgenamen van de gerechtigde respectievelijk zijn bedrijfsopvolger(s) een beschränkte persönliche Dienstbarkeit gevestigd zal worden, welk beding door middel van Vormerkung verzekerd wordt.⁷⁰ Ook is het mogelijk ex §158 BGB de beschränkte persönliche Dienstbarkeit te vestigen onder de ontbindende/opschortende voorwaarde van vestiging van een soortgelijk recht ten behoeve van erfgenamen/bedrijfsopvolgers, eveneens met verzekering door Vormerkung.

Omdat de eis van onoverdraagbaarheid in de praktijk voornamelijk problemen oplevert bij dienstbaarheden ten gunste van bedrijven, heeft de wetgever in §1092 leden 2 en 3⁷¹ voor rechtspersonen een uitzondering op de onoverdraagbaarheid geformuleerd.

In lid 2 worden van overeenkomstige toepassing verklaard de bepalingen §1059a-d op grond waarvan het in bepaalde ondernemingsrechtelijke verhoudingen geoorloofd is de dienstbaarheid over te dragen. In lid 3 wordt speciaal voor leidingrechten een tweede uitzondering op het hoofdprincipe geformuleerd. Voor beide uitzonderingen geldt dat hun toepasselijkheid in de dienstbaarheid zelf kan worden uitgesloten.⁷²

(2) Steht eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit oder der Anspruch auf Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit einer juristischen Person oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft zu, so gelten die Vorschriften der §§1059 a bis 1059d entsprechend.

(3) Steht einer juristischen Person oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu, die dazu berechtigt, ein Grundstück für Anlagen zur Fortleitung von Elektrizität, Gas, Fernwärme, Wasser, Abwasser, Öl oder Rohstoffen einschließlich aller dazugehörigen Anlagen, die der Fortleitung unmittelbar dienen, für Telekommunikationsanlagen, für Anlagen zum Transport von Produkten zwischen Betriebsstätten eines oder mehrerer privater oder öffentlicher Unternehmen oder für Straßenbahn- oder Eisenbahnanlagen zu benutzen, so ist die Dienstbarkeit übertragbar. Die Übertragbarkeit umfasst nicht das Recht, die Dienstbarkeit nach ihren

70 Zie over deze techniek Soergel-Stürner §1092 waarbij wordt opgemerkt dat voor een dergelijke constructie de kring van begunstigen wel vast moet staan, alsook Adamczyk, t.a.p., p. 110.

71 BGBI. I 1996, 990.

72 Zie over de onoverdraagbaarheid uitgebreid Bassenge, Die Übertragbarkeit von beschränkte persönliche Dienstbarkeiten nach der Neureglung durch Gesetz vom 17. Juli 1996, p. 2777. Ook Keller/Padberg, p. 162.

Befugnissen zu teilen. Steht ein Anspruch auf Einräumung einer solchen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit einer der in Satz 1 genannten Personen zu, so ist der Anspruch übertragbar. Die Vorschriften der §§1059 b bis 1059 d gelten entsprechend.

Op basis van deze bepalingen is het mogelijk toch de beschränkte persoonlijke Dienstbarkeit over te laten gaan, met name indien het recht aan een rechtspersoon-onderneming toekomt en deze fuseert.

Alhoewel het in beginsel niet mogelijk is de beschränkte persoonlijke Dienstbarkeit over te dragen of te laten vererven, is het wel mogelijk de uitoefening ervan aan anderen over te laten, bijvoorbeeld aan een pachter of huurder.⁷³ De algemene bevoegdheid de uitoefening aan iemand anders over te kunnen laten behoort, indien verleend, tot de inhoud van het recht en wordt ook in het Grundbuch ingeschreven.⁷⁴ Is het overlaten van de Dienstbarkeit door de grondeigenaar uitdrukkelijk toegestaan, dan is deze gehouden de uitoefening door een ander dan de gerechtigde te dulden. Het verlenen van genoemde toestemming is formeel vormvrij en kan zelfs stilzwijgend geschieden, maar procedureel moet onder omstandigheden de weg van §29 GBO in acht worden genomen. Wil de toestemming jegens opvolgende eigenaren ingeroepen kunnen worden, dan dient zij, als zijnde een wijziging van de oorspronkelijke inhoud van het recht door Einigung en Eintragung haar weg naar het Grundbuch te vinden. Het slechts feitelijk overlaten van het uitoefenen aan een ander is echter een louter obligatoire handeling, alleen werkend tussen de gerechtigde en degene aan wie de uitoefening wordt overgelaten, zonder enig zaaksgevolg.⁷⁵

8.3.2.4 *Tenietgaan*

Ook de wijze van beëindiging van de beschränkte persoonlijke Dienstbarkeit is gelijk aan de wijze waarop een Dienstbarkeit in het algemeen eindigt. Behalve op die wijzen, eindigt de beschränkte persoonlijke Dienstbarkeit ook bij de dood van de gerechtigde of indien de gerechtigde-rechtspersoon ophoudt te bestaan.

8.3.3 **De Reallast**⁷⁶

Een derde verschijningsvorm van de Dienstbarkeiten is de Reallast, een goederenrechtelijke figuur waarvan in ons huidige rechtstelsel een equivalent ontbreekt.⁷⁷

73 In overeenstemming met het bepaalde in §1059 BGB voor het vruchtgebruik, zij het dat deze bevoegdheid tot overlaten van de uitoefening niet vanzelfsprekend is maar uitdrukkelijk in het recht moet worden opgenomen ex §1092, Abs. 1, s. 2.

74 §874 BGB.

75 Keller/Padberg, t.a.p., p. 162.

76 Schwab/Prütting, Sachenrecht, Rn. 943 ff.

77 Onder het oude recht werd er vanuit gegaan dat de verplichting tot betaling van de erfpachtcanon een soort Reallast was, zie Parl. Gesch. Boek 5, p. 300 e.v.

De Reallast is een beperkt zakelijk recht dat de gerechtigde het recht verschaft steeds terugkerende opbrengsten uit een onroerende zaak (of daarop gelijkende rechten)⁷⁸ te verkrijgen.⁷⁹ Voortgekomen uit de vroegere agrarische sfeer, en toen bijvoorbeeld recht gevend op melk, graan of vlees kunnen tegenwoordig de opbrengsten ook bestaan uit betalingen en diensten. De prestaties moeten terugkerend zijn, maar in de terugkeer behoeft geen regelmaat te zijn. Wel moeten de prestaties in de omvang (niet cijfermatig) bepaald zijn, dit in verband met de mogelijkheid de Reallast bij voorgenomen executie op geld te waarderen.

Kenmerkend voor de Reallast is dat het verbonden goed zelf, en niet de eigenaar ervan, aansprakelijk is voor de nakoming van de verplichting. Deze laatste heeft overigens wel een persoonlijke verplichting op basis waarvan hij naast het goed aansprakelijk is, zij het slechts gedurende de periode dat hij eigenaar is van het belaste grondstuk. De aansprakelijkheid gedurende voormelde periode ziet echter wel op zijn gehele vermogen, maar kan worden beperkt of uitgesloten. Wordt niet aan de verplichting voldaan, dan staan de gerechtigde meerdere mogelijkheden ten dienste zoals:

- Het executeren van het verbonden goed op gelijke wijze als bij een hypotheek. Op deze wijze kunnen met de opbrengst van de verkoop de niet verkregen opbrengsten elders worden verkregen.
- Het in rechte betrekken van de danmalige eigenaar op basis van wanprestatie.

Gerechtigd tot een Reallast kunnen zowel bepaalde natuurlijke personen als rechtspersonen zijn,⁸⁰ als ook de danmalige eigenaar van een heersend erf.⁸¹ Inhoudelijk is de Reallast niet beperkt tot de typen waartoe de beschränkte persönliche Dienstbarkeit beperkt is, en de goederen die verschaft moeten worden kunnen al die goederen zijn die op geld waardeerbaar zijn als voedsel, water, energie, olie, het in goede staat houden van het heersend erf etcetera.

8.3.3.1 *Ontstaan en tenietgaan*

De Reallast wordt gevestigd, en gaat teniet op de wijze waarop ook de Dienstbarkeit wordt gevestigd of teniet gaat. Zij kan worden gevestigd als:

- niet vererfbaar en onoverdraagbaar recht (evenals in beginsel de beschränkte persönliche Dienstbarkeit);

78 Denk aan het Erbbaurecht ex. §9 Abs. 1 ErbbVO, Wohnungseigentum/Wohnungserbbaurecht ex §30 WEG, Grundstücksteilfläche of 'auf Landesrecht beruhende grundstücksgleiche Rechte'.

79 §1105 BGB.

80 §1111 BGB.

81 §1110 BGB. De 'subjectief-dingliche' Reallast die wordt gezien als een bestanddeel van het perceel. Er is dan sprake van de Eigentümerreallast.

- wel overdraagbaar en vererfbaar,⁸²
- slechts overdraagbaar met de eigendom van het heersend erf.⁸³

Goed beschouwd in dat laatste geval sprake van een Grunddienstbarkeit met een bepaalde inhoud, namelijk een die voor een groot deel een doen tot inhoud zal hebben!

Deze flexibiliteit in de verschijningsvorm van de Reallast maakt het een buitengewoon flexibele en interessante figuur.

8.4 VERGELIJKING MET HET NEDERLANDSE SYSTEEM

De hierboven besproken figuren vertonen hier en daar grote parallellen met de Nederlandse equivalenten ervan. Met name het vruchtgebruik en de erfdienstbaarheid zijn vrijwel identiek aan de Nederlandse varianten. De beschränkte persönliche Dienstbarkeit enerzijds en de kwalitatieve verplichting anderzijds verschillen echter behoorlijk. Alhoewel zij in die zin gelijk zijn dat beiden aan de passieve zijde grondgebonden zijn en aan de actieve zijde ten gunste van een persoon strekken, zijn de verschillen toch groot. Zo kunnen bij de beschränkte persönliche Dienstbarkeit nevenverplichtingen tot een doen tot inhoud van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit worden gemaakt, is de actieve zijde niet overdraagbaar, kan de uitoefening van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit aan een ander worden overgelaten en is natuurlijk de beschränkte persönliche Dienstbarkeit gewoon een zakelijk recht. Geen discussie over de wijze van totstandkoming, tenietgaan, wijziging van de inhoud, de positie van gebruikers, de positie in faillissement of anderszins. Daarentegen bestaat niet de mogelijkheid te bepalen dat de binding aan de figuur zich tot bepaalde groepen zal beperken en moet de verplichting passen in een van de drie grondvormen. De grote mate van vrijheid die ik zie in de kwalitatieve verplichting zie ik niet in de beschränkte persönliche Dienstbarkeit. Opgemerkt moet wel worden dat partijen in het Nederlandse recht ook als het gaat om de invulling van de zakelijke rechten een redelijke mate van vrijheid hebben. In het Duitse recht lijkt deze vrijheid meer beperkt.

De Reallast is een figuur van geheel andere inhoud. Niet alleen geeft de Reallast een recht op een bepaalde prestatie, ook staat het goed zelf in voor de nakoming van de verplichting. De verplichting waarop de Reallast ziet is een positieve verplichting met zakelijke werking. Een dergelijke figuur was onder het oude BW ook bij ons bekend als grondrente, maar deze is in het huidige wetboek niet terug-

82 Zie §873 BGB.

83 §1110 BGB.

gekeerd.⁸⁴ Verplichtingen tot een doen kennen wij slechts in obligatoire zin, tenzij het betreft de specifiek omschreven nevenverplichtingen om te doen die aan een erfdienstbaarheid verbonden kunnen worden.

Alhoewel de figuur in onbruik is geraakt biedt hij mijns inziens veel mogelijkheden, omdat de 'wiederkehrende Leistungen' zich niet behoeven te beperken tot het verschaffen van stoffelijk voordeel, maar ook prestaties verschuldigd kunnen worden. Schiet de debiteur tekort in de nakoming van de verplichting, dan is hij niet alleen zelf aansprakelijk, maar ook het belaste perceel. De crediteur heeft op deze wijze een positie verworven die veel sterker is dan de crediteur die onder het Nederlandse recht als concurrent schuldeiser verhaal moet gaan halen.

Het introduceren van een figuur als de Reallast in het Nederlandse stelsel zou leiden tot de introductie van een figuur die het midden houdt tussen een zekerheidsrecht, een erfdienstbaarheid en een kwalitatieve verplichting. Duidelijk zou wel zijn dat de figuur een zakelijk recht is, maar voor het overige zou de vraag zijn in hoeverre bijvoorbeeld de regels van het verbintenissenrecht erop van toepassing zouden zijn.

84 Zie titel 8 Boek 2 Oud BW. Ingevolge art. 150 Overgangswet blijven de onder het oude recht gevestigde grondrenten onder het nieuwe recht voortbestaan. Zie over de redenen om de grondrente uit het ontwerp van boek 5 BW te schrappen Parl. Gesch. Boek 5, p. 367 e.v.

9 Schots recht

9.1 INLEIDING

Bij het vergelijken van de diverse rechtsstelsels neemt Schotland een bijzondere plaats in. Niet alleen is Schotland onderdeel van het Verenigd Koninkrijk en uit dien hoofde een land dat geregeerd wordt door het stelsel van de common law,¹ maar ook heeft binnen dit common law-stelsel Schotland als enige tot 28 november 2004 vastgehouden aan een feodaal systeem. Was dit principe in de overige Europese landen al enkele eeuwen afgeschaft,² in Schotland hield het stand.³ Reden hiervoor was de uitbreiding van de Schotse steden, die dankzij de figuur van de 'feudal grants'⁴ en wegens het ontbreken van noodzakelijke publiekrechtelijke wetgeving, plaats kon vinden onder door de ontwikkelaars vast te stellen eeuwigdurende voorwaarden.⁵ Gesanctioneerd door de gerechtelijke instanties verwerden deze 'grants' tot wat thans heet 'real burdens'.⁶

Nu de Schotse wetgever in de aanloop naar de afschaffing van het feodale stelsel op 28 november 2004 een groot aantal stelsels tot zijn beschikking had om tot voorbeeld te dienen bij het vaststellen van nieuwe wetgeving op het gebied van zakelijke rechten en grondeigendom, is het interessant te bezien welk(e) rechtsstelsel(s) tot voorbeeld hebben gediend en welke keuze de Schotse wetgever heeft gemaakt en waarom.

Om eerder genoemde burdens in perspectief te kunnen plaatsen is het noodzakelijk het goederenrechtelijke stelsel van Schotland te bekijken. Omdat het Scottish Legal System een 'mixed' system is, een systeem dat de kenmerken van meerdere systemen in zich draagt,⁷ voert het echter te ver de integrale totstandkomingsgeschiedenis en finesses van het goederenrechtelijk systeem uiteen te zetten.⁸

1 Of, zoals Reid en Zimmerman het stellen in *A history of private law in Scotland*, p. 4, 'common (in the sense of uncodified) law'. In historische en inhoudelijke zin is sprake van een mengvorm van common law en civil law, zie hierna §9.2 Zie ook Gordon/De Waal, *Servitudes and Real burdens*, in: *Mixed legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa* (2004).

2 In Nederland in 1798, in Frankrijk in 1789 en in Engeland in 1660 (Tenures Abolition Act).

3 Zie over het ontstaan van het feodale stelsel in Schotland Rennie, *Land Tenure in Scotland*, §1-01.

4 Oorspronkelijk door de feodale heer verleende rechten tot gebruik van grond.

5 Reid, *Real Rights and real obligations*, p. 35, in: *Contents of real rights*, Wolf Legal Publishers, 2004.

6 Steven, *revolution in Scottish land law*, *Electronic Journal of Comparative law*, vol. 8.3 (Oct. 2004).

7 Reid/Zimmerman, t.a.p., p. 3.

8 De geïnteresseerde lezer verwijst ik naar Reid/Zimmerman, t.a.p.

9.2 HET STELSEL IN SCHOTLAND; DE TOTSTANDKOMING

Het Schotse rechtssysteem is tot stand gekomen onder invloed van met name het Romeinse Recht en het recht van the common law. In tegenstelling tot de civiele rechtssystemen kent common law geen vast omljnd goederenrechtelijk stelsel, en daarmee ook geen numerus clausus voor wat betreft de zakelijke rechten. De grenzen van de respectieve figuren worden door de rechter vastgesteld. De rechterlijke uitspraken fungeren aldus als precedent.

In Schotland lopen de beide systemen door elkaar heen. Naargelang de gebleken behoefte werden in de loop der eeuwen elementen uit een van beide systemen meer aangezet dan wel afgezwakt.

De invloed van het Romeinse recht is in het goederenrecht met name duidelijk uit de figuur van de servitudes, die al in 1583 in Schotland bekend waren.⁹ Gedurende lange tijd werd strak vastgehouden aan de voor de servitude geldende Romeinrechtelijke regels en bleven de Latijnse namen als *via*, *aquaeductus*, *aquahaustus* en *non aedificandi* in zwang. Verplichtingen om te doen konden niet de inhoud van een servitude zijn^{10,11} en bovendien was er slechts een beperkt aantal servitudes 'bekend'. Slechts servitudes die als zodanig al bekend waren konden bestaan, zodat er feitelijk een 'fixed list' van servitudes bestond.

Bovengenoemde beperkingen waren onbekend in het feodale stelsel, dat naar verluid in 1066 door Willem de Veroveraar in Engeland geïntroduceerd werd, en kort daarna in Schotland verspreid. Basis van het feodale systeem was, dat de eigendom van de grond niet 'direct' aan een particulier in eigendom kon toebehooren, maar dat de gerechtigde tot een stuk land dit als 'vazal' voor de Kroon hield. De houder mocht weliswaar de grond gebruiken als een (economisch) eigenaar, maar de uiteindelijke eigendom berustte steeds bij de Kroon. Het plaatsen van een tussenschakel – dat wil zeggen iemand die in de verhouding tot de Kroon vazal was, en in verhouding tot een derde 'superior' – was ook toegestaan en werd aangeduid als 'sub-infeudation'.¹² Het opleggen van positieve verplichtingen in ruil voor het gebruik van het land was in het feodale systeem logisch en gebruikelijk¹³ en werd dan ook veelvuldig toegepast, zeker toen de bruikbaarheid van het instrument voor stadsontwikkeling duidelijk werd. Door het karakter van de verplichtingen konden deze tot in lengte van dagen zowel door de oorspronkelijke bedinger

9 Reid, *Modernising Land Burdens: The new law in Scotland*. Bijdrage aan de *Ius Commune Conference*-bundel 'Towards a Unified System of Land Burdens?', Intersentia Metro, Antwerpen/Oxford 2006.

10 *Nicholson v Melville* (1708) Mor 14516.

11 En omdat bij de servitudes onverkort het adagium gold 'nemo res sua servit' aldus *Innes v Stewart* (1542) M. 3081.

12 Reid, *The abolition of feudal tenure in Scotland*, §1.2.

13 Denk aan verplichtingen om in tijden van oorlog voor de superior te strijden, maar ook aan andere verplichtingen als afdracht van een deel van de opbrengst van het land, betaling van geld of zelfs het mysterieuze *ius primae noctis*.

(de Kroon dan wel de andersoortige superieur) als door diens rechtsopvolgers worden afgedwongen. In de praktijk werd het opleggen van dergelijke verplichtingen, de 'real burdens', toegestaan en bleef het feodale systeem floreren.

In de rechtspraak werd erkend dat feodale verplichtingen niet alleen werking hadden tussen partijen, maar ook jegens rechtsopvolgers onder bijzondere titel,¹⁴ en omdat de inhoud van de real burdens niet zoals bij de erfdienstbaarheid begrensd werd door (Romeinsrechtelijk geïnspireerde) regels nam de toepassing een grote vlucht. De enige beperking die aan de toelaatbaarheid van een real burden gesteld werd, was dat hij op enige wijze betrekking moest hebben op het te belasten stuk land.

De real burdens kwamen niet alleen voor binnen het feodale systeem, maar ontwikkelden zich er gaandeweg ook buiten. Omdat in bepaalde gebieden de 'subfue' niet was toegestaan bestond daar geen mogelijkheid voor de gerechtigde om gronden te vervreemden en toch enige vorm van zeggenschap er over te behouden ('subinfeudation'). Slechts directe overdracht ('substitution') zonder behoud van enige juridische (zeggenschaps-)band was mogelijk. Teneinde de oorspronkelijke eigenaar toch enige vorm van zeggenschap te laten behouden werd het toegestaan ook buiten het feodale systeem real burdens in het leven te roepen, waarbij echter wel als vereiste gold dat de bedinger aan het verkochte grenzende gronden in eigendom had.¹⁵ Vorenstaande was een extra impuls tot uitbreiding van het gebruik van de real burdens ten nadele van de servitude. Deze laatste, meer restrictievere rechtsfiguur bleef gebruikelijk voor de klassiekere rechten als die van overpad.

Als gevolg van de geschetste ontwikkeling bestonden er in Schotland vóór de afschaffing van het feodale stelsel op 28 november 2004 ('The Appointed Day') twee soorten 'land burdens', te weten de Romeinsrechtelijk geïnspireerde servitudes, en de real burdens als voortgekomen uit het feodale stelsel.¹⁶

9.3 HET STELSEL VÓÓR 28 NOVEMBER 2004

In Schotland bestaat een in principe gesloten systeem van zakelijke rechten. Het is partijen niet toegestaan zelf een nieuw soort recht te creëren. Slechts indien het te creëren recht binnen de grenzen van reeds erkende zakelijke rechten kan worden

14 Tailors of Aberdeen v Coutts (1840) 1 Rob 296.

15 Ook in Engeland, waar het feodale systeem al in 1290 met het statuut Quia emptores als leidend systeem het onderspit had gedolven, was behoefte aan de mogelijkheid verplichtingen met de eigendom van de grond over te laten gaan. Onder de naam 'freehold restrictive covenants' werd daar hetzelfde bereikt als in Schotland met de real burdens, zij het dat het opleggen van verplichtingen om te doen nog steeds niet was toegestaan.

16 Maar zoals uiteengezet, ook daarbuiten ontwikkeld.

gebracht,¹⁷ kan het recht als zodanig worden ingeschreven in de openbare registers. Opgemerkt moet worden dat de lijst niet geheel gesloten is, er bestaat ruimte voor uitbreiding zowel door common law als door 'statute'.¹⁸ Door statute zijn inmiddels onder meer toegevoegd de lease en the right of standard security¹⁹ Omgekeerd zijn er bestaande rechten afgeschaft omdat ze in onbruik waren geraakt, zoals the right to arsenals en fortalices.²⁰

9.3.1 De servitudes vóór the appointed day

In Schotland was het mogelijk erfdiensbaarheden (servitudes) te vestigen, zij het dat deze in de soort gelimiteerd waren tot bijvoorbeeld het recht van weg of van afvoer. Indien de gewenste erfdiensbaarheid naar zijn aard overeenkwam met een servitude uit de 'fixed list', behoefde hij niet te worden inschreven in de openbare registers (The Land Register) en was geen akte nodig.²¹ Alhoewel het formeel mogelijk was de fixed list uit te breiden,²² was het in de praktijk bijzonder lastig nieuwe erfdiensbaarheden te construeren.²³

Zoals bij alle Romeinsrechtelijk geïnspireerde servitudes moest sprake zijn van een heersend en een dienend erf, ook wel dominant/benefited en servient/burdened tenement geheten, die in elkaars nabijheid moesten liggen (de Romeinsrechtelijke eis van vicinitas). Daarnaast mocht een 'doen' niet tot inhoud van de erfdiensbaarheid gemaakt worden.

Het onderscheid dat bij de servitudes werd gemaakt was dat in:

- Positive servitudes; erfdiensbaarheden om een bepaald gebruik door het heersend erf op het dienen erf te dulden, bijvoorbeeld een recht van overpad.
- Negative servitudes; erfdiensbaarheden die de eigenaar van het dienend erf beperkten in zijn gebruik, bijvoorbeeld het opleggen van een bouwverbod.

De nakoming van een servitude kon slechts worden afgedwongen door de eigenaar van het heersend erf, niet door bijvoorbeeld huurders van het heersend erf. Vorenstaande neemt niet weg dat huurders in beginsel wel de erfdiensbaarheid mochten uitoefenen.²⁴

17 Bekend zijn onder meer property, proper liferent, servitudes en possession. Zie hiervoor meer uitgebreid Paisley, Land Law, §2.4.

18 Denk voor het uitbreiden van de toegestane servitudes aan de mogelijkheid om een servitude of car parking te creëren, Tailors of Aberdeen v Coutts (1840) 1 Rob 296.

19 Conveyancing and Feudal Reform (Scotland) Act 1970, P. II.

20 Paisley, t.a.p., §2.7.

21 Zie uitgebreid over de eisen die voor het ontstaan van servitudes werden gesteld en de lijst van 'bekende' servitudes De Waal, Servitudes, in: a History of private law in Scotland I, p. 329 e.v.

22 Rennie, Land Tenure in Scotland, §11-05.

23 Zie de zaak Neill v. Scobbie als beschreven door Reid in Vassals No More: feudalism and Post-feudalism in Scotland p. 284 in European Review of Private Law 3-2003. Ook Paisley, Land Law, p. 223 e.v.

24 Paisley, Land Law, §8.2 e.v.

9.3.2 Real burdens vóór the appointed day

De real burdens onderscheidden zich van de servitude door de mogelijkheid verplichtingen tot een doen als inhoud te hebben. Daarnaast was het ook mogelijk verplichtingen om te dulden of niet te doen in de vorm van een real burden met een stuk land over te laten gaan op de verkrijger daarvan. Voor het vestigen van een real burden was in tegenstelling tot de servitude wel een akte nodig en bovendien inschrijving in de openbare registers.

De real burdens kwamen deels voort uit het feodale systeem (de feudal burdens). Deze real burdens zijn met de afschaffing van het feodale stelsel ook afgeschaft. Ook bestond er een groep van real burdens die grote gelijkenis vertoonden met de servitudes en die de eigenaar van het ene (heersende) erf een recht tot nakoming jegens de eigenaar van het andere (dienende) erf gaven. Globaal waren er twee soorten van deze real burdens te onderscheiden:

- De neighbour burdens, waarbij een perceel een verplichting kreeg opgelegd ten gunste van een belendend perceel, maar het belendend perceel geen daar tegenover staande verplichtingen had;
- De community burdens, waar percelen grond over en weer verplichtingen op zich hadden genomen.

Een verder onderscheid tussen de real burdens en de servitudes was, dat de servitudes absolute werking hadden, dus ook ingeroepen konden worden tegen diegenen die op het dienend erf een recht van gebruik hadden, terwijl een real burden slechts ingeroepen kon worden jegens de eigenaar van het dienend erf en diens rechtverkrijgenden.²⁵

9.4 HET STELSEL ONDER THE TITLE CONDITIONS (SCOTLAND) ACT 2003

Tegelijk met het in werking treden van de Abolition of Feudal Tenure etc (Scotland) Act 2000 en daarmee het afschaffen van het feodale systeem, is de Title Conditions (Scotland) Act 2003 [hierna TC(S)A 2003] in werking getreden. Met het invoeren van deze laatste wet is de bezem gehaald door de praktijk van de al dan niet feodale real burdens en servitudes. Door de Schotse wetgever is onderkend dat de real burdens een duidelijk bestaansrecht hebben naast de erfdiensbaarheden, zij het dat richtlijnen moeten worden gegeven voor de inhoud en reikwijdte ervan. In de TC (S)A 2003 worden algemene regels gegeven met betrekking tot de real burdens zoals definities, regels omtrent inhoud, ontstaan, duur, afdwingbaarheid en einde. Bovendien worden in het 7^e deel van de wet de erfdiensbaarheden

²⁵ Paisley, t.a.p., §9.4.

beschreven (positief en negatief) en de mogelijkheid om real burdens om te zetten in erfdiensbaarheden en vice versa.

Kort gezegd zijn met ingang van the appointed day alle negative servitudes (servitudes om iets niet te doen) omgezet in negative burdens, terwijl alle real burdens die als inhoud een verplichting om te dulden hadden, zijn omgezet in positive servitudes. Het is niet meer toegestaan negative servitudes te vestigen, noch kunnen real burdens met als inhoud een dulden in het leven worden geroepen.²⁶

9.4.1 Real burdens sinds the appointed day

In de TC(S)A 2003 wordt een real burden omschreven als:

‘an encumbrance on land constituted in favour of the owner of other land in that person’s capacity as owner of that other land’.²⁷

Alhoewel de term praedial burden nergens in de nieuwe wet terug te vinden is, worden burdens die aan bovenstaande definitie voldoen ook wel als zodanig aangeduid.²⁸ Bij de praedial real burdens wordt het belaste perceel ‘burdened property’ genoemd (dienend erf) terwijl het andere perceel de naam ‘benefited property’ (heersend erf) draagt.

Tegenover de praedial real burdens staan de personal real burdens, zijnde de verplichtingen die ten laste van een stuk grond maar ten gunste van een persoon strekken.²⁹

9.4.1.1 De inhoud en kenmerken van een real burden

Een real burden mag tot inhoud hebben zowel een verplichting om te doen als om niet te doen. Heeft de burden als inhoud een verplichting om te doen dan wordt hij *affirmative* genoemd, betreft het een verplichting om niet te doen dan is de burden *negative* ‘in nature’. Het onderscheid is relevant voor de vraag jegens wie de burden kan worden gehandhaafd; affirmative burdens kunnen slechts worden ingeroepen jegens de eigenaar van het dienend erf, negative burdens tegen eenieder die het dienend erf gebruikt.

Verplichtingen om te dulden zijn uitdrukkelijk niet als inhoud van de real burden toegestaan; hiervoor blijft de servitude de aangewezen figuur.

26 Uitgebreid over de nieuwe regels voor servitudes Rennie, t.a.p., Chapter 11.

27 TC(S)A 2003, s. 1(1).

28 Conveyancing, §15.3.

29 TC(S)A 2003 s. 1(3).

De burden moet direct of indirect een relatie hebben met het belaste grondstuk wat de inhoud van met name de affirmative burdens begrenst.³⁰ Wanneer er sprake is van een heersend erf moet de burden ook ten gunste strekken van dat erf, tenzij er sprake is van een community burden.³¹ Voorts mag de burden niet in strijd zijn met het algemene belang en geen monopolie creëren. Daarnaast is het niet toegestaan een verplichting op te leggen die een onredelijke beperking van de handel tot gevolg heeft,³² noch mogen verplichtingen worden opgelegd die zich niet verdragen met de eigendom. Globaal wordt hiermee dezelfde beperking opgelegd als in het Duitse recht bij de Unterlassungsdienstbarkeit geldt.³³

Alhoewel bovenstaande anders doet vermoeden, is het mogelijk een recht van toegang tot of het gebruik van een bepaald perceel tot inhoud van de burden te maken of regels te stellen omtrent het bestuur ervan. De burden wordt dan een 'ancillary burden' genoemd.³⁴ Vereist is wel dat de burden 'ancillary' (ondergeschikt) is aan een affirmative of negative burden.

Bij de beoordeling van de vraag met wat voor soort burden we te maken hebben moet veeleer naar het effect van de voorschriften worden gekeken, dan naar de wijze waarop de voorschriften zijn geformuleerd.³⁵

9.4.1.2 *De totstandkoming van real burdens*

Het vestigen van een real burden vindt plaats door inschrijving van een akte van vestiging (constitutive deed) in de registers, waarbij de datum van inwerkingtreding van de burden kan worden uitgesteld. Wat voor akte voor de vestiging gebruikt wordt is niet relevant (kan bijvoorbeeld zowel bij overdracht van the burdened of van the benefited property gebeuren), dit in tegenstelling tot de regels vóór 28 november 2004, toen real burdens slechts konden worden gecreëerd 'in a conveyance of the burdened property or in a deed of conditions'.³⁶

In de akte moet worden vermeld dat het een real burden betreft³⁷ en als het een specifiek soort burden betreft, zoals een conservation burden, kan worden vermeld

30 TC(S)A 2003, s. 3(1).

31 TC(S)A 2003, s. 3(4).

32 Conveyancing, §15.32.

33 Zie §8.3.1.2.

34 TC(S)A 2003, s. 2(3) (4).

35 Dit kan lastig zijn, zoals ook bij de discussie over de toegestane inhoud van erfdienstbaarheden en kwalitatieve verplichtingen het geval is. Zie *Cooperative Wholesale Society v Ushers Brewery* 1975 SLT (Lands tr) 9 waarin werd gesproken het toegestane gebruik van op te richten gebouwen dat 'niet anders mocht zijn dan'... terwijl tevens werd gezegd dat het 'in geen geval mocht worden gebruikt voor'...

36 Zie voor de overwegingen die tot de uitbreiding hebben geleid *Report on real Burdens* (Scot Law Com no. 181, 2000), §3.12 e.v. via www.scotlawcom.gov.uk.

37 De *voces signatae* ofwel voorgeschreven woorden.

dat het een dergelijke burden betreft. Daarnaast zijn noodzakelijk het vermelden van de voorwaarden van de burden 'in full',³⁸ het specificeren van het belaste perceel alsook van – indien aanwezig – het heersend erf,³⁹ dan wel de begunstigde persoon in geval van een personal real burden.⁴⁰ De burden moet in de openbare registers zowel bij het heersend als het dienend erf worden aangetekend, de 'dual registration'.

Bestonden er reeds feodale burdens met hetzelfde doel als die burdens die in de Title Conditions (Scotland) Act 2003 zijn opgenomen, dan bestaat de mogelijkheid de oude burdens weer 'over te zetten' (te converteren) in niet-feodale door middel van eerdergenoemde registratie.

De burden is in beginsel eeuwigdurend maar kan in de akte van vestiging in de tijd zijn gelimiteerd.

9.4.2 Personal real burdens

Tegelijk met het herschikken van de bestaande real burdens en servitudes werd onderkend dat er een maatschappelijke behoefte bestond aan een soortgelijke figuur als onze kwalitatieve verplichting, namelijk de mogelijkheid om de actieve zijde van een grondgebonden verplichting niet tevens aan een stuk grond maar aan een persoon te kunnen binden. Alhoewel binding van (de eigenaar van) een stuk grond aan een persoon natuurlijk de kern was van het af te schaffen feodale stelsel, is in de TC(S)A 2003 een aantal specifiek omschreven 'kwalitatieve verplichtingen' opgenomen, met daaraan gekoppeld een overzicht van 'personen' ten faveure waarvan deze verplichtingen kunnen worden gevestigd. In tegenstelling tot onder het Nederlandse recht betreft het hier geen natuurlijke personen, maar bijvoorbeeld de Kroon, de lokale of Schotse autoriteiten dan wel speciale conserverende organisaties. Door de zeer strikte omschrijving van de toegestane personal real burdens en het strikt inperken van de 'personen' ten gunste waarvan de burden kan strekken, is gepoogd de angst om terug te keren naar de horigheid die nu juist met het afschaffen van het feodale systeem moest worden uitgebannen, te bezweren.

De personal real burdens kunnen worden onderscheiden in acht soorten: de conservation burdens, de rural housing burdens, de maritime burdens, de economic development burdens, personal pre-emption burdens, personal redemption burdens,

38 In common law was de regel dat de voorwaarden kenbaar moesten zijn 'within the four corners of the deed'.

39 In tegenstelling tot de situatie voor de invoering van de TC(S)A 2003, is het buiten de situatie van de personal real burdens om niet meer mogelijk real burdens in het leven te roepen die strekken ten gunste van een persoon. De oude feodale burdens echter strekten voor een groot deel ten gunste van een persoon (de superior).

40 TC(S)A 2003, s. 4.

manager burdens en de health care burdens.⁴¹ Alhoewel zij inhoudelijk zeer verschillen, is een groot aantal bepalingen op alle personal real burdens van overeenkomstige toepassing, zoals de regels voor de handhaving van de burdens.⁴²

De eerste last die ten behoeve van het algemeen belang kan worden gevestigd is de zogeheten *conservation burdens*, te vestigen ten behoeve van de Schotse regering of 'a conservation body' als opgenomen in een gelimiteerde lijst.⁴³ De burdens moet tot inhoud hebben het in het algemeen belang behouden of beschermen van de architectonische of historische karakteristieken van een perceel of enige andere speciale karakteristiek van een perceel (waaronder begrepen speciale karakteristieken afgeleid van de flora, fauna of algemene verschijning van het perceel). De Schotse autoriteiten kunnen een instituut aanwijzen als conservation body als bedoeld in de wet, doch slechts indien het doel of een van de doelen van de organisatie is het in het algemeen belang behouden of beschermen van genoemde karakteristieken van land. Ook kunnen de Schotse autoriteiten een organisatie genoemde status afnemen.⁴⁴ Het recht voortvloeiende uit een conservation burdens mag worden toegewezen of anderszins worden overgedragen aan een andere conservation body dan wel aan de Schotse autoriteiten, met dien verstande dat de overdracht eerst effect sorteert na de inschrijving. Wanneer de begunstigde uit de burdens ophoudt een conservation body te zijn als bedoeld in de wet, houdt de burdens op te bestaan.

De '*maritime burdens*' vervolgens kan slechts worden gevestigd ten faveure van de Kroon, en behelst een verplichting aangaande zeebodem en de 'foreshore'. Genoemde verplichting is aan de actieve zijde niet overdraagbaar.⁴⁵

De '*economic development burdens*' is slechts te vestigen ten behoeve van locale of Schotse autoriteiten en heeft ten doel het stimuleren van economische ontwikkelingen. Zou de burdens door een ander dan de locale of de Schotse autoriteiten worden gevestigd, dan is de voorafgaande toestemming van deze autoriteiten nodig, alvorens de akte houdende de vestiging van de hen begunstigende burdens wordt geregistreerd.

Onder de burdens kan begrepen zijn de verplichting een som geld aan genoemde autoriteiten te betalen.⁴⁶

41 Zie over ieder van de afzonderlijke burdens uitgebreid Conveyancing, §15.12-21.

42 De algemene regels zijn opgenomen in de TC(S)A s. 40 en 41 en worden bijvoorbeeld voor de rural housing burdens in s. 43 (10) van overeenkomstige toepassing verklaard.

43 Zie meer uitgebreid Report on real burdens, p. 192 (§9.10).

44 TC(S)A 2003, s. 38 (4-7).

45 TC(S)A 2003, s. 44.

46 TC(S)A 2003, s. 45 (3).

De zogeheten '*health care burdens*' kunnen worden gevestigd ten behoeve van de National Health Service Trust of de Schotse autoriteiten.⁴⁷ Doel van deze burdens moet zijn het promoten van de aanwezigheid van gezondheidsfaciliteiten. Ook voor deze burden geldt dat indien de burden door een ander dan de National Health Service Trust of de Schotse autoriteiten wordt gevestigd, de voorafgaande toestemming van deze instantie/autoriteiten nodig is, alvorens de akte houdende de vestiging van de hen begunstigende burden wordt geregistreerd. Ook onder deze burden kan begrepen zijn de verplichting een som geld aan genoemde autoriteiten te betalen

De '*rural housing burdens*' kan worden gevestigd ten behoeve van een woningcorporatie op het platteland en heeft ten doel de betreffende instantie een voorkeursrecht tot koop ten behoeve van het belaste perceel te verlenen.⁴⁸

De '*personal pre-emption*' en '*redemption burdens*' kunnen na de appointed day niet meer gevestigd worden, wel zijn er in de wet overgangsregelingen getroffen.

De laatste personal real burden is er een van bijzondere aard. De '*manager burdens*' geeft aan een projectontwikkelaar het recht ten aanzien van het te ontwikkelen stuk grond de ontwikkeling ter hand te nemen (te managen) dan wel te bepalen wie als manager op zal treden.⁴⁹ Gedachte achter deze burden is het beschermen van de projectontwikkelaar tegen kopers die nog gedurende de ontwikkeling van het project handelingen verrichten die de door de ontwikkelaar gedane investeringen teniet doen of de verkoop van andere perceelsgedeelten bedreigen. Door de burden krijgt de ontwikkelaar de touwtjes stevig in handen, zij het slechts gedurende een beperkte periode. De ingebakken beperking in tijd is uniek wanneer deze wordt vergeleken met de andere personal real burdens die in principe eeuwigdurend zijn.

Met het in werking treden van de nieuwe wetgeving vervallen, met uitzondering van het hierboven genoemde, alle feodale burdens. De superiors die een reëel belang hebben bij handhaving van hun recht hebben hiervoor zoals uiteen gezet, de mogelijkheid. Andere superiors die geen belang aan kunnen tonen, lijden geen schade en komen dan ook niet voor compensatie in aanmerking.

9.5 HET RECHT OM DE BURDEN AF TE DWINGEN

Een burden kan worden gehandhaafd door diegene die een rechtsgrond en belang tot handhaving heeft. De eigenaar van het heersend erf heeft in ieder geval deze

47 TC(S)A 2003, s. 46.

48 TC(S)A 2003, s. 43.

49 TC(S)A 2003, s. 63.

mogelijkheid, maar ook bijvoorbeeld diens echtgenoot.⁵⁰ Betreft het een personal real burden dan kan slechts degene ten behoeve van wie de burden is gevestigd tot handhaving overgaan.⁵¹

In geval van een verplichting om te doen kan de burden worden afgedwongen jegens de eigenaar van het dienend erf. Een verplichting om niet te doen of een ancillary burden kan worden afgedwongen jegens de eigenaar of huurder van het dienend erf dan wel iedere andere persoon met een recht tot gebruik van het dienend erf.⁵²

Wordt een dienend erf overgedragen dan blijft de voormalig eigenaar hoofdelijk aansprakelijk voor eventuele schade voortkomend uit een verplichting om te doen. Omgekeerd is de nieuwe eigenaar ook hoofdelijk aansprakelijk voor de door de vorige eigenaar veroorzaakte schade uit een verplichting om te doen.⁵³

9.6 DE SERVITUDES NA THE APPOINTED DAY

De andere manier om verplichtingen aan land te verbinden, de servitude, heeft ook wijzigingen ondergaan na the appointed day. Vanaf genoemde datum zijn nog slechts positive servitudes toegestaan, zijnde servitudes met als inhoud een verplichting om te dulden.

Onder het feodale stelsel bestond de eerder genoemde 'fixed list of servitudes' waarbij de regel gold dat indien de servitude maar bleef binnen de grenzen van de bekende servitudes, er geen inschrijving in de openbare registers noodzakelijk was. Omdat de 'closed list' nergens duidelijk was vastgelegd leidde dit tot de rare situatie dat niet duidelijk was welke verplichting nu wel of niet als inhoud van een servitude was toegestaan. De nieuwe wet maakt een einde aan het bestaan van de fixed list of servitudes, en doet dat door te bepalen dat in beginsel iedere verplichting die zich ervoor leent als positive servitude gevestigd te worden, ook als zodanig gevestigd kan worden mits schriftelijk aangegaan en ingeschreven in de openbare registers op de wijze als voorgeschreven in s. 75 van de TC(S)A 2003. Bovendien zijn real burdens die voor the appointed day bestonden en een verplichting tot binnentreden of gebruik op het dienend erf legden, met ingang van the appointed day omgezet in positive servitudes.⁵⁴ Omgekeerd zijn alle negative servitudes die immers vanaf gemelde datum niet meer zijn toegestaan, omgezet in

50 Zie voor andere specifieke groepen personen bij specifieke burdens TC(S)A 2003, s. 8 (2-5).

51 TC(S)A 2003, s. 8(6).

52 TC(S)A 2003, s. 9.

53 Zie voor verdere bepalingen over hoofdelijke aansprakelijkheid onder meer bij splitsing van het dienend erf TC(S)A 2003, s. 10 e.v.

54 TC(S)A 2003, s. 81.

real burdens.⁵⁵ Voor het overige zijn de eisen die gelden voor het vestigen van een servitude gelijk aan die welke al golden voor de invoering van de wet, namelijk de eis van een benefited en een burdenend property, het praediale karakter, de inhoud die zich beperkt tot een servitus in patiendo en het verbod in strijd te zijn met de vrijheid van de eigenaar van het dienend erf.⁵⁶

Schematisch kan als volgt worden weergegeven wat tot inhoud van welke figuur kan worden gemaakt:⁵⁷

Type	servitude	real burdens
Positief (doen)	nee	ja
Negatief (niet doen)	nee	ja
Dulden	ja	nee, tenzij ancillary

9.7 WIJZIGING VAN TITLE CONDITIONS

Alhoewel de title conditions in beginsel 'will last until in perpetuity'⁵⁸ is het mogelijk hen gedurende hun bestaan te wijzigen of te laten eindigen (geheel of gedeeltelijk), dit laatste door middel van de inschrijving van een deed of discharge, verleend door of namens de eigenaar van het heersend erf. Ook is het mogelijk dat de burden eindigt ofwel door verjaring⁵⁹ ofwel doordat er niemand is die enig belang heeft bij instandhouding van de burden.⁶⁰

Het wijzigen van title conditions in het algemeen kan op een achttal manieren geschieden,⁶¹ waarvan de minute of waiver de meest gebruikelijke wijze van wijziging of afstand is.⁶²

Wijziging van een title condition (burden of servitude) vindt plaats op dezelfde wijze als in het geval dat er geheel afstand van wordt gedaan, dit omdat wijziging als een gedeeltelijke afstand wordt beschouwd. In TC(S)A 2003, s. 15, wordt expliciet bepaald dat degene die de waiver verleent de eigenaar van het heersend

55 TC(S)A 2003, s. 80.

56 Conveyancing, §16.3.

57 Naar Steven, Revolution in Scottish Land Law, in EJCL vol. 8.3 Oct. 2004.

58 Zie specifiek voor de real burdens TC(S)A 2003, s. 7.

59 TC(S)A, s. 16.

60 TC(S)A, s. 17. e.v.

61 Conveyancing, §18.1.

62 Conveyancing, §18.4.

erf is, en voorts dat wijziging ook feitelijk een gedeeltelijke beëindiging van de title condition in kan houden.

Zo kan bijvoorbeeld een real burden inhoudende een verbod om te bouwen, worden gewijzigd in die zin dat het bouwverbod geheel vervalt, maar ook kan hij inhoudelijk dusdanig worden gewijzigd dat het oprichten van een bepaald soort gebouwen is toegestaan. In het Schotse systeem houdt wijziging van de inhoud ofwel in het doen van gedeeltelijke afstand van een bestaande burden (zie vorengenoemd voorbeeld van het bouwverbod), ofwel het verzwaren van de burden door het opleggen van nieuwe verplichtingen. In het laatste geval moeten de voorwaarden die worden gesteld voor het in het leven roepen van real burdens in acht worden genomen.

Voor de community burdens en de personal real burdens zijn bij de wijziging specifieke bepalingen opgenomen, nu de definitie van degene(n) die de deed of variation or discharge moet(en) verlenen een andere is dan bij de 'reguliere real burdens'.⁶³

Het wijzigen van de real burden kan niet geschieden door gebruikers als huurders of pachters. Slechts de goederenrechtelijk gerechtigden moeten akkoord zijn, en wel allemaal. Een uitzondering is gemaakt voor de community burdens waarbij een meerderheid voldoende is.⁶⁴

9.8 BEËINDIGING VAN TITLE CONDITIONS

Er zijn diverse wijzen waarop title conditions kunnen eindigen, alle redelijk verspreid in de wet opgenomen.

De meest voorkomende wijze van tenietgaan van de real burden is dat de eigenaar van het heersend erf/de gerechtigde tot de real burden door middel van de eerder genoemde deed of discharge (geheel of gedeeltelijk) afstand doet van zijn recht. Tevens is het mogelijk in onderling overleg de verplichting te beëindigen, maar ook⁶⁵ wanneer de eigenaar van het heersend erf of eenieder die de burden kan afdwingen activiteiten in strijd met de burden gedurende een periode van 12 weken heeft toegestaan houdt de burden voorzover de inbreuk heeft plaatsgehad, op te bestaan. De persoon/personen die de burden konden afdwingen wordt/worden dan, behoudens tegenbewijs, geacht van de inbreuk op de burden op de hoogte te zijn geweest.⁶⁶ In plaats van 'express consent', de 'implied consent'.

63 Resp. TC(S)A 2003, s. 32 e.v. en 48.

64 Conveyancing, §18.19.

65 In geval van real burdens.

66 TC(S)A 2003, s. 16.

Ook wanneer niemand meer een redelijk belang heeft bij het in stand houden van de burden verdwijnt deze.⁶⁷

Opmerkelijk is, dat er voor de real burdens uitdrukkelijk is bepaald dat het enkele feit dat heersend en dienend erf in één hand zijn of dat de gerechtigde tot de burden tevens de eigenaar van het dienend erf is, geen grond is voor tenietgaan. Evenals in het Duitse recht (de Eigentümerdienstbarkeit) zien we hier dat in een dergelijk geval niet automatisch sprake is van vermenging (confusio)⁶⁸ Voor de servitude geldt wel dat deze verdwijnt bij confusio, maar in tegenstelling tot in het Nederlandse recht wordt hij verondersteld weer te herleven indien heersend en dienend erf weer in verschillende handen komen.⁶⁹

Na een bestaansperiode van 100 jaar kan de eigenaar van het dienend erf, dan wel eenieder jegens wie de burden kan worden afgedwongen of een rechtsopvolger daarvan, een kennisgeving van beëindiging van de burden uitvoeren en inschrijven.⁷⁰ Voor deze kennisgeving bestaan voorgeschreven documenten.⁷¹ Ook geldt, dat indien inbreuk wordt gemaakt op een burden deze vervalt – al naar gelang de aard van de inbreuk geheel of gedeeltelijk – indien gedurende een periode van vijf jaar vanaf de inbreuk, geen relevante claim of erkenning heeft plaatsgevonden.

Een servitude kan worden beëindigd door een deed of discharge 'on registration of the deed against the burdended property'.⁷²

9.9 SAMENVATTING

Met het opschudden van de title conditions naar de huidige systematiek wordt een beweging ingezet naar een meer civiel georiënteerd systeem van zakelijke lasten, waarbij echter niet van een eenvoudig en helder systeem kan worden gesproken. Bij het vergelijken van het Schotse systeem met het Nederlandse valt meteen op dat waar het Nederlandse systeem tendeert naar het toestaan van een steeds grotere vrijheid voor partijen in het binden van verplichtingen aan onroerende zaken ten

67 Conveyancing, §18.46 e.v.

68 In het Report on Real Burdens van de Scottish Law Commission wordt op p. 92 aangehaald de overweging van Prof. Gordon in Scottish Land Law, waarin hij hieromtrent opmerkt '[I]t does not appear that the mere fact that the same person owns the land removes the conditions from the titles or deprives them of all effect. The better view is that the conditions are dormant, until some action is taken to remove them, or to destroy them by acting in contravention of them, because the acquirer of one property from the person who happens to hold both titles ought to be able to rely on the records or the register'.

69 Cusine/Paisley, Servitudes and Rights of Way, §17.22 e.v.

70 Nota Bene: deze mogelijkheid bestaat zeker niet voor alle real burdens. In TC(S)A 2003, s. 20 (3) is een groot aantal burdens van de werkingsfeer uitgezonderd.

71 In de wet opgenomen als bijlage 2.

72 TC(S)A 2003, s. 78. Zie ook meer uitgebreid Conveyancing H. 18.

gunste van personen,⁷³ het gloednieuwe Schotse systeem zich op dat gebied zeer bescheiden opstelt. Natuurlijk is vorenstaande het gevolg van het tegelijkertijd afschaffen van het feodale stelsel en de angst een nieuwe vorm van horigheid binnen te halen. De praedial real burdens en de servitudes vereisen beide een heersend en een dienend erf zodat deze beide figuren geen equivalent voor onze verplichting vormen.

De personal real burdens vormt dit wel maar is door zijn zakelijke karakter van geheel andere aard dan onze verplichting, wat onder meer tot uiting komt in de wijze van ontstaan, wijziging en tenietgaan. Ook zal in faillissement de positie van de real burdens onaangetast blijven.

Inhoudelijk biedt de kwalitatieve verplichting partijen oneindig meer mogelijkheden dan de personal real burdens. Niet alleen is in het Schotse recht duidelijk omschreven ten gunste van wie de burdens mag strekken, ook de inhoud van de burdens staat grotendeels vast.

Wat voor onze verplichting interessant is, is dat ook bij de personal real burdens geen vermenging optreedt indien de vordering en het belaste erf in één hand komen. Weliswaar bevinden we ons hier in het goederenrecht, maar naar mijn mening betreft het veeleer de gedachte achter de bepaling (kunnen uitzonderingen op de vermengingsregel worden geformuleerd?) die relevant is, en die we in het Nederlandse stelsel aan de orde zouden kunnen stellen.

73 Naast de invoering van de kwalitatieve verplichting is ook de tendens in de notariële tuchtrechtspraak inzake het kettingbeding te noemen. Ook de nieuwe Amerikaanse wetgeving van 2000 op dit gebied is overgegaan op een meer open systeem, aldus blijkt uit de bijdrage van Susan French in genoemde bundel 'Towards a Unified System of Land Burdens?'

10 Samenvatting en conclusies

10.1 INLEIDING

In het Nederlandse recht geldt op het oog nog steeds een duidelijke scheiding tussen het gesloten goederenrecht en het open verbintenissenrecht. Waar het eerste onderworpen is aan duidelijke regels aangaande onder meer totstandkoming, inhoud en tenietgaan kenmerkt het laatste zich door een vergaande mate van partij-autonomie, en een ruime begrenzing door wet en redelijkheid en billijkheid.

Toch is de scheiding minder strikt dan zij lijkt. Onder invloed van de maatschappelijke vraag zijn er in de loop der tijd figuren ontstaan die buiten de grenzen van het klassieke systeem treden, en zijn bestaande rechten van karakter veranderd. Zo zijn er verbintenisrechtelijke figuren ontstaan met zakelijke trekken, zoals bijvoorbeeld huur, en krijgen verbintenissen die van origine slechts geacht worden werking te hebben tussen partijen onder omstandigheden zakelijke trekjes. Een figuur waar de wetgever onder druk van de praktijk de grenzen nadrukkelijk heeft doorbroken is de kwalitatieve verplichting. De maatschappelijke wens verplichtingen ten gunste van een persoon te kunnen verbinden aan een goed, zodanig dat ook verkrijgers onder bijzondere titel eraan gebonden zouden zijn was zo sterk, dat er bij de invoering van het NBW in 1992 aan gehoor is gegeven. Met de invoering van de kwalitatieve verplichting lijkt op afdoende wijze te zijn voldaan aan enerzijds de wens van de wetgever verplichtingen met zakelijke werking kenbaar te laten zijn,¹ en anderzijds de wens van de praktijk de actieve zijde van de verplichting aan een persoon te kunnen koppelen. Toch heeft het 'door de praktijk behaalde succes' ook een keerzijde. Met de introductie van de verplichting, en de plaatsing ervan in het zesde boek lijkt weliswaar de verbintenisrechtelijke flexibiliteit van toepassing, maar rijst tevens de vraag hoe de figuur zich verhoudt tot de eisen die de wet stelt aan zakelijke rechten. De centrale vraag van dit onderzoek is: welke plaats neemt de verplichting in ons wettelijk systeem in, welke toepassingsmogelijkheden kent zij en wat zijn de gevolgen van toepassing van de figuur? In dit proefschrift heb ik getracht een inventarisatie te maken van de positie van de kwalitatieve verplichting zowel binnen het Nederlands wettelijk stelsel, als afgezet tegen het Duitse en het Schotse systeem.

Alhoewel de eerste insteek was, dat de plaatsing van de verbintenis in het zesde boek de sleutel voor de beantwoording van de centrale vragen zou zijn, bleek bij nader onderzoek dit niet het geval te zijn. Beter gezegd; niet geheel het geval te zijn. Het mixen van rechtsgebieden die in de basis gescheiden behoren te zijn blijkt

1 In tegenstelling tot de kettingsbedingen, die weliswaar geen zakelijke werking hebben, maar in de praktijk zich wel als zodanig ontwikkelen, zie §3.6.

tot veel vragen aanleiding te geven, die helaas niet alle eenduidig te beantwoorden zijn.

10.2 DE INHOUD VAN DE KWALITATIEVE VERPLICHTING EN WIJZIGING DAARVAN

‘Een erfdiensbaarheid zonder heersend erf’² was de typering van de verplichting bij de parlementaire behandeling. Door de inhoud van de verplichting te beperken tot een ‘dulden of niet doen’ leek een verbintenisrechtelijke parallele figuur van de erfdiensbaarheid geschapen te zijn, met als enig onderscheid de mogelijkheid de verplichting aan een persoon in plaats van aan een erf te binden. Dat deze eerste indruk niet juist is blijkt al bij determinatie van de verplichting. Zij valt namelijk uiteen in twee te onderscheiden elementen. Het eerste element is de verplichting van een der partijen om ten aanzien van een aan hem toebehorend registergoed ten gunste van zijn wederpartij iets te dulden of niet te doen. Ik heb dit de basisovereenkomst genoemd. Ten tweede bestaat de figuur uit de overeenkomst tussen partijen om de verplichting uit de basisovereenkomst ook over te laten gaan op de verkrijgers onder bijzondere titel van het goed of gebruikers ervan. Deze overeenkomst heb ik bij gebreke van een kortere titel de overeenkomst tot kwalitatief maken genoemd.

De inhoudelijke parallel met de erfdiensbaarheid kan slechts getrokken worden ten aanzien van de basisovereenkomst, en zelfs dan maar ten dele. De erfdiensbaarheid ziet namelijk slechts op het dulden of niet doen van *feitelijke* handelingen, waar de kwalitatieve verplichting zich ook tot *rechtshandelingen* kan uitstrekken. Bijzonder is dat de uitbreiding tot deze categorie nergens is beargumenteerd. Daarnaast is opvallend dat de verplichting zich kan uitstrekken tot registergoederen en niet wordt beperkt tot onroerende zaken. Met betrekking tot de inhoud zelf zijn partijen bij de verplichting begrensd door de wet en de redelijkheid en billijkheid, waar bij de erfdiensbaarheid de verplichtingen ‘voldoende verband’ moeten hebben met het zakelijk recht, terwijl nog steeds niet geheel duidelijk is wat nu precies onder voldoende verband moet worden verstaan. De enige concrete beperking die de wetgever aan de inhoud van de (kwalitatieve) verplichting heeft gesteld, is dat zij geen beperking mag inhouden van de mogelijkheid het goed te vervreemden of te bezwaren. Obligatoir gezien zijn dergelijke afspraken natuurlijk wel geldig, maar kwalitatieve werking kunnen zij niet krijgen.

Opmerkelijk, en naar mijn mening een gemiste kans van de wetgever, is dat nevenverplichtingen om te doen wel bij de erfdiensbaarheid zijn toegelaten, maar niet bij de kwalitatieve verplichting. Achtergrond hiervan is de angst voor terugkeer van de horigheid; op eventuele verkrijgers zou een last kunnen worden gelegd

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

die een enkele beperking van de eigendom of het gebruiksrecht verre te buiten gaat.³ Deze motivering is opmerkelijk te noemen, zeker nu dit bezwaar bij de erfdiensbaarheid niet geopperd wordt en juist de vrijheid van het verbintenissenrecht grond zou moeten kunnen geven aan een dergelijke uitbreiding. In combinatie met de wijzigingsbevoegdheid van artikel 6:259 BW lijkt de angst voor terugkeer van feodale verhouding enigszins overtrokken.

Complicerende factor in dit verband is bovendien de notariële tuchtrechtspraak. Indien kopers van registergoederen, ten aanzien waarvan de verkoper een kettingbeding is aangegaan, weigeren het kettingbeding op zich te nemen, dient de notaris zijn medewerking aan het transport te weigeren. Doet hij dit niet dan handelt hij klachtwaardig. Door vorenstaande tendens, krijgt het kettingbeding een semi-zakelijke werking die niet past bij deze zuiver obligatoire figuur.⁴ De situatie ontstaat dus dat het op vrijwel geen enkele wijze inhoudelijk begrensde kettingbeding, eenzelfde werking krijgt als de inhoudelijk wel begrensde kwalitatieve verplichting. Naar mijn mening is dit een onwenselijke ontwikkeling. Ik pleit er dan ook voor het kettingbeding te laten voor wat het is; een obligatoire overeenkomst. Pleegt de debiteur wanprestatie jegens de crediteur door het beding niet op te leggen, dan is schadevergoeding verschuldigd. Weliswaar kan het onder omstandigheden zo zijn dat een derde door mee te werken aan of te profiteren van de wanprestatie van de debiteur onrechtmatig handelt, maar de constatering hiervan en het vaststellen van de gevolgen zijn voorbehouden aan de rechter.

Om de kwalitatieve verplichting datgene te laten doen waarvoor zij eigenlijk bedoeld is (het maken van een einde aan de wildgroei van kettingbedingen), moet ten minste de mogelijkheid bestaan nevenverplichtingen tot een doen tot inhoud ervan te maken. Beter nog zou het zijn om de inhoud geheel vrij te laten en ook hoofdverplichtingen tot een doen als inhoud toe te staan. Om de angst voor terugkeer van horige toestanden te bezweren zou de repressieve mogelijkheid van artikel 6:259 BW uitgebreid moeten worden.

Wat opvalt in de totstandkomingsgeschiedenis van de verplichting, is dat er vrijwel geen aandacht is besteed aan het nutsvereiste. Deze eis, die gold voor de erfdiensbaarheid, is losgelaten omdat hij ook niet zou gelden bij de kwalitatieve verplichting. Nu tegelijk over de kwalitatieve verplichting werd gezegd dat zij kon worden gezien als een erfdiensbaarheid zonder heersend erf, bijt de redenering in haar eigen staart. Nader onderzoek laat zien dat weliswaar het stellen van een nutsvereiste bij de kwalitatieve verplichting geen redelijk doel zal dienen omdat al via andere bepalingen zal zijn gewaarborgd dat de crediteur nut aan de verplichting ontleent, maar toch blijft het bijzonder dat aan dit vereiste geen aandacht is besteed.

3 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 944 en §3.2.3.

4 Zie ook HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (Curaçao/Boyé).

Willen partijen gedurende de looptijd de verplichting aanpassen dan kan dat natuurlijk in onderling overleg, maar ook één der partijen kan een wijziging initiëren. Twee mogelijkheden liggen voor de hand, te weten de regeling van de *imprévision*⁵ en het speciaal voor de verplichting in het leven geroepen artikel 6:259 BW. De gecreëerde wijzigingsbevoegdheid vertoont weer grote parallellen met de mogelijkheden de erfdienstbaarheid te wijzigen, zij het dat waar voor de erfdienstbaarheid nog 20 jaar regel is, voor de kwalitatieve verplichting een afwijkende termijn van 10 jaar geldt. Gronden voor de wijziging zijn strijd met het algemeen belang en het ontbreken van een redelijk belang. De 10-jaarstermijn wordt door de wetgever gerechtvaardigd met de 'stabiliteit van de rechtsverhoudingen'.⁶ Bij mijn pleidooi voor een grotere vrijheid voor partijen de inhoud van de verplichting vast te stellen, onder meer door (neven-)verplichtingen tot een doen tot inhoud ervan te maken, past ook een uitbreiding van de repressieve mogelijkheden. Het schrappen van enige termijn voor het invoeren van de wijzigingsmogelijkheid van artikel 6:259 BW past in die gedachte.

De wijzigingsmogelijkheid van artikel 6:258 BW kan slechts worden ingeroepen bij onvoorziene omstandigheden. Deze subjectieve eis (er wordt niet gesproken van 'onvoorzienbaar') kan grond geven aan het opstellen van standaardclausules. Evenals bij de 'lusten en lasten-bedingen' bij de koop van onroerende zaken, zouden partijen kunnen overgaan tot het opstellen van lijsten met situaties die zich in de toekomst voor *would kunnen* doen. Alhoewel het misschien volslagen onwaarschijnlijk is dat dergelijke situaties aan de orde komen, ontnemt het opnemen van al deze mogelijkheden partijen de mogelijkheid ten aanzien van deze situaties een beroep te doen op artikel 6:258 BW.

10.3 HET TOTSTANDKOMEN VAN DE KWALITATIEVE VERPLICHTING

Omdat de kwalitatieve verplichting is samengesteld uit twee onderdelen, moet onderscheid worden gemaakt in het tot stand komen van de basisverplichting en van de overeenkomst tot kwalitatief maken. De basisverplichting kan voortvloeien uit bijvoorbeeld een legaat, maar het meest gebruikelijk is een overeenkomst. Voor het totstandkomen van de basisovereenkomst gelden geen verdere eisen, dit geheel in overeenstemming met wat in het algemeen in het verbintenisrecht geldt. Ook voor de overeenkomst tot kwalitatief maken gelden in principe geen vormvereisten. Ook deze overeenkomst is en blijft immers verbintenisrechtelijk van aard. Voor de gewenste zakelijke werking moet wél aan bepaalde eisen worden voldaan, en wel aan vereisten die lijken op die welke worden gesteld aan het totstandkomen van beperkte rechten. Achtereenvolgens heb ik bekeken of aan het tot stand komen

⁵ Artikel 6:258 BW.

⁶ Parl. Gesch. Boek 6, p. 984 en §3.8.

van de verplichting iets als een 'geldige titel' ten grondslag moet liggen, of er sprake moet zijn van beschikkingsbevoegdheid en of er een 'leveringshandeling' te onderscheiden valt.

De grondslag van het kwalitatief worden van de verplichting is gelegen in zowel de basisovereenkomst als de overeenkomst tot kwalitatief maken. Ontbreekt één van beide dan ontvalt het kwalitatieve karakter aan de verplichting. Met deze constatering wordt duidelijk dat er evenals in het goederenrecht een bepaalde vorm van causaliteit te onderscheiden valt. Het gelijkstellen van de basisovereenkomst en/of de overeenkomst tot kwalitatief maken aan een titel als bedoeld in artikel 3:84 BW is niet aan de orde, maar wel kan worden vastgesteld dat zonder de beide elementen het gewenste zaaksgevolg zal ontbreken.⁷

Dat er iets als een leveringshandeling noodzakelijk is, is duidelijk; de eis van een notariële akte en de vereiste inschrijving in de openbare registers is gelijk aan het leveringsvereiste van artikel 3:89 BW. Hier zien we dus een vormvereiste, gesteld om het kwalitatieve karakter te bewerkstelligen. De keuze voor een notariële akte is ingegeven door de wens om zorgvuldigheid te waarborgen, de eis van inschrijving om de kenbaarheid van de verplichting te bewerkstelligen.

Meest cruciale vraag in de zoektocht naar parallellen met beperkte goederenrechtelijke rechten is of er bij de totstandkoming van de verplichting sprake moet zijn van beschikkingsbevoegdheid. In het verbintenissenrecht is beschikkingsbevoegdheid niet aan de orde; eenieder kan bijvoorbeeld een registergoed verkopen. Pas bij de levering zien we de eis van beschikkingsbevoegdheid.

Bij de kwalitatieve verplichting wordt de eis gesteld dat de verplichting wordt aangegaan door iemand aan wie het goed 'toebehoort'. Dit toebehoren moet naar mijn mening worden gelezen als beschikkingsbevoegdheid in goederenrechtelijke zin. Zou toebehoren worden gelezen als 'eigenaarschap', dan kan zich de situatie voordoen dat een eigenaar die failliet is of onder bewind staat rechtsgeldig een kwalitatieve verplichting kan 'vestigen'. Het rechtsgevoel zegt al dat dit niet de bedoeling kan zijn, maar het blijkt lastig deze gevoelsmatige conclusie te onderbouwen. Uiteindelijk biedt de vergelijking met huur, zijnde ook een overeenkomst met zakelijke werking, uitkomst. Bij huur geldt eveneens dat het zaaksgevolg (koop breekt geen huur) alleen plaats heeft als de vervreemding plaatsvindt door de rechthebbende (de eigenaar van het verhuurde). Als de eigenaar failliet is en dus niet meer bevoegd is tot vervreemding, zal de curator wél kunnen vervreemden. Niemand zal in een dergelijk geval willen beweren dat een dergelijke vervreemding door een curator – die geen eigenaar is maar wel beschikkingsbevoegd – het gevolg zal hebben dat de huurovereenkomst niet overgaat op de koper. Waar eigendom en beschikkingsbevoegdheid niet samenvallen, zoals in geval van faillissement van

⁷ Zie §4.4.1.

de eigenaar, zal dus uiteindelijk de beschikkingsbevoegdheid doorslaggevend zijn voor de vraag of het zaaksgevolg zal intreden. Naar mijn mening zal hetzelfde ook hebben te gelden voor de kwalitatieve verplichting.

Het totstandkomen van een rechtsgeldige kwalitatieve verplichting vereist dus niet alleen twee overeenkomsten,⁸ maar tevens een leveringshandeling en beschikkingsbevoegdheid. Nu ook bij het aangaan van de verplichting een vorm van causaliteit te onderscheiden valt zien we dat de parallellen met de beperkte goederenrechtelijke rechten groot zijn.

De verplichting kan echter ook ontstaan op een andere wijze dan door gemelde overeenkomsten, namelijk door verjaring. Het probleem bij het ontstaan van een recht door verjaring is steeds dat het aantonen van het bezit van het betreffende recht lastig zo niet onmogelijk zal zijn. Waar bij de erfdiensbaarheid al flinke discussie bestaat over de vraag hoe iemand kan menen het bezit van een erfdiensbaarheid te hebben,⁹ is bij de kwalitatieve verplichting de vraag hoe iemand kan menen dat de bedongen verplichting tot dulden of niet doen bedoeld wordt kwalitatief te zijn. Omdat het kwalitatieve karakter slechts dan aanwezig is indien inschrijving van een notariële akte in de openbare registers heeft plaatsgevonden moet de conclusie luiden dat eerst van een bezit sprake kan zijn indien de verplichting ook daadwerkelijk in de registers is ingeschreven. Een gebrek in de vestiging die ertoe zou leiden dat die 'vestiging' niet correct heeft plaatsgevonden kan door de inschrijving in de openbare registers en het verloop van een termijn van 10 respectievelijk 20 jaar ertoe leiden dat door verjaring een kwalitatieve verplichting ontstaat.

Nu gebleken is dat voor het ontstaan van een kwalitatieve verplichting voldaan moet zijn aan vereisten waar ook bij de vestiging van beperkte rechten aan voldaan moet zijn, is de vraag in hoeverre derden beschermd kunnen worden tegen gebreken in de totstandkoming van de figuur. Achtereenvolgens heb ik onderzocht in hoeverre de derdenbeschermende bepalingen van de artikelen 3:24-26 en 88 BW van (overeenkomstige) toepassing kunnen zijn.

Artikel 3:24 BW is geschreven voor verkrijgers van een (recht op) een registergoed. Naar de letter kwalificeert een kwalitatieve verplichting niet als zodanig. Het geven van derdenbescherming aan de crediteur uit de verplichting gaat enerzijds wellicht verder dan wenselijk is, nu zijn recht slechts een verbintenisrechtelijk vorderingsrecht is, maar anderzijds is de ratio van artikel 6:252 BW het geven van zaaksgevolg aan een verbintenis. Mijn conclusie is dan ook dat artikel 3:24 BW wel toepassing kan hebben, evenals de artikelen 3:25 en 26 BW.

8 Er vanuit gaande dat de basisverplichting uit een overeenkomst voortkomt.

9 Zie het uitgebreide artikel van Van Vliet hierover in NTBR 2005/4 en §4.5.1.

Artikel 3:88 BW ziet op de situatie dat bij het ‘vestigen’ van het vorderingsrecht uit de verplichting sprake is van beschikkingsonbevoegdheid van de debiteur. Nu de oorzaak van het ontbreken van die beschikkingsonbevoegdheid binnen de grenzen van artikel 3:88 BW valt, en nu het gaat om een met het goederenrecht corresponderend element, het zaaksgevolg, is naar mijn mening de meest bevredigende oplossing om artikel 3:88 BW ook op deze situatie van toepassing te laten zijn. Artikel 5:110 BW tenslotte dat een ongeldige splitsing heelt door de rechtsgeldige vestiging van een beperkt goederenrechtelijk recht op de (ongeldige) appartementsrechten moet naar mijn idee eveneens van overeenkomstige toepassing zijn. Ook hier acht ik de ratio van de bepaling en wederom de grote parallellen die het recht dat de keerzijde uit de verplichting vormt vertoont met een beperkt recht, doorslaggevend. Naar mijn mening is het dan ook logisch ook hier een beroep op de derdenbeschermende regel toe te staan. Niet goed valt in te zien waarom de vestiging van een erfdiensbaarheid met dezelfde inhoud als een kwalitatieve verplichting dit effect wel zou hebben, en de kwalitatieve verplichting niet.

10.4 WIE ZIJN ER NU GEBONDEN EN WAT IS DE AARD VAN DE BINDING?

Als er een gebied is waarop het hybridische karakter van de figuur zich ten volle laat zien, is het wel op het gebied van de binding. Verbintenissen hebben slechts rechtskracht tussen partijen, zakelijke rechten hebben werking jegens eenieder. De kwalitatieve verplichting laat zich in geen van beide hokjes vangen.

Volgens de wet kunnen partijen bedingen dat de verplichting zal overgaan op de verkrijgers onder bijzondere titel van het goed en dat mede gebonden zullen zijn zij die van de rechthebbende een recht tot gebruik van het goed zullen verkrijgen. De formulering van de beide groepen (*verkrijgers* versus *gebruikers*) vraagt nader onderzoek. Mijns inziens worden onder verkrijgers onder bijzondere titel van het goed slechts begrepen zij die de eigendom van het goed verkrijgen en niet tevens zij die bijvoorbeeld een recht van erfpacht of vruchtgebruik op het goed verkrijgen. Steeds moet wel in het achterhoofd worden gehouden dat het goed ten aanzien waarvan de verplichting kan worden aangegaan ieder registergoed kan zijn, dus ook een recht van erfpacht of opstal; opvolgende erfpachters of opstallers zijn dan wél aan te merken als verkrijgers. Nu vastgesteld is dat onder gebruikers van het goed mede zijn begrepen de erfpachters en vruchtgebruikers, is tevens de conclusie gerechtvaardigd dat partijen zelf in hoge mate de reikwijdte van de binding vast kunnen stellen. Zij kunnen ervoor kiezen slechts de verkrijgers van de eigendom te binden, maar ook kunnen zij zelf bepalen welke gebruiker(s) gebonden zullen zijn. Dit is een groot verschil met zakelijke rechten waar de binding zich uitstrekt tot eenieder.¹⁰ De inhoud van de basisovereenkomst zal beslissend zijn voor de beantwoording van de vraag wie is of zijn gebonden.

¹⁰ §5.1.

Weten wie er gebonden zijn, is iets anders dan weten wat de aard van hun binding is. Dat de debiteur uit de basisovereenkomst gebonden is omdat hij partij is bij de overeenkomst is duidelijk, maar hoe is precies de binding van de verkrijgers en de gebruikers te duiden? Het binden van derden aan partijafspraken is in strijd met het beginsel dat overeenkomsten slechts werking hebben tussen partijen, terwijl de binding van bijvoorbeeld gebruikers niet gelijk is aan die van een zakelijk recht want afhankelijk van de bedoeling van partijen. De binding die voortvloeit uit het kwalitatieve karakter is er één die rechtstreeks voortvloeit uit de wet en de partijbedoeling. In de wet is een regeling getroffen voor de conctractuele schuldoverneming. Ik heb gekeken in hoeverre op de gebieden waarop voor de kwalitatieve verplichting geen specifieke regeling in de wet is opgenomen aansluiting gevonden kan worden bij de wettelijke bepalingen van schuldoverneming. De voor de 'reguliere schuldoverneming' vereiste toestemming van de crediteur is gezien het karakter van de verplichting niet noodzakelijk. Automatische overgang van de schuld is immers de achterliggende gedachte van het kwalitatief maken. Ook de kennisgeving door de debiteur aan de crediteur lijkt niet nodig. Het is immers geenszins in het belang van de crediteur om de schuldoverneming bij gebrek aan een kennisgeving niet plaats te laten vinden; de debiteur (voormalig gerechtigde) kan immers niet meer nakomen, terwijl de nieuwe gerechtigde dan niet hoeft na te komen. Toch is het niet stellen van de eis van mededeling door de debiteur van de schuldoverneming naar mijn mening ongewenst en wel omdat de situatie zich voor kan doen dat de crediteur niet meer weet wie zijn debiteur is. Ik pleit er dan ook voor aan de kwalitatieve verplichting zelf een nevenverplichting te verbinden met als inhoud de verplichting voor eenieder die een gebruiksrecht verleent of verkrijgt, hiervan kennis te geven aan de crediteur. Deze verplichting zou niet expliciet bedongen behoeven te worden maar als het ware in de verplichting ingebakken moeten zijn.

De veronderstelling dat binding van gebruikers slechts mogelijk is indien en zolang tevens verkrijgers onder bijzondere titel van het goed aan de verplichting gebonden zijn, acht ik niet juist. Alhoewel de wettekst in die richting wijst, geeft de Parlementaire Geschiedenis uitdrukkelijk ruimte aan de mening dat beide groepen afzonderlijk van elkaar te binden zijn. Voordeel van deze benadering is dat er vele combinaties mogelijk zijn, wat de toepassingsmogelijkheden in de praktijk vergroot. Keerzijde is dat hiermee ook nieuwe vragen worden opgeworpen zoals die of de inhoud voor alle groepen van 'gebondenen' gelijk moet zijn.

Bij een medebinding van gebruikers is sprake van een pluraliteit van debiteuren die leidt tot hoofdelijke gebondenheid van de debiteuren, tenminste, als ze aan dezelfde verplichting gebonden zijn. Omdat uitgangspunt moet zijn dat de crediteur jegens ieder van zijn debiteuren een separaat vorderingsrecht heeft, zal schending van de verplichting door de ene debiteur geen gevolgen hebben voor de andere(n). Het is mogelijk dat de gebruikers, ofwel tezamen met de crediteur ofwel door

interventie van de rechter op grond van artikel 6:258 of 259 BW, overgaan tot wijziging van de overeenkomst. Deze wijziging geldt slechts in hun verhouding en treft de andere debiteuren niet. Op deze wijze bezien kunnen er vanuit een basis-overeenkomst talloze, inhoudelijk verschillende, verplichtingen bestaan ten aanzien van diverse gebondenen.

De tegenprestatie die voor de verplichting bedongen kan zijn komt niet toe aan diegenen die een persoonlijk recht tot gebruik verkrijgen. Slechts de vruchtgebruikers en de erfpachters krijgen op grond van hetgeen in de wet omtrent de vruchten van hun recht is bepaald – en indien hier bij de vestiging van hun recht niet in negatieve zin vanaf is geweken – recht op de tegenprestatie. De andere gebruikers krijgen een zodanig recht slechts indien dit hun uitdrukkelijk is toegekend, ofwel doordat hun het recht op de tegenprestatie wordt gecedeerd, ofwel doordat ten behoeve van hen een recht op de tegenprestatie wordt bedongen in de vorm van een derdenbeding als bedoeld in artikel 6:253 BW. Zou dit het geval zijn dan ontstaat door de werking van artikel 6:261 lid 2 BW een relatie tussen de debiteur-gebruiker en de crediteur waarop de bepalingen van de wederkerige overeenkomst van overeenkomstige toepassing zijn. Gevolg hiervan is dat acties als ontbinding en opschorting binnen bereik van de gebruiker komen. Zou de crediteur die zo vriendelijk is geweest medewerking te verlenen aan een derdenbeding dat de gebruiker een recht op de tegenprestatie toekent, voormeld gevolg willen voorkomen, dan zou bij het derdenbeding overeen moeten worden gekomen dat de gebruiker het recht zal ontberen de overeenkomst te ontbinden. Ten aanzien van de mogelijkheid tot cessie kan het probleem worden voorkomen door de vordering onoverdraagbaar te maken.

Het gebruiksrecht hoeft niet te worden verleend door degene aan wie het goed toebehoort als bedoeld in de eerste zin van artikel 6:252 BW en waarvan we hebben vastgesteld dat deze persoon ook beschikkingsbevoegd moet zijn. Het antwoord op de vraag wie rechtsgeldig een gebruiksrecht kunnen verlenen als bedoeld in artikel 6:252 lid 1 laatste zin, wordt bepaald door de invulling van de vraag welke gebruikers gebonden moeten worden. Via deze omweg wordt duidelijk wie gerechtigd zijn een dergelijk gebruiksrecht te verlenen. Degene die het gebruiksrecht verleent hoeft niet beschikkingsbevoegd te zijn, dit in tegenstelling tot degene die de verplichting aangaat. Om verwarring te voorkomen verdient het aanbeveling de in het artikel gebruikte term 'rechthebbende' te veranderen in 'daartoe gerechtigde'.

10.5 HET TENIETGAAN VAN DE VERPLICHTING

De verplichting kan worden geschonden en kan tenietgaan, waarbij de schending zover kan gaan dat de verplichting inhoudsloos wordt. Dit heeft juridisch echter

niet het tenietgaan van de verplichting tot gevolg. Wordt de verplichting geschonden dan staat voor de gerechtigde een aantal wegen open, waaronder die van reële executie.

Bij het tenietgaan van de verplichting moet worden onderscheiden in het tenietgaan van de basisovereenkomst en het tenietgaan van de overeenkomst tot kwalitatief maken. Dat het kwalitatieve karakter wegvalt behoeft nog niet te betekenen dat ook de basisovereenkomst wegvalt. Omdat de verplichting in eerste instantie een verbintenis is, heb ik allereerst de wijzen waarop verbintenissen eindigen onder de loep genomen. Opvallend zijn de figuren van opzegging, ontbinding, vermenging en verjaring.

Bij opzegging is de vraag of aan (een der) partijen deze bevoegdheid wel toekomt. Hoofregel bij duurovereenkomsten is dat indien partijen hieromtrent niets zijn overeengekomen, uit de gewoonte, de bedoeling of de redelijkheid en billijkheid kan voortvloeien dat partijen de mogelijkheid tot opzegging hebben. Bij de kwalitatieve verplichting zal in beginsel de aard van de verplichting zich tegen de opzeggingsbevoegdheid verzetten.

Bij ontbinding van de basisovereenkomst is het gevolg dat partijen datgene wat ze reeds hebben verricht ongedaan moeten maken. Bij een dulden of niet doen is dit niet mogelijk. Ook zou indien al jaren vlekkeloos gepresteerd is, ontbinding wellicht een te zwaar middel kunnen zijn. Wordt de basisovereenkomst ontbonden, dan vervalt de grond aan de overeenkomst tot kwalitatief maken en daarmee het kwalitatieve karakter.

Bij ontbinding van de overeenkomst tot kwalitatief maken zal de ongedaanmaking neerkomen op het doorhalen van de inschrijving in de openbare registers.

Tenietgaan door vermenging zou plaats kunnen vinden als de vordering uit de verplichting wordt gecedeerd aan de debiteur of de debiteur de vordering erft. Is de eigenaar van het 'dienend erf' niet de enige debiteur (zijn er bijvoorbeeld tevens gebruikers gebonden) dan behoeft het tenietgaan van de verplichting ten behoeve van de eigenaar niet te betekenen dat de verplichting eveneens tenietgaat ten behoeve van de gebruikers. Onder omstandigheden kan het onwenselijk zijn de verbintenis door vermenging teniet te laten gaan. Een mogelijkheid om die vermenging te voorkomen wordt gegeven door artikel 6:161 lid 2 sub c BW waarin is opgenomen een uitzondering op de hoofregel van vermenging, namelijk indien 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. 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.

Bij tenietgaan door verjaring is het probleem met name gelegen in de positie van de gebruikers. Het kan zijn dat ten aanzien van een van de gebruikers het recht van de crediteur verjaart. Niet helder is hoe dit dient te worden geformaliseerd.

Kijken we naar de wijze waarop beperkte rechten teniet gaan, dit om te zien of de verplichting ook teniet gaat op deze wijzen, dan zien we dat voor afstand van een beperkt recht aan dezelfde vereisten moet worden voldaan als voor de vestiging ervan. Wordt afstand gedaan van een kwalitatieve verplichting dan zal dit geschieden doordat de crediteur afstand doet van zijn vorderingsrecht. Aan de actieve zijde was bij het ontstaan van de verplichting beschikkingsbevoegdheid in goederenrechtelijke zin niet aan de orde. Bij het tenietgaan zal hetzelfde gelden. Wel zal degene die de afstand verricht – zoals bij iedere rechtshandeling – dat rechtsgeldig moeten kunnen doen, zodat hij bijvoorbeeld als hij onder bewind staat de medewerking van zijn bewindvoerder nodig heeft.

Een bijzonderheid is gelegen in de figuur van de zuivering als bedoeld in artikel 3:273 BW. Door een hiaat in de wet is het onduidelijk of na executie door een anterieure hypotheekhouder het recht vervalt. Weliswaar kan het recht niet tegen de hypotheekhouder worden ingeroepen, maar de verkrijgers van de niet gebonden veilingkoper zijn misschien wel weer gebonden nu zij niet vallen in één van de drie genoemde uitzonderingscategorieën van artikel 6:252 lid 3 BW. Niet duidelijk is of de verplichting is vervallen, of dat zij sluimert en slechts tegen bepaalde partijen niet ingeroepen kan worden.

Ook als door een beslaglegger wordt geëxecuteerd is de wet niet sluitend. Door voor de vraag over tegenwerpelijke aan derden te verwijzen naar artikel 6:252 lid 3 BW vinden we ook hier het probleem dat de verplichting niet vervalt. Naar mijn mening moet de wet aldus worden uitgelegd dat ook de kwalitatieve verplichting vervalt op de wijze als in artikel 3:273 BW vermeld. Het verdient aanbeveling expliciet te bepalen dat na executie en betaling, de verplichting vervalt op dezelfde wijze als de posterieure beperkte rechten. Naar mijn mening past het bij de bijzondere positie van de crediteur uit een kwalitatieve verplichting hier tevens een vergoeding tegenover te stellen zoals in artikel 3:282 BW wel voor (voormalig) beperkt gerechtigden is gebeurd.

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.

10.6 DE POSITIE VAN DE VERPLICHTING NA BESLAG EN FAILLISSEMENT

Bij het onderzoeken van de positie van de verplichting in de situatie van faillissement moet onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat de verplichting al in de openbare registers was ingeschreven en die waarin dit nog niet was gebeurd. In het eerste geval zal de curator wanneer het goed zich in de boedel bevindt in beginsel niet tot nakoming kunnen worden gedwongen, en zal de vordering (tot nakoming) van de crediteur zich oplossen in een geldvordering die ter verificatie kan worden ingediend. Naar mijn mening echter, mag de curator niet zo ver gaan in het schenden van de verplichting dat dit tot onomkeerbare situaties leidt.

Heeft de curator aangegeven de overeenkomst gestand te willen doen, of handelt de curator met de niet-nakoming onrechtmatig jegens de crediteur dan zal de schuld die hieruit voortvloeit een boedelschuld zijn en preferent boven de andere schulden.

Bij verkoop van het goed uit de boedel is de curator gehouden het goed met het beding te verkopen, dit a contrario aan het bepaalde in artikel 35a Fw. Is de verplichting nog niet 'compleet' op het moment van het intreden van het faillissement, dan moet een onderscheid worden gemaakt in drie stadia van 'ontwikkeling'. Naargelang het stadium waarin de verplichting zich bevindt kan al dan niet tot gebondenheid van de boedel en/of de curator worden geconcludeerd. Omdat gezien de parallel met de beperkte rechten artikel 35 Fw. ook van toepassing is op de kwalitatieve verplichting kan een eenmaal aangevangen transactie niet meer worden gecompleteerd. Vorenstaande houdt in dat de curator een nieuwe overeenkomst tot kwalitatief maken met de crediteur zal moeten aangaan en deze zal moeten inschrijven.

Zowel op de basisovereenkomst als op de overeenkomst tot kwalitatief maken kan artikel 37 Fw. van toepassing zijn. Heeft de curator eenmaal aangegeven van de geboden mogelijkheid tot gestanddoening gebruik te willen maken, dan is daarmee de weg naar artikel 35a Fw. geblokkeerd.

De failliet zelf kan na het intreden van het faillissement slechts een kwalitatieve verplichting aangaan indien de boedel hierbij is gebaat of het faillissement nog niet was ingeschreven in de openbare registers en eveneens in het faillissementsregister. In laatstgenoemd geval zal de crediteur worden beschermd door de bepaling van artikel 3:24 lid 1 BW, en mist de uitzondering van 3:24 lid 2 sub c BW toepassing.

Tegen een beslaglegger tenslotte kan het beding niet worden ingeroepen indien het beslag al was ingeschreven op het moment dat de verplichting in de openbare registers werd ingeschreven. Een uitzondering moet worden gemaakt voor de situatie als bedoeld in artikel 505 lid 3 Rv. Naar mijn mening is er geen reden om de verplichting voor de toepasselijkheid van dit artikel anders te behandelen dan een beperkt recht, zodat de conclusie – duidelijk in afwijking van hetgeen hieromtrent in de Parlementaire Geschiedenis is bepaald – moet luiden dat ook bij vesti-

ging van de kwalitatieve verplichting het beslag niet zal kleven indien de akte houdende het kwalitatief maken van de verplichting is ingeschreven uiterlijk de eerste werkdag volgend op die waarop de akte werd verleden, mits natuurlijk de akte eerder is verleden dan het beslag werd gelegd.

10.7 DE MOGELIJKHEDEN IN DUITSLAND

In het Duitse recht vinden we enkele figuren die een grote mate van overeenkomst vertonen met de Nederlandse zakelijke rechten en de kwalitatieve verplichting. Met name het vruchtgebruik en de erfdienstbaarheid zijn vrijwel identiek aan de Nederlandse varianten. De beschränkte persönliche Dienstbarkeit enerzijds en de kwalitatieve verplichting anderzijds verschillen echter behoorlijk. Alhoewel zij in die zin gelijk zijn dat beiden aan de passieve zijde grondgebonden zijn, verplichtingen om te dulden of niet te doen de inhoud vormen, en beide figuren aan de actieve zijde ten gunste van een persoon strekken, zijn de verschillen toch groot. Zo kunnen nevenverplichtingen tot een doen tot inhoud van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit worden gemaakt, is de actieve zijde niet overdraagbaar, kan de uitoefening van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit aan een ander worden overgelaten en is natuurlijk de beschränkte persönliche Dienstbarkeit gewoon een zakelijk recht. Geen discussie over de wijze van totstandkoming, tenietgaan, wijziging van de inhoud, de positie van gebruikers, de positie in faillissement of anderszins. Daarentegen bestaat bij de beschränkte persönliche Dienstbarkeit niet de mogelijkheid te bepalen dat de binding aan de figuur zich tot bepaalde groepen zal beperken en moet de verplichting inhoudelijk passen in een van de drie categorieën.¹¹ De grote mate van vrijheid die ik zie in de kwalitatieve verplichting zie ik niet in de beschränkte persönliche Dienstbarkeit. Opgemerkt moet wel worden dat partijen in het Nederlandse recht ook als het gaat om de invulling van de zakelijke rechten een redelijke mate van vrijheid hebben. In het Duitse recht lijkt deze vrijheid meer beperkt.

De Reallast is een figuur van geheel andere inhoud, waarvan thans in Nederland een equivalent ontbreekt. Niet alleen geeft de Reallast een recht op een bepaalde prestatie, ook staat het goed zelf in voor de nakoming van de verplichting. De verplichting waarop de Reallast ziet is een positieve verplichting met zakelijke werking. Een dergelijke figuur is in ons recht geheel onbekend zij het dat we onder het oud BW de gelijksoortige grondrente kenden. Verplichtingen tot een doen kennen wij thans slechts in obligatoire zin, tenzij het betreft de specifiek omschreven nevenverplichtingen om te doen welke aan een erfdienstbaarheid verbonden kunnen worden. Alhoewel de Reallast in onbruik is geraakt biedt zij mijns inziens veel mogelijkheden, omdat de 'wiederkehrende Leistungen' zich niet behoeven te

11 §8.3.1.2.

beperken tot het verschaffen van stoffelijk voordeel, maar ook andere prestaties verschuldigd kunnen worden. Schiet de debiteur tekort in de nakoming van de verplichting, dan is niet alleen hijzelf aansprakelijk, maar ook het belaste perceel zelf. De crediteur heeft op deze wijze een positie verworven die veel sterker is dan de crediteur die onder het Nederlandse recht als concurrent schuldeiser verhaal moet gaan halen. De vormen waarin de Reallast kan voorkomen – wel of niet overdraagbaar, slechts overdraagbaar met de eigendom van het heersend erf – maken de figuur tot een aantrekkelijke aanvulling op de reeds bestaande zakelijke rechten.

Het introduceren van een figuur als de Reallast in het Nederlandse stelsel zou leiden tot de introductie van een figuur die het midden houdt tussen een zekerheidsrecht, een erfdiensbaarheid en een kwalitatieve verplichting. Grote stijlbreuk zou vormen de inhoud die immers een verplichting tot een doen inhoudt, maar voor het overige zou hij naar mijn mening ingepast kunnen worden in ons systeem. Bijkomend voordeel zou kunnen zijn dat deze figuur het gebruik van kettingbedingen nog verder terug zou dringen

10.8 DE MOGELIJKHEDEN IN SCHOTLAND

Het Schotse recht tenslotte is door zijn angst voor terugkeer naar het feodale stelsel heel zuinig geweest met de mogelijkheid verplichtingen ten gunste van een persoon met zakelijke werking aan onroerende zaken te kunnen binden. Verplichtingen aan onroerende zaken binden kan via de zogeheten 'title conditions' zijnde de verzamelaar voor real burdens en servitudes. Verschil tussen de beide categorieën is sinds de invoering van de Title Conditions (Scotland) Act 2003 met name dat verplichtingen tot een dulden slechts in de vorm van een servitude kunnen worden opgenomen (met heersend en dienend erf, ten gunste strekkend van het heersend erf als zodanig), terwijl de real burdens als inhoud kan hebben een doen of een niet doen. Real burdens zijn ofwel praedial, in welk geval ze een heersend en een dienend erf hebben, ofwel personal. In dit laatste geval strekt de burden ten gunste van een (rechts-) persoon. Bij de personal burdens is het niet zo dat eenieder als begunstigde op kan treden; slechts bepaalde met name genoemde of strikt omschreven categorieën van (overheids-) lichamen en instanties kunnen optreden als begunstigde van dergelijke burdens.

10.9 CONCLUSIES

De vraag die aan dit onderzoek ten grondslag lag, was tweeledig: is de kwalitatieve verplichting een geschikt instrument om verplichtingen te binden aan onroerende zaken en welke plaats neemt deze figuur in ons rechtsstelsel in?

10.9.1 Is het een geschikt instrument om verplichtingen aan onroerende zaken te verbinden?

De vraag of de verplichting een geschikt instrument is om verplichtingen aan een onroerende zaak te verbinden kan niet volmondig met ja of nee beantwoord worden.

Positief is de mogelijkheid de actieve zijde aan een persoon te kunnen binden gezien de maatschappelijke behoefte daaraan. Waar de erfdiensbaarheid altijd een heersend erf behoort zien we bij de kwalitatieve verplichting de mogelijkheid om los van een heersend erf een (rechts-)persoon tot gerechtigde te maken. Ook is een groot pluspunt van de verplichting, dat aan partijen de vrijheid wordt gelaten gebruikers al dan niet te binden, een uiting van contractsvrijheid die vreemd is aan het goederenrecht maar die voor de praktijk vele extra mogelijkheden biedt. De mogelijkheid te kiezen tussen binding van rechtsverkrijgers, van gebruikers of van beide, alsook de mogelijkheid binnen de groep gebruikers een onderscheid te maken, maakt dat de figuur zich geheel kan voegen naar de wensen van partijen. Voeg daarbij dat voor de diverse groepen gebondenen de binding inhoudelijk niet identiek hoeft te zijn, en we hebben een waarlijk kameleontische figuur.

Van het kettingbeding onderscheidt de verplichting zich doordat indien partijen dit zijn overeengekomen, de verkrijgers onder bijzondere titel van het goed automatisch aan de verplichting gebonden zijn zonder dat zij deze op zich behoeven te nemen. Zaaksgevolg in plaats van de onzekerheid die altijd eigen is aan het kettingbeding, dat bovendien als extra manco heeft dat gebruikers van het goed niet zomaar 'mede-gebonden' zijn en dat het faillissement en executie door een hypotheekhouder of een beslaglegger niet 'overleeft'.

Minder positief van de figuur zoals deze thans in de wet is opgenomen, acht ik de inhoudelijke beperking tot een dulden of niet doen. Reden hiervan is onder meer dat het kettingbeding inhoudelijk onbegrensd is –wat logisch is gezien het verbintenrechtelijke karakter– maar door de notariële tuchtrechtspraak een quasi-zakelijke werking krijgt. Zelfs bij de zakenrechtelijke erfdiensbaarheid is het mogelijk nevenverplichtingen tot een doen tot inhoud van het recht te maken, een mogelijkheid die bij goederenrechtelijke rechten in zijn algemeenheid niet onomstreden is. Vorenstaande praktijk leidt ertoe dat het mogelijk is verplichtingen tot een doen zaaksgevolg te geven. Omdat het kettingbeding niet in de openbare registers kan worden ingeschreven ontstaat juist die situatie van niet kenbare verplichtingen waar bij de totstandkoming van artikel 6:252 BW zo voor werd gevreesd. Naar mijn mening verdient het de voorkeur de 'koninklijke weg' te kiezen en wil ik er dan ook voor pleiten om als inhoud van een kwalitatieve verplichting tevens een verplichting tot een doen toe te staan. De mogelijk onwenselijke gevolgen van deze

inhoudelijke uitbreiding kunnen worden ingeperkt door het uitbreiden van de repressieve mogelijkheid van de artikelen 6:258 en 259 BW.

Vorenstaande visie werd reeds in 1966 geuit door preadviseur Smalbraak (zie §2.10.4.2). Ook hij was van mening dat de angst voor overbelasting van de grond ongegrond was, en dat eventuele uitwassen aangepakt konden worden met de in de artikelen 6:258 en 259 BW opgenomen mogelijkheden.

10.9.2 Welke plaats neemt de verplichting in ons rechtsstelsel in?

De vraag naar de plaats van de figuur in ons rechtsstelsel is er één die ook niet op eenduidige wijze te beantwoorden is. Alhoewel de wetgever bij de totstandkoming van de figuur uitdrukkelijk aangaf de kwalitatieve verplichting te zien als een erfdiensbaarheid zonder heersend erf, en aangaf dat de plaatsing in Boek 6 een discutabele was (zie hetgeen hieromtrent werd opgemerkt in §2.11.2) is toch steeds het accent gelegd op de verbintenisrechtelijke kant van de figuur. De wijze van totstandkoming (twee overeenkomsten), de expliciete mogelijkheid de verplichting in te schrijven in de openbare registers (artikel 6:252 lid 2 BW) en de speciale regeling van de prioriteit (artikel 6:252 lid 3 BW) wijzen ook in de richting van het verbintenisrecht met alle beperkingen en mogelijkheden van dien.

In het onderzoek zijn echter ook tal van situaties aan de orde gesteld waarin de verbintenisrechtelijke benadering geen bevredigend resultaat oplevert en gekozen moet worden voor het (analogisch) toepassen van goederenrechtelijke beginselen. Ook zijn er door de wetgever zelf duidelijke parallellen met het goederenrecht/goederenrechtelijke figuren getrokken.

In de afzonderlijke conclusies bij de hoofdstukken heb ik al aangegeven in welke gevallen voor het meest wenselijke resultaat aangesloten zou moeten worden bij de goederenrechtelijke principes, maar het is goed deze nog eens op een rij te zetten.

1. Bij de vaststelling van de toelaatbare inhoud van de kwalitatieve verplichting heeft de wetgever duidelijk gekozen voor dezelfde beperking als die welke geldt voor de erfdiensbaarheid. Niet de contractsvrijheid die eigen is aan het kettingbeding, maar de beperking tot een dulden of niet doen zoals die in beginsel ook wordt gehanteerd in het zakenrecht (zie §3.2). Overigens gaf ik in bovenstaande paragraaf al aan dat deze beperking mijns inziens een ongelukkige is;
2. Voor de totstandkoming van het zaaksgevolg, datgene wat de kwalitatieve verplichting haar kwalitatieve karakter verleent en maakt tot méér dan twee obligatoire overeenkomsten, is het vastleggen ervan in een notariële akte en inschrijving van die akte in de openbare registers vereist. Deze zelfde formele vereisten gelden voor de vestiging van goederenrechtelijke rechten (§4.4);
3. Wil het gewenste zaaksgevolg worden bewerkstelligd, dan zal de debiteur rechthebbende moeten zijn van het 'te belasten' registergoed, een vereiste dat

- naar mijn mening overeenkomt met de eis van beschikkingsbevoegdheid die wordt gesteld voor het rechtsgeldig vestigen van een beperkt recht (§4.4.3.1);
4. De eis van inschrijving in de openbare registers heeft als logisch gevolg dat ook de registerbescherming van de artikelen 3:24, 25 en 26 BW van overeenkomstige toepassing zijn (§4.6.1);
 5. Gezien de eis van beschikkingsbevoegdheid die wordt gesteld aan het rechtsgeldig tot stand komen, ligt het voor de hand ook de bepalingen van derdenbescherming bij het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid analogisch van toepassing te laten zijn (§4.6);
 6. Is sprake van een situatie die leidt tot zuivering als bedoeld in artikel 3:273 BW dan zal ook voor de kwalitatieve verplichting moeten gelden dat zij teniet gaat (evenals posterieure beperkte rechten), en ligt het bovendien voor de hand een de (voormalig) crediteur uit de verplichting een bevoorrechte vergoedingsvordering toe te kennen als bedoeld in artikel 3:282 BW (§6.4.2.3);
 7. Wordt op het 'belaste' registergoed' beslag gelegd vlak vóór de verplichting in de openbare registers wordt ingeschreven, dan dient de beschermingsbepaling van artikel 505 lid 3 Rv. van overeenkomstige toepassing te zijn (§7.7);
 8. Bij uitleg van de inhoud van de verplichting geldt de objectieve methode die voor naar derden werkende goederenrechtelijke handelingen wordt gebruikt, en niet de 'Haviltex-uitleg' (§3.2);
 9. Evenals het einde van een beperkt recht in de openbare registers kan worden ingeschreven, moet ook het tenietgaan van de kwalitatieve verplichting inschrijfbaar zijn, dit onder meer om registervervuiling tegen te gaan (§6.3.3.2);
 10. In faillissement dient de curator de verplichting in die zin te respecteren dat hij deze niet illusoir mag maken, dit in tegenstelling tot bij 'gewone' verbintenissen, waar de curator niet tot nakoming gehouden kan worden (§7.3.2)

Een imposante opsomming van situaties waarin toepassing van het goederenrecht tot een bevredigender resultaat leidt dan toepassing van de verbintenisrechtelijke beginselen. Zou dan, mede gezien de al veel geciteerde passage uit de Memorie van Antwoord, dat de vraag naar de plaatsing van de verplichting in Boek 6 van ondergeschikt belang is, de conclusie moeten zijn dat wellicht plaatsing in Boek 5 beter zou zijn geweest? Had het niet meer voor de hand gelegen de verplichting tot een zakelijk recht te maken, evenals in Schotland en Duitsland is gebeurd? Voordeel hiervan zou zijn dat alle bepalingen die nu via omwegen analogisch moeten worden toegepast, automatisch werking zouden hebben. Geen discussie over werkingssfeer, wijze van totstandkoming of tenietgaan, gedrag na faillissement of beslag. Alhoewel deze gedachte wellicht verleidelijk is, ben ik toch van mening dat de kwalitatieve verplichting in Boek 6 thuishoort. Alhoewel voor een soepele werking van de figuur veelvuldig naar goederenrechtelijke principes gegrepen zal moeten worden, biedt de plaatsing in Boek 6 onmiskenbaar voordelen.

Het belangrijkste voordeel acht ik de vrijheid voor partijen zelf te bepalen wie aan de verplichting gebonden zijn. Een kenmerk van zakelijke rechten is dat zij absolute werking hebben. Het staat de gerechtigde tot het zakelijke recht niet vrij te bepalen wie al dan niet gebonden zullen zijn.

Een tweede voordeel is dat ook vóór de inschrijving in de openbare registers partijen al aan de verplichting gebonden zijn, iets wat reeds bij de totstandkoming werd onderkend en als belangrijke reden voor plaatsing in Boek 6 werd genoemd. Nog een voordeel, voor de wetgever tevens reden voor plaatsing in Boek 6, is de toepasselijkheid van acties als opschorting en ontbinding.

Tenslotte biedt de plaatsing in het verbintenenrecht de mogelijkheid de inhoud van de verplichting uit te breiden tot verplichtingen tot een doen. Als de verplichting in het goederenrecht haar plaats zou vinden zou het onbeperkt toestaan van verplichtingen tot een doen de nodige weerstand oproepen.

10.9.3 Suggesties voor wetwijziging

Samenvattend is de kwalitatieve verplichting werkelijk een hybridische figuur. Geplaatst in het verbintenenrecht koestert zij enerzijds haar obligatoire en flexibele karakter, maar behoeft zij goederenrechtelijke ondersteuning om het zaaksgevolg te verkrijgen dat haar onderscheidt van de 'reguliere' obligatoire verplichtingen en dat haar een bijzondere positie verleent bij overdracht van het 'belaste' goed, in faillissement en in beslag.

Alhoewel de wetgever met de plaatsing in Boek 6 het dus bij het rechte eind heeft gehad verdient het toch aanbeveling in artikel 6:252 BW enkele wijzigingen aan te brengen, alsook om elders in de wet wijzigingen door te voeren teneinde de figuur haar volle werking te verlenen.

Samenvattend zijn de gewenste aanpassingen de volgende:

- Het wijzigen van de artikelen 3:273 BW en 3:282 BW in die zin dat expliciet wordt vermeld dat ook de kwalitatieve verplichting vervalt, en bovendien dat aan de voormalig crediteur uit de verplichting een bevoorrechte schadevergoedingsvordering toekomt;
- Het wijzigen van artikel 505 lid 3 Rv. in die zin dat ook een akte houdende het aangaan van een kwalitatieve verplichting wordt beschouwd als een akte van vervreemding of bezwaring als in gemeld artikellid genoemd;
- Het wijzigen van artikel 3:17 BW in die zin dat ook het tenietgaan van een kwalitatieve verplichting inschrijfbaar wordt geacht;
- Het wijzigen van artikel 3:88 BW zodanig dat ook het aangaan van een kwalitatieve verplichting door een beschikkingsonbevoegde onder de bescherming van het artikel valt;
- Het wijzigen van de artikelen 3:24-26 BW zodanig dat niet slechts gesproken wordt van een recht op een registergoed, maar ook van de kwalitatieve verplichting.

- Het wijzigen van artikel 6:259 lid 1 sub a BW zodanig dat de termijn van tien jaar zoals deze nu in het artikel is opgenomen wordt geschrapt. Ook lid 2 kan vervolgens vervallen.

En natuurlijk het aanpassen van artikel 6:252 BW zelf als volgt:

1. *Bij een overeenkomst kan worden bepaald dat de verplichting ten aanzien van een registergoed waarover de schuldenaar beschikkingsbevoegd is, zal overgaan op degenen die het goed onder bijzondere titel zullen verkrijgen. Tevens kunnen partijen bepalen dat gebonden zullen zijn degenen die van de daartoe gerechtigde een recht tot gebruik van het goed zullen verkrijgen.*
2. *Voor de werking van het in lid 1 genoemde beding is vereist dat van de overeenkomsten tussen partijen een notariële akte wordt opgemaakt, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers. Degene jegens wie de verplichting bestaat, waarop de overeenkomsten betrekking hebben, moet in de akte ter zake van de inschrijving woonplaats kiezen in Nederland.*
3. *Ook na inschrijving heeft het beding geen werking:*
 - a. *jegens hen die voor de inschrijving onder bijzondere titel een recht op het goed of tot gebruik van het goed hebben verkregen;*
 - b. *jegens een beslaglegger op het goed of een recht daarop, indien de inschrijving op het tijdstip van het proces-verbaal van inbeslagneming nog niet had plaatsgevonden;*
 - c. *jegens hen die hun recht hebben verkregen van iemand die niet aan de bedongen verplichting gebonden was.'*
4. *Is voor de verplichting een tegenprestatie overeen gekomen dan gaat bij de overgang van de verplichting het recht op de tegenprestatie mede over, voor zover deze betrekking heeft op de periode na de overgang. Bedingen omtrent deze tegenprestatie kunnen mede worden ingeschreven in de openbare registers.*
5. *Dit artikel is niet van toepassing op verplichtingen die een rechthebbende beperken in zijn bevoegdheid het goed te vervreemden of te bezwaren.*

Summary and Conclusions

1 INTRODUCTION

In Dutch law it is somewhat striking that there is still an obvious division between the closed law of property and the open law of obligations. Where the former has developed clear rules on, among other things, formation, content and extinction, the latter is characterized by extensive party autonomy and a broad limitation under the law as well as under the principle of reasonableness and fairness.

However, this division is less strict than it seems. Subject to the influence of social demands, over the years certain concepts have come to exist which operate outside the limitations of the classic system and existing laws have changed in character. In this respect law-of-obligations concepts which have commercial features have come to exist, such as, for example, lease, and obligations which were originally merely intended to have effect between parties acquired commercial characteristics in certain circumstances. One concept where the legislator, under pressure from legal practice, has emphatically broken through the traditional boundaries is that of the obligation attached to a certain capacity. The social desire to link obligations in favour of a person with certain property so that acquirers by particular title are also bound was so strong that, by the implementation of the new Civil Code in 1992, this desire had been accommodated. With the implementation of the obligation attached to a certain capacity the desire of the legislator, on the one hand, to distinguish obligations that are linked to property¹ and, on the other, the desire of legal practice to link the active side of an obligation to a specific person seem to have been sufficiently fulfilled. Nevertheless, this 'success achieved by practice' also has its downside. With the introduction of the obligation and its inclusion in Book 6 of the Civil Code it certainly seems that the law of obligations has been given a certain degree of flexibility, but the question also arises how this concept meets the requirements which the law imposes on rights *in rem*. The central question in this thesis is the following: what position does the obligation occupy within our legal system, what uses does it have and what are the consequences of the application of this concept? In this thesis I have attempted to make an inventory of the position of the obligation attached to a certain capacity from the point of view of the Dutch legal system, on the one hand, and the German and Scottish systems on the other.

Although the first approach was that the placing of the obligation in Book 6 would provide the key for answering the central question, it became clear from further research that this was not the case. Or rather, that this was not entirely the case. The

1 In contrast to perpetual clauses which although they are not linked to property are in fact developing in this direction, see section 3.6.

mixing of legal fields which should basically remain in isolation gave rise to many questions which, unfortunately, could not all be answered unequivocally.

2 THE CONTENT OF THE OBLIGATION ATTACHED TO A CERTAIN CAPACITY AND THE AMENDMENT THEREOF

‘A servitude without dominant tenement’² was how the obligation was typified in Parliament. By limiting the content of the obligation to ‘tolerating or not doing’ a law-of-obligations concept which is parallel to a servitude seems to have been created, with the only difference being the possibility to bind the obligation to a person instead of to property. The fact that this first impression is not correct already emerges from the determination of the obligation, as this is composed of two distinct elements. The first element is the obligation of one of the parties to tolerate or not do something with regard to his registered property in favour of the other party. I have called this the basic obligation. Secondly, there is the concept which emerges from the agreement between the parties whereby the basic obligation is also passed on to the acquirers of the property under particular title or the users thereof. For want of a shorter title, I have referred to this agreement as an agreement to attach to a certain capacity.

The intrinsic parallel with the servitude can only be drawn with regard to the basic obligation and even then only partly so. The servitude merely involves tolerating or not doing certain factual acts, while the obligation attached to a certain capacity can also extend to legal acts. It is somewhat striking that the extension to this category is not substantiated anywhere. Alongside this, it is conspicuous that the obligation can be extended to registered property and not only with regard to immovable property. With regard to the content itself, the parties to an obligation are bound by the law and the principle of reasonableness and fairness, whereby in the case of a servitude the obligations must have a ‘sufficient connection’ with the right *in rem* although it is still not completely clear what exactly is meant by a sufficient connection. The only concrete limitation which the legislator has imposed with regard to the content of the obligation is that it can imply a limitation on the possibility to dispose of or to encumber the property. From the point of view of being obligatory, such agreements are of course valid, although they cannot have an attaching effect.

It is striking, and in my view a missed opportunity on the part of the legislator, that additional obligations to do something are allowed in the case of a servitude, but not in the case of an obligation attached to a certain capacity. The background to this is the fear of a return to serfdom; possible assignees could be subjected to an

2 Parliamentary History Book 6, p. 942.

encumbrance which would disproportionately limit ownership or the right of use.³ This explanation can be referred to as striking, certainly because this drawback is not experienced in the case of a servitude and, indeed, the freedom of the law of obligations must provide the necessary basis for a similar extension. In combination with the power of amendment contained in Article 6:259 of the Civil Code it seems that the fear of a return to a feudal relationship is somewhat exaggerated.

A complicating factor in this respect is, moreover, notarial disciplinary proceedings. If the purchasers of registered property, with regard to which the seller has attached a perpetual clause, refuse to abide by this perpetual clause, then the notary should refuse to cooperate with the conveyance. If he does not do this then his actions justify a complaint. By acting in this way the perpetual clause is given a semi-property-linked effect which does not fit within this purely obligatory concept.⁴ The situation therefore exists that in limiting the content of a perpetual clause there is practically no way that it can have the same effect as a limited obligation attached to a certain capacity. In my opinion this is an undesirable development. I advocate that the perpetual clause should be left for what it is: an obligatory agreement. If the debtor defaults against the creditor by not imposing the necessary clause, then damages are in order. Although it may also be the case that in certain circumstances a third party will be acting unlawfully when he cooperates with or profits from the default of the debtor, ascertaining this and determining the consequences thereof is a matter for the courts.

In order to allow the obligation attached to a certain capacity to be used for its intended purpose (putting an end to the proliferation of perpetual clauses) the possibility must exist for additional obligations to be able to determine the content thereof. It would be even better if it were possible to allow obligations to do something to determine the content of the obligation. In order to encumber the return of tied situations the repressive possibility in Article 6:259 of the Civil Code should be extended.

As far as the history of the emergence of the obligation is concerned, it is striking that practically no attention was devoted to the benefit requirement. This requirement, which originally applied to the servitude, was dispensed with as far as the servitude is concerned as the requirement also does not apply to the obligation attached to a certain capacity. Now that it was also said about the obligation attached to a certain capacity that it can be regarded as a servitude without dominant tenement, the reasoning tended to bite its own tail. Further research shows that by setting a benefit requirement for the obligation attached to a certain capacity, no reasonable objective will be served because it is already ensured by means of

3 See the Parliamentary History, Book 6, p. 922 and section 3.2.3.

4 See also HR (Supreme Court) 17 May 1985, NJ 1986, 760 (Curaçao/Boye).

other provisions that the creditor derives benefit from the obligation, although it still remains peculiar that no attention has been given to this requirement.

If, during the course of the obligation, the parties wish to amend it, this can of course be done by a joint agreement. However, one of the parties can also initiate an amendment to an obligation. Two possibilities exist for this purpose, namely the regulation of the *imprévision*⁵ (the unforeseeability doctrine or the *rebus sic stantibus* clause as it is sometimes referred to) and Article 6:259 of the Civil Code which has been especially established for the purpose of the obligation. The specially created power to amend again demonstrates close parallels with the possibilities to amend a servitude, although for the servitude this can be done within the first 20 years while for the obligation attached to a certain capacity a 10-year rule applies. The grounds for such an amendment are that the obligation is against the public interest or where a reasonable interest is lacking. The 10-year period has been justified by the legislator because of the need for the 'stability of legal relationships'.⁶ Extending the possibilities for repression also fits in with my argument in favour of greater freedom for the parties to establish the content of an obligation, among other things by making additional obligations to act a part of it. Scrapping any time-limits for relying on this amendment possibility contained in Article 6:259 of the Civil Code also fits within this notion.

The other amendment possibility contained in Article 6:258 of the Civil Code can only be relied upon when there are unforeseen circumstances. This subjective requirement (no reference is made to 'unforeseeable') can provide a reason for drawing up standard clauses. Just as in the case of 'benefits and burdens' clauses in the purchasing of real property, the parties could choose to draw up lists of situations which might arise in the future. Although it may be completely unlikely that such situations should occur, the fact that all these possibilities have been included deprives the parties of the possibility to rely on Article 6:258 of the Civil Code in respect of these situations.

3 THE COMING INTO EFFECT OF THE OBLIGATION ATTACHED TO A CERTAIN CAPACITY

As a composite concept a distinction must be made between the coming into effect of the basic obligation and the agreement which attaches the obligation to a certain capacity. The basic obligation may for example follow from a legacy, but most commonly follows from an agreement. No further requirements apply to the formation of the basic obligation, which is entirely in keeping with what is generally

⁵ Art. 6:258 of the Civil Code.

⁶ Parliamentary History, Book 6, p. 984 and section 3.8.1.

the case in the law of obligations. In principle, requirements of form do not apply to this obligation to attach either. After all, this agreement, too, is and shall remain of a law-of-obligations character.

However, in order to obtain the desired effect *in rem*, certain other requirements do have to be fulfilled, namely requirements which are similar to those established for the creation of limited rights. I have consecutively examined whether the formation of the obligation has to be based on something like a good title, whether there has to be power of disposition and whether some act of delivery may be distinguished.

The basis of the fact that the obligation becomes attached to a certain capacity lies in both the basic agreement and the agreement to attach. If one of these is lacking, the obligation loses its attached character. By this it becomes clear that like under the law of property a certain kind of causal link may be distinguished. There is no ground to equate the basic agreement and/or the agreement to attach with a title as referred to in Article 3:84 of the Civil Code, but it can be concluded that without these two elements the desired *droit de suite* will not occur.⁷

That something like an act of delivery is needed is clear; the notarial deed and the required entry in the public registers are the same as the requirements for delivery under Article 3:89 of the Civil Code. This is thus a requirement as to form which is established to realize the attached nature of the obligation. The choice in favour of a notarial deed was made to guarantee the desired due care and the requirement of entry in the public registers to guarantee that others may know of the obligation.

The most crucial issue in the search for parallels with limited rights is whether there should be power of disposition in the formation of the obligation. In the law of obligations, power of disposition is not required; anyone can for example sell a property that is subject to registration. The requirement of power of disposition only comes into play in the delivery phase. In the case of the obligation that is attached to a certain capacity the requirement has to be fulfilled that the obligation is assumed by a person to whom the property 'belongs'. In my view, this belonging should be read to mean power of disposition in the meaning of this concept under property law. If belonging were read as 'ownership', the situation might occur that an owner who is bankrupt or has been put under administration may 'create' an attached obligation in a legally valid way. A sense of justice already tells us that this cannot be what was intended, but it is proving difficult to find the proper reasoning to support this instinctive conclusion. Eventually, the comparison with lease provided a solution. In the situation of lease the *effect in rem* only comes into effect if the disposal of the property takes place by the person who is entitled to do so (the owner of the leased property). In the case of the bankruptcy of the owner

7 See section 4.4.2.

of a leased property, and the disposal of this property by the trustee, no one will claim that the lease is not valid. Although the bankruptcy trustee is not the owner, he does have power of disposition.⁸ Where ownership and disposition diverge, as is the case when the owner is bankrupt, the power of disposition will be decisive when it comes to the question if the *effect in rem* will occur. In my opinion the same is valid for the obligation.

The formation of a legally valid obligation attached to a certain capacity thus not only requires two agreements,⁹ but also an act of delivery and power of disposition. Now that a kind of causality is also to be found in the assumption of the obligation, it becomes clear that the parallels with the limited property rights are many.

The obligation may however also have been created in another way than by the agreement mentioned, namely through prescription. The problem with rights arising out of prescription is always that demonstrating the possession of the right in question is difficult or even impossible. Where in the case of servitude there is already considerable debate concerning the question of how someone can think that they have possession of the servitude,¹⁰ the question in case of the obligation attached to a certain capacity is how someone can think that the stipulated obligation to tolerate or not to do is meant to be attached. As the attached nature of the obligation only exists if the notarial deed has been entered in the public registers, the conclusion will have to be that there can only be possession if the obligation has actually been entered in the registers. A flaw in the creation of a right which would cause this creation to have taken place incorrectly may, through entry in the public registers and the expiry of a prescription period of 10 or 20 years respectively, result in the creation by prescription of an obligation that is attached to a certain capacity.

Now that it has been established that for the formation of an obligation that is attached to a certain capacity the same requirements must be fulfilled as must be fulfilled in the case of the creation of limited rights, the question is to what extent third parties may be protected against flaws in the formation of the notion. I have consecutively examined to what extent the provisions protecting third parties as included in Articles 3:24-26 and 3:88 of the Civil Code may apply (by analogy).

Article 3:24 of the Civil Code has been written for acquirers of a (right to) a property that is subject to registration. According to a literal interpretation the obligation that is attached to a certain capacity does not qualify as such. Giving third-party protection to the creditor from the obligation perhaps on the one hand

⁸ See section 4.4.5.2.

⁹ Assuming that the basic obligation follows from an agreement.

¹⁰ See the extensive article by Van Vliet on this issue in NTBR 2005/4 and section 4.5.1.

goes beyond what is desirable given that his right is merely a right of action under the law of obligations, but on the other hand the rationale behind Article 6:252 of the Civil Code is to give *droit de suite* to an obligation. My conclusion therefore is that Article 3:24 of the Civil Code can in fact be applied, as can Articles 3:25 and 3:26 of the Civil Code.

Article 3:88 of the Civil Code concerns the situation that in the assignation of the right of action following from the obligation the debtor does not have power of disposition. Since the cause of the lack of power of disposition can be brought within the limits of Article 3:88 of the Civil Code, and as it concerns the effect *in rem*, being an element that corresponds with the law of property, the most satisfying solution is in my opinion to let Article 3:88 of the Civil Code also apply if the obligation is assumed by a person who lacks power of disposition.

Finally, Article 5:110 of the Civil Code which repairs an invalid division through the legally valid creation of a limited right to the (invalid) apartment rights must also apply by analogy. Given the rationale of the Article and again the considerable parallels that exist between the assumption of an obligation and the law of property, it is reasonable to let Article 5:110 of the Civil Code apply.

4 WHO PRECISELY ARE BOUND AND WHAT IS THE NATURE OF THIS BOND?

If there is a field in which the hybrid character of the notion is demonstrated to the full, it must be that of boundness. Obligations only have legal effect between the parties, whereas rights *in rem* can be enforced against any and all. The obligation that is attached to a certain capacity fits neither category.

According to the law, the parties may stipulate that the obligation will pass to the good's acquirers under particular title and that also bound will be such persons as will obtain from the entitled party a right to use the good. The terms used for both groups (acquirers versus users) require further examination. In my opinion, the notion of acquirer under particular title of a property only includes persons who obtain the ownership of a property and not also persons who for example obtain a ground lease to or the usufruct of property. It must always be kept in mind that the property in respect of which the obligation can be assumed may be any property subject to registration, i.e. also a ground lease or a right of superficies. Together with the conclusion that users of the property also include the superficiary and the usufructuary, the conclusion is justified that the parties can themselves determine the scope of their boundness. They can choose to let only the acquirers of the property be bound, but they can also themselves determine which user(s) will be bound. This is hugely different from the situation as regards rights *in rem* where

the binding nature extends to all persons.¹¹ The contents of the basic agreement will be decisive in answering the question of who is or are bound.

Knowing who is bound is not the same as knowing what the nature of that bond is. That the debtor in the basic agreement is bound because he is a party to the agreement is obvious, but how should we interpret the boundness of the acquirers and the users? Binding third parties to agreements between parties goes against the principle that agreements only have effect between the parties while the boundness of for example users does not equal that of a right *in rem* as it depends on the intentions of the parties. The boundness that follows from the attached nature is one that follows directly from the law and the parties' intentions. In the law provisions have been made for the contractual takeover of debts. I have examined in which areas where there are no specific provisions for our obligation, an association can be made with the legal provision for contractual takeover of debts.

The contractual takeover of debts requires creditor consent to the takeover of the debt. In view of the character of the obligation the aforementioned consent will not be required, since the automatic transfer of the debt is the underlying reason of giving the obligation its 'qualitative' character. Notification by the debtor to the creditor also does not appear to be necessary. After all, it is not in the least in the interest of the creditor to block the takeover of the debt in the case of non-notification, given that the debtor (the formerly entitled party) is no longer able to perform, while the newly entitled party does not have to perform.

Still, not requiring notification by the debtor that the debt has been taken over seems to me to be undesirable, namely because the situation could arise that the creditor is no longer aware of who his debtor is. I therefore argue in favour of attaching an additional obligation to the obligation attached to a certain capacity stipulating that any person who grants or acquires a right of use shall notify the creditor accordingly. This obligation would not have to be expressly agreed upon, but should as it were automatically form part of the obligation attached to a certain capacity.

The assumption that users can only be bound if and for as long as the acquirers under particular title of the property are also bound by the obligation I find incorrect. Although the text of the law may point in that direction, the legislative history gives room to the opinion that both groups can be bound apart from each other. The advantage of this view is that many combinations are possible, which increases the possibilities of application in legal practice. On the other hand new questions arise, for instance the question if the content of the obligation must be identical for all the persons bound.

In the case that users are also bound there is a plurality of debtors which leads to the joint boundness of the debtors, at least, if they are bound by the same obliga-

11 Section 5.1.2.

tion. As the starting point should be that the creditor has a separate right of action vis-à-vis each of his debtors, a violation of the obligation by one debtor will not affect the other(s). It is possible that the users, either together with the creditor, or through the intervention of the court based on Article 6:258 or 259 of the Civil Code, will proceed to amend the agreement. This amendment would only apply to their mutual relationship and would not affect the other debtors. Considered in this light, numerous obligations with different contents that are binding upon different parties may arise from a basic agreement.

Persons who acquire a personal right of use are not entitled to the consideration that may be agreed upon in exchange for the obligation. Only the usufructuaries and the superficiaries become entitled to the consideration based on what the law provides concerning the fruits of their right and insofar as this was not detracted from when the right was created. Other users will only acquire such rights where these have been expressly granted, either because a right to consideration is assigned to them, or because a right to consideration is agreed upon in their favour by means of a third-party clause as referred to in Article 6:253 of the Civil Code. If this were the case, a relationship would be created by operation of Article 6:261(2) of the Civil Code between the debtor/user and the creditor to which the provisions concerning the reciprocal agreement apply by analogy. As a consequence, acts such as termination and suspension come within the debtor's reach. Should the creditor who has been so kind as to cooperate in a third-party clause granting the user a right to consideration wish to prevent this result, it would have to be agreed in the third-party clause that the user will not be entitled to terminate the agreement. With respect to the possibility of assignment the problem may be prevented by making the debt non-assignable.

The right of use does not necessarily have to be granted by the person to whom the property belongs as referred to in the first sentence of Article 6:252 of the Civil Code and of whom we have determined that this person must also have power of disposition. Who can validly grant a right of use is determined by the answer to the question of which users must be bound. In this roundabout way it becomes clear who are entitled to grant such a right of use. In order to avoid misunderstandings it is recommended that the term 'right holder' in the provision is changed to 'entitled party'.

5 THE EXTINCTION OF THE OBLIGATION

The obligation can be breached and be extinguished, whereby the breach can be so extensive that the obligation loses all substance. However, legally speaking this does not result in the extinction of the obligation. If the obligation is breached, the

entitled party has a number of measures at its disposal, among which is specific performance.

As to the extinction of the obligation, a distinction must be made between the extinction of the basic obligation and the extinction of the agreement to attach to a certain capacity. That the attached character is lost does not necessarily mean that the basic obligation also ceases to exist. As the obligation is first and foremost a law-of-obligations concept I have first examined the way in which ordinary obligations are usually extinguished. Termination by the parties, termination by the court, confusion and prescription are the most obvious methods.

In the case of termination by the parties the question is whether the parties or one of them actually have this power. The main rule in the case of long-term agreements is that if the parties have not included an agreement on this it must follow from custom, the intention of the parties or reasonableness and fairness that the parties have the possibility to terminate. In the case of the obligation attached to a certain capacity the nature of the obligation will stand in the way of any power to terminate.

In the case of termination of the basic agreement by the court the result is that the parties must undo that which they have already done. In the case of tolerating or not doing this is impossible. Also, if performance has been flawless for years, termination by the court is perhaps too severe a measure. If the basic agreement is terminated by the court the basis of the agreement to attach to a certain capacity falls away and with it its attached character.

In the case of termination by the court of the agreement to attach the 'undoing' will amount to the removal of the property from the public registers.

Extinction by confusion could take place if the right of action arising out of the obligation is assigned to the debtor or the debtor inherits the right of action. If the owner of a servient property is not the only debtor (where for example users are bound) then the extinction of the obligation in favour of the owner does not necessarily have to mean that the obligation is also extinguished in favour of the users. In certain circumstances it may be undesirable to let the obligation be extinguished by confusion. A possibility to prevent such confusion is given in Article 6:161(2)(c) of the Civil Code which provides an exception to the main rule of confusion, namely if the union of capacities is the result of a legal act under a resolutive condition, as long as it is not established that this condition can no longer be fulfilled. In our case, the assignment of the right of action by A to B, which assignment would normally result in confusion, would have to take place under a resolutive condition. In addition to the exception to confusion mentioned, Article 6:161(3) of the Civil Code makes the confusion relative vis-à-vis persons who have a right to the right of action.

In the case of extinction by prescription the main problem is the position of the users. It might be the case that the right of the creditor becomes prescribed in respect of one of the users. How should this be formalized? If we look at the way in which limited rights are extinguished in order to examine whether the obligation is also extinguished in this way, we find that to relinquish a limited right the same requirements have to be met as for its creation. If an obligation attached to a certain capacity is relinquished this will be brought about because the creditor relinquishes his right of action. On the active side, power of disposition in the property law sense did not play a role in the creation of the obligation. The same will be true in the extinction. However, the person relinquishing will, as is the case with any other legal act, have to be able to relinquish in a legally valid way, which means that if for example he has been put under administration he will need the cooperation of his administrator.

A particularity is the notion of the release as referred to in Article 3:273 of the Civil Code. Due to a shortfall in the law it is unclear whether the right lapses after sale by an anterior mortgage holder. Whilst the right cannot be relied upon against the mortgage holder, the acquirers of the non-bound auction-buyer may in turn be bound now that they do not fall within the scope of any of the three exceptions under Article 6:252(3) of the Civil Code. It is unclear whether the obligation has lapsed, or whether it remains dormant and cannot be relied upon only in respect of certain parties. Also in the case that a seizer is the seller the law is not conclusive. Due to the fact that Article 6:252(3) of the Civil Code is referred to for the question of whether it is possible to invoke against third parties, the problem here too is that the obligation does not lapse. It is recommended that the legislator stipulate that after sale and payment the obligation lapses in the same way as the posterior limited rights. In my opinion it would be in accordance with the special position of the creditor of an obligation that is attached to a certain capacity also to offer compensation in exchange here, like Article 3:282 of the Civil Code provides for (former) limited right holders.

6 THE POSITION OF THE OBLIGATION IN SEIZURE AND BANKRUPTCY

In examining the position of the obligation in the situation of bankruptcy I have distinguished between the situation that the obligation had already been entered in the public registers and the situation where this had not yet happened. In the first case, if the property is part of the estate it will be impossible to enforce specific performance from the bankruptcy trustee and the creditor's right of action (for performance) will dissolve into a claim for payment of a monetary debt which can be presented for validation. In my opinion though, the trustee cannot violate the obligation in such a manner that it will lead to irreversible situations.

If however the trustee has indicated that he wishes to honour the agreement, or if the trustee, by not performing, acts unlawfully against the creditor, the debt which consequently arises will be a bankrupt's debt and thus preferential in respect of other debts. In the case of the sale of the property from the estate the trustee must sell the property together with the clause, contrary to what is provided in Article 35a of the Bankruptcy Act. If the obligation is not yet 'complete' at the moment bankruptcy sets in, three stages of 'development' have to be distinguished. It can be concluded in accordance with each stage in which the obligation finds itself whether or not the trustee and/or the estate are bound. As Article 35a of the Bankruptcy Act also applies to the obligation attached to a certain capacity a transaction that has been initiated cannot be completed. The above means that the trustee will have to conclude a new agreement to attach to a certain capacity with the creditor and enter it in the public registers.

Article 37 of the Bankruptcy Act can be applicable to both the basic agreement and to the agreement to attach to a certain capacity. Once the trustee has indicated that he wishes to make use of the possibility offered to honour the agreement, the possibility to apply Article 35a of the Bankruptcy Act will cease to exist.

After bankruptcy has set in, the bankrupt himself can only assume an obligation attached to a certain capacity if this benefits the estate or if the bankruptcy has not yet been entered in the public registers. In the latter case the creditor will be protected by the provisions of Article 3:24(1) of the Civil Code and the exception under Article 3:24(2)(c) of the Civil Code will lack application.

Finally the clause cannot be invoked against a seisor if the seizure was already an entry in the public registers at the time that the obligation was entered in the public registers. An exception has to be made in the situation as referred to in Article 505(3) of the Code of Civil Procedure. For the applicability of this provision, there is in my opinion no reason to treat the obligation any differently from a limited right, so that the conclusion – which clearly deviates from what the legislative history establishes on this point – must be that also in the creation of the obligation attached to a certain capacity the seizure will not stick if the deed concerning the attachment of the capacity is entered on, at the latest, the first working day following that on which the deed was passed, provided of course that the deed was passed before the property was seized.

7 THE POSSIBILITIES UNDER THE GERMAN SYSTEM

In German law there are a number of notions which show many similarities with the Dutch rights *in rem* and the obligation attached to a certain capacity. Especially usufruct and servitude are almost identical to their Dutch counterparts. The *beschränkte persönliche Dienstbarkeit* (bpD) on the one hand and the obligation

attached to a certain capacity on the other however differ considerably. Although they are the same in the sense that both are bound on the passive side, that the substance of both is obligations to tolerate or not to do, and that on the active side both notions serve to favour a person, the differences are still many. For example, additional obligations to do may be made the subject of the bpD, the active side is not transferable, the exercise of the bpD may be left to another person, and of course the bpD is simply a right *in rem*. There is no discussion concerning the manner of creation, extinction, changes to the contents, the position of users, the position in bankruptcy or otherwise. By contrast, the bpD does not offer the possibility to determine that its binding nature is limited to certain groups of persons and the obligation has to fit in with one of the three basic variations.¹² The large degree of freedom which I have noted in the obligation to attach to a certain capacity is not present in the bpD. It does have to be remarked however that under Dutch law the parties also have a reasonable degree of freedom where the substantiation of rights *in rem* is concerned. Under German law, this freedom appears to be more limited.

The *Reallast* is a notion with a completely different content, of which there is no Dutch equivalent. Not only does the *Reallast* entitle a person to performance of a certain kind, the property itself also guarantees the performance of the obligation. The obligation with which the *Reallast* is concerned is a positive obligation linked to property. Such a notion is completely unknown in our legal system. We only have obligations to do in an obligatory sense, unless they are the specifically described additional obligations to do which may be attached to a servitude. Although the notion has fallen into disuse, I believe it offers many possibilities, as the *wiederkehrende Leistungen* do not have to be limited to providing material benefit, but can also be that performance is due. If the debtor fails to perform the obligation he is not only liable himself, but the encumbered property is as well. In this way, the creditor has acquired a position that is much stronger than that of the creditor under Dutch law who only has an unsecured claim. The shapes in which the *Reallast* can appear – either transferable or non-transferable, or only transferable together with the ownership of the dominant property – make the notion an attractive addition to existing rights *in rem*.

Introducing a notion like the *Reallast* in the Dutch system would lead to the introduction of a notion which is a cross between a security interest, a servitude and an obligation attached to a certain capacity. A real break with tradition would be the contents as this would be an obligation to act, but apart from this I believe the notion could still be fitted into our system. An additional advantage could be that this notion would curtail the use of perpetual clauses still further.

12 Section 8.3.1.2.

8 THE POSSIBILITIES IN SCOTLAND

Finally, Scottish law owing to a fear of returning to the feudal system has been very sparse with the possibility to attach obligations linked to property and favouring a person to immovable property. Attaching obligations to immovable property is possible through what are called 'title conditions', which is the umbrella term for real burdens and servitudes. Since the adoption of the Title Conditions (Scotland) Act 2003, the main difference between the two categories is that obligations to tolerate can only be included in the shape of a servitude (with a dominant and a servient property, favouring the servient property as such), while the real burden may consist of an act or omission. Real burdens are either praedial, in which case they have a dominant and a servient property, or they are personal. In the latter case the burden serves to favour a (legal) person. Not everyone can act as the favoured party in the case of a personal burden; only certain specifically named or strictly defined categories of (government) bodies and institutions may act as the favoured parties of such burdens.

9 CONCLUSIONS

The central question in this thesis was binomial: is the qualitative obligation a suitable instrument to bind an obligation to property and what position does the obligation have within our legal system?

9.1 Is the qualitative obligation a fit instrument to bind an obligation to property?

The abovementioned question cannot be answered with a simple yes or no. A positive side to the obligation is the possibility to bind an obligation to property in favour of a person, since legal practice requires such a possibility. As the servitude always needs a dominant tenement, the obligation gives us the possibility to make a (legal) person the creditor apart from a dominant tenement. Another major advantage of the obligation is that the parties are given the freedom to choose whether they want to bind users, a freedom that is foreign to the law of property but that gives legal practice many extra possibilities. The possibility to choose between binding the acquirers, the users or both, as well as the possibility to make a distinction within the group of users, turns the obligation into a flexible instrument. Given the fact that the content of the obligation is not necessarily identical for the various groups of those who are bound, it appears that the obligation is truly a concept which has a chameleon-like character.

The difference with the perpetual clause is that if the parties to the obligation have agreed to do so, the acquirers of the property are automatically bound by the

obligation. They do not have to agree upon the obligation to be bound. *Effect in rem* instead of the insecurity that is typical of the perpetual clause. Another advantage of the obligation is that users of the property are also bound to the obligation if that is agreed upon by the parties. Another plus side is that in seizure and bankruptcy the obligation will 'survive' whereas the perpetual clause will terminate.

A disadvantage of the concept I find to be the intrinsic limitation to tolerate or not to do something, since the perpetual clause does not have any intrinsic limits whatsoever. As a result of notarial disciplining proceedings the perpetual clauses are given a semi-property-linked effect. Even in the case of a servitude, additional obligations to do something are allowed, a possibility that is in general controversial in the law of property. The aforementioned practice makes it possible to give an effect in rem to obligations to do something. Since it is not possible to enter perpetual clauses in the public register, the situation where obligations are unknown to the public will occur, a situation that was feared when the introduction of the qualitative obligation was discussed.

In my opinion it should be possible to follow the 'regal route' and to amend article 6:252 of the Civil Code in such a manner that it is possible to make obligations to do something an actual part of the obligation. The possible negative side-effects of this possibility can be reversed by extending the repressive possibilities of Articles 6:258 and 259 of the Civil Code.

This vision was already expressed by Smalbraak in 1966. He was also of the opinion that the fear of overburdening the property was ill-based and that excesses could be combated with the possibilities given in Articles 6:258 and 259 of the Civil Code.

9.2 What position does the obligation occupy within our legal system?

This question also cannot be answered with a mere yes or no. Although Parliament expressly typified the obligation as being a servitude without a dominant tenement, and explained that the positioning in Book 6 of the Civil Code was disputable, the emphasis has always been on the obligational character of the concept.

The coming into effect (two agreements), the distinctive possibility to enter the obligation in the public register (Article 6:252 section 2 Civil Code) and the special provision of Article 6:252 section 3 Civil Code all point in the direction of the law of obligations with all its restrictions and possibilities.

In this research also many situations have been presented in which the 'obligational approach' is unsatisfactory and it is necessary to choose an analogical application of the concepts in the law of property.

In the separate conclusions in the various Chapters I have already pointed out in what situations we have to choose for the principles of the law of property in order to achieve the best possible result, but I will sum them up once more:

1. In determining the content of the obligation attached to a certain capacity the legislator has obviously chosen the same intrinsic limitation as applies to the servitude. It is not the freedom of the parties that applies to the perpetual clause, but the limitation to tolerate or not to do something as is familiar in the law of property. I have already expressed my opinion that this limitation is not a good one;
2. In order to obtain the *effect in rem* the agreements must be laid down in a notarial deed and entered in the public registers. These identical requirements apply to the creation of property rights.
3. In order to obtain the *effect in rem* the property must 'belong' to the debtor, a requirement that must be read as having the power of disposition;
4. As a result of the requirement of entry in the public registers, the provisions protecting third parties (Articles 3:24, 25 and 26) must apply (by analogy);
5. As a result of the requirement of power of disposition, it is also a natural conclusion to allow the provisions for protecting third parties in the situation that the debtor does not have a power of disposition to apply analogically;
6. In the situation of release as referred to in Article 3:273 of the Civil Code the obligation must lapse in the same way as posterior limited rights do. In my opinion it would here be in accordance with the special position of the creditor of an obligation that is attached to a certain capacity also to offer compensation in exchange, like Article 3:282 of the Civil Code provides for (former) limited right holders;
7. If the property to which an obligation is attached is seized Article 505(3) of the Code of Civil Procedure must apply. The seizure will not be effective if the deed concerning the attachment of the capacity is entered on, at the latest, the first working day following that on which the deed was made, provided of course that the deed was made before the property was seized;
8. When it comes to the explanation of the content of the obligation the objective method applies. This method also applies in the law of property. The 'Haviltex clause' does not apply;
9. Just as the extinction of a limited right can be entered in the public registers, it must also be possible to enter the extinction of the obligation;
10. In bankruptcy the trustee must comply with the obligation in the sense that the trustee cannot violate the obligation in such a manner that it will lead to irreversible situations. This is different from 'ordinary' obligations where it is not possible to demand specific performance from the trustee in bankruptcy.

This list of situations in which the application of the law of property leads to more satisfactory results than the application of the law of obligations is quite impressive. Could this lead to the conclusion that the legislator has made an incorrect decision by placing the obligation attached to a certain capacity in Book 6, and that it would have been better to place it in the fifth book relating to the law of property?

Would it not have been better to make the obligation a limited right, as has been done in Scotland and Germany?

Although this is a tempting idea, I do think the obligation belongs in Book 6. I admit that it is sometimes necessary to apply principles of the law of property in order to allow the concept to flourish, but the positioning in Book 6 has obvious advantages.

In my opinion the main advantage is the freedom which parties have to choose who is bound by the obligation. A principle of limited rights is that they are linked to property and that the person entitled to the right does not have the freedom to decide who is or who is not bound.

A second advantage is that even before the obligation is entered in the public registers, the parties are bound by the obligation. This advantage was already mentioned by the legislator and was an important reason for placing the obligation in Book 6.

Finally, it is possible, since the obligation has been placed in Book 6, to extend the content of the obligation to obligations to do something. If the obligation was placed in Book 5, the extension to obligations to do something would have been controversial.

In summary, the obligation attached to a certain capacity is in fact a hybrid concept. Placed in the law of obligations, its flexible character is nourished, but it needs the support of the law of property to obtain the effect *in rem* that distinguishes it from the 'ordinary' obligations and that gives it a special position in the transfer of the property, in bankruptcy and in seizure. Although the legislator has made the right choice by placing the obligation in Book 6, it is recommended that some adjustments should be made to Article 6:252 of the Civil Code, as well as to some other Articles, in order to give the concept its full effect.

The necessary adjustments are:

- amending Articles 3:273 and 3:282 of the Civil Code in the sense that it is made clear that the obligation also lapses, and that the former creditor is compensated;
- amending Article 505(3) of the Code of Civil Procedure in the sense that a seizure will not be effective if the deed concerning the attachment of the capacity is entered on, at the latest, the first working day following that on which the deed was made, provided of course that the deed was made before the property was seized;
- amending Article 3:17 of the Civil Code in order to make it possible to enter the extinction of the obligation in the public registers;
- amending Article 3:88 of the Civil Code in such a way that the Article also applies to the situation where the debtor does not have a power of disposition;
- amending Articles 3:24-26 of the Civil Code in such a way that they will also apply to the obligation attached to a certain capacity;

- amending Article 6:259 of the Civil Code in the sense that the ten-year term as well as section 2 are scrapped.

And, of course, amending Article 6:252 of the Civil Code in the following manner:

1. A contract may stipulate that an obligation to suffer or refrain from doing something in respect of a registered property of which the debtor has the power of disposition shall be transmitted to persons who acquire the property by particular title. The parties may also stipulate that those who acquire a right to use the property from the party entitled thereto are in fact bound.
2. For the stipulation referred to in paragraph 1 to have effect, a notarial deed regulating the contracts must be drawn up between the parties, followed by its registration in the public registers. The obligor of the obligation to which the stipulation relates must, in the deed itself, choose an address in the Netherlands for the purpose of registration.
3. Even after registration, the stipulation has no effect against:
 - a. persons who, prior to registration, acquired a right to the property or a right to its use by particular title;
 - b. persons who seize (*attach*) the property or a right thereover, if the registration had not yet taken place at the time of registering the official report of seizure (*attachment*);
 - c. persons who acquired their right from a person who was not bound by the stipulated obligation.
4. Where, in exchange for the obligation, consideration (*counter-obligation*) has been agreed, the right to that consideration (*counter-obligation*) is also transferred upon the transmission of the obligation to the extent that it relates to the period following the transmission. Stipulations with respect to this consideration (*counter-obligation*) may also been registered in the registers.
5. This article does not apply to obligations which limit a party so entitled in its power to dispose of or to encumber the property.

Bijlage I**OVERZICHT INGESCHREVEN AKTEN (WAARONDER KWALITATIEVE VERPLICHTINGEN)
2005**

OA18 2004	AHM	AMR	ASD	ASN
Akten houdende koop en verkoop en vestiging recht van erfpacht / opstal	38230	18622	33784	10746
Waaronder Akten van veiling (vrijwillig)	14	2	127	11
Akten van veiling (niet vrijwillig)	106	71	141	43
Overige ingeschreven stukken	12699	5586	14541	2217
Totaal ingeschreven stukken register Hypotheken 4	50929	24208	48325	12963
BESTAANDE UIT (PER ONTVANGSTDAG)				
Overboeking van een (beperkt) recht geheel perceel (incl appartementsrechten)	51430	25706	46591	14258
gedeeltelijk perceel	13839	5656	6230	4186
TOTAAL AANTAL GEMUTEERDE PERCELEN	65269	31362	52821	18444
bron OA18 Erfdienstbaarheden (aantal percelen)	11778	7802	6138	2356
% Erfd (aantal percelen) van tot. aant. gemut. percelen	18	25	12	13
% Erfd (aantal percelen) van tot. aant. gemut. Percelen = aantal akten	31	42	18	22
bron xd315 Aantal uniek dl en nr / percelen met kode KV / KVD	3337	2602	2616	900
% KV/KVD (uniek dl nr / percelen) van tot. aant. gemut. percelen	5	8	5	5
% KV/KVD (uniek dl nr / percelen) akten houdende koop en verkoop	9	14	8	8
% totaal erf dienstbaarheden en KV/KVD [percelen]	23	33	17	18
% totaal erf dienstbaarheden en KV/KVD [KOOPakten]	40	56	26	30
bron OA 20 Transactie 11, 3 en 33 (totaal cijfers)	AHM	AMR	ASD	ASN
Som van Nieuwe erf dienstbaarheden	12092	9458	6672	2960
Som van Aantal stukken	47158	22928	39250	13104
Som van Betrokken objecten	110785	52392	78824	32809

OA18 2004		BDA	EHV	GNG	LAD
Akten houdende koop en verkoop en vestiging recht van erfpacht / opstal		21380	24940	12591	14934
Waaronder Akten van veiling (vrijwillig)	2	17	15	28	
Akten van veiling (niet vrijwillig)	61	68	37	53	
Overige ingeschreven stukken		6218	6785	2528	2941
Totaal ingeschreven stukken register Hypotheken 4		27598	31725	15119	17875
BESTAANDE UIT (PER ONTVANGSTDAG)					
Overboeking van een (beperkt) recht geheel perceel (incl appartementsrechten)		29784	32122	18836	21646
gedeeltelijk perceel		6278	8414	3435	5020
TOTAAL AANTAL GEMUTEERDE PERCELEN		36062	40536	22271	26666
bron OA18 Erfdienstbaarheden (aantal percelen)		11818	14174	3105	5751
% Erfd (aantal percelen) van tot. aant. gemut. percelen		33	35	14	22
% Erfd (aantal percelen) van tot. aant. gemut. Percelen = aantal akten		55	57	25	39
bron xd315 Aantal uniek dl en nr / percelen met kode KV / KVD		1121	2124	643	1355
% KV/KVD (uniek dl nr / percelen) van tot. aant. gemut. percelen		3	5	3	5
% KV/KVD (uniek dl nr / percelen) akten houdende koop en verkoop		5	9	5	9
% totaal erf dienstbaarheden en KV/KVD [percelen]		36	40	17	27
% totaal erf dienstbaarheden en KV/KVD [KOOPakten]		61	65	30	48
bron OA 20 Transactie 11, 3 en 33 (totaal cijfers)					
Som van Nieuwe erf dienstbaarheden		13148	15384	3488	5990
Som van Aantal stukken		26642	31111	15630	18172
Som van Betrokken objecten		63235	75761	36058	46449

	LLS	MDB	RMD	RTD	UTT	ZLE	ZTM		totaal
									2004
	8522	10286	21800	43986	25016	21731	34489		341057
1	6	1	1	4	42	22		293	
65	64	141	316	56	62	220		1504	
	2334	3053	5545	10755	6287	5731	9065		96285
	10856	13339	27345	54741	31303	27462	43554		437342
	8943	14636	30055	54950	30760	29990	46882		456589
	3265	3306	8089	8664	7335	8640	7827		100184
	12208	17942	38144	63614	38095	38630	54709		556773
	4352	2815	6297	16127	9196	7523	14903		124135
	36	16	17	25	24	19	27		22
	51	27	29	37	37	35	43		36
	960	766	2250	5757	2031	1796	3238		31496
	8	4	6	9	5	5	6		6
	11	7	10	13	8	8	9		9
	44	20	22	34	29	24	33		28
	62	35	39	50	45	43	53		46
	LLS	MDB	RMD	RTD	UTT	ZLE	ZTM		totaal
	5631	3848	7272	17256	10498	8855	17408		139960
	10339	14353	27088	52522	29545	26899	42308		417049
	24779	32082	66275	112017	65264	69614	91098		957442

Bijlage II

VOORBEELD 'VANGNETBEPALING' (ARTIKEL 8)

uitgesloten, dan verklaart de Eigenaar deze bepaling buiten toepassing ten opzichte van de Leidingbeheerder.

3. Zolang een beheerder optreedt zal de Leidingbeheerder een eventuele aansprakelijkheidsstelling in eerste instantie richten aan de beheerder. De beheerder draagt zorg voor een adequate afhandeling.

Artikel 7.

Opzegging.

In afwijking van het bepaalde in artikel 7 van hiervoor in artikel 2 aangehaalde Algemene Voorwaarden verplicht ** zich om ingeval (een gedeelte van) de bij deze akte met het opstalrecht belaste grond te eniger tijd wordt overgedragen aan de gemeente ** en voor (dat gedeelte van) die grond een concessieovereenkomst bestaat tussen ** en de gemeente **, het opstal recht (voor dat gedeelte) op te zeggen en middels een verklaring van waardeloosheid te doen doorhalen in de openbare registers.

Artikel 8.

Kwalitatieve verplichting.

Indien en voor zover het in deze akte bepaalde niet kan worden aangemerkt als opstalvoorwaarden, komen partijen overeen dat deze gelden als kwalitatieve verplichtingen als bedoeld in artikel 6:252 Burgerlijk Wetboek en als zodanig zullen overgaan op rechtsopvolgers van partijen.

Ter zake van de inschrijving van deze akte wordt woonplaats gekozen te **

Artikel 9.

Kettingbeding.

Indien en voor zover het in deze akte bepaalde niet kan worden aangemerkt als opstalvoorwaarden en tevens niet kan worden gekwalificeerd als kwalitatieve verplichting als hiervoor in artikel 8 bedoeld, komen partijen hierbij overeen dat zij en hun rechtsopvolgers jegens elkaar verplicht zijn de betreffende verplichtingen bij iedere overdracht van het opstalrecht of van (een gedeelte van) de met het opstalrecht belaste grond als kettingbeding op te leggen aan de opvolgende verkrijgers en door deze te doen aanvaarden en voorts de daaruit voor partijen voortvloeiende rechten aan te nemen.

In verband met dit kettingbeding verplichten partijen zich jegens elkaar verplicht om bij iedere overdracht van het opstalrecht of van (een gedeelte van) de met het opstalrecht belaste grond naar het in deze akte bepaalde te verwijzen en wat betreft het in dit artikel 9 bepaalde, in iedere akte van overdracht letterlijk aan te halen.

Artikel 10.

Artikel 2:94c Burgerlijk Wetboek.

De Overeenkomst is tussen partijen gesloten nadat twee jaren zijn verstreken na de inschrijving van de Leidingbeheerder in het handelsregister, zodat het bepaalde in artikel 2:94c Burgerlijk Wetboek ten aanzien van de Overeenkomst niet van toepassing is.

Artikel 11.

Omzetbelasting. Overdrachtsbelasting.

1. Terzake de vestiging van het opstalrecht is omzetbelasting verschuldigd aan-gezien Eigenaar een ondernemer is in de zin van de Wet op de omzetbelasting 1968 en de zaak waaraan het opstalrecht is onderworpen een bouwterrein is in de zin van de Wet op de omzetbelasting 1968.
2. Koper doet terzake de overdrachtsbelasting voorzover nodig een beroep op de vrijstelling, bedoeld in artikel 15 lid 1 aanhef en letter a van de Wet op belastingen van rechtsverkeer, aangezien de zaak waaraan het recht is onderworpen niet als bedrijfsmiddel is gebruikt.

Volmachten.

Bijlage III

NON-CONCURRENTIEBEDING

Kantoor:	Tijdstip van aasbinding:	De bewaarder van het Kadaster en de Operationele Registers.	12923
ROTTERDAM	14-JUN-1934 09:00	<i>W. Heyman</i>	4 41
Aanzekening:	Mr. W. LOUWIS		met 22-06-1934 (Rijksdijk)
	<i>Old-Zeewijk 1764</i>		
<i>565475882</i>	<i>10-01-103</i>		<i>183</i>

AKTE VAN KWALITATIEVE VERPLICHTINGEN
Nr. 80.00.2008/MA/YG
Projectnr. 2431

5
ORDERPROFIELNR.
INVOERFORM. BIS

Hyp. 4

Heden, de tiende juni _____ negentienhonderd vier en negentig, verschenen voor mij, — Mr JOHANNES PETRUS VAN DER STAP, notaris te Rotterdam: — I. de heer Mr Hendrik Willem van de Kraats, jurist, wonende te 3823 TH Amersfoort, Gangboord 14, geboren te Veendam op twee januari negentienhonderd drie en zestig, gehuwd, houder van rijbewijs, nummer 3006282745, — te dezen handelend als schriftelijk gevolmachtigde van de te Rotterdam (3062 ME Rotterdam, K.P. van de Mandelelaan 90), gevestigde stichting: Stichting Uitvoering Bodemaanwering Amovering Tankstations "SUBAR", — van welke volmacht blijkt uit een notariële akte van volmacht op één juli negentienhonderd twee en negentig voor notaris Mr Hendrik Willem Heyman te Rotterdam verleden, waarvan een afschrift is gehecht aan een akte houdende kwalitatieve verplichtingen, op twaalf maart negentienhonderd drie en negentig voor mij, notaris, verleden, volmachtgeefster hierna te noemen: de stichting; — II. mevrouw Yvonne van Koesveld-Grootenboers, secretaresse, wonende te 3052 XM Rotterdam, Spinbollaan 37, geboren te Rotterdam op vijf maart negentienhonderd eenenzestig, gehuwd, houder van paspoort, nummer H262803, te dezen handelend als schriftelijk gevolmachtigde van de heer Alan John Kelly, vennootschapsdirecteur, wonende te 2594 CB 's-Gravenhage, Hofzichtlaan 1, geboren te Iserlohn (Duitsland) op eenentwintig maart negentienhonderd zavenveertig, gehuwd, die bij het geven van de volmacht handelend als gedelegeerd lid van de Raad van Beheer van de te 3013 KJ Rotterdam, Westblaak 163, gevestigde besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid: Mobil Oil B.V., en als zodanig deze vennootschap te dezen rechtsgeldig vertegenwoordigende; — van welke volmacht blijkt uit een onderhandse akte van volmacht die aan deze akte wordt gehecht, _____

Hypotheken 4 141484

- 2 -

geselede vennootschap hierna te noemen: de eigenaar. —
Van voormelde volmachten is mij, notaris, genoegezaam
gebleken. —
De comparanten, handelend als geseled, verklaarden het
volgende: —
I. INLEIDING —
De eigenaar verklaart: —

1 Eigenaar is eigenaar van: —
het pompstation met erf en verder toebehoren aan de
Vondellaan 89 te Zevenaar, kadastraal bekend gemeente
Oud-Zevenaar, sectie C nummer 1764, groot drie are
zesenzeventig centiare; —
hierna aan te duiden als: het registergoed. —

2 Aral Nederland N.V., gevestigd te 's-Gravenhage,
Nassaulaan 11, heeft het registergoed in eigendom
verkregen door de inschrijving (destijds overschrij-
ving) in het register Hypotheken 4 van het kantoor
van de Rijksdienst van het Kadaster en de Openbare
Registers te Arnhem op negen december negentienhon-
derd zeventig in deel 3684 nummer 17, van een af-
schrift van een akte van transport, welke akte op
zeven december negentienhonderd zeventig is verleden
voor notaris Mr G.A.H. Buisman te Zevenaar en welke
akte ondermeer inhoudt kwijting voor de koopsom en
afstand van het recht om onthinding te vorderen op
grond van het bepaalde in de artikelen 1302 en 1303
van Boek 4 van het oude Burgerlijk Wetboek. —
Vervolgens is als gevolg van een wettelijke fusie als
bedoeld in titel 7 Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek,
welke van kracht is geworden op dertig juli negen-
tienhonderd tweeënnegentig, Aral Nederland N.V. als
verdwijnde vennootschap gefuseerd met Mobil Oil
B.V., voornoemd, als verkrijgende vennootschap, welke
verrijging is ingeschreven op het voormelde kantoor
van de Rijksdienst van het Kadaster en de Openbare
Registers op eenendertig juli negentienhonderd twee-
ennegentig in deel 11447 nummer 11. —

Aankomst:

12923	4	42
<i>eerste</i>		

- 3 -

II. BEDING MET KWALITATIEVE WERKING

Eigenaar en de stichting komen bij deze ten aanzien van het registergoed het volgende overeen:

- 1 De eigenaar verbindt zich jegens de stichting, als volgt:
 - de eigenaar zal op het registergoed niet opnieuw een verkooppunt voor motorbrandstoffen (doen) oprichten noch zullen op het registergoed op enige andere wijze motorbrandstoffen worden opgeslagen of verhandeld.
- 2 De onder 1 omschreven verplichtingen zullen overgaan op al degenen die het registergoed zullen verkrijgen, hetzij onder algemene titel, hetzij onder bijzondere titel.
- 3 Degenen die van de rechthebbende op het registergoed een recht tot gebruik van het registergoed zullen verkrijgen zijn eveneens aan de onder 1 omschreven verplichtingen gebonden.

III. SLOTBEPALINGEN

Partijen kiezen terzake van de inschrijving van deze akte vastplaats ten kantore van de bewaarder van deze minuut-akte.

De comparanten zijn mij, notaris, bekend.

WAARVAN AKTE,

----- welke in minuut is opgemaakt is verleden te Rotterdam op de dag aan het begin van deze akte vermeld.

Na zakelijke opgave van de inhoud van deze akte aan de comparanten, hebben deze éénparig ve. van de gehele inhoud daarvan te hebben kennisgenomen en op volledige voorlezing daarvan geen prijs te stellen.

Onmiddellijk na haar beperkte voorlezing is deze akte door de comparanten en mij, notaris, ondertekend om zestien ... twintig minuten.

----- H.W. van de Kraats

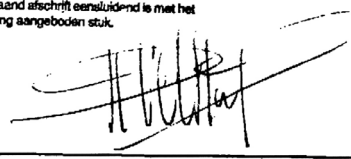
----- Y. van Koesveld-Grootenboers

----- J.P. van der Stap

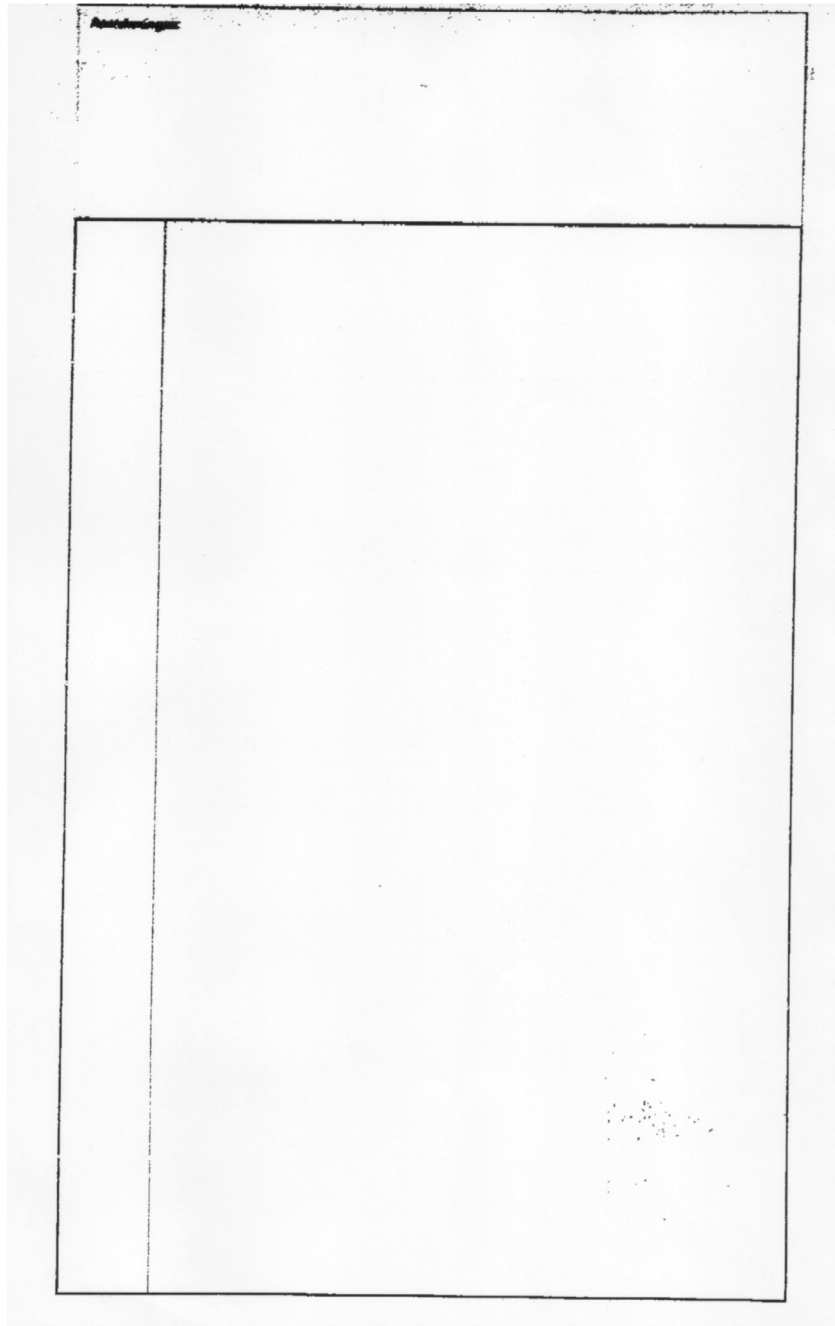
UITGEGEVEN VOOR AFSCHRIFT

wg. J. P. van der Stap

Ondertekende, Mr. Johannes Petrus van der Stap, notaris ter standplaats Rotterdam, verklaart dat bovenstaand afschrift eensluidend is met het ter inschrijving aangeboden stuk.



141



Literatuurlijst

Parlementaire geschiedenis B.W. 1838

J.J.F. Noordziek, Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Tweede kamer der Staten-Generaal over het ontwerp van het Burgerlijk Wetboek, (...) bewerkt en uitgegeven door -, Zittingjaar 1820-1821. Deel II: Bijlagen, 's Gravenhage 1866; Zittingjaar 1822-1823. deel I: Verslag der Handelingen; Deel II: Bijlagen, 's Gravenhage 1873; Zittingjaar 1824-1825. Deel I: Verslag der Handelingen; Deel II: Bijlagen, 's Gravenhage 1878

Parlementaire geschiedenis B.W. 1992

Commissie verbintenissenrecht, Rapport over titel 5 van Boek 6 N.B.W., WPNR 4982 (1968), p. 74-76

Parl. Gesch. Boek 3

C.J. van Zeben, J.W. du Pon en M.M. Olthof, Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen, Kluwer, Deventer 1981.

Parl. Gesch. Boek 5

C.J. van Zeben, J.W. du Pon en M.M. Olthof, Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Boek 5. Zakelijke rechten, Kluwer, Deventer 1981

Parl. Gesch. Boek 6

C.J. van Zeben, J.W. du Pon en M.M. Olthof, Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Kluwer, Deventer 1981

Parl. Gesch. Boek 3

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen, Kluwer, Deventer 1990

Parl. Gesch. Boek 5

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 5. Zakelijke rechten, Kluwer, Deventer 1990

Parl. Gesch. Boek 6

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Kluwer, Deventer 1990

Parl. Gesch. Boek 7

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7. Bijzondere overeenkomsten, titels 1, 7, 9 en 14, Kluwer, Deventer 1991

Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w.

W.M.H. Reehuis, E.E. Slob en J.B. Rijpkema, Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, De Wet op de Rechterlijke Organisatie en de Faillissementswet, Aanpassing van de overige wetten, Kluwer, Deventer 1992

Meijers

E.M. Meijers, Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting, Derde gedeelte (boek 6), 's-Gravenhage 1961

Artikelen, handboeken en monografieën

Abas

P. Abas, Enige gedachten over de gedeeltelijke ontbinding (aanpassing) in de zin van art. 6:258 BW, WPNR 6307 (1998), p. 211-213

Adamczyk

S. Adamczyk, Dienstbarkeiten in der notariellen Praxis, Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer, 1998 nr. 5, s. 105-116

Albers-Dingemans

R.L. Albers-Dingemans, Hinderpalen bij executie, In: Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht, Preadvies KNB 1998, p. 13-50

Asser-Beekhuis II

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel II, Zakenrecht, Bijzonder deel, bewerkt door J.H. Beekhuis, Tjeenk Willink, Zwolle 1963

Asser-Rutten III

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 3, Verbintenissenrecht, Tweede stuk, De overeenkomst en de verbintenis uit de wet, bewerkt door L.E.H. Rutten, Tjeenk Willink, Deventer 1960

Asser-Mijnssen-De Haan 3-I

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 3-I, Zakenrecht, Algemeen Goederenrecht, bewerkt door F.H.J. Mijnssen en P. de Haan, Tjeenk Willink, Deventer 2001

Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 3-II, Goederenrecht, Zakelijke rechten, bewerkt door F.H.J. Mijnssen, C.C. van Dam en A.A. van Velten, Tjeenk Willink, Deventer 2002

Asser-Hartkamp 4-I

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 4-I, Verbintenissenrecht, De verbintenis in het algemeen, bewerkt door A.S. Hartkamp, Tjeenk Willink, Deventer 2004

Asser-Hartkamp 4-II

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 4-II, Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten, bewerkt door A.S. Hartkamp, Tjeenk Willink, Deventer 2005

A.S. Hartkamp 4-III

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 4-III, Verbintenissenrecht, De verbintenis uit de wet, bewerkt door A.S. Hartkamp, Tjeenk Willink, Deventer 2001

- Bakels
F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, (diss. Leiden 1993), Kluwer, Deventer 1993
- Bassenge
P. Bassenge, *Die Übertragbarkeit von beschränkte persönliche Dienstbarkeiten nach der Neuordnung durch Gesetz vom 17. Juli 1996*, NJW 1996, 42, s. 2777-2779
- Bartels
S.E. Bartels, *de titel van overdracht in driepartijenverhoudingen*, (diss. Utrecht 2004), Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2004
- Baur/Stürner
J.F. Baur/R. Stürner, *Sachenrecht, begründet von F. Baur*, Verlag C.H. Beck, München 1999
- Beekhuis
C. Beekhuis, *Het beding in zeker perceel een bepaald bedrijf niet uit te oefenen* (diss. Leiden 1884), Groningen 1884
- Belinfante
W.G. Belinfante, *Kettingbeding en kwalitatieve verplichting*, WPNR 5374 (1977), p. 37
- Berger
K.F.M. Berger, *Burenrecht, mandeligheid en erfdienstbaarheden*, Kluwer, Deventer 2001
- Berger
K.F.M. Berger, *Artikel 6:252 BW (kwalitatieve verplichting) versus artikel 3:264 BW (huurbeding)*, WPNR 6064 (1992), p. 711-712
- Bruijns
W.B. Bruijns, *Servituten en kettingbedingen*, WPNR 3566 (1938), p. 211-213
- Cahen
J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Serie Monografieën Nieuw BW B57, Deventer 1995
- Chao-Duivis
M.A.B. Chao-Duivis, *Kroniek voor het privaatrecht voor zover voor de bouw van belang 1997 I (januari tot en met augustus)*, Bouwrecht 1998/4, p. 290
- Conveyancing
Professor Mc Donald's *Conveyancing Manual*, Seventh Edition, D.A. Brand, A.J.M. Steven, S. Wortley, LexisNexis Butterworths, 2004
- Cusine/Paisley
D.J. Cusine/R.R.M. Paisley, *Servitudes and Rights of Way*, W. Green & Son, Edinburgh 1998
- Van Dam/Hondius
C.C. van Dam en E.H. Hondius (red.), *Het Nieuw BW in 400 trefwoorden*, Serie Recht en Praktijk, 2^e druk, Kluwer, Deventer 1990
- Demharter
J. Demharter, *Cbeck'sche Kurz Kommentare, Band 8, Grundbuchordnung mit dem Text des Grundbuchbereinigungsgesetzes, der Grundbuchverfügung und weiterer Vorschriften*, Verlag C.H. Beck, München 2000
- Demolombe
C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon XXIV, Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, Tome premier, Paris z.j.

Diephuis

G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt. Deel 10*, Groningen 1886

Dullemond

W.B. Dullemond, *De Historische interpretatie van artikel 1354 van het Burgerlijk Wetboek*, (diss. UvA 1920), Amsterdam 1920

Everts

Ph.P.C.H. Everts, *Worden door een aan een koopcontract toegevoegd beding, zelfs wanneer dit geen zakelijk recht betreft, ook latere koopers gebonden?*, *RM Themis* Vol. 45 (1884), p. 515-549

Feith

P.R. Feith, *Eene oude vraag. Beteekenis van art. 1354 B.W.*, *RM Themis*, 1897, p. 629-665

Florijn

E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, (diss. Maastricht 1994)

French

S. French, *The American Restatement of Servitudes Law; Reforming Doctrine by Shifting From Ex ante to Ex post Controls on the Risks Posed by Servitudes*, *Bijdrage aan de Ius Commune Conference Bundel 'Toward a Unified System of Land Burdens?'*, *Intersentia Metro*, Antwerpen/Oxford 2006, p. 109-116

Gordon/De Waal

W.M. Gordon en M.J. de Waal, *Servitudes and Real burdens*, in: *Mixed legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa*, Oxford University Press, Oxford 2004

Göz

P. Göz, *Die beschränkte persönliche Verbotsdienstbarkeit*, (diss. Tübingen, 1997)

Groefsema

L. Groefsema, *Bevoegd beschikken over andermans recht*, (diss. Groningen 1993)

Hammerstein

A. Hammerstein, *De opzegging als precisie-instrument*, in: *Op recht*, (Struyckenbundel), Tjeenk Willink, Zwolle 1996 p. 103-110

Hartkamp

A.S. Hartkamp, *De samengestelde overdrachtstitel en zijn manco's*, *WPNR* 6596 (2004), p. 849-856

Van Hee/Kortmann

L.R. van Hee en C.N.J. Kortmann, *Ongeoorloofde financiële bedingen in projectontwikkelingsovereenkomsten*, *Bouwrecht*, vol. 42 (2005), afl. 11, p. 955-964

Heuff

W. Heuff, *Gebondenheid van een veilende hypotheekhouder aan kettingbeding?*, *WPNR* 5649 (1983), p. 260-262

Heyman

H.W. Heyman, *Blaauboer/Berlips (HR 3 maart 1905)*, *Een monument van dogmatische zuiverheid, maar de praktijk is sterker dan de leer*, *NTBR* 2002/7, p. 298-307

Heyman

H.W. Heyman, *Dogmatic Rigidity and Pragmatic Flexibility of Dutch Property Law*, in *Contents of Real Rights*, S. Bartels/M. Milo (ed.), Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2004, p. 71-81

Hub

J. Hub, Die Inhalt von Dienstbarkeiten (diss. Tübingen, 1966), Präzis 1966

Van Huizen,

P.H.J.G. van Huizen, Overgangsrecht NBW, WPNR 6007 (1991) p. 381-382

Huijgen/Pleysier

H.W. Huijgen en A.J.H. Pleijsier, De wetgeving op het notarisambt, Ars Notariatus XVII, Amsterdam 2001

Huijgen

H.W. Huijgen, Koop en verkoop van onroerende zaken, Tjeenk Willink, Deventer 1999

Joost

D. Joost, Sachenrechtliche Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Dienstbarkeiten, NJW 1981, Heft 7, s. 308-313

Keller/Padberg

U. Keller en H.R. Padberg, Nutzungsrechte an Grundstücken in den neuen Ländern, Rehm, München 1996

Kleijn

W.M. Kleijn, Is de frontlijn tussen zakenrecht en verbintenissenrecht opgeschoven in het NBW? In: Goed en Trouw (Van der Grinten bundel), red. E.E.A. Luijten et al., Zwolle 1984

Kortmann

S.C.J.J. Kortmann, Derden in het faillissementsrecht, AA 46 (1997), p. 320

Land IV

N.K.F. Land, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek. Vierde deel. Boek III. Titel 1-4, 2^e druk, herzien door W.H. de Savornin Lohman, Haarlem 1907

Laurent

F. Laurent, Principes de Droit civil, Tome sixième et Tome seizième, 4^e Edition, Bruxelles/Paris 1887

Lekkerkerker

G.J.C. Lekkerkerker, Kwalitatieve bedingen in de hypotheek, WPNR 6057 (1992), p. 555

Lubbers

A.G. Lubbers, Erfdienstbaarheden en kwalitatieve verbintenissen, WPNR 4904 (1966), p. 203-207

Maeijer/Smalbraak

J.M.M. Maeijer en J.Th. Smalbraak, Erfdienstbaarheden en kwalitatieve verbintenissen (huidig en wordend recht), Preadvies Broederschap Candidaat-Notarissen, BCN, Arnhem 1966

Van Maanen

G.E. van Maanen, Leidt publicatie van rechtsfeiten in de openbare registers tot derdenwerking?, WPNR 6208 (1996), p. 53-54

Meghelsen

G. Meghelsen, Goederenrechtelijk versus obligatoir verhuurverbod, WPNR 6091 (1993), p. 317-318

Meijers

E.M. Meijers, Een nieuwe studie omtrent art. 1354 B.W., in: Verzamelde privaatrechtelijke opstellen. Derde deel. Verbintenissenrecht, Leiden 1955, p. 57-71 [oorspronkelijk opgenomen in WPNR 2629-2631 (1920)]

Meijers

E.M. Meijers, *Algemene leer van het Burgerlijk Recht. Deel 1. De algemene begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden 1948

Mijnssen/de Liagre Bohl/Kist

F.H.J. Mijnssen, E.W.J.H. de Liagre Bohl en J. Kist, *Algemene aspecten van beslag en executie*, Preadvies KNB, Deventer 1983

Moltzer

J.P. Moltzer, *De overeenkomst ten behoeve van derden*, (diss. Leiden 1876), Amsterdam 1876

Odersky

W. Odersky, *Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit als Mittel zur Sicherung öffentlicher Zwecke*, in: *125 Jahre Bayerisches Notariat*, Festschrift, Verlag C.H. Beck, München, 1987, s. 213-230

Van Oostrom

N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting als twee-eenheid*, WPNR 6638 (2005), p. 786-788

Van Oostrom

N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting na executoriale verkoop*, WPNR 6666 (2006), p. 379-382

Van Oostrom

N.C. van Oostrom-Streep, *Moet de notaris nu wel of niet dienst weigeren bij dreigende wanprestatie van partijen? De meest recente stand van zaken*, WPNR 6675 (2006), p. 565-567

Van Opstall

S.N. van Opstall, *Wat is een verbintenis?*, WPNR (1973) 5236, p. 463-468

Van Opstall

S.N. van Opstall, *Zakelijke rechten en kwalitatieve verbintenissen*, WPNR 4919 (1966), p. 383-388, 4920, p. 395-399, 4921, p. 407-411, 4922, p. 419-422, 4923, p. 431-434, 4924, p. 443-446, 4925, p. 455-459, 4926, p. 467-473

Opzoomer

C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek, verklaard door - . Zesde deel. Art. 1349-1416*, Amsterdam 1879

Van Oven

J.C. van Oven, *Erfdienstbaarheden ten nutte van een erf*, WPNR 1908, p. 9 e.v.

De Page

H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Brussel, Bruylant, 1962, I

Paisley

R.R.M. Paisley, *Land Law*, W. Green/Sweet and Maxwell, 2000

Paisley

R.R.M. Paisley, *Personal real burdens*, *The Juridical Review*, 2005/4, Thomson * W. Green, p. 377-422

Du Perron

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, (diss. UVA 1999), Kluwer, Deventer 1999

Philips

K.J. Philips, *Het overgaan van verbintenissen op 'rechtverkrijgenden'*, naar aanleiding van art. 1354 van het Burgerlijk Wetboek, (diss. Leiden 1882,) Amsterdam 1882

De Pinto II

A. de Pinto, Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek, Tweede gedeelte: Aanteekeningen.-XII, Tjeenk Willink, 1885

Pitlo

A. Pitlo, Na 3 maart 1905, In: Onroerend Goed (Houwing-bundel), Kluwer, Deventer 1968, p. 231-248

Pitlo

A. Pitlo, Het systeem van het Nederlands privaatrecht, bewerkt door P.H.M. Gerver, H. Sorgdrager, R.H. Stutterheim et al., 11^e druk, Gouda Quint, Arnhem 1995

Pitlo/Reehuis, Heisterkamp

Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht, Goederenrecht, bewerkt door W.H.M. Reehuis, A.H.T. Heisterkamp, G.E. van Maanen en G.T. de Jong, Gouda Quint, Deventer 2001

Pleysier

A.J.H. Pleysier, Artikel 6:252 BW (kwalitatieve verplichting) versus artikel 3:264 BW (huurbeding), WPNR 6091 (1993), p. 316-317

Van der Ploeg

P.W. van der Ploeg, Ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe burgerlijk wetboek, de kwalitatieve verbintenis, het kettingbeding en de overbelasting van de grond, Artt. 6.5.3.4 en 12, WPNR 4738 (1962), p. 413-416

Polak

N.J. Polak, Faillissementsrecht, bewerkt door C.E. Polak, 9^e druk, Kluwer, Deventer 2002

Polak-Wessels

B. Wessels, Insolventierecht deel II (gevolgen van faillietverklaring (1), Kluwer, Deventer 2000

Pothier

R.J. Pothier, Traité des Obligations, uit: Ouvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la Législation actuelle par Bugnet, Tome deuxième, Paris 1848

Rank-Berenschot

E.B. Rank-Berenschot, Rechtsgevolgen van overeenkomsten ten aanzien van derden, Kwartaalbericht NBW, 1986/4, p. 105

Rank-Berenschot

E.B. Rank-Berenschot, Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht, (diss. Leiden, 1992), Deventer 1992

Reid

K.G.C. Reid, The abolition of feudal tenure in Scotland, LexisNexisButterworths, 2003

Reid

K.G.C. Reid, Real Rights and real obligations, in: Contents of real rights, S.E. Bartels en M. Milo (ed.), Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2004, p. 25-45

Reid

K.G.C. Reid, Vassals No More: feudalism and Post-feudalism in Scotland, in: European Review of Private Law 11-2003, p. 282 e.v.

Reid

K.G.C. Reid, Modernising Land Burdens: The new law in Scotland. Bijdrage aan de Ius Commune Conference Bundel 'Toward a Unified System of Land Burdens?', Intersentia Metro, Antwerpen/Oxford 2006, p. 63-79

Reid/Zimmermann

K.G.C. Reid en R. Zimmermann, A history of private law in Scotland, Oxford University Press, Oxford 2000

Rennie

R. Rennie, Land Tenure in Scotland, W. Green & Son, 2004

Rijtma

H.J. Rijtma, Kwalitatieve rechten, In: Op de grenzen van komend recht (Beekhuisbundel), Zwolle/Deventer 1969, p. 215-229

Roelofs

E.G.A. Roelofs, NBW: Wat bepaalt de keuze voor erfdienstbaarheid, kwalitatieve verplichting of kettingbeding?, WPNR 6024 (1991), p. 752-754

Sagaert

V. Sagaert, Real Rights and real obligations in Belgian and French Law, in Contents of Real Rights, S. Bartels/M. Milo (ed.), Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2004, p. 47-70

Sagaert

V. Sagaert, Het goederenrecht als systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten, TVP 2005-3

Von Savigny

F.C. von Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen Römischen Rechts, Erster band, Verlag Veit, Berlin 1851

Van Schaick

A.C. van Schaick, Verkrijgende verjaring soms in strijd met art. 1 EP bij het EVRM, NTBR 2006/3, p. 90-94

Schoordijk

H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Kluwer, Deventer 1979

Schoordijk

H.C.F. Schoordijk, Mandeligheid en erfdienstbaarheden, WPNR 5733 (1985), p. 237

Schubert/Chub

W. Schubert, H-J. Czub, Die Grunddienstbarkeit in der Zwangversteigerung, ZIP 1982, s. 266-273

Schwab/Prütting

K.H. Schwab en H. Prütting, Sachenrecht, Verlag C.H. Beck, München 1991

Scottish Law Commission, Report on Real Burdens, (Scot Law Com No. 181, 2000) via <<http://www.scotlawcom.gov.uk>>

Smalbraak

J.Th. Smalbraak, Burenrecht, mandeligheid en erfdienstbaarheden, (bewerkt door W.J.M. Davids) Monografieën Nieuw BW B 27, 3^e druk, Kluwer, Deventer 1988

Smalbraak

J.Th. Smalbraak, De erfdienstbaarheden in het gewijzigd ontwerp Boek 5 NBW, WPNR 5320 (1975)

Snijders

H.J. Snijders, De wilsrechten, WPNR 6365 (1999) p. 562

Snijders/Rank-Berenschot

H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, Goederenrecht, Studiereeks Burgerlijk recht 2, Kluwer, Deventer 1994

- Soergel/Stürner
 Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begründet von Dr. Hs. Th. Soergel, Sachenrecht, bearbeitet von Dr. R. Stürner, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 1989
- Soutendijk-van Apeldoorn
 M.H.J. Soutendijk-van Apeldoorn, Artikel 6.5.3.4., WPNR 5794 (1986), p. 519-520
- Staudinger/Wiegand
 J. Von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3 Sachenrecht, red. Wolfgang Wiegand, Verlag Sellier-De Gruyter, Berlin 2002
- Stein
 P.A. Stein, Van kettingbeding naar kwalitatieve verbintenis, WPNR 5365 (1976), p. 644-650
- Steven
 A.J.M. Steven, Revolution in Scottish land law, Electronic Journal of Comparative law, vol. 8.3 (Oct. 2004)
- Van Straaten
 J.C. van Straaten, Kadaster, openbare registers en derdenbescherming, Kluwer, Deventer 1992
- Van Straaten
 J.C. van Straaten, Bescherming van verkrijgers tegen reeds vervulde ontbindende voorwaarden en het huurbeding in de vorm van een kwalitatieve verplichting, WPNR 6091 (1993), p. 319-320
- Strijbos
 J.F.M. Strijbos, Opzegging van Duurovereenkomsten, (diss. Nijmegen 1985), Kluwer, Deventer 1985
- Suijling
 J.Ph. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht. 5^e stuk. Zakenrecht, De erven I. Bohn, Haarlem 1940
- Toullier
 C.B.M. Toullier, Le Droit civil français suivant l'Ordre du Code, (...), nouvelle Edition, Tome troisième, Bruxelles, 1837
- Treurniet
 W.B. Plantenga en W.C. Treurniet, erfpacht en erfpachtsvoorwaarden, Preadviezen ter behandeling in de algemene vergadering van de Broederschap der Candidaat-Notarissen 1957, BCN, Arnhem 1957
- Van Velten
 A.A. van Velten, Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed, Ars Notariatus 120, 2^e (herziene) druk, Kluwer, Deventer 2006
- Verschoof
 R.J. Verschoof, Het nieuwe faillissementsrecht, Zwolle 1992
- Verstijlen
 F.M.J. Verstijlen, De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement, In: Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement, Preadvies VBR, 2006, Kluwer, Deventer 2006
- Van Vliet
 L.P.W. van Vliet, Verjaring en erfdienstbaarheid, NTBR 2004/5, p. 206-225

Vlug

G. Vlug, De preadviezen 1914, WPNR 460 (1914), p. 325-328

De Vries

G.J.P. de Vries, 'Opzegging' en 'ontbinding' wegens wanprestatie van (duur)overeenkomsten in het licht van het NBW: begripsverwarring, WPNR 5811 (1987), p. 5-8

De Waal

M.J. de Waal, Servitudes, in: A History of private law in Scotland I, K. Reid, R. Zimmermann (ed.), Oxford University Press, Oxford 2000

Westermann Sachenrecht

H.P. Westermann, K.-H. Gursky en D. Eickmann, Westermann Sachenrecht; Ein Lehrbuch, begründet von H. Westermann, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1998

Wibbens-de Jong

A.C. Wibbens-de Jong, Een beding ex art. 6:252 BW in plaats van het huurbeding?, WPNR 6061 (1992), p. 647-649, 6062 (1992), p. 669-670, 6064 (1992), p. 712, 6091 (1993), p. 320

Wiegand

W. Wiegand, Funktion und systematische Stellung des Sachenrechts im BGB, 100 Jahre BGB, 100 Jahre Staudinger, Symposium München 1998, s. 107-136

Jurisprudentieregister

Nederland

Hoge Raad der Nederlanden

- HR 28 januari 1841, W. 157 (Leidsche Schouwburg) 15, 16, 41
HR 5 mei 1865, W. 2691 (Hoogheemraadschap Rijnland/Nieuwkoop) 17
HR 7 juni 1872, W. 3472 (Waterschap Zuid-Holland/Nieuw Velgersdijk) 17
HR 24 januari 1879, W. 4341 (Waterschap/Boon) 17, 18
HR 26 november 1880, Wb. 4584 (Hiskes/Degenhart) 17, 18
HR 24 april 1884, W. 5031 (Tellingier/Nederlandsche Bouwmaatschappij) 17, 18
HR 8 januari 1897, W. 6916 (Van der Linden/Waardenburg) 17, 19, 30
HR 3 maart 1905, W. 8191 (Blaauboer/Berlips) 3, 9, 22, 23, 42, 110, 111
HR 31 december 1909, W. 8957 166
HR 5 januari 1923, NJ 1923, 359, W. 11 022 166
HR 28 november 1930, NJ 1931, p. 253 (Teixera de Mattos) 172
HR 2 november 1933, NJ 1934, 302 33
HR 26 april 1934, NJ 1934, 1361 m.nt. PS 51
HR 16 november 1934, NJ 1935, 446 100
HR 27 februari 1942, NJ 1942, 350 160
HR 16 december 1942, NJ 1943, 61 100
HR 27 mei 1950, NJ 1951, 197 54
HR 3 januari 1964, NJ 1965, 16 (Streefland/Van der Graaf) 33
HR 4 juni 1964, NJ 1965, 381 (Kamsteeg/Caltex) 33, 64
HR 17 februari 1967, NJ 1968, 101 (Van Arragon/Van de Ven) 53
HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos/van den Bosch) 33, 64
HR 8 juni 1973, NJ 1975, 76 m.nt. B.W. 160
HR 28 juni 1974, NJ 1974, 400 64
HR 16 maart 1977, NJ 1977, 399 m.nt. WMK 51
HR 16 december 1977, NJ 1978, 156 (Ziekenfonds/X) 134
HR 30 juni 1978, NJ 1979, 117 m.nt. WMK (Zegwaard/De Staat) 54
HR 11 januari 1980, NJ 1980, 563 m.nt. BW (ABC/Emmerig) 174, 175
HR 30 januari 1981, NJ 1982, 56 m.nt. WMK (Krans/Tan) 176
HR 11 maart 1981, NJ 1982, 76 m.nt. WMK 51
HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex) 134, 135
HR 20 maart 1981, NJ 1981, 640 m.nt. CJHB (Veluwse Nutsbedrijven) 174
HR 23 oktober 1981, NJ 1982, 173 m.nt. B.W. (Gem. Heiloo/De Ruuk en Herschdorfer q.q.) 162
HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 m.nt. WMK (Stichting Ontwikkelingsfonds Visserij/ABN) 172
HR 3 februari 1983, NJ 1990, 249 (Pirouette) 55
HR 25 maart 1983, NJ 1984, 444 m.nt. WMK (Brink/Petersson) 54
HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 m.nt. CJHB en WMK (Curaçao/Boyé) 40, 64, 67, 168, 219
HR 27 mei 1988, NJ 1988, 964 m.nt. G (AMRO-bank/Den Hollander q.q.) 172

- HR 22 juli 1988, NJ 1988, 912 (Offermans/Lucassen) 160
 HR 21 oktober 1988, NJ 1988, 439 (Mondia/Calanda) 134
 HR 2 juni 1989, NJ 1990, 253 (Christenhusz-Brunsveld) 55
 HR 21 september 1990, NJ 1991, 4 (Van der Werff/APF) 134
 HR 22 juli 1991, NJ 1991, 749 (ADB/Planex) 160
 HR 15 januari 1993, NJ 1993, 178 (Baaijens-Funt/Wijers) 100
 HR 21 april 1995, NJ 1995, 437 (Kakkenberg/Kakkenberg) 135
 HR 14 februari 1997, NJ 1997, 542 m.nt. WMK (Bruggeman/
 Vlasroterij Sint Andries) 54
 HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (Briljant Schreuders B.V./Stichting
 Pensioenfonds ABP) 79
 HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896 (Van der Hel/Edon) 174
 HR 28 mei 1999, NJ 2000, 290 (Spektrum Financieringen/Van der Valk) 121
 HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602 (VVE/CSM N.V.) 135
 HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (Maison Louis Latour SARL/
 De Bruijn Wijnkopers) 135
 HR 14 juli 2000, NJ 2001, 685 m.nt. SCJJK (Van Mosselaar Vastgoed/Lagero) 169, 170
 HR 26 april 2002, NJ 2002, 180 (Deutsche Hypothekenbank/Escensum) 162
 HR 13 juni 2003, NJ 2004, 251 (Teijssen/Marcus) 53
 HR 5 maart 2004, RvdW 2004, nr. 45 (Vagobel/Geldnet) 95
 HR 24 december 2004, RvdW 2005, nr. 9 (Amstelimmoo/Gemeente Amsterdam) 74
 HR 30 september 2005, NJ 2005, 513 (Bruijn-Buurs/Rogge) 65
 HR 23 december 2005, NJ 2006, 33 65

Gerechtshoven (inclusief Tuchtkamer)

- Hof Amsterdam 29 juni 1950, NJ 1951, 28 161
 Hof Arnhem 27 december 2005, LJV AU 9310 65
 Hof Amsterdam (Notariskamer) 19 januari 2006, LJV AV0591 65, 66
 Hof Arnhem 4 januari 1933, NJ 1933, 779 42

Rechtbank

- Rb. Breda 27 juli 2005, NJF 2005, 309 101
 Rb. Rotterdam 22 november 2005, LJV AU 8560 5, 51, 57

Buitenlandse Rechtspraak**Duitsland***Bundesgerichtshof*

- BGHZ 49, 263, 264 ff 182
 BGHZ 29, 244, 246 (NJW 1959, 670) 188
 BGH (NJW 1981, 1781) 188
 BGH (NJW 1998, 2268) 189
 BGH DnotZ 1956, 40 191

Bayerisches Oberstes Landesgericht

BayObLG Rpfleger 1983, 143, 144 188

BayObLGZ 1980, 176, 177 194

OLG München NJW 1957, 1765 189

KG, JFG 20, 6(7) 194

Schotland

Nicholson v Melvill (1708) Mor 14516 202

Innes v Stewart (1542) M. 3081 202

Tailors of Aberdeen v Coutts (1840) 1 Rob 296 203, 204

Cooperative Wholesale Society v Ushers Brewery 1975 SLT (Lands tr) 9 207

Artikelenregister

Nederland

Burgerlijk Wetboek (oud)

625 24
668 17
671a 91
721 21, 25
1353 21
1354 10, 11, 12, 15, 17, 18, 19, 20, 21,22, 26, 29, 31
1376 1, 19, 20, 22
1612 20, 96

Koophandel (oud)

263 20

Burgerlijk Wetboek

1:94 160
1:251 161

3:1 160
3:10 102, 103
3:17 62, 92, 138, 234
3:24 37, 62, 81, 101-104, 106, 138, 156, 157, 175, 178, 222, 228, 233, 234
3:25 104, 222
3:26 104, 155-157
3:28 137, 143
3:36 104, 155, 156
3:38 45
3:40 3, 61
3:45 140
3:53 141, 142
3:81 131, 139, 144-146
3:83 57, 125
3:84 87-89, 144, 146, 157, 168, 186, 221
3:88 81, 101, 104, 105, 155, 158, 223, 227, 234
3:89 87, 93, 94, 102, 168, 221
3:94 36, 170
3:97 98
3:98 88, 102, 144-146
3:99 99, 100
3:105 99
3:106 142, 143
3:207 140

- 3:216 *122, 123*
 3:217 *128*
 3:226 *161*
 3:246 *140*
 3:262 *147*
 3:264 *55, 121*
 3:268 *147*
 3:270 *147*
 3:273 *81, 146-149, 153, 158, 163, 164, 227, 233, 234*
 3:282 *148, 150, 151, 153, 158, 163, 164, 227, 233, 234*
 3:291 *1*
 3:299 *132*
 3:300 *94, 168*
 3:303 *73*
 3:306 *99, 143*
- 5:70 *2, 3, 52, 187*
 5:71 *4, 48-50, 52, 53, 56*
 5:72 *99, 100*
 5:73 *3, 49, 50*
 5:85 *2*
 5:87 *145*
 5:90 *122, 123*
 5:94 *128*
 5:101 *2*
 5:104 *128*
 5:110 *101, 105, 106, 223*
- 6:2 *94*
 6:6 *119*
 6:74 *167*
 6:87 *173*
 6:103 *132*
 6:127 *141*
 6:155 *113, 114*
 6:156 *113*
 6:157 *115*
 6:160 *140, 146*
 6:161 *138, 139, 154, 226*
 6:203 *142*
 6:213 *77*
 6:216 *77*
 6:229 *88*
 6:236 *123, 126*
 6:248 *108, 135*
 6:251 *62*
 6:253 *124, 225*
 6:258 *27, 74-79, 108, 121, 122, 134-136, 166, 220*

6:259 27, 39, 45, 63, 66, 68, 70, 73-78, 219, 220, 235
 6:260 79
 6:261 124, 125, 225
 6:262 36, 127, 133, 167, 173
 6:265 36, 77, 82, 136, 137, 167, 173
 6:269 137
 6:271 137
 6:277 173
 6:279 124, 126

7:3 150
 7:15 41, 155, 142
 7:221 128
 7:226 1, 96, 129
 7:227 129
 7:670 135

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

475h 141
 505 176-179, 228, 233, 234
 517 147, 152, 153
 525 147
 526 152, 153
 734 176

Faillissementswet

20 160
 23 174
 24 172, 174
 25 162
 26 161
 35 81, 169, 178, 228
 35a 164, 165, 168, 169, 173, 178, 228
 37 59, 82, 159, 165, 167, 171-173, 228
 37a 173
 68 171
 182 163

Kadasterwet

20 92
 24 93
 26 93
 44 92

Auteurswet

2 161

Onteigeningswet

1 76, 117

BUITENLANDS RECHT

Duitsland*BGB*

§2 182

§58 182

§96 187

§138 186

§139 186

§158 195

§328 195

§428 191, 194

§746 183

§873 185, 186, 198

§874 196

§875 192

§877 190, 194

§883 182

§892 186

§906 188

§985 182

§986 183

§1018 185, 187, 188, 193

§1019 72, 187, 189, 193

§1020 187

§1021 187, 192

§1022 187

§1028 192

§1030 184

§1059 184, 195, 196

§1061 183

§1090 183, 184, 187, 188, 193, 194

§1091 72, 193, 194

§1092 194-196

§1093 184

§1105 69, 197

§1110 197, 198

§1111 197

§1196 191

§1362 182

EGBGB

§106 182

GBO

§9 186

§19 186

§29 186, 196

GWB

§16 190

ErbvVO

§9 197

WEG

§30 197

Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

81 190

Schotland*TC(S)A 2003*

s.1 206

s.2 207

s.3 207

s.4 208

s.7 212

s.8 211

s.9 211

s.10 211

s.15 212

s.16 213

s.17 212

s.20 214

s.32 213

s.38 209

s.40 209

s.41 209

s.43 210

s.44 209

s.45 209

s.46 210

s.48 213

s.63 210

s.75 211

s.78 214

s.80 212

s.81 211

Code civil

1121 10, 14

1122 10-15, 18, 21

1165 10, 16

Trefwoordenregister

- Aansprakelijkheid
- voor tekortkomingen, renten en boeten 41, 113, 115, 121, 197, 322
Zie: Schuldoverneming
- Actieve zijde 146, 217
- overdracht van 194, 198, 209, 229
- van de verplichting 139, 154, 208
- Actio Pauliana
Zie: Pauliana
- Affirmative burden* 206, 207
- Afstand
- tenietgaan door
Zie: Tienietgaan
- Algemene voorwaarden
Zie: Zwarte lijst
- Ancillary burden*
Zie: Real burden
- Appointed day* 203-206, 210, 211
- Ayant(s)(-) cause* 10, 11, 15, 20
Zie: Rechtsverkrijgende(n)
- Basisverplichting
- inhoud van 43-80
- tenietgaan van 131-158
- tot stand komen van 82-106, 220 (222)
- Beschikkingsbevoegdheid 4, 81, 83, 87, 94-97, (98), 104, 105, 129, 130, 144-146, 157, 169, 170, 189, 221-223, 227, 233
- Beschränkte persönliche Dienstbarkeit* 6, 30, 50, 69, 72, 181-199, 229
- Beslag 159 e.v. (specifiek 176 e.v.)
- en zuivering 146 e.v.
Zie: Zuivering
- vóór inschrijven kwalitatieve verplichting 152, 153, 176 e.v.
- Bezit
- van de kwalitatieve verplichting
Zie: Verjaring
- Bijzondere titel
Zie: Rechtverkrijgende(n)
- Boedelschuld 163, 165, 172, 173, 178, 228
- Boetebeding 36, 56, 59-61, 130
- Causaal stelsel 88, 136, 185
- Causaliteit
Zie: Titel
- Community burden*
Zie: *Personal real burden*
- Concurrentiebeding
Zie: vervreemden en bezwaren
- Conservation burden*
Zie: *Personal real burden*
- Conservation body*
Zie: *Conservation burden*
- Contract
Zie: Overeenkomst
- Contractsoverneming 96, 112, 113, 123
- Contractsvrijheid 66, 71, 76, 108, 231, 232
- Crediteur 13, 14, 23, 55, 66, 74, 100, 110, 113, 120, 121, 125-127, 130, 132, 133, 136, 137, 146, 151, 156, 160, 163, 164, 166, 167, 168, 170, 172, 173, 219, 228, 230
- uit de verplichting 60, 82, 84, 101-104, 112, 114, 115, 140, 144, 150, 174-178, 199, 222, 224, 225, 227, 233, 234
- Curator
- bevoegdheid tot aangaan kwalitatieve verplichting 167 e.v.
- gebondenheid van – bij verkoop 164
- gebondenheid van – in rusttoestand 164
- gestand doen van bestaande verplichtingen 161 e.v.
- opzeggingsbevoegdheid van 166
- schending van de verplichting door 164

- Debiteur(en) (14), 59, 94, 104, 121, 130-132, 146, 161, 168, 169, 175, 199, 219, 223, 226, 230, 232
- pluraliteit van 224, 225, 119, 120, 146
 - uit de verplichting 63, 73, 74, 112-117, 125, 126, 133, 136, 140, 155, 162, 167, 171, 172, 224, 225
- Derdenbeding 38, 122, 124-126, 225
- Derdenbescherming 222, 233, 88, 186
- ontstaan en
Zie: Ontstaan
 - tegen ongeldige splitsing 105, 223
 - tegen opgewekte schijn 155
 - tenietgaan en
Zie: Tenuitgaan
- Derdenwerking 11, 27, 33, 38, 74, 84-86, 110, 167
- Dienstbaarheid* 72, 139, 182-185, 207, 214
- *beschränkte persönliche* 6, 30, 50, 69, 72, 181, 182-185, 196-198, 229
 - inhoud 69, 72, 187-192, 198, 229
 - ontstaan 185-187, 197, 198, 229
 - tenietgaan 192, 193, 196-198, 229
- Doen
- verplichtingen tot een 49-52, 56, 59, 68, 69, 70, 194, 230, 231
 - nevenverplichtingen tot een
Zie: Inhoud
- Dulden
- of niet doen 23, 28, 43, 48, 49, 51, 52, 54, 59, 60, 71, 83, 85, 87, 112, 195
- Duurovereenkomst 44, 59 e.v., 120, 133 e.v.
- en faillissement 44, 59, 172 e.v.
 - nakoming van 133, 44
 - opzegging van
Zie: Opzegging
- Economic development burdens*
Zie: *Personal real burdens*
- Eigentüerdienstbaarheid* 139, 194, 214
- Erfdienstbaarheid 2, 4, 16, 17, 20, 21, 28-30, 33, 35-37, 45, 47, 61, 62, 67, 69-73, 78, 79, 81, 87, 89, 97, 98, 101, 103, 110, 129, 146, 148, 159, 162, 177, 183, 185, 198, 199, 204, 219, 222, 229-232
- inhoud van 186 e.v., 193, 203, 204, 218, 223, 231, 3, 31, 43, 46, 63, 48-58, 67-68, 76-77, 80, 105
 - ontstaan van 5, 85, 88, 99-100
 - tenietgaan van 142, 143, 149, 151
 - wijziging van 76 e.v.
- Executie
- door een beslaglegger 152, 176
 - gevolgen van
Zie: Zuivering
- Faillissement
- en de complete kwalitatieve verplichting 173 e.v.
 - en de duurovereenkomst 161 e.v., 171
 - en de incomplete kwalitatieve verplichting 166 e.v.
- Feitelijke handelingen
Zie: Inhoud
- Feodaal stelsel 70, 201
- afschaffing van 201-203, 205, 208, 215, 230
- Fixed list*
Zie: *Servitudes*
- Gebruikers
- inhoud van binding van 121 e.v.
 - medebinding 117
 - mogelijkheid tot binding van 116 e.v.
 - opzeggingsbevoegdheid van
 - soorten 116
 - wijzigingsbevoegdheid van 125
- Goede zeden 3, 63, 68
- Goederenrechtelijke overeenkomst
Zie: Titel
- Health care burdens*
Zie: *Personal real burdens*
- Hoofdelijkheid
- bij gebondenheid aan dezelfde verplichting 119 e.v.
- Hoogst persoonlijke rechten 160, 161

- Huurbeding
- kwalitatieve verplichting als alternatief voor 55, 121
- Huurovereenkomst
- en zaaksgevolg 95 e.v., 104, 128
- Imprévision* 74, 220
- Inhoud
- van de verplichting 55 e.v.
 - nevenverplichtingen tot een doen 56
 - wijziging van 73 e.v.
 - van de erfdienstbaarheid 48 e.v.
- Ius ad rem* 15
- Ius in personam* 1
- Kennisgeving debiteur
- Zie: Schuldoverneming
- Kettingbeding
- inhoudelijke beperking 63
 - semi-zakelijke werking 68
 - verbreken van 64 e.v.
- Zie ook: Wanprestatie (profiteren van/meewerken aan)
- Kwalitatief maken
- Zie: Verplichting
- Kwalitatief recht 29, 50, 62
- Kwalitatieve verplichting
- binding aan 110 e.v.
 - de Parlementaire Geschiedenis 26 e.v.
 - en overbelasting grond 27 e.v., 45, 63, 67, 74
 - en tegenprestatie
- Zie: Tegenprestatie
- in de 19^e-eeuwse literatuur 18 e.v.
 - in de 19^e-eeuwse rechtspraak 15 e.v.
 - inhoud
- Zie: Inhoud
- in faillissement
- Zie: Faillissement
- inschrijvingsvereisten
- Zie: Openbare registers
- object van
- Zie: Registergoed
- ontstaan
- Zie: Ontstaan
- schending van
- Zie: Schending
- tenietgaan
- Zie: Tienietgaan
- totstandkoming
- Zie: Totstandkoming
- wijziging 73 e.v.
- Kwijtschelding
- Zie: Tienietgaan
- Levering 36, 37, 40, 41, 65, 68, 85, 87, 88, 90-94, 98, 139, 142, 146, 147, 169, 170, 176, 185, 221, 222
- Lex dicta* 9, 16-18, 25
- Manager burden*
- Zie: *Personal real burden*
- Maritime burden*
- Zie: *Personal real burden*
- Medebinding
- Zie: Gebruikers
- Meerpartijenovereenkomst
- Zie: Overeenkomst
- Nakoming
- Zie: Tienietgaan
- Negative burden* 206, 207
- Neighbour burden* 205
- Nevenverplichting 52, 54, 56 e.v., 80
- bij de real burden 69
 - tot een doen bij de erfdienstbaarheid 163
 - tot een doen bij de kwalitatieve verplichting 68, 187, 188, 192, 194, 196
- Nießbrauch* 182-184, 193
- Notariële akte
- Zie: Totstandkoming
- Notaris
- weigeren dienst 64-67, 219
- Nutsvereiste
- bij de erfdienstbaarheid 30, 31, 33, 45, 47
 - bij de kwalitatieve verplichting 71-73, 219
- Ongedaanmakingsverbintenissen
- Zie: Tienietgaan

- Ongerechtvaardigde verrijking 186
- Ontbinding
Zie: Tenietgaan
- Ontstaan
- door verjaring 99 e.v.
- door 'vestiging' 82 e.v.
- en derdenbescherming 101
- Onvoorzienbaar 79, 220
- Onvoorziene omstandigheden
Zie: *Imprévision*
- Openbare registers
- en derdenbescherming
Zie: Derdenbescherming
- inschrijving van de verplichting in de 178, 25, 27, 28, 33 e.v., 37 e.v., 66, 69, 72, 74, 84 e.v., 100, 101, 110, 114
- Opvolgende verkrijgers
- bescherming van
Zie: Derdenbescherming
- Opzegging
- bij duurovereenkomsten 154
Zie ook: Tenietgaan
- Overbelasting van de grond 27, 28, 32, 45, 63, 67, 232
- Overeenkomst
- hulp- 86, 87
- meerpartijen- 124
- tot kwalitatief maken 136
Zie: Verplichting
- voortbouwende 86, 89 e.v.
- Overlaten uitoefening 194-196
- van een *beschränkte persönliche Dienstbarkeit*
- Pauliana 140
- Personal real burdens*
- *community burdens* 205, 207, 213
- *conservation burdens* 207-209
- *economic development burdens* 208, 209
- *health care burdens* 209, 210
- inhoud 206 e.v.
- *manager burdens* 209, 210
- *maritime burdens* 208, 209
- *pre-emption burdens* 208
- *redemption burdens* 208-210
- *rural housing burdens* 208-210
- tenietgaan 213 e.v.
- toelaatbaarheid 208
- Pre-emption burdens*
Zie: *Personal real burdens*
- Prestatie
- negatieve 161
- ondeelbare 119 e.v.
- Real burdens*
- *ancillary burdens* 207
- inhoud 206 e.v.
- ontstaan 207
- *personal*
Zie: *Personal real burdens*
- *praedial* 206
- Reallast* 6, 182, 192, 196, 199, 229, 230
- Recht tot gebruik
Zie: Gebruikers
- Rechthebbende 17, 27, 38, 39, 44, 49, 58, 81, 89, 97, 98-100, 104, 106, 109, 110, 112, 116-118, 121, 123, 127-130, 146, 150, 155, 176, 205, 207, 213, 221, 223, 225, 232, 235
- Rechtshandelen
Zie: Inhoud
- Rechtverkrijgende(n) 1, 10, 13 e.v.
- onder bijzondere titel 20, 22 e.v., 31, 37, 44, 107 e.v., 115 e.v., 126, 127, 129, 154, 175, 203
- Redemption burdens*
Zie: *Personal real burdens*
- Reële executie
Zie: Schending
- Registergoed
- toekomstig 98
- uitbreiding tot 27, 45, 48, 55, 68, 71, 82, 87 e.v., 94 e.v.
- Relativiteit overeenkomst 139 e.v.
- Rural housing burdens*
Zie: *Personal real burdens*
- Schadevergoedingsvordering
- na zuivering
Zie: Zuivering

- Schending
- (reële executie 132)
 - van de verplichting 60, 61, 120, 131 e.v., 144, 162 e.v., 175
- Schuldoverneming
- aansprakelijkheid voor tekortkomingen, renten en boeten 115
 - kennisgeving door de debiteur 114
 - toestemming van de crediteur 113
 - vereisten voor 113
 - voltooide 113
 - zekerheidsrechten (overgang van) 115
- Semi-zakelijke werking
- Zie: Kettingbeding
- Servitudes* 202-206, 208, 211, 212, 215, 230
- Splitsing
- bescherming tegen ongeldige 105
- Zie: Derdenbescherming
- Tegenprestatie
- cessie van het recht op 123 e.v.
 - derdenbeding 124
 - en gebruikers 108, 122 e.v.
- Zie: Gebruikers
- inschrijving in de openbare registers 62
 - uitsluiten van de mogelijkheid tot cessie van de 123, 125
- Tekortschieten
- door de crediteur uit de verplichting 125
 - door de debiteur 136
- Tenietgaan
- door afstand (en kwijtschelding) 140, 144, 145
 - door nakoming 81, 87, 133
 - door ontbinding 136
 - ongedaanmakingsverbintenissen
 - door opzegging 134, 144, 154
 - door verjaring 99, 109, 142 e.v.
 - door vermenging 138 e.v., 144
 - door vernietiging 141
 - door verrekening 131, 141
 - door zuivering
- Zie: Zuivering
- en derdenbescherming 154
 - van de kwalitatieve verplichting 131, 138
 - van een beperkt recht 131, 144, 145
- Titel 87 e.v.
- causaliteit 88
 - wegvallen van 88 e.v.
- Title conditions* 6, 73, 212-215, 230
- Toebehoren
- Toekomstige registergoederen
- Zie: Registergoed
- Toestemming crediteur voor schuldoverneming
- Zie: Schuldoverneming
- Totstandkoming 84
- Tuchtrechtspraak 64 e.v.
- Zie: Wanprestatie
- Tweeledigheid
- van de kwalitatieve verplichting 98 e.v.
- Typenfixierung* 183
- Typenzwang* 182
- Verjaring
- ontstaan door
- Zie: Ontstaan
- tenietgaan door
- Zie: Tenietgaan
- Vermenging
- tenietgaan door
- Zie: Tenietgaan
- Vermogen
- begrip in faillissement 159 e.v.
- Vernietiging
- tenietgaan door
- Zie: Tenietgaan
- Verplichting
- basis-
- Zie: Basisverplichting
- tot een doen 56 e.v., 114, 162 e.v., 206
 - tot een dulden of niet doen
 - als inhoud van de erfdiensbaarheid 48 e.v.
 - als inhoud van de kwalitatieve verplichting 55 e.v.
 - in faillissement 161

- schending van een 3, 43 e.v.,
59, 81, 84 e.v., 89, 91 e.v., 99, 109
- tot kwalitatief maken 136 e.v., 166,
168, 170, 171, 178
- Verificatie 172
 - indienen van een vordering ter
159, 161 e.v. 168, 172 e.v., 176,
178
- Verrekening
 - Zie: Tenietgaan
- Vervreemden en bezwaren
 - beperking van de bevoegdheid tot
57
- Voortbouwende overeenkomst
 - Zie: Overeenkomst
- Vormerkung*
 - Zie: Derdenbescherming
- Vormvereisten
 - Zie: Totstandkoming
- Waiver* 212
- Wanprestatie 1, 54, 78, 82, 83, 95,
102, 104, 116, 129, 138, 142, 155,
165, 167, 173, 197
 - profiteren van/meewerken aan 64-
66, 219
- Zaaksgevolg 2-4, 15, 18, 29, 36, 42,
44, 47, 55, 59, 66, 68, 80, 84, 85, 87,
91, 95-98, 101, 103, 104, 106, 107,
111, 177, 181, 191, 221-223, 231-234
- Zakelijk recht 1, 2, 4, 6, 14, 15, 17-
19, 23, 24, 25, 30-31, 43-37, 39, 45-
47, 50, 57, 87, 88, 94, 101, 103, 109-
112, 129, 130, 159, 164, 181-182,
184, 185, 193, 197, 198, 199, 201,
202, 217, 218, 223, 224, 229, 230,
233, 234
 - inhoud van 50, 51, 183, 188, 190,
191
- Zakelijke werking 4, 36, 40, 58, 68,
81, 90, 91, 151, 198, 217, 219-221,
229-231
- Zekerheidsrechten 199, 230
 - overgang bij schuldovername
115
- Zuivering 146-153, 227
 - algemeen 145, 146 e.v.
- en de kwalitatieve verplichting 148
e.v.
- schadevergoedingsvordering 148,
150
 - vereisten voor 147
- Zwarte lijst 123, 126

Curriculum vitae

Nora van Oostrom-Streep werd op 27 februari 1972 in Tiel geboren. In 1990 ronden zij haar Gymnasiumopleiding bèta af, waarna zij in Utrecht haar doctoraal-examens economisch publiek- en bedrijfsrecht en notarieel recht behaalde.

Na enkele jaren in de praktijk te hebben gewerkt als kandidaat-notaris, is zij sinds 2001 als docent/onderzoeker verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht te Utrecht. Tevens is zij sinds 2003 als rechter-plaatsvervanger verbonden aan de Rechtbank Utrecht.

Nora van Oostrom is getrouwd en heeft twee kinderen.

