



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Artikel 6.5.3.4, een Baarle-Nassau?

Janssen, J.F.M.

Citation

Janssen, J. F. M. (1988). Artikel 6.5.3.4, een Baarle-Nassau? *Bw-Krant Jaarboek*, 213-230. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36723>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36723>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

ARTIKEL 6.5.3.4, EEN BAARLE-NASSAU?

mr J.F.M. Janssen

I INLEIDING

1. Karakteristieken van artikel 6.5.3.4

Bij overeenkomst kan worden bedongen 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, aldus luidt de jongste versie¹⁾ van het lid 1 van artikel 6.5.3.4.

De meest saillante kenmerken van dit artikel zijn de volgende:

- a. het beding tussen de rechthebbende van het registergoed (R) en de schuldeiser (S) heeft zakelijke werking, bindt dus ook de rechtsopvolgers onder bijzondere titel van R, mits R en S zulks, zijn overeengekomen (lid 1); er is dus sprake van een zekere "droit de suite";
- b. deze zakelijke werking treedt pas in wanneer het beding is neergelegd in een notariële akte, gevolgd door inschrijving in de openbare registers (lid 2);
- c. na inschrijving heeft het recht van S niet alleen voorrang boven obligatoire gebruiksrechten, maar ook boven op het registergoed gevestigde absolute rechten, mits deze rechten zijn ontstaan na het tijdstip van de inschrijving van het beding (lid 3); er is dus sprake van een zekere "droit de préférence";

1) Wetsvoorstel 17541, invoeringswet boeken 3-6 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (vijfde gedeelte) (wijziging van titel 11 van boek 3 en van de boeken 5 en 6), stuk nr. 8, p. 66 e.v.

- d. mits het beding van lid 1 van artikel 6.5.3.4 op de dag van de faillietverklaring van R in de openbare registers is ingeschreven, kan S zijn recht handhaven tegen de faillissementscurator van R (art. 35a Fw.). De positie van S is derhalve vergelijkbaar met die van een separatist.

De conclusie is duidelijk: hoewel de regeling van artikel 6.5.3.4 obligatoir van opzet is, veronderstellen de rechtsgevolgen eerder het bestaan van een absoluut dan van een persoonlijk recht. Geen wonder dat over het artikel in talrijke beschouwingen een rechtssystematisch veto is uitgesproken. Bij de hier bedoelde beschouwingen springen twee elementen in het oog. De bezwaren tegen artikel 6.5.3.4 worden vooral ontwikkeld vanuit een vergelijking met de erfdiensbaarheden. In de tweede plaats worden de betogen gekenmerkt door een volkomen ontbreken van aandacht voor de overwegingen die voor de ontwerper redengevend zijn geweest bewust de obligatoire variant te verkiezen boven een niet-obligatoire variant. In deze beschouwing staat het laatste aspect centraal.

2. Overwegingen van de ontwerper bij zijn keuze voor artikel 6.5.3.4.

De wetgever heeft ervoor gepast zich bij het bepalen van zijn keuze tot gijzelaar van de eigen systematiek te maken. Bij zijn keuze heeft hij zich blijkens de toelichting uitsluitend laten leiden door de gedachte dat met een obligatoire variant praktischere resultaten zijn te boeken dan met een niet-obligatoire variant. Dit uitgangspunt lijkt mij gezond: resultaten en niet dogmatiek behoren beslissend te zijn bij het maken van een keuze. Dat hierdoor wellicht een hybridische figuur ontstaat, is slechts een onderstreping van het vaste gegeven dat bij classificatie van rechtsverschijnselen een simpele dichotomie een simplificatie van de rijk verscheiden rechtswerkelijkheid is. In de parlementaire geschiedenis²⁾ wordt ten gunste van de obligatoire variant het volgende opgemerkt:

"Zo komt het hem voor dat, indien de kwalitatieve verplichting voortspuit uit een wederkerige overeenkomst in dier voege dat

2) Parlementaire Geschiedenis boek 6, p. 942.

tegenover deze verplichting een tegenpretatie verschuldigd is, in geval van niet nakoming door een der partijen de mogelijkheid dient te bestaan van opschorting overeenkomstig artikel 6.5.4.2 en van ontbinding overeenkomstig de artikelen 6.5.4.6 e.v. Ook is er naar zijn mening reden om voor een overdracht door de schuldeiser van de in artikel 6.5.3.4 bedoelde rechten in beginsel de leveringsvorm van artikel 4.3.2.7³⁾ 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 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 de verbintenis het beste bij die van de onderhavige kwalitatieve verplichting past, omdat deze immers zal bestaan in een enkelvoudige op de schuldenaar gelege verplichting jegens een bepaalde schuldeiser eventueel versterkt met een boetebeding als bedoeld in de artikelen 6.1.8.16 e.v. Bij een zakelijk recht gaat het veelal om een meer omvattende bundel 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 dienende erf een enkele verplichting legt, dit belangrijke verschil bestaat, dat deze aan beide zijden kwalitatief is, terwijl de kwalitatieve verplichting van 6.5.3.4 dat alleen aan de passieve zijde is".

Om de argumenten van de wetgever te kunnen wegen zal gekeken moeten worden naar het alternatief voor artikel 6.5.3.4, derhalve naar de absoluutrechtelijke variant ervan. Zou het dan zo zijn, dat hiermee dezelfde dan wel nagenoeg dezelfde resultaten waren te boeken als met de obligatoire variant, dan lag dunkt mij, de conclusie voor de hand dat de niet-obligatoire variant de voorkeur verdiende, omdat dan het herstel van de systematiek geen doel meer op zichzelf was. Zou de obligatoire variant wel het waarmerk van deugdelijkheid verdienen, omdat de argumenten van de wetgever steekhoudend waren, dan restte nog de vraag of de regeling van artikel 6.5.3.4 sluitend is en mitsdien de toets der kritiek kan doorstaan.

3) Lees: 3.4.2.7

II DE KWALITATIEVE VERBINTENIS, ABSOLUUTECHTELIJKE VARIANT

3. Voorbeelden

Op talrijke plaatsen in de boeken 3 en 5 kent het nieuw BW kwalitatieve verbintenissen. Boek 5 titel 4 (burenrecht) staat bijv. bol van dergelijke bevoegdheden/verplichtingen. Zo is op grond van artikel 5.4.15 een eigenaar verplicht ervoor te zorgen dat geen water of vuilnis van zijn erf in de goot van eens anders erf komt.

Ook in de sfeer van de beperkte rechten zijn er de nodige te vinden. De stereotype voorbeelden in de literatuur worden ontleend aan de rechten van erfdiensbaarheid en van opstal, merkwaardigerwijze echter nimmer aan de zekerheidsrechten, terwijl er toch ook in deze sector de nodige zijn te vinden, bijvoorbeeld het recht van de pand- of hypotheekhouder tot executie van het onderpand over te gaan in geval van verzuim van de schuldenaar (artt. 3.9.2.9 resp. 3.9.4.11), de bevoegdheid zichzelf uit de executieopbrengst te voldoen alsmede de bevoegdheid die opbrengst in voorkomende gevallen te verdelen onder andere schuldeisers met een verhaalsvoorrang (art. 3.9.2.14), de bevoegdheid van de hypotheekhouder onder bepaalde omstandigheden het verhypothekerde goed in beheer te nemen (art. 3.9.4.9).

In de aan het zekerheidsrecht ontleende voorbeelden zijn steeds de rechten van pand- en hypotheekhouder tot uitgangspunt genomen. Dit impliceert uiteraard niet dat de pand- en hypotheekgever geen rechten hebben, reeds omdat in het verlengde van ieder recht voor de titularis ook verplichtingen liggen. Deze liggen opgesloten in de voorwaarden waaronder hij zijn rechten geldend kan maken. Wanneer bijvoorbeeld art. 3.9.2.9 bepaalt dat de pandhouder, de titularis, slechts tot parate executie mag overgaan in geval van verzuim van de schuldenaar, houdt deze bepaling impliciet de beperking in dat zodanige bevoegdheid de titularis niet toekomt, wanneer de schuldenaar niet in verzuim is en aangezien een recht zonder een hiermee corresponderende verplichting en omgekeerd een verplichting zonder een hiermee corresponderend recht ondenkbaar is, ontleent in het gegeven voorbeeld de pandgever aan art. 3.9.2.9 de aanspraak dat de pandhouder het object van het pandrecht ongemoeid laat zolang de schuldenaar niet in verzuim verkeert.

4. Karakter van de absoluutrechtelijke kwalitatieve verbintenis

Wat is het karakter van de aanspraken en verplichtingen in de in het vorige nummer genoemde gevallen?

Bij mijn beschouwingen zal ik de genoemde gevallen van de artikelen 5.4.15 en 3.9.2.11 tot uitgangspunt nemen.

Teneinde het antwoord op deze vraag te kunnen vinden, zal de aandacht zich moeten uitstrekken tot het terrein van de rechtshandhaving, want de rechtsproblematiek wordt uiteindelijk altijd versmald tot de vraag: wat kan de een doen wanneer de ander zich niet aan zijn verplichtingen houdt? Welke rechten heeft derhalve de eigenaar, A, in wiens goot zijn buurman, B, vuilnis stort en welke rechten heeft de pand- of hypotheekgever, C, wanneer de pand- of hypotheekhouder, D, tot executie wil overgaan ook al is de schuldenaar niet in verzuim? Is er in deze gevallen sprake van wanprestatie van B resp. D en kunnen A resp. C nakoming en/of schadevergoeding vorderen?

Het antwoord op deze vragen luidt naar mijn mening ontkennend. Tussen enerzijds A en C en anderzijds B en D bestaat geen verbintenis. Kwalificaties als "schuldeiser", "schuldenaar", "wanprestatie", "nakoming", "verbintenis" e.t.q. zijn verbintenisrechtelijk geijkt. Van een verbintenis in de zin van boek 6 is dan ook geen sprake. Mitsdien komt men, om wat te noemen, niet toe aan tekortkoming (art. 6.1.8.11), opschorting (artt. 6.1.6A.1 en 6.5.4.2), ontbinding (art. 6.5.4.6) etc. Het opereren met dergelijke kwalificaties moet in de genoemde voorbeelden worden ontraden, omdat deze begrippen een vaste, verbintenisrechtelijke inhoud hebben en van gebruik, ook al is dit slechts spraakgebruik, verwarring is te duchten. Niet de regels van het verbintenisrecht, maar die van het zakenrecht zijn in casu van toepassing. Het is mitsdien zaak primo het bewijs voor de juistheid van deze stelling te leveren, secundo na te gaan hoe in het zakenrechtelijke systeem nakoming, opschorting, schadevergoeding, ontbinding etc. geoperationaliseerd (dienen te) worden. De aan art. 5.4.15 ontleende aanspraak van A dat B geen vuilnis in de goot van A stort, zegt iets over de omvang van de verschillende eigendomsrechten.

Theoretisch kan men de kwestie op twee verschillende manieren benaderen: enerzijds kan men betogen dat de eigendom van A territoriaal niet is begrensd tot zijn eigen erf, omdat hij een zekere mate van

zeggenschap heeft over de wijze waarop het B vrij staat zich op zijn erf te gedragen. Anderzijds kan worden volgehouden dat de eigendom van A territoriaal wel begrensd is tot het eigen erf, maar het subjectief recht van B, vergeleken met dat van A, geringer van omvang is, hetgeen zijn oorzaak vindt in de hogere ligging van het erf van B.

Dit verschil in benadering heeft naar mijn mening consequenties voor de wijze rechtsbescherming. In de eerste optiek zou een schending door B van zijn verplichting jegens A een inbreuk opleveren op diens eigendomsrecht en uit dien hoofde in beginsel onrechtmatig zijn. In de tweede visie zou dit uitgesloten zijn, omdat tot het eigendomsrecht van A niet behoort een zekere zeggenschap over het erf van B. De aanspraak die A jegens B heeft, stoelt rechtstreeks op de wet. B usurpeert bevoegdheden die hem rechtens niet toekomen. Ook dan handelt hij onrechtmatig, maar niet omdat hij het eigendomsrecht van A schendt, maar omdat hij in strijd handelt met een in het belang van A geschreven wettelijke plicht.

In het huidige recht heeft aanvankelijk de tweede opvatting gegolden⁴⁾. Bijna twee decennia later ging mijns inziens de Hoge Raad om. In zijn arrest van 5 juni 1914 NJ 1914-845 overwoog hij:

"dat het recht op een voetpad, dreef of weg, aan verscheiden geburen gemeen, met den eigendom der goederen is verbonden en aan die geburen als eigenaren der gronden toekomt."

Het nieuw BW heft zich bij deze opvatting aangesloten. In de toelichting⁵⁾ wordt over de regels van boek 5 titel 4 (burenrecht) opgemerkt - het cursief is van mij -:

"Zij geven dus niet een recht dat *naast* de eigendom staat - hetzij een wettelijke erfdienstbaarheid, gelijk in Frankrijk, hetzij een *persoonlijk vorderingrecht* - maar zij bepalen nader de inhoud van het eigendomsrecht".

Uitdrukkelijk wordt dus ontkend dat de bevoegdheden/verplichtingen in het burenenrecht verbintenissen (uit de wet) zijn. De bevoegdheden en

4) HR 17-1-1896 W 6766

5) Parlementaire geschiedenis boek 5, p. 175

verplichtingen geven een nadere aanduiding van de inhoud van de verschillende eigendomsrechten.

5. Verbintenis (uit de wet), een onhoudbare optie.

De hier bedoelde rechtsverhoudingen beantwoorden uitgesproken slecht aan de omschrijving van het begrip verbintenis. Kenmerkend voor een verbintenis zijn (a) de aanspraak van een bepaalde persoon jegens, een andere persoon, (b) de toepasselijkheid van rechtsregels van boek 6 in het bijzonder die van de eerste titel. Zou kunnen worden aangetoond dat op de hiervoor bedoelde rechtsverhouding tussen enerzijds A resp. C en anderzijds, B resp. D de regels van boek 6 niet van toepassing zijn, dan volgde hieruit dat A/C en B/D niet tot elkaar staan in een verhouding van schuldeiser en schuldenaar.

De volgende argumenten pleiten tegen een verbintenisrechtelijke verhouding. Ter vermijding van wijldropige omschrijvingen zal ik de rechtsverhouding tussen enerzijds A resp. C en anderzijds B resp. D, zij het minder juist, aanduiden als een zakenrechtelijke verbintenis:

- (a) Kenmerkend voor een verbintenis van boek 6 is dat partijen, binnen de grenzen van art. 3.2.7, autonoom zijn in de bepaling van haar inhoud. Een dergelijke autonomie ontbreekt bij de zakenrechtelijke verbintenis. De inhoud hiervan wordt ofwel exclusief bepaald door de wet, bijvoorbeeld het burendrecht en de zekerheidsrechten, ofwel gedeeltelijk door partijen, bijvoorbeeld erfdiensbaarheden, opstal, vruchtgebruik, maar zij zijn hierbij aan stringente beperkingen gebonden⁶⁾: ten eerste, voor zover uit de wet niet het tegendeel voortvloeit, mogen zij aan de verschillende beperkte rechten (...) geen andere inhoud geven dan deze rechten volgens de desbetreffende bijzondere wetsbepalingen hebben. Als tweede restrictie, evenals de eerste verwoord in artikel 3.4.1.2 lid 1, geldt dat wanneer men bevoegdheden en verplichtingen die de wet niet regelt tot de inhoud van het desbetreffende beperkte recht wenst te maken ze zodanig verband moeten hebben met het beperkte

6) Parlementaire geschiedenis boek 5, p. 3.

- recht, dat een gelijke behandeling met de door de wetgever wel geregelde bevoegdheden en verplichtingen gerechtvaardigd is. Wordt deze grens overschreden, dan missen deze bevoegdheden en verplichtingen zakelijke werking en werken ze slechts obligatoire. De rechtsopvolger onder bijzondere titel is er dan niet aan gebonden;
- (b) nauw met de sub (a) vermelde karakteristiek van de verbintenis hangt samen dat binnen de grenzen van art. 3.2.7 partijen een onbeperkt aantal verbintenissen in het leven kunnen roepen. Bij de zakenrechtelijke verbintenis is dit uitgesloten, zoals blijkt uit art. 3.4.1.2 lid 1. De zakenrechtelijke verbintenissen vormen in tegenstelling tot de obligatoire verbintenissen een gesloten systeem;
 - (c) obligatoire verbintenissen ontstaan doorgaans vormvrij, bij de zakenrechtelijke verbintenissen geldt in de regel een vormvoorschrift (artt. 3.4.2.4 e.v.);
 - (d) voor het doen ontstaan van een obligatoire verbintenis is enige zakenrechtelijke kwaliteit geen vereiste, wie geen rechthebbende is, kan toch bijvoorbeeld een huis verhuren ook wanneer toestemming van de rechthebbende ontbreekt. De omstandigheid dat de verhuurder buiten staat is het huurgenot te verschaffen maakt de overeenkomst niet nietig. Dit volgt uit de artt. 6.1.8.1 j^o 6.1.8.11 dat bepaalt dat wanneer nakoming blijvend onmogelijk is de primaire prestatie - in casu - het verschaffen van huurgenot - automatisch wordt omgezet in een (subsidiare) verbintenis tot schadevergoeding. voor het doen ontstaan van een zakenrechtelijke verbintenis is het hebben van een zakenrechtelijke kwaliteit *conditio sine qua non*. Beperkte rechten zijn immers rechten die uit een meeromvattend recht zijn afgeleid hetwelk met dit beperkte recht is bezwaard (art. 3.1.17). Wie niet zo'n meeromvattend recht heeft, kan vanzelfsprekend hiervan niet een aantal bevoegdheden afsplitsen en die aan een ander overdragen (*nemo plus-regel*);
 - (e) uit het vorige kenmerk van de verbintenis volgt logisch dat wie van zijn meeromvattend recht reeds een aantal bevoegdheden heeft afgesplitst, niet nogmaals, dezelfde bevoegdheden voor hetzelfde tijdvak aan een derde kan overdragen. Deze *prior tempore-regel* is een logisch sequeel van de *nemo plus-regel*. Een identieke beperking ontbreekt bij de obligatoire verbintenis. Zo kan

in overeenstemming met de ratio van art. 3.2.9, nml. bescherming van de individuele burger, maar vooral ook het algemeen belang (zie hierover hetgeen is opgemerkt m.b.t. de art. 1504-1506 BW) dat art. 3.2.9 BW met zijn sanctie van absolute nietigheid niet gemist kan worden.

Concluderend kan gesteld worden dat in het Nieuw BW minder artikelen voorkomen waarin de obligatoire handelingsonbevoegdheid met zoveel woorden tot uitdrukking is gebracht. Eigenlijk worden alleen art. 346 Boek 1 BW (handelingsonbevoegdheid voogd) en de hierboven besproken handelingsonbevoegdheid van de openbare ambtenaren met name genoemd. Dat deze reductie t.o.v. het wetboek van 1838 van het aantal wetsartikelen waarin handelingsonbevoegdheid te lezen is heeft plaats gevonden, is niet zo vreemd gezien de verouderde maatschappelijke opvattingen die juist bijvoorbeeld m.b.t. het huwelijk plaats gevonden hebben, op welk gebied de wetgever van 1838 zo rijkelijk met verbodsbepalingen gestrooid heeft.

UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

mr G.H. Lankhorst

Inleiding

In de artikelen 1378 tot en met 1387 geeft ons huidige Burgerlijk Wetboek een opsomming van de regelen, die de rechter bij de uitleg van overeenkomsten in acht heeft te nemen. In het Nieuw Burgerlijk Wetboek zal men tevergeefs zoeken naar bepalingen met een soortgelijke inhoud. De huidige uitlegbepalingen overleven de op handen zijnde codificatie niet. De toelichting op het NBW laat weinig twijfel bestaan over de vraag of "van oud naar nieuw" ook "van goed naar beter" betekent:

"De regels die het geldende wetboek daaromtrent in de artikelen 1378 en volgende formuleert, zijn in het ontwerp niet overgenomen, daar zij gedeeltelijk vanzelf spreken en overbodig zijn, en voor het overige in hun te grote algemeenheid niet juist zijn."¹⁾

Een minder vernietigend oordeel wordt uitgesproken door Van den Bergh²⁾, die betoogt dat de interpretatieregels "geen eigenlijke rechtsregels zijn, maar regels van praktische logica (die een kind kan begrijpen) ..." Voor de jonge jurist lijkt het een troost, dat niet ieder kinderlijk eenvoudig leerstuk uit het BW eenzelfde lot in het NBW beschoren is als de artt. 1378-1387! Hoe dan ook, de stellingen van de Toelichting en Van den Bergh vragen om tekst en uitleg.

Drie methoden

Voor een goed begrip van de problemen die rond de uitleg kunnen rijzen, is het allereerst noodzakelijk in te zien dat er - naast het

1) Toelichting NBW Afdeling 6.5.3, blz. 759

2) G.C.J.J. van den Bergh, Taal en recht of het interpretatieprobleem, AAe 1967, blz. 103.

dit is volledig in overeenstemming met art. 6.3.1.1, de bepaling die strekt tot bescherming van zakelijke rechten, omdat de verplichtingen waarnaar dit artikel verwijst per definitie slechts kwalitatief bepaald zijn: zo kunnen verkeersnormen slechts geschonden worden door verkeersdeelnemers, normen van economische mededinging door ondernemers geschonden worden. Voor het karakter van de verplichting: verbintenis of beperkt recht, is niet beslissend het kwantitatief gegeven dat slechts één persoon, in casu de erfpachter, de verplichting tot betalen van de canon kan schenden, maar het kwalitatief gegeven dat slechts een erfpachter hiertoe in staat is. Terecht verwijzen dan ook verschillende bepalingen uit het burendrecht naar art. 6.3.1.1.

Een punt verdient in dit verband nog aandacht; van een verbintenis kan nakoming worden gevorderd. Op welke wijze kan nakoming gevorderd worden van zakenrechtelijke verplichtingen? Hoe kan bijvoorbeeld de bloot-eigenaar de erfpachter tot betaling van de canon dwingen? Ook deze actie vindt naar mijn mening zijn grondslag in art. 6.3.1.1. Niet nakoming in het zakenrecht is, zoals gezegd, een inbreuk op het subjectieve recht van de titularis. Wie nakoming verlangt, eist met andere woorden een verbod van verdere inbreuk. Mijns inziens dient dit niet te worden beschouwd als een vorm van schadevergoeding op andere wijze dan in geld (art. 6.1.9.9), want dan zou deze actie slechts mogelijk zijn, wanneer aan alle vereisten van art. 6.3.1.1 was voldaan, in het bijzonder aan het vereiste dat de onrechtmatige gedraging aan de dader kan worden toegerekend. De parallel met het verbintenissenrecht eist dat in het zakenrecht aan materieel dezelfde rechtsvorderingen geen verschillende eisen worden gesteld. De enige eis die men derhalve aan "nakoming" stelle, is het bestaan van een afdwingbare verplichting.

6. Artikel 6.1.6A.6, een faux pas

In het zakenrecht bestaan geen verbintenissen, derhalve ook geen kwalitatieve verbintenissen. Bevoegdheden/verplichtingen die als kwalitatieve verbintenissen worden aangeduid, zijn in werkelijkheid een nadere bepaling van (de inhoud van) subjectieve rechten. In ronde

bewoordingen wordt dit door de ontwerper in zijn toelichting op boek 5 titel 4 toegegeven - zie hiervoor no. 4 -. Des te merkwaardiger is daarom art. 6.1.6A.6. Dit artikel verklaart de artikelen 6.1.6A.1 e.v. van overeenkomstige toepassing op het retentierecht, voor zover daarvan niet wordt afgeweken in de artikelen 3.10.4A.1 e.v. Voor zover tussen de retentor en zijn wederpartij een obligatoire rechtsbetrekking bestaat, is toepasselijkheid van afdeling 6.1.6A niets bijzonders. Dit wordt eerst anders wanneer de retentor slechts in een zakenrechtelijke rechtsbetrekking staat tot degene jegens wie hij zijn opschortingsbevoegdheid uitoefent. Tot deze laatste categorie retentors beperk ik mij.

Kenmerkend voor het retentierecht is de bevoegdheid van de retentor de zaak van een ander onder zich te houden totdat zijn vordering met betrekking tot de zaak is voldaan. Deze formulering wijkt af van die van art. 3.10.4A.1, omdat binnen de door mij bedoelde doelgroep twee verschillende categorieën moeten worden onderscheiden:

(a) de retentor heeft op de eigenaar van de zaak zelf een vorderingsrecht (bijv. art. 3.5.14); (b) de retentor heeft wel een opschortingsbevoegdheid jegens de eigenaar, maar de vordering heeft hij op een ander (de gevallen van art. 3.10.4A.2). Normaliter komt aan de eigenaar de revindicatie toe (art. 5.1.4). Aan het retentierecht ontleent de retentor evenwel de bevoegdheid inbreuk te maken op dit eigendomsrecht. In alle gevallen waarin de retentor *bevoegdelijk* zijn verplichting tot afgifte van de zaak opschort, ontleent hij aan de wet de rechtvaardigingsgrond voor deze inbreuk die hierdoor niet langer onrechtmatig is.

In de toelichting op artikel 3.10.4A, wordt opgemerkt, dat deze bepaling ruimer is geformuleerd dan artikel 6.1.6A, - dat het over en weer bestaan van *verbintenissen* veronderstelt, omdat zij rekening houdt met het geval dat de verplichting tot afgifte niet berust op een verbintenis. Als voorbeeld wordt dan genoemd⁷⁾ de verplichting van de bezitter-niet eigenaar de zaak af te geven aan de eigenaar-niet bezitter (art. 3.5.14).

7) Parlementaire geschiedenis boek 3, p. 88

Het komt mij voor dat in de door mij bedoelde gevallen de ontwerper met artikel 6.1.6A.6 ingaat tegen zijn eigen systeem: wanneer er geen *verbintenis* is tot afgifte, is het van overeenkomstige toepassing verklaren van specifiek voor verbintenissen geschreven bepalingen - de afdelingen 6.1.6A (opschortingsrechten) en 6.1.7 (schuldeisersverzuim) - niet alleen onlogisch, maar het leidt ook tot uitkomsten waarvan de redelijkheid niet boven iedere twijfel verheven is in het bijzonder waar het de aansprakelijkheid van de retentor betreft, welke overigens slechts voor de hiervoor sub (a) aangeduide gevallen is geregeld. Ter toelichting diene het volgende: categorie (a) - artikel 3.5.14 -: als gevolg van artikel 6.1.6A.6 is ook artikel 6.1.7.2 van toepassing.

Ingevolge deze bepaling brengt de retentor die *bevoegdelyk* zijn verplichting tot afgifte opschort de eigenaar in schuldeisersverzuim. Hiervoor is weliswaar nodig dat door diens toedoen de retentor zich genoodzaakt ziet zijn verplichting tot afgifte op te schorten, maar aan deze voorwaarde van artikel 6.1.7.2 zal normaliter zijn voldaan, omdat de eigenaar die de vergoeding van artikel 3.5.14 niet betaalt, toerekenbaar tekort schiet (wanprestatie pleegt). Door deze houding van de eigenaar wordt de retentor gedwongen de zaak langer dan hem lief is, onder zich te houden met alle kwade kansen van dien. Artikel 6.1.7.7 nu komt de retentor te hulp door diens aansprakelijkheid jegens de eigenaar te beperken: de retentor is nog slechts aansprakelijk voor de aan de zaak opgekomen schade wanneer hij door zijn schuld of die van een ondergeschikte is tekortgeschoten in de zorg die in de gegeven omstandigheden van hem mocht worden verwacht. De aansprakelijkheid voor *eigen* gedragingen van de retentor is derhalve beperkt tot *schuld*, terwijl de *afgeleide* aansprakelijkheid beperkt is tot gedragingen van niet-ondergeschikten. Voor gedragingen van niet-ondergeschikten - bijv. de sequestor - is de retentor niet aansprakelijk. Met name de beperking die geldt voor de afgeleide aansprakelijkheid lijkt niet altijd redelijk.

Zou artikel 6.1.7.7 niet van toepassing zijn, dan zou de aansprakelijkheid van de retentor worden beheerst door de regels van de onrechtmatige daad (artikelen 6.3.11 e.v.). Uit *eigen* hoofde was de retentor aansprakelijk in geval van een fout - NBW-jargon voor een toerekenbare onrechtmatige daad -. Bij de beoordeling van deze

aansprakelijkheid zal gewicht moeten toekomen aan het gegeven dat de retentor de zaak noodgedwongen onder zich heeft. Dit gegeven staat er mijns inziens aan in de weg op voet van lid 3 van artikel 6.3.1.1 een *risico*aansprakelijkheid aan te nemen voor enige normschending door de retentor. Op hem rust derhalve en schuldaansprakelijkheid, hij is alleen dan aansprakelijk wanneer hij niet die zorgvuldigheid in acht heeft genomen die in de gegeven omstandigheden - het onvrijwillig onder zich hebben van de zaak - van hem mocht worden verwacht. Wat betreft de aansprakelijkheid voor eigen gedragingen van de retentor is er geen verschil in uitkomst tussen de artikel 6.1.7.7 en 6.3.1.1.

Wat betreft de afgeleide aansprakelijkheid van de retentor, die bestaat in ieder geval voor ondergeschikten (art. 6.3.2.2), zodat er ook in dit opzicht geen verschil bestaat met artikel 6.1.7.7. Artikel 6.1.7.7 sluit echter aansprakelijkheid voor gedragingen van de retentor uit, artikel 6.3.2.3 daarentegen opent wel de mogelijkheid van aansprakelijkheid voor niet ondergeschikten, hetgeen soms tot meer bevredigende uitkomsten leidt. Ter toelichting moge het volgende voorbeeld dienen. A heeft zijn auto in reparatie gegeven aan B. A weigert op ondeugdelijke gronden de rekening te voldoen en B weigert hierop afgifte van de auto. Wegens plaatsgebrek stalt B vervolgens de auto bij C die iedere aansprakelijkheid jegens B heeft uitgesloten. Door een onhandige manoeuvre van een werknemer van C raakt de auto beschadigd. Naar mijn mening is er geen reden B, die geen gebruik heeft gemaakt van de aansprakelijkheidsbevrijdende consignatieregeling (artikelen 6.1.7.9 e.v.) niet ex 6.3.2.3 aansprakelijk te achten jegens A, omdat hij door inschakeling van derden in het kader van zijn bedrijfsvoering niet in een gunstigere positie mag komen dan zonder deze inschakeling het geval zou zijn geweest. Blijkens de toelichting op verschillende bepalingen ligt aan afdeling 6.3.2 de gedachte ten grondslag dat wie door inschakeling van derden zijn debiet vergroot tegenover grotere lusten ook grotere lasten heeft. Aansprakelijkheid van B is des te redelijker, omdat hij A de gemaakte kosten in rekening zal brengen.,

Wat betreft categorie (b) - de gevallen van artikel 3.10.4A.2 -, voor deze gevallen kent het nieuw BW geen aparte aansprakelijkheidsregeling. Hoofdregeel dient mijns inziens te zijn dat de aansprakelijkheid van de retentor jegens de eigenaar nooit verder mag reiken dan

zijn aansprakelijkheid jegens de schuldenaar. Het verdient daarom wellicht aanbeveling in artikel 6.1.7.16 een verwijzing naar ratikel 6.1.7.7 op te nemen.

Ik concludeer dat artikel 6.1.6A.6 overbodig is voorzover de retentor tot degene jegens wie hij zijn opschortingsbevoegdheid inroept in een verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking staat en onjuist is voor zover deze rechtsbetrekking slechts zakenrechtelijk van aard is; de materie dient dan niet beheerst te worden door artikel 6.1.7.7, er is immers geen verbintenis, maar door artikel 6.3 (onrechtmatige daad).

III DE KWALITATIEVE VERBINTENIS, OBLIGATOIRE VARIANT (ARTIKEL 6.5.3.4)

7. Argumenten ten gunste van de obligatoire variant

In het nieuw BW kan men op twee verschillende wijzen aan een verbintenis kwalitatieve werking verlenen: ten eerste via de bekende weg van het kettingbeding, beperkingen bestaan dan niet; ten tweede door middel van artikel 6.5.3.4, dat een aantal beperkingen kent. Ik beperk mij tot het laatste alternatief.

In II zijn de karakteristieken van de zakenrechtelijke variant van artikel 6.5.3.4 aangegeven. Het is thans zaak de in no. 2 opgesomde argumenten die de ontwerper hebben doen kiezen voor de obligatoire variant kritisch te bekijken.

(a) artikel 6.5.4.2: komt de rechthebbende van het registergoed zijn verplichtingen niet na, dan kan de wederpartij zijn verplichting opschorten en omgekeerd. Met de zakenrechtelijke variant kan hetzelfde resultaat worden bereikt: ontvangt de rechthebbende van het registergoed de vastgestelde vergoeding niet, dan staat het hem vrij zijn verplichting om te dulden of niet te doen op te schorten. Juridisch levert deze gedraging een inbreuk op het subjectief recht van de beperkt gerechtigde op een dus een onrechtmatige daad - zie no. 5 -, het onrechtmatig karakter komt evenwel hieraan te ontvallen door de weigering van de beperkt gerechtigde de verschuldigde vergoeding te voldoen. Recht en plicht zijn immers in onderlinge afhankelijkheid van elkaar gevestigd. In bijzondere gevallen kan echter anders met name

wanneer opschorting leidt tot een situatie die zich niet gemakkelijk laat terugdraaien, bijv. wanneer de verplichting bijv. strekt tot het niet bebouwen van een perceel grond. Het evenredigheidsprincipe - zie art. 6.5.4.2 - vormt dan een niet te nemen barrière.

M.m. geldt hetzelfde wanneer de beperkt gerechtigde zijn betalingsverplichting opschort, omdat de hoofdgerechtigde zijn verplichtingen niet nakomt.

De opschortingsbevoegdheid kan derhalve op artikel 6.3.1.1 ook gegrond worden op artikel 6.5.4.1 lid 2, dat bepaalt dat de bepalingen omtrent wederkerige overeenkomsten van overeenkomstige toepassing zijn op andere rechtsbetrekkingen die strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties, voor zover de aard van die rechtsbetrekkingen zich daartegen niet verzet. Deze bepaling lijkt rechtstreeks toepasbaar op zakenrechtelijke verhoudingen. Uit haar plaats in boek 6 mag, dunkt mij, niet afgeleid worden dat de in dit lid bedoelde "andere rechtsbetrekkingen" slechts rechtsbetrekkingen van obligatoire aard kunnen zijn.

(b) artikel 6.5.4.6: de tekortkoming van de ene partij geeft de wederpartij de bevoegdheid de overeenkomst te ontbinden. De zakenrechtelijke variant voert in dit opzicht zelfs tot betere resultaten. Immers in de akte van vestiging kan worden bepaald dat niet-betalen van de verschuldigde vergoeding leidt tot verval van het beperkte recht (vergelijk art. 5.7.1.10), dan wel geldt als ontbindende voorwaarde. In het laatste geval vervalt door de werking van lid 4 van artikel 3.4.2.2 op het tijdstip dat de ontbindende voorwaarde in vervulling gaat het beperkte recht, een en ander ex nunc, derhalve zonder terugwerkende kracht (zie artikel 3.2.5). Deze zakelijke werking volgt ook uit de artikelen 3.4.1.2 lid 2 sub (b) en 3.1.2.2 lid 2 sub (c). Een minder drastisch alternatief is in de akte van vestiging de bevoegdheid tot opzegging te reserveren in geval de ander zijn verplichting verzaakt;

(c) de obligatoire variant (art. 6.5.3.4) zou voorts de voorkeur verdienen met het oog op de mogelijkheid van een cessie, waardoor als gevolg van het voor de geldigheid van een cessie constitutief vereiste van mededeling van de akte aan de schuldenaar gewaarborgd is dat de schuldenaar van de overdracht op de hoogte raakt. Niet duidelijk is of gedoeld wordt op cessie door de rechthebbende van het registergoed van

de tegenprestatie dan wel op cessie door de schuldeiser van lid 1 van artikel 4.5.3.4 van diens gedoogaanspraak wat betreft de eerste mogelijkheid, de zakenrechtelijke variant heeft inderdaad tot gevolg dat de overdracht van het registergoed zich buiten medeweten van de beperkt gerechtigde voltrekt (artikel 3.4.2.4), maar voor een betaling door deze aan een ander dan de rechthebbende van het registergoed behoeft niet worden gevreesd, omdat voor de hand ligt, dat de beperkt gerechtigde van de overdracht van het registergoed en dus van de verandering van de persoon die aanspraak heeft op de vergoeding op de hoogte zal worden gesteld, zoals huurders van een overdracht van het gehuurde goed aan een ander. Zou de beperkt gerechtigde, geheel onwetend, aan de rechthebbende van het registergoed betalen, dan pleegde hij weliswaar een inbreuk op het subjectief recht van de nieuwe hoofdgerechtigde, maar deze inbreuk zou wegens verschoonbare onbekendheid met de overgang van het recht geen onrechtmatige daad opleveren en dus met schadevergoeding - opnieuw betalen - leiden. Uiteraard zou hij het betaalde uit hoofde van onverschuldigde betaling kunnen terugvorderen (artikel 6.4.2.1).

Wat betreft de tweede mogelijkheid, cessie van de gedoogdaanspraak, voor zover deze al mogelijk zou zijn (art. 3.4.2.1), ik zou menen dat de "schuldenaar", de rechthebbende van het registergoed, geen enkel belang heeft bij de "bescherming" van art. 3.4.2.7, omdat hij slechts tot passiviteit gehouden is, waardoor het gevaar van het verrichten van een prestatie aan een ander dan de rechthebbende uitgesloten is.

Het argument van de ontvanger lijkt echter ook hier vergezocht. In de zakenrechtelijke variant zou de beperkt gerechtigde zijn aanspraak op een dulden of niet doen slechts kunnen overdragen op de wijze van art. 3.4.2.4. Inderdaad voltrekt zo'n overdracht zich buiten medeweten van de hoofdgerechtigde om, maar het is onwaarschijnlijk dat de nieuwe beperkt gerechtigde de hoofdgerechtigde niet op de hoogte zou stellen van de overdracht;

(d) als voordeel van de obligatoire variant wordt verder genoemd dat deze onmiddellijk tussen partijen werkt. In de zakenrechtelijke variant ontstaat deze zakelijke werking pas door en op het tijdstip van de inschrijving van de notariële akte in de openbare registers. Dit argument heeft inmiddels belangrijk aan betekenis ingeboet,

doordat in de jongste versie van lid 2 van artikel 6.5.3.4 de zakelijke werking van het beding afhankelijk wordt gesteld van een inschrijving ervan in de openbare registers. Technisch blijft er nog één verschil bestaan met de zakenrechtelijke variant: ook tussen partijen die het beding in het leven roepen, werkt dit eerst vanaf het tijdstip van de inschrijving. Het tijdsvoordeel van de obligatoire variant is marginaal, betreft hooguit enkele dagen. Niets verhindert evenwel partijen zich obligatoir tot dezelfde prestatie te verbinden totdat de inschrijving een feit is;

(e) de obligatoire variant zou tenslotte de voorkeur verdienen, omdat deze zich leende voor het aangaan van een enkelvoudige verplichting, terwijl, aldus de ontwerper, de zakenrechtelijke variant zou worden gekenmerkt door een cluster verplichtingen. Dit - dogmatische - argument mist uiteraard reliëf in een betoog dat, in de eigen woorden van de ontwerper, uitsluitend is geënt op overwegingen van praktische aard, nog afgezien van het feit dat de ontwerper uitgerekend als uitzondering noemt het recht waarmee artikel 6.5.3.4 de grootste verwantschap vertoont: de erfdiensbaarheid.

Wel terzake, maar wijselijk door de ontwerper verzwegen, is dat artikel 6.5.3.4 één duidelijk manco vertoont: kwalitatieve verplichtingen als die van artikel 6.5.3.4 staan en vallen met het boetebeding dat hun naleving moet afdwingen en juist dit beding mist kwalitatieve werking, omdat het verplicht tot een geven. Partijen kunnen slechts aan het boetebeding kwalitatieve werking verlenen via de onzekere weg van het kettingbeding en dan te bedenken dat artikel 6.5.3.4 in het leven is geroepen vanwege de talrijke onzekerheden die het kettingbeding in het leven roept!

Ik concludeer dat van een verschil in *praktische* resultaten tussen artikel 6.5.3.4 en het zakenrechtelijk alternatief niet is gebleken, waardoor de grond is komen te ontvallen aan de keuze van de wetgever en overwegingen van rechtssystematiek beslissend zijn voor de keuze voor een zakenrechtelijke variant.